

Anuario de la
Especialización en
Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela
2016

ANUARIO

Una publicación de:



CIDEPO
Centro para la Integración y el Derecho Público

en alianza con



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado

Centro para la Integración y el Derecho Público
en alianza con el
**Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

**ANUARIO DE LA ESPECIALIZACIÓN
EN DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA**

Año 2016



Coordinación: Armando Rodríguez García,
Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Caracas, 2017

© Centro para la integración y el Derecho Público
**Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad
Central de Venezuela**

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) o el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Depósito legal N° DC2017000040
ISSN 2610-8089

Publicación anual

Coordinación: Armando Rodríguez García, Antonio Silva Aranguren, Gabriel Sira Santana

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Avenida Santos Erminy, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23,
Caracas, Venezuela

E-mail: contacto@cidep.com.ve

<http://cidep.com.ve>

Centro para la Integración y el Derecho Público

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

El *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) aceptará artículos de estudiantes de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela, para su evaluación a los efectos de su publicación, a través de la dirección electrónica contacto@cidep.com.ve. Los trabajos presentados habrán de atender a las siguientes pautas:

1. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por colaboración.
2. Espaciado de 1.5 puntos, letra Arial, número 12, tamaño carta, márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y derecho e izquierdo de 3 cm, sangría de 0.75 cm al inicio de cada párrafo.
3. Incluir, en español, un resumen de máximo 150 palabras y de 3 a 5 palabras claves.
4. El texto se dividirá atendiendo a la siguiente jerarquía. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
5. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas y se seguirá el siguiente orden: nombre y apellido del autor: *título de la obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Samantha Sánchez Miralles: *Casos de estudio sobre la expropiación en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016. En caso de revistas u obras colectivas, el orden a seguir es el siguiente: nombre y apellido del autor: "título del trabajo". *Título de la revista u obra*. Editorial. Lugar de publicación, año de publicación, número de páginas citadas. Ejemplo: Jorge Luis Suárez: "El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe". *Revista de Derecho Público*. N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 88-89.
6. Si la cita supera las 60 palabras deberá incluirse como párrafo aparte, y con margen izquierdo de 0.75 cm, letra Arial, número 10. En caso de ser inferior a las 60 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
7. El AEDA no está en la obligación de publicar las colaboraciones recibidas.
8. Los autores que publiquen en el AEDA ceden sus derechos sobre sus obras, a excepción del derecho de ser reconocido como tales, a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

ÍNDICE

Presentación.....	<u>8</u>
Número uno.....	<u>10</u>
Universidades nacionales autónomas en la organización administrativa venezolana. Especial consideración a su naturaleza jurídica. Moisés E. MARTÍNEZ SILVA	<u>13</u>
Las “prerrogativas procesales de las empresas del Estado”, a propósito del fallo N° 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Gabriel SIRA SANTANA	<u>38</u>
Aproximación a la actividad de policía y regulatoria de la Superintendencia Nacional de Valores. Iván PAREDES CALDERÓN	<u>56</u>
Limitaciones administrativas en la importación de vehículos bajo régimen de equipaje en Venezuela. Juan Miguel GUERRA	<u>76</u>
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. Fernando Javier DELGADO RIVAS	<u>89</u>
La Ley de tierras urbanas y el derecho de propiedad. Francisco RAMÍREZ RAMOS	<u>99</u>
Procedimiento administrativo de selección de contratistas, una aproximación a sus principios y marco regulatorio. José Antonio REYES	<u>108</u>
Procedimiento administrativo disciplinario de destitución establecido en la ley del estatuto de la función pública. Thairy DAZA	<u>126</u>
Ejecución de sanciones y medidas preventivas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos. Rodrigo RAMOS MOTTA	<u>135</u>
La responsabilidad patrimonial del estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional. Julio César CELIS	<u>149</u>
Elementos determinantes de la responsabilidad de la Administración en el caso Ángel Nava. Randolph PINTO	<u>175</u>

Naturaleza jurídica de la exposición de motivos y su utilidad práctica en el derecho venezolano actual. **Claudia VÁSQUEZ UROSA**.....[190](#)

El Patrimonio cultural en el derecho venezolano. **Maurice Germán EUSTACHE RONDÓN**.....[210](#)

PRESENTACIÓN

El Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), junto al Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, tiene el placer de presentar el *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA).

Esta nueva publicación periódica tiene como objetivo divulgar investigaciones que hayan realizado los estudiantes de la mencionada especialización, sin perjuicio de la inclusión excepcional de colaboraciones de quienes ya sean especialistas en el área.

De este modo, el CIDEP pone a disposición de los interesados otro instrumento de difusión jurídica que, es nuestro deseo, permitirá al lector conocer cuáles son algunas de las ideas, posiciones y perspectivas que sobre el Derecho Administrativo exponen quienes el día de mañana serán especialistas en el área.

Jorge Luis Suárez Mejías
Director General

Enero, 2017

Bienvenido el *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA).

El sentido de este saludo no se agota en una mera reacción mecánica de cortesía. En el preciso significado del término, esta bienvenida es una expresión de *complacencia* ante lo que se hace presente, especialmente porque llega en un momento *oportuno*.

La complacencia obedece a varias causas convergentes: primero, la iniciativa de esta publicación parte del profesor Antonio Silva Aranguren, egresado de la Especialización, por lo que conoce al Curso en todas sus dimensiones; además, el AEDA cuenta con la valiosa y entusiasta colaboración de Gabriel Sira Santana, brillante alumno de la Especialización; así, se conectan las figuras del docente, el egresado y el alumno para un

proyecto colectivo, que surge del propio Curso. De otra parte, es la primera experiencia editorial que adelanta un Curso del Centro de Estudios de Postgrado, y junto a ello, es la primera publicación en formato digital de nuestra Facultad con lo que se abre una faceta novedosa e innovadora para esta comunidad académica. Pero, por si eso fuera poco, el proyecto editorial se apoya en una alianza estratégica con el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), lo que añade un dato significativo en cuanto al relacionamiento institucional.

El AEDA está concebido como un medio de expresión de los alumnos de la Especialización, mediante invitación de sus profesores, apuntando así al objetivo de elevar la competencia profesional. Entendemos que, más que una vitrina dispuesta para demostrar capacidades de investigación científica, se trata de un espacio de encuentro, intercambio y difusión de profesionales del Derecho que se ejercitan en la evaluación, aplicación y desarrollo de conocimientos, métodos y técnicas del Derecho Administrativo.

En fin, celebro la oportuna aparición del AEDA, convencido de que el momento actual, no es para declaraciones sobre la desaparición del Estado de Derecho o la defunción de la Justicia, que desestimulan la presencia de esta disciplina; antes bien, las circunstancias que atravesamos invitan a reivindicar el Derecho como Ciencia del “deber ser”, cuyo valor ontológico y práctico se potencia, precisamente, en circunstancias de adversidad y vulneración de sus postulados.

Armando Rodríguez García
Director del Centro de Estudios de Postgrado
Coordinador de la Especialización en Derecho Administrativo

Enero, 2017

NÚMERO UNO

En el primer número del *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela* (AEDA) –que hoy tenemos el agrado de reseñar– el lector encontrará trece trabajos suscritos por estudiantes de la mencionada especialización.

Estas colaboraciones versan sobre diferentes aspectos del Derecho Administrativo y responden –a su vez– a algunas de las discusiones y planteamientos que se generan en las aulas de la especialización, en las que convergen profesionales del Derecho que laboran en la Administración Pública, el sector privado y el libre ejercicio, alcanzándose, en consecuencia, una multiplicidad de enfoques y argumentos que enriquecen el debate jurídico y académico.

Clara muestra de ello es este número que agrupa trabajos referidos –entre otros– a la organización, la actividad, los procedimientos y la responsabilidad administrativa.

En este orden de ideas, iniciamos esta publicación con el trabajo presentado por *Moisés E. Martínez Silva* titulado **“Universidades nacionales autónomas en la organización administrativa venezolana. Especial consideración a su naturaleza jurídica”**, en el que el autor hace un recuento de cuáles han sido los principales criterios a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de las universidades nacionales, y su relación con los conceptos de autonomía y prerrogativas.

Posteriormente quien suscribe, *Gabriel Sira Santana*, presenta como colaboración **“Las ‘prerrogativas procesales de las empresas del Estado’, a propósito del fallo N° 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”**, a través de la cual denota los argumentos (y falacias) expuestos por la Sala Constitucional en un fallo concerniente a PDVSA Petróleo, S.A., donde decidió que dicha empresa contaba con las mismas prerrogativas procesales que la República. Del mismo modo, se hace un breve repaso de los argumentos que la Sala ha empleado en otros casos similares.

A continuación, y abordando la actividad administrativa, encontramos el trabajo de *Iván Paredes Calderón* titulado **“Aproximación a la actividad de policía y regulatoria de la Superintendencia Nacional de Valores”**, donde se analiza la actividad de esta superintendencia atendiendo tanto a la ley de la materia (a saber: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, de 2015) como a lo que ha dicho la doctrina.

De seguida, *Juan Miguel Guerra* aporta su trabajo **“Limitaciones administrativas en la importación de vehículos bajo régimen de equipaje en Venezuela”**, consistente en un estudio sobre cómo la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 924, del 29-08-1991, constituye una limitación a derechos fundamentales que no atiende a principios del Estado de Derecho –como lo sería la reserva legal– a pesar de que con esa restricción se dice proteger un interés público o general.

Esta relación entre derechos fundamentales y limitaciones por parte de la Administración Pública es estudiada, adicionalmente, en otros dos trabajos que versan sobre el derecho de propiedad.

En el primero de ellos, *Fernando Javier Delgado Rivas*, bajo el título **“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”**, apunta cómo la noción de función social ha permitido la intervención ilimitada del Poder Público sobre el derecho en cuestión llegando, inclusive, a atentar contra su núcleo esencial.

Por su parte, *Francisco Ramírez Ramos* presenta **“La ley de tierras urbanas y el derecho de propiedad”**, colaboración en la que el autor compara el contenido de esta ley con los presupuestos existenciales del derecho de propiedad a fin de determinar si es posible una relación de compatibilidad entre ambos o, por el contrario, existe una vulneración a este último.

En cuanto al procedimiento administrativo, son tres los trabajos con que cuenta el Anuario en su primer número: **“Procedimiento administrativo de selección de contratistas, una aproximación a sus principios y marco regulatorio”**, de *José Antonio Reyes*, **“Procedimiento administrativo disciplinario de destitución establecido en la ley del estatuto de la función pública”**, de *Thairy Daza*, y **“Ejecución de sanciones y medidas preventivas en el decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica de precios justos”**, de *Rodrigo Ramos Motta*.

En el primer artículo, el autor hace un resumen del marco normativo de la actividad contractual de la Administración Pública para luego presentar algunas consideraciones sobre su naturaleza, características y principios. En el segundo, la autora hace referencia al procedimiento de destitución atendiendo a sus fases, principios y tipología. Finalmente, en el tercero, el autor realiza una síntesis del procedimiento sancionatorio en materia de precios justos atendiendo –en especial– a la facultad de la Administración para ejecutar sanciones y medidas preventivas.

Siguiendo con el índice de este número encontramos la colaboración de *Julio César Celis* titulada **“La responsabilidad patrimonial del estado por el**

ejercicio anormal de la función jurisdiccional”, donde se revisa la institución de la responsabilidad y su régimen jurídico, a fin de conocer luego cuáles son los supuestos que generarían la obligación de reparación al ejercerse la función jurisdiccional de un modo anormal.

En la misma línea de la responsabilidad patrimonial, *Randolph Pinto* presenta **“Elementos determinantes de la responsabilidad de la Administración en el caso Ángel Nava”**, consistente en un balance del caso, sus antecedentes, y el actuar de las salas del Tribunal Supremo de Justicia que conocieron de las repercusiones de la medida de privación de libertad impuesta al ciudadano Navas.

Acercándonos a un tema de técnica legislativa, *Claudia Vásquez Urosa* aporta su trabajo **“Naturaleza jurídica de la exposición de motivos y su utilidad práctica en el derecho venezolano actual”**, en el que luego de pasearse por conceptos como la norma jurídica y su estructura, formula algunos comentarios sobre la exposición de motivos en algunos decretos leyes de fecha reciente que, lejos de ayudar a la mejor comprensión de las disposiciones normativas, favorecen su ambigüedad.

Finalmente, el lector podrá encontrar un estudio sumamente completo de *Maurice Germán Eustache Rondón*, titulado **“El Patrimonio cultural en el derecho venezolano”** –que, valga destacar, forma parte del trabajo que presentó para obtener el grado de especialista en Derecho Administrativo–, en el que el autor analiza la naturaleza jurídica de los bienes de patrimonio cultural y cómo opera su inalienabilidad, imprescriptibilidad y carácter no embargable; en adición a las declaratorias de bienes integrantes del patrimonio cultural y sus consecuencias.

Hecha esta reseña, no nos queda más que agradecer a los estudiantes de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela por su interés en esta iniciativa cuyo resultado, esperamos, sea de provecho para la comunidad jurídica en general alimentando el debate sobre los temas de estudio del Derecho Administrativo.

Gabriel Sira Santana

Enero, 2017

UNIVERSIDADES NACIONALES AUTÓNOMAS EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA VENEZOLANA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

Moisés E. Martínez Silva¹

Resumen: *El siguiente artículo supone una recopilación de diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de las universidades nacionales, lo cual sigue siendo un tema donde no ha sido posible lograr un consenso, lo que a su vez ha permitido a los gobiernos de turno aprovechar la incertidumbre a su favor, para limitar la autonomía de esos entes cuando las ideas que emanan de sus miembros se convierten en un obstáculo para la corrupción y el desgobierno. El presente análisis tampoco resulta inoficioso en el ámbito del ejercicio profesional, siendo que a partir de la naturaleza jurídica de las Universidades Nacionales Autónomas, podemos determinar –o al menos aproximarnos- al alcance y contenido de otras instituciones como la autonomía, prerrogativas y órganos de control judicial competentes, temas a los que nos referimos brevemente dado que exceden la extensión y objeto del presente artículo.*

Palabras clave: *Naturaleza jurídica – Universidades–Autonomía – Prerrogativas.*

SUMARIO. Introducción. **I.** Origen de las universidades. **II.** Definición. **III.** Naturaleza jurídica de las universidades nacionales autónomas. **1.** Las universidades nacionales autónomas en la Constitución y la ley. **A.** Código Civil. **B.** Constitución de Venezuela de 1961. **C.** Ley de Universidades de 1970. **D.** Constitución de 1999. **2.** Posiciones doctrinales. **A.** Universidades nacionales como establecimientos públicos corporativos. **a.** Oposición a las universidades nacionales como establecimientos públicos corporativos. **B.** Universidades nacionales como institutos autónomos. **a.** Oposición a las universidades nacionales como institutos autónomos. **3.** Posición jurisprudencial. **IV.** Breve mención a la autonomía universitaria. **1.** Autonomía organizativa. **2.** Autonomía normativa. **3.** Autonomía académica. **4.** Autonomía administrativa. **5.** Autonomía política. **6.** Autonomía económica y financiera. **7.** Autonomía territorial. **V.** Prerrogativas de las universidades nacionales. **VI.** Tribunales competentes para conocer de las acciones contra las universidades nacionales autónomas. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Las Universidades, centros de enseñanza y aprendizaje, reúnen y forman grandes hombres y mujeres con mentes libres y críticas, son lugar de

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en el escritorio jurídico Baumeister & Brewer.

encuentro del saber, el arte, la cultura y la experiencia. Han estado presentes a lo largo del desarrollo de la humanidad, teniendo un papel sumamente relevante en la formación de las ideas de los grandes personajes de la historia, están rodeadas de tanta luz y, sin embargo, sobre la concepción de ellas mismas sólo existe opacidad, son muchas las dudas y divergencias sobre la naturaleza de las Universidades Nacionales Autónomas, lo que conlleva a que su concepción pueda ser maleable en beneficio de algunos sectores y por supuesto, en detrimento de otros, siendo utilizadas como instrumentos para la ideologización política y mermando su autonomía.

Es esto lo que nos preocupa y no debemos permitir, es por ello, que las siguientes breves páginas estarán circunscritas en la revisión y recopilación de la doctrina jurídica nacional, así como la jurisprudencia y normas venezolanas que nos ayuden a esclarecer la posición de las Universidades Nacionales en la organización administrativa, así como sus elementos propios y diferenciados de otras figuras organizativas. Debo aclarar, que a pesar de la realización de una investigación objetiva, resulta sencillo entrever el criterio personal de quien escribe, lo que no debe ser óbice para la crítica y el disenso, por el contrario, el objetivo es fomentar el debate, en aras de construir una postura más o menos conteste sobre la naturaleza jurídica de las Universidades Nacionales Autónomas y sus consecuencias, en aras de acercarnos al ideal de una educación superior de excelente calidad, independiente y permanente, donde se respeten sus derechos y potestades, pero también garantista para todos los miembros que formen o pretendan formar parte de la comunidad universitaria.

La relevancia del estudio de este tema en el campo de la Ciencias Jurídicas es capital, aún más como estudiantes de una especialización en la primera Universidad Nacional Autónoma venezolana, tipología de universidades que por su propia naturaleza, tienen *–o deberían tener–* el propósito de formar profesionales críticos y libres pensadores, que procuren destacar una a una las fallas estructurales de la economía, la sociedad, la Administración y sus gobiernos *–los pasados, el presente, y los futuros–*, es por ello que, dependiendo del grado democrático y el apego a los principios del Estado de Derecho de la época, los gobernantes tienden a limitar el alcance e incluso desnaturalizar las bases de estas universidades, y corresponde a los críticos *–formados en el seno de esas mismas universidades–* delimitar y hacer valer cabalmente todas las competencias, potestades, prerrogativas, pero también los límites consagrados en nuestro ordenamiento jurídico para preservar las Universidades Nacionales Autónomas.

La difusión y promoción de las universidades como una comunidad organizada de intereses destinada a impartir una enseñanza superior, no solo desde el punto de vista técnico-formal y profesional, sino también espiritual

y humanístico, es una tarea ardua, que debe partir del conocimiento de la propia naturaleza jurídica de estos entes y será ese el objeto principal del presente trabajo.

I. ORIGEN DE LAS UNIVERSIDADES

Para dilucidar las interrogantes que hoy nos atañen, debemos reseñar brevemente –*sin profundizar demasiado en ello*– su evolución histórica, para posteriormente aproximarnos a una definición de esos entes en la actualidad, previo a esbozar las tesis sobre su naturaleza jurídica, alcance de la autonomía universitaria, competencia judicial y prerrogativas.

En ese sentido, las universidades son una de las instituciones existentes en la actualidad de más antiguas data, en el mundo occidental, algunos remontan sus orígenes a la Academia de Platón, destinada a formar políticos y gobernantes a través de la mayéutica; luego de éste, su discípulo Aristóteles, con una perspectiva empírica sistematiza las ciencias conocidas en la antigüedad en: productivas, prácticas y teóricas; y las imparte en un gimnasio de su propiedad situado en las cercanías del templo de Apolo Licio, en Atenas, el cual fuera fundado aproximadamente en el año 336 a. C. y que hoy conocemos como Liceo, es quizás este el antecedente más claro y lejano de un centro de enseñanza de las ciencias.

En Europa durante la Edad Media, alrededor del siglo V d.C., los monasterios benedictinos perfeccionan un ordenamiento curricular más o menos uniforme, en el cual enseñaban a los varones de la nobleza y demás aspirantes a una vida monástica que fueran aceptados, estas serían denominadas escuelas monásticas, que surgen de la mano con las escuelas catedráticas o episcopales, todas estas escuelas, a partir del siglo VIII, adoptan un criterio de enseñanza uniforme impuesto por la Escuela Palatina de Aquisgrán, fundada por Carlomagno.

Durante aquel período, la educación tenía una evidente vinculación religiosa. Los conflictos entre la iglesia y el Estado en la Alta Edad Media generan un quiebre entre éstas y hace surgir en el siglo XII, las Universidades en los términos que las concebimos en la actualidad.

Las primeras Universidades modernas de las que se tiene referencia son la Universidad de Bolonia, fundada en el año 1088 en Italia y la Universidad de Oxford dedicada a la enseñanza desde el año 1096. En Venezuela, la primera Universidad es la Universidad Central de Venezuela, fundada como el Seminario Colegio Santa Rosa de Lima en 1673 e inaugurada el 29 de agosto de 1696, finalmente se le concedió facultad de otorgar títulos de grado bajo la denominación Real y Pontificia Universidad de Caracas, en fecha 22 de

diciembre de 1721, por Real Cédula expedida en Lerma, España por el Rey Felipe V, fundación que, al igual que en el resto de las universidades hispanoamericanas obedeció al “interés de la Corona en que ‘estos nuestros reinos de las Indias’ tuvieran una vida académica propia y coherente con sus propias realidades y necesidades”².

II. DEFINICIÓN

Ahora bien, el término universidad se deriva del latín *universitas* entendida como un todo y utilizada para designar en la antigüedad a cualquier gremio o reunión de personas, posteriormente, en el siglo XI, con la aparición de la Universidad de Bolonia, se comienza a emplear el término *universitās magistrōrum et scholārium*, que significa comunidad de profesores y académicos, lo que en definitiva eran las universidades en su sentido más básico, nacidas como una ordenación natural de la sociedad civil en busca de conocimiento, como hemos observado en las notas precedentes, dicha ordenación se fue ampliando y reglando hacia formas más complejas y formales, constituyéndose una verdadera organización³.

Dicho esto, para definir las Universidades Nacionales en Venezuela, en un sentido amplísimo *–y sin pretender instaurar un concepto único e inequívoco de las mismas–*, nos referiremos a ellas como personas jurídicas de Derecho Público, dotadas de autonomía, que reúnen a profesores y estudiantes con el fin de impartir la enseñanza científica y cultural superior y desarrollar los valores inmanentes del hombre. Ahora bien, esas Universidades Nacionales se dividen a su vez en Autónomas y Experimentales *–no obstante gozar estas últimas de cierto grado de autonomía–*, siendo que nos hemos propuesto el estudio únicamente de la naturaleza de las denominadas autónomas.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES AUTÓNOMAS

Es preciso acotar en este punto, que no existe tal cosa como una naturaleza jurídica única y universal de las universidades públicas, ya que esta puede variar radicalmente *–y en efecto lo hace–* de país en país, dependiendo de las formas del Estado y del nivel de control que exista sobre las mismas; por ejemplo es muy distinta la concepción en el caso mexicano en el cual “[l]a universidad pública autónoma es un organismo descentralizado

² Cfr. Graciela Soriano de García-Pelayo: *Sobre la Autonomía Universitaria*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005, p. 11.

³ Para un estudio sobre las diferencias entre ordenación y organización ver: García-Pelayo, Manuel: *Orden, Ordenación y Organización*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas-2011.

del Estado, no de la administración pública; [...] no depende de ninguno de los tres poderes tradicionales”⁴, con la postura colombiana según la cual, a pesar de reconocer la autonomía universitaria, a los fines de invocar las prerrogativas procesales son consideradas un “bien fiscal”⁵.

Por esta razón, es que para determinar la naturaleza jurídica de las mismas nos circunscribiremos a las fuentes nacionales del Derecho.

1. Las Universidades nacionales autónomas en la Constitución y la ley

A. Código Civil

Las Universidades Públicas se encuentran previstas como personas jurídicas desde el Código Civil de 1942 y su consagración se reitera en la reforma de 1982 que establece en su artículo 19.2: “Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos: [...] 2º Las iglesias, de cualquier credo que sean, *las universidades* y, en general, todos los seres o *cuerpos morales de carácter público*” (Resaltados nuestros).

El artículo precedente parece englobar a las mismas dentro del concepto de cuerpos morales de carácter público, lo cual es una primera aproximación muy importante para la determinación de su naturaleza. 19 años después del Código Civil del 42, se promulga la Constitución de Venezuela de 1961, la cual contiene algunas menciones sobre las universidades nacionales, como veremos de seguidas.

B. Constitución de Venezuela de 1961

En la Constitución de 1961 se consagra de manera exigua la existencia de una educación pública, gratuita, creada y sostenida *por el Estado*, dentro de la cual se infiere que se encuentra incluida la educación superior, puesto que se establece como excepción a los atributos de la educación ya señalados, la posibilidad de crear universidades privadas en los caso previstos por la Ley⁶.

⁴ Cfr. Jorge Fernández Ruiz: “Naturaleza jurídica de la universidad pública”. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*. Vol. 6. N° 11. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 2010, p. 91.

⁵ Cfr. Luis Javier Londoño Javier: “Naturaleza jurídica del campus de las universidades públicas y autonomía universitaria. Una aproximación a las garantías constitucionales desde la perspectiva del patrimonio público”. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad de Antioquia. Antioquia, 2012, pp. 16 y ss. Disponible en: <https://goo.gl/2BFxzj>.

⁶ “Artículo 78.- Todos tienen derecho a la educación. El Estado creará y sostendrá escuelas, instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y a

Asimismo, esa Constitución establece, que *corresponde al Estado –y no a la Administración–* orientar y organizar el sistema educativo de conformidad con los principios establecidos en dicho texto fundamental⁷, así como regular las formas en las que las universidades puedan emitir su opinión con respecto a los asuntos de la vida económica⁸.

Del articulado de esa Constitución se puede sustraer que la Universidades pueden ser personas de derecho público o privado, en el caso de las primeras son creadas por el *Estado*, y organizadas por este en atención a los fines establecidos en la Constitución. En este punto, haciendo una lectura literal de la naturaleza jurídica de las universidades, podría confundirse con la realidad mexicana expuesta en párrafos precedentes, en cuanto su sujeción parece ser con respecto al Estado y no con la Administración Pública, no obstante, 9 años después aparece la Ley de Universidades que aclara la situación.

C. Ley de Universidades de 1970

La Ley de Universidades publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.429 de fecha 8 de septiembre de 1970 resulta indispensable para determinar la naturaleza jurídica de las mismas, siendo que comienza por definir las en sus artículos primero y segundo de la siguiente manera:

Artículo 1. La Universidad es fundamentalmente una comunidad de intereses espirituales que reúne a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre.

Artículo 2. Las Universidades son Instituciones al servicio de la Nación y a ellas corresponde colaborar en la orientación de la vida del país mediante su contribución doctrinaria en el esclarecimiento de los problemas nacionales.

De estos artículos se evidencia el reconocimiento de un elemento asociativo entre profesores y estudiantes, con la salvedad que estarán al

la cultura, sin más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes. La educación impartida por los institutos oficiales será gratuita en todos sus ciclos. Sin embargo, la ley podrá establecer excepciones respecto de la enseñanza superior y especial, cuando se trate de personas provistas de medios de fortuna”.

⁷ “Artículo 80.- La educación tendrá como finalidad el pleno desarrollo de la personalidad, la formación de ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, el fomento de la cultura y el desarrollo del espíritu de solidaridad humana. El Estado orientará y organizará el sistema educativo para lograr el cumplimiento de los fines aquí señalados”.

⁸ “Artículo 109.- La ley regulará la integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados, la población consumidora, las organizaciones sindicales de trabajadores, los colegios de profesionales y las universidades, en los asuntos que interesan a la vida económica”.

servicio de la Nación, contribuyendo a solventar los problemas nacionales. Las universidades nacionales se crean por Decreto del Ejecutivo Nacional⁹, gozan de autonomía¹⁰, tienen personalidad jurídica y patrimonio propio¹¹ y deberán coordinar su actuación con las políticas de la Administración Central a través de Consejo Nacional de Universidades¹². De estos elementos se colide que las Universidades Nacionales en la organización administrativa venezolana son una forma de descentralización funcional de la Administración Pública Nacional, lo cual constituye un importante elemento diferenciador, no obstante, resta determinar bajo que figura de descentralización son creadas y sus consecuencias.

D. Constitución de 1999

En la actualidad, la Constitución establece lo referente a las Universidades Nacionales y en especial las autónomas en su artículo 109 que prevé:

Artículo 109. El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, estudiantas, egresados y egresadas de la comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su

⁹ “Artículo 8. Las Universidades son Nacionales o Privadas. Las Universidades Nacionales adquirirán personalidad jurídica con la publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del Decreto del Ejecutivo Nacional por el cual se crean. Las Universidades Privadas requieren para su funcionamiento la autorización del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 173, 174, 175 y 176 de la presente Ley”.

¹⁰ “Artículo 9. Las Universidades son autónomas. Dentro de las previsiones de la presente Ley y de su Reglamento, disponen de:

1. Autonomía organizativa, en virtud de la cual podrán dictar sus normas internas.
2. Autonomía académica, para planificar, organizar y realizar los programas de investigación, docentes y de extensión que fueren necesario para el cumplimiento de sus fines;
3. Autonomía administrativa, para elegir y nombrar sus autoridades y designar su personal docente, de investigación y administrativo;
4. Autonomía económica y financiera, para organizar y administrar su patrimonio”.

¹¹ “Artículo 12. Las Universidades Nacionales tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional. Este patrimonio estará integrado por los bienes que les pertenezcan o que puedan adquirir por cualquier título legal”.

¹² “Artículo 18. El Consejo Nacional de Universidades es el organismo encargado de asegurar el cumplimiento de la presente Ley por las Universidades, de coordinar las relaciones de ellas entre sí y con el resto del sistema educativo, de armonizar sus planes docentes, culturales y científicos y de planificar su desarrollo de acuerdo con las necesidades del país. Este Consejo, con sede en Caracas, tendrá un Secretario permanente y una Oficina de Planificación del Sector Universitario, vinculada a los demás organismos de planificación educativa, que le servirá de asesoría técnica”.

patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley.

La autonomía universitaria reconocida como principio constitucional, deja entrever en cuanto a la naturaleza jurídica de las universidades nacionales autónomas, que las mismas gozan de un amplio margen de libertad, lo que implica correlativamente menor control de parte de la Administración Central, elemento fundamental para la formulación de posturas sobre su naturaleza.

En este sentido, la doctrina y jurisprudencia nacional no es unánime y se divide principalmente en dos posturas en cuanto a la forma de descentralización a la que obedecen esas universidades i) como establecimientos públicos corporativos y, ii) como establecimientos públicos institucionales o institutos autónomos. En las siguientes líneas esbozaremos los principales planteamientos en la doctrina nacional y alguna de las críticas expresadas sobre esas tesis.

2. Posiciones doctrinales

A. Universidades nacionales como establecimientos públicos corporativos

Importantes sectores de la doctrina nacional se han decantado por la concepción de las universidades nacionales autónomas como establecimientos públicos corporativos, de esa manera hallamos definiciones como la esbozada por el profesor VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE que es del tenor siguiente:

Las universidades son personas morales autónomas; de carácter corporativo, de naturaleza pública o privada, reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo, que están al servicio de la República y cuyo objeto es reunir a profesores y estudiantes en la tarea de buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre y de cumplir una función rectora dentro de la educación, la cultura y la ciencia del país¹³.

En ese sentido, es necesario precisar que significa según esta postura, que las universidades posean un sustrato corporativo en contraposición al sustrato institucional propio de los institutos autónomos. El elemento

¹³ Cfr. Víctor Rafael Hernández-Mendible: "La naturaleza jurídica de las universidades". *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 48. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1993, p. 396.

corporativo hace referencia a la agrupación espontánea, en este caso de profesores y estudiantes, con un interés común de conocimiento, que buscan satisfacer por encima del propio interés personal y que no responde necesariamente –*siempre que no contravenga la Constitución o la Ley*– a los intereses del Ejecutivo, quien las crea.

Por su parte, el profesor BREWER-CARIÁS, uno de los principales defensores de esta postura establece que las universidades autónomas están caracterizadas por:

[...] la presencia de un sustrato personal que da a estos entes un carácter diferente al de simples dependencias administrativas descentralizadas. En efecto, la naturaleza de los fines que persiguen estos entes exige que los mismos no sólo estén dotados de autonomía, entendiendo este concepto en el sentido tradicional que se le da en nuestro país, sino además de la posibilidad de elegir sus autoridades¹⁴.

Podemos apreciar entonces, que además del sustrato corporativo, estos poseen un amplísimo grado de autonomía, que entre otras consecuencias, permite la elección de las autoridades universitarias, lo cual no es posible en las formas de descentralización institucional. Por consiguiente, otra de las características de las universidades nacionales autónomas, sería la ausencia o escasa presencia de controles por parte de la Administración Central; así lo sostiene la profesora HILDEGARD RONDÓ DE SANSÓ¹⁵, al clasificarlas entre los entes corporativos, y denominarlas entes autónomos por excelencia, colocando el acento en la carencia de control de parte de Administración Central, siendo el Consejo Nacional de Universidades un órgano de coordinación y no de tutela.

Por su parte, el profesor CABALLERO ORTIZ¹⁶ al exponer los elementos propios de los institutos autónomos, señala que las universidades cuentan con elementos propios y diferenciados como su forma de creación (Decreto del Ejecutivo Nacional), la autonomía política para elegir sus autoridades, normativa y administrativa de la que gozan, por carecer las universidades autónomas de elemento fundacional y por la ausencia del control de tutela.

De igual manera, el maestro PEÑA-SOLÍS¹⁷ establece como elementos determinantes para encuadrar a las universidades autónomas dentro de los

¹⁴ Allan R. Brewer-Carías: *Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994, p. 119.

¹⁵ Vid. Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Ediciones Liber. Caracas, 2000, pp. 214 -215; 258 y ss.

¹⁶ Vid. Jesús Caballero Ortiz: *Los Institutos Autónomos*. Tomo I. 3ra Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995, pp. 66 y ss.

¹⁷ Vid. José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Segundo, 3ra Reimpresión. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008.

establecimientos públicos corporativos precisamente su libertad o autonomía, la carencia de control y su forma de creación¹⁸.

a. Oposición a las universidades nacionales como establecimientos públicos corporativos

Estas posturas no se encuentran carentes de críticas por parte de reconocidos autores, que señalan que la naturaleza de las universidades nacionales autónomas se asimila a la de los institutos autónomos o públicos. En ese orden de ideas, el reconocido autor MOLES CAUBET¹⁹, parte de la idea que las universidades en su origen fueron efectivamente formas de asociación corporativa investidas de una serie de prerrogativas y privilegios, todas ellas, que formaban parte del concepto medioeval de autonomía, pero que en la actualidad, ese concepto de autonomía es funcional y debe ser cónsono con la consecución de un fin o servicio público, razón por la cual las universidades modernas para éste, son una institución²⁰.

Asimismo, el autor BRICEÑO VIVAS²¹, en contraposición a la tesis ya expuesta del profesor CABALLERO ORTIZ según la cual diferencia a las universidades de los institutos autónomos, recalca que no existen tales diferencias, dado que las universidades encuadran dentro de la naturaleza de

¹⁸ “Las universidades nacionales son entes públicos de naturaleza corporativa, dotados de una gran autonomía, pues conforme al artículo 9 de la Ley de Universidades tienen autonomía organizativa, académica, administrativa, económica y financiera. Más aún: esa autonomía se refuerza por ser uno de los pocos entes públicos descentralizados funcionalmente que no están adscritos a ningún órgano de la Administración Central, razón por la cual escapan del control de tutela que ejerce la Administración Central sobre los demás entes descentralizados institucionalmente, sin que ello signifique que escapen a todo tipo de control por parte del Estado, el cual lo ejerce, como se dijo antes, por medio del Consejo Nacional de Universidades. Además, a diferencia de las restantes personas jurídicas públicas no territoriales, son creados por un instrumento de rango sublegal, en razón de que así lo dispone el artículo 8 de la Ley de Universidades”. Cfr. *Ibíd.*, pp. 127 y 128.

¹⁹ Vid. Antonio Moles Caubet: “El Concepto de Autonomía Universitaria”. *Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997.

²⁰ “Las Universidades o corporaciones de origen romano pero recompuestas en la edad media, constituían asociaciones de derechos y obligaciones distintos a la de sus asociados, dotadas de personalidad jurídica. Estas Universidades o corporaciones están inscritas en una sociedad estamental donde los privilegios señalan la jerarquía. La autonomía de las corporaciones consistía en la suma de privilegios fueros o prerrogativas. En el estado moderno, donde impera el principio de igualdad, la autonomía pierde su sentido originario. En el ordenamiento estamental se trataba de una autonomía-privilegio. De manera diferente en el estado democrático de la soberanía popular la autonomía se reduce a un medio, uno de tantos, para realizar funciones públicas o prestar servicios públicos se trata de una autonomía funcional”. Cfr. *Ibíd.*, p. 261.

²¹ Vid. Gustavo Briceño Vivas: *Manual de Derecho Administrativo Especial*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014.

las formas especiales de descentralización institucional, siendo que en su opinión, los institutos autónomos también tienen la posibilidad de elegir sus autoridades, gozan de autonomía normativa y tienen un alto grado de participación de sus integrantes²².

B. Universidades nacionales como institutos autónomos

Como ya hemos adelantado, y también lo destaca la investigadora ANTONIETA GARRIDO DE CÁRDENAS²³, autorizados autores de la doctrina patria sostienen que la personalidad jurídica de las universidades nacionales es la de un instituto autónomo, así, señalando entre los más destacados defensores de esa posición al profesor LARES MARTÍNEZ para quien “las Universidades Nacionales son institutos Autónomos, por ser órganos de la Administración Pública Nacional, creados por el Estado, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, investidos de autoridad y encargados de cumplir cometidos estatales”²⁴, sin embargo, es necesario recalcar que el autor destaca que el Poder Público, en la práctica ha creado universidades por vía de decretos del Ejecutivo Nacional y no por Ley como la Constitución dispone para los institutos autónomos y coloca como ejemplos universidades nacionales universidad experimentales creadas de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Universidades²⁵

²² “No comparto en consecuencia la opinión del profesor Jesús Caballero Ortiz al expresar que las universidades nacionales no pueden considerarse como institutos autónomos por cuanto sus elementos diferenciadores son marcados. Alega fundamentalmente, que los mecanismos de elección es un elemento diferenciador, sin embargo a nuestro parecer, la elección es por demás un elemento típico de la descentralización lo cual no observamos incompatibilidad. En segundo lugar, la autonomía normativa, lo que implica a nuestro juicio una descentralización muy marcada nada extraña al concepto y en tercer lugar, el grado de participación el cual consideramos como un elemento clave para definir la descentralización administrativa. Realmente las Universidades Nacionales, de acuerdo al derecho positivo venezolano, son institutos autónomos de marcada tendencia descentralizada y especial”. Cfr. *Ibíd.*, pp. 189 y 190.

²³ Antonieta Garrido de Cárdenas: “Enfoque de la personalidad jurídica de las universidades en la jurisprudencia venezolana”. *Revista anuario del Instituto de Derecho Comparado*. N° 20. Carabobo, 1997.

²⁴ Vid. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. 10ma Edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1996.

²⁵ “Artículo 10. Conforme a lo dispuesto en la Ley de Educación, el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo Nacional de Universidades, podrá crear Universidades Nacionales Experimentales con el fin de ensayar nuevas orientaciones y estructuras en Educación Superior. Estas Universidades gozarán de autonomía dentro de las condiciones especiales requeridas por la experimentación educativa. Su organización y funcionamiento se establecerá por reglamento ejecutivo y serán objeto de evaluación periódica a los fines de aprovechar los resultados beneficiosos para la renovación del sistema y determinar la continuación, modificación o supresión de su status. [...]”.

y; en todo caso propone para disipar dudas en torno a la naturaleza de las universidades nacionales que su creación sea por vía legislativa al igual que los institutos autónomos o en caso contrario, que una posterior reforma de la Ley de Universidades consagre expresamente que las mismas son establecimientos públicos corporativos.

Por su parte, si bien el autor MOLES CAUBET utiliza indistintamente la acepción de establecimientos públicos con la de institutos autónomos como formas de Administración indirecta, siendo que para él, entes descentralizados son por igual “los Establecimientos Públicos franceses (‘Etablissements Publics’) y los Institutos Autónomos venezolanos, entre los cuales se encuentran las Universidades oficiales o nacionales”²⁶, debemos recordar que en su análisis histórico de las universidades menciona que en antaño las mismas eran corporaciones, en contraposición a las instituciones actuales, siendo que la diferencia para éste autor, parte de que esos entes descentralizados, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, tengan un carácter corporativo o institucional, que a su vez se determina por la caracterización de la autonomía como un “poder exclusivamente conferido para cumplir deberes”²⁷ que deben poseer inexorablemente los últimos. Concluye este finalmente, que las universidades nacionales en Venezuela son institutos autónomos, no obstante, “[l]a forma no prejuzga pues el contenido –la misión creadora y difusora del saber– ni tampoco sus condiciones de existencia y persistencia”²⁸.

Más reciente y tajante, es la posición del profesor BRICEÑO VIVAS, para quien las universidades nacionales encuadran perfectamente en la clasificación de los institutos autónomos, con la salvedad que las primeras, gozan de un alto grado de autonomía, una forma de control particular, y están enmarcadas dentro de una descentralización funcional amplia, o dicho literalmente:

El control ejercido sobre las universidades nacionales constituye un control sui géneris, distinto a los tradicionales. El control sobre las universidades lo materializa un Consejo Nacional de Universidades constituido por todas las universidades del país, y cuyo presidente lo es el Ministro de Educación Superior de conformidad con la Ley de Universidades. Si, existe un representante por cada universidad en el Consejo, pareciera entonces que cada universidad se autocontrola en sus gestiones administrativas y financieras.

Por otra parte, la posibilidad que tienen las Universidades Nacionales de elegir, por votación, sus propias autoridades, desde el rector hasta los estudiantes, le confiere a las mismas Universidades nacionales, un carácter auténtico de ser entes

²⁶ A. Moles C.: *El Concepto de Autonomía Universitaria... op. cit.*, p. 266.

²⁷ *Ibid.*, p. 267.

²⁸ *Ibid.*, p. 270.

descentralizados, de acuerdo a la tradicional doctrina francesa acerca del concepto de descentralización. En todo caso, dada estas características expuestas, no existe duda alguna de que las Universidades son, a nuestro entender, verdaderos institutos autónomos, que forman parte de la Administración Pública y que prestan fundamentalmente un servicio de educación superior, gratuita, pública y bajo la vigilancia formal del Estado²⁹.

a. **Oposición a las universidades nacionales como institutos autónomos**

En primer lugar, debemos mencionar que CABALLERO ORTIZ expresa que los institutos autónomos no son equivalentes al establecimientos público francés como lo plantea MOLES por el contrario, manifiesta que en Venezuela, los institutos autónomos son sólo una categoría jurídica dentro de la descentralización funcional, con rasgos propios y diferenciados de las Universidades, y sobre ese supuesto comienza el análisis pormenorizado de esas diferencias.

El profesor JOSÉ RAFAEL BELANDRIA GARCÍA³⁰, apoyado en la tesis del profesor Jesús Caballero Ortiz sobre los elementos característicos de los institutos autónomos, a saber: (i) personalidad jurídica; (ii) elemento fundacional; (iii) la creación por ley; (iv) la autonomía y; (v) la vinculación con la Administración Central mediante la figura de la adscripción; realiza una serie de argumentos en contrario a quienes sostienen que la naturaleza de las Universidades Nacionales se asimila a un Instituto Autónomo, es ese sentido, el referido autor señala que las Universidades Nacionales carecen del elemento fundacional propio de los institutos autónomos, por el contrario, estas poseen un sustrato corporativo, lo que significa que “representan un grupo de personas organizadas (*universitas personarum*) en función de satisfacer un interés común y que participan en su administración”³¹. En ese sentido, con respecto a la creación por Ley de los Institutos Autónomos, establecida en el artículo 142 constitucional y 98 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, se destaca la clara contradicción con el artículo 10 de la Ley de Universidades, que establece que estas últimas son creadas por Decreto Presidencial. Finalmente, con respecto a la vinculación con la Administración Central, señala el referido autor que “las Universidades Nacionales bajo ningún supuesto guardan una relación de adscripción con algún órgano de la

²⁹ G. Briceño V.: *Manual de Derecho Administrativo... op. cit.*, pp. 189 y 190.

³⁰ Vid. José Rafael Belandria García: “Naturaleza jurídica de las universidades nacionales”. *DIKAIOSYNE*. N° 20. Universidad de Los Andes. Mérida, 2008, pp. 195 y 196. Disponible en <https://goo.gl/A4aewD>.

³¹ *Ibid.*, p. 195.

Administración Pública Nacional Central y tampoco están sujetas al control de tutela que se deriva de dicho tipo de relaciones”³², resaltando que con respecto al Consejo Nacional de Universidades existe una “relación de coordinación y armonización”³³.

3. Posición Jurisprudencial

La jurisprudencia recogida por el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2009³⁴, ha dejado sentado que, en la actualidad, para esa Sala Político-Administrativa, la naturaleza jurídica de las Universidades Nacionales es la de un Instituto Autónomo, según se estableció en sentencia N° 2751 de fecha 20 de noviembre de 2001, caso: Mercedes Matilde Mendoza contra la Universidad del Zulia, en la cual se estableció:

Ahora bien, en el caso de autos, se observa que la parte demandada es una Universidad Nacional creada por Decreto Legislativo de fecha 29 de mayo de 1891, la cual, no puede ser considerada como la República, ni empresa del Estado. Sin embargo, **a pesar de la imposibilidad de su asimilación existencial, las Universidades nacionales o públicas participan de la naturaleza de los Institutos Autónomos, en cuanto a sus componentes estructurales, tales como personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente al Fisco Nacional y además, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Universidades, se trata de instituciones al servicio de la Nación formando parte de la Administración Pública Nacional y por tanto, por participar de las notas principales de aquellos institutos, y por los intereses fundamentales que representan, se justifica, que a los fines de su protección jurisdiccional, se les extienda el fuero contencioso administrativo y por ello, cualquier acción o recurso que se ejerza en su contra, corresponde su conocimiento, al igual que los institutos autónomos, a la jurisdicción contenciosa administrativa.** (Resaltados nuestros).

Anterior a esa decisión, esa Sala Político-Administrativa en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1999, caso: Rister Deltony Rodríguez Boada vs. Universidad De Oriente, cuyo criterio es reiterado por sentencias de fechas 24 de febrero de 2000, caso: Hipólito Guzmán vs. Universidad Nacional Experimental Simón Rodríguez y 13 de junio de 2000, caso: Nelson Macquae vs. Universidad Central de Venezuela ha ratificado la postura de asimilar a las universidades nacionales autónomas a los institutos autónomos en los términos siguientes:

En efecto, cabe señalar que, tanto los institutos autónomos como las universidades nacionales cuentan con personalidad jurídica propia, que les

³² *Ibíd.*, p. 196.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Compilación de la Doctrina de la Sala Político Administrativa*. Tomo II. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Doctrina Judicial N° 31. Caracas, 2009, p. 528.

permite ser titular de derechos y obligaciones, por lo cual manejan una actuación totalmente distinta de la República. Asimismo, disponen de un patrimonio propio, independientemente del fisco nacional que les permite gozar de autonomía, haciendo posible la dirección de su propia administración.

Estas razones que, naturalmente son de la esencia de las referidas instituciones, aunado al hecho de que su finalidad va dirigida al servicio de la Nación, según lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley de Universidades, hacen posible la asimilación de las universidades a la categoría de los institutos autónomos, a los efectos de considerarlas incluidas dentro de los entes contemplados en el numeral 15, del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En razón de ello, resulta procedente su ubicación dentro del fuero jurisdiccional contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, y a pesar de ser la postura que prevalece en la Jurisprudencia patria, esa tesis propugna que el control y la subordinación a la que deben estar sometidas las universidades, debe ser la propia del régimen de los institutos autónomos, lo cual, en mi opinión, resulta una desnaturalización del origen, principio y sentido de las universidades, dado que las mismas al ser una agrupación natural de personas, con fines científicos, humanísticos y espirituales, teniendo la labor de formar a profesionales de diversas ramas de las ciencias, libres pensadores, críticos y estadistas no pueden estar subordinadas a la planificación central del gobierno de turno, y su autonomía constitucionalmente consagrada no puede ser violentada o limitada sino dentro de las excepciones establecidas por esa misma Constitución. Más adelante podremos apreciar, cómo a pesar de ser consideradas institutos autónomos por nuestros Juzgados, no gozan las universidades de ninguna de sus prerrogativas.

Asimismo, como veremos en el punto referente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido para declarar los tribunales competentes para conocer las demandas contra Universidades Nacionales Autónomas, sin profundizar en el asunto, que las mismas son Establecimientos Públicos Corporativos.

IV. BREVE MENCIÓN A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Es mucho lo que se ha dicho en la doctrina nacional con respecto a la autonomía universitaria, que si bien no es el objeto central de esta investigación, resulta un tema ineludible y de obligatoria referencia, como era de esperar, tampoco existe consenso sobre el concepto de autonomía, por ello, la entenderemos en un sentido amplio como una figura de la organización administrativa, mediante la cual, dentro de los límites de la descentralización o desconcentración funcional, se les otorga mayores o menores posibilidades de auto-gestión a determinados órganos y entes de la Administración Pública,

grados de autonomía que varían de forma proporcionalmente inversa a los controles a los que se encuentre sujeto el órgano o ente. Es ese sentido, nos corresponde delimitar el alcance de ese concepto con respecto a las universidades nacionales autónomas.

La autonomía universitaria es de primer grado, dado que está consagrada como un principio constitucional en el artículo 109 de la Constitución de 1999 que reconoce la autonomía organizativa, normativa, administrativa, presupuestaria y académica, así como la inviolabilidad del recinto universitario.

La Ley de Universidades, desarrolla ese principio y establece a su vez el alcance y los límites de dicha autonomía en su artículo 9, estableciendo las diversas modalidades en las cuales se expresa en la práctica, a saber:

1. **Autonomía organizativa**

“En virtud de la cual podrán dictar sus normas internas” (artículo 9.1 de la Ley de Universidades de 1970). Esta autonomía permite el ejercicio de la potestad organizativa de la universidades, lo que significa a su vez, el poder crear, modificar o eliminar los órganos que integran a estas universidades. En ese sentido, existen críticas al texto de la Ley, por considerar que esa autonomía no se agota con dictar sus normas internas, por el contrario esa sería tan solo una expresión de la autonomía normativa. La Dra. RONDÓN DE SANSÓ establece que:

[E]l planteamiento es erróneo, por cuanto la norma organizativa es la que crea, modifica y regula a las personas jurídicas y los órganos que las integran, estableciendo sus modalidades de acción y las relaciones que rigen en su interior. La norma interna es por definición aquella que surte efecto exclusivamente en el ámbito de una organización o de un ordenamiento jurídico particular. La norma organizativa no es necesariamente una norma interna, ya que ella puede producir efectos en la esfera de los particulares como es el caso de la norma atributiva de competencia y de las disposiciones que regulan la relación de empleo público. De allí que el enunciado del artículo que se comenta no es preciso, pues no toda norma organizativa es norma interna, ni toda norma interna es norma organizativa³⁵.

2. **Autonomía normativa**

Vistas las observaciones a la autonomía organizativa y pese a no estar establecida expresamente en el texto de la Ley de Universidades, debemos referirnos a la autonomía normativa que encuentra asidero en el texto

³⁵ Cfr. H. Rondón D. S.: *Teoría General de la Actividad...* op. cit., p. 259.

constitucional cuando establece que “[l]as universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio [...]”³⁶. Es por ello, que las universidades nacionales autónomas podrán dictar su propio ordenamiento jurídico de rango sublegal, que regule sus relaciones internas y externas, abarcando incluso la posibilidad de celebrar convenios internacionales, como en efecto lo hacen.

3. Autonomía académica

De conformidad con la Ley de Universidades comprende la libertad para “planificar, organizar y realizar los programas de investigación, docentes y de extensión que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines” (artículo 9.2). Esta representación de la autonomía en la práctica supone también la libertad de cátedra de los docentes y la no injerencia política en los programas y contenidos de estudio impartidos.

4. Autonomía administrativa

“Para elegir, nombrar sus autoridades y designar su personal docente y de investigación y administrativo” (artículo 9.3 de la Ley de Universidades de 1970). En este caso, siguiendo la línea del profesor BREWER-CARIÁS³⁷ la posibilidad de escoger a sus propias autoridades es una manifestación de la *autonomía política*, mientras que la autonomía administrativa implica la libre gestión de los asuntos y bienes del ente.

5. Autonomía política

Como ya señalamos, tampoco se encuentra diferenciada en el texto de la Ley, no obstante, implica la elección de sus autoridades sin intervención de la Administración Central, elemento característico y especial de la universidades nacionales autónomas, dado que esta configuración de la autonomía es típica de la formas descentralizadas territorialmente, pero no funcionalmente.

Sobre esta expresión de la autonomía universitaria, debemos realizar un inciso, destacando que el contenido de esa potestad de escoger sus propias autoridades ha sido limitada formalmente a través de la Ley Orgánica de Educación del año 2009, en especial con lo que respecta a su artículo 34.3 que establece:

³⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Artículo 109.

³⁷ A. R. Brewer-Carías: *Principios del Régimen Jurídico de... op. cit.*, p. 79.

Artículo 34. En aquellas instituciones de educación universitaria que les sea aplicable, el principio de autonomía reconocido por el Estado se materializa mediante el ejercicio de la libertad intelectual, la actividad teórico-práctica y la investigación científica, humanística y tecnológica, con el fin de crear y desarrollar el conocimiento y los valores culturales. La autonomía se ejercerá mediante las siguientes funciones:

[...]

3. Elegir y nombrar sus autoridades con base en la democracia participativa, protagónica y de mandato revocable, para el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de los derechos políticos de los y las integrantes de la comunidad universitaria, profesores y profesoras, estudiantes, personal administrativo, personal obrero y, los egresados y las egresadas de acuerdo al Reglamento. Se elegirá un consejo contralor conformado por los y las integrantes de la comunidad universitaria.

El precitado artículo introduce conceptos como el de democracia participativa y protagónica, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones de los derechos políticos y además amplía la comunidad universitaria al personal administrativo y obrero como advierte MIGUEL ÁNGEL TORREALBA³⁸. Con base a la inclusión de esos conceptos, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, ha restringido la autonomía universitaria, ordenando modificar los reglamentos electorales de las universidades nacionales a los fines de permitir el voto igualitario, directo –*no representativo*– de todos los profesores, estudiantes, personal administrativo, obreros y egresados, tal como se puede apreciar en decisiones como las N° 120 del 11 de agosto de 2010, N° 18 del 23 de marzo de 2011, N° 47 del 02 de junio de 2011, N° 104 del 10 de agosto de 2011, N°134, N° 138 del 24 de noviembre de 2011 y N° 54 del 28 de marzo de 2012³⁹; suspendiendo además las elecciones universitarias hasta tanto se produzca dicha reforma de los reglamentos de elecciones de esas casas de estudio. En el caso particular de la UCV, ante el incumplimiento de la sentencia N° 104 del 10 de agosto de 2011, se declaró por sentencia N° 83 de fecha 17 de mayo de mayo de 2012⁴⁰ el desacato de sus autoridades imponiéndoles la respectiva multa, vale acotar que esta decisión fue objeto de revisión constitucional y sus efectos se encuentran suspendidos hasta tanto se dicte una decisión.

³⁸ Vid. Miguel Ángel Torrealba: *Autonomía Universitaria*. Ediciones FUNEDA. Caracas, 2012, pp. 32 y ss.

³⁹ Para un estudio más exhaustivo del tema ver la obra citada en nota al pie anterior.

⁴⁰ Sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 83 de fecha 17 de mayo de 2012. Disponible en <https://goo.gl/4syclZ>.

6. Autonomía económica y financiera

“Para organizar y administrar su patrimonio” (artículo 9.4 de la Ley de Universidades de 1970). Permite a su vez la adquisición y disposición de recursos propios sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes.

7. Autonomía territorial

Esta representación de la autonomía universitaria es señalada por el autor ALFONZO PARADISI⁴¹, quien establece que el recinto de las universidades es inviolable de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Universidades de 1970⁴².

V. PRERROGATIVAS DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES

Si recordamos la discusión sobre la naturaleza jurídica de las universidades nacionales autónomas, nos encontramos con que la Sala Político-Administrativa del más alto Tribunal de la República se han inclinado por asimilar estas a los institutos autónomos, lo cual podríamos pensar que implica el ejercicio de las prerrogativas procesales que a estas le corresponden.

En ese sentido, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública establece que los institutos autónomos gozarán de todas las prerrogativa que las leyes otorguen a la República, los estados y los municipios (artículo 100). Lo que dista mucho de la realidad de las universidades nacionales autónomas.

Por el contrario, las universidades nacionales autónomas en cuanto a su patrimonio tienen su propio régimen de prerrogativas procesales establecido en el artículo 15 de la Ley de Universidades que establece: “Las Universidades Nacionales gozarán en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas que al Fisco Nacional acuerda la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional”.

⁴¹ Juan Domingo Alfonzo Paradisi: “La autonomía universitaria y el proyecto de Reforma Constitucional de 2007”. *Revista de Derecho Público*. N° 112. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 305 y ss.

⁴² “El recinto de la Universidades es inviolable. Su vigilancia y el mantenimiento del orden son de la competencia y responsabilidad de las autoridades universitarias; no podrá ser allanado sino para impedir la consumación de un delito o para cumplir las decisiones de los Tribunales de Justicia. Se entiende por recinto universitario el espacio precisamente delimitado y previamente destinado a la realización de funciones docentes, de investigación, académicas, de extensión o administrativas, propias de la Institución”.

Pareciera entonces que el legislador, en cuanto al régimen de prerrogativas procesales, equipara a las universidades nacionales autónomas a un bien fiscal como sucede en el caso colombiano⁴³.

Esas prerrogativas aplicables, serán solo las relativas al patrimonio de las universidades nacionales autónomas y así lo ha establecido la doctrina nacional al señalar que:

Son aplicables los artículos 3, 4, 5, 6, en la medida en que se afecta el patrimonio de la Universidad; igual comentario existiría para los artículos 7, 8, 9 y 10, evidentemente aplicables por cuanto las costas afectan a la Universidad en su patrimonio y en consecuencia ella está exenta del pago de costas procesales, creemos que también son aplicables los artículos 12, 13 y 14 de la ley en comentario. Entendemos que también son de su fuero los artículos 15 y 16, por cuanto afectaría cualquier medida judicial preventiva o definitiva al patrimonio de la Universidad⁴⁴.

Los artículos antes descritos se encuentran consagrados en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, publicada en Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974⁴⁵. Empero, debemos recordar que

⁴³ L. J. Londoño J.: *Naturaleza jurídica del campus de... op. cit.*

⁴⁴ Cfr. Alcántara Núñez: "Acciones judiciales contra las Universidades". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*. N° 56. Universidad de Carabobo. Valencia, 1997, p. 165.

⁴⁵ Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Artículo 3: "El Fisco Nacional gozará, además de los privilegios que le confiere la legislación civil, de los acordados por esta Ley y por las leyes fiscales especiales. El representante del Fisco que no haga valer estos privilegios, será responsable personalmente de los perjuicios que la falta ocasione al Fisco Nacional." Artículo 4: "Cuando los créditos a favor del Fisco, liquidados a cargo de los contribuyentes o deudores, no hayan sido pagados por vía administrativa al ser exigibles, se demandarán judicialmente siguiéndose el procedimiento especial establecido en el Código de Procedimiento Civil. Las liquidaciones formuladas por empleados competentes, los alcances de cuentas y las planillas de multas impuestas, tienen el carácter de títulos ejecutivos y al ser presentados enjuicio aparejan embargo de bienes." Artículo 5. "En ningún caso es admisible la compensación contra el Fisco, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de los créditos que pretendan compensarse." Artículo 6: "Cuando los apoderados o mandatarios de la Nación no asistan al acto de la contestación de demandas intentadas contra ella, o de excepciones que hayan sido opuestas, se tendrá unas y otras como contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad que la omisión apareja al representante del Fisco." Artículo 7. "En ninguna causa fiscal se podrá convenir en la demanda, celebrar transacciones, ni desistir de la acción ni de ningún recurso, sin autorización previa del Ejecutivo Nacional dada por escrito y con intervención del Procurador de la Nación. En los asuntos que dependan de la Contraloría de la Nación, la autorización a que se refiere este artículo será impartida previo informe del Contralor de la Nación." Artículo 8. "Los apoderados o mandatarios de la Nación deben hacer valer en los juicios todos los recursos ordinarios y extraordinarios, concedidos por las leyes, sin necesidad de autorización especial. Sólo dejarán de ejercer alguno o algunos de tales recursos, cuando reciban instrucciones escritas del Ejecutivo Nacional en que así se le ordene." Artículo 9: "Se consultará con el Tribunal Superior competente toda sentencia definitiva dictada en juicio

de conformidad con la Ley Derogatoria de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, publicada en Gaceta Oficial N^o 39.238 del 10 de agosto de 2009 todas esas prerrogativas y privilegios han sido derogados hasta tanto sea dictada una nueva Ley, careciendo entonces las universidades nacionales autónomas de prerrogativas procesales y privilegios. Siendo entonces que en la práctica se pretende una injerencia similar a la de los institutos autónomos pero sin contar con las defensas que estos gozan *—las cuales también resultan exorbitantes para cualquier órgano y ente de la Administración Pública—*.

VI. TRIBUNALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LAS ACCIONES CONTRA LAS UNIVERSIDADES NACIONALES AUTÓNOMAS

Hasta este punto, hemos tratado de posicionar a las universidades nacionales autónomas dentro de la organización administrativa venezolana,

en que sea parte el Fisco Nacional, salvo disposiciones especiales. "Artículo 10: "En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen percer o se desista de ellos. (...) "Artículo 12: "Los Tribunales, Registradores y demás autoridades, deben enviar al Ministerio de Hacienda y a la Contraloría de la Nación, copia certificada de los documentos que les presenten los particulares y de cuyo texto se desprenda algún derecho en favor del Fisco Nacional, a no ser que en el otorgamiento de dichos documentos hubiese intervenido el funcionario fiscal competente. Asimismo deben notificarse por la vía más rápida, al Procurador de la Nación y al Contralor de la Nación, toda demanda, oposición, sentencia o providencia, cualquiera que sea su naturaleza que obre contra el Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de un derecho o recurso por parte del Fisco. "Artículo 13: "Todas las autoridades civiles, políticas, administrativas, militares y fiscales de la Nación, de los Estados y Municipalidades y los particulares están obligados a prestar su concurso a todos los empleados de inspección, fiscalización, administración y resguardo de rentas nacionales, a denunciarlos hechos de que tuvieran conocimiento, que impliquen fraude a las rentas, quedando sujetos, por la infracción de lo dispuesto en este artículo, a las sanciones que establece el Código Penal. "Artículo 14: "Los Tribunales, Registradores y todos los demás funcionarios y autoridades de la República deberán prestar gratuitamente los oficios legales de su ministerio en favor del Fisco Nacional, siempre que sean requeridos por autoridades competentes, para cualquier acto o diligencia en que deban intervenir por razón de sus funciones. Las solicitudes, actuaciones, documentos y copias que se extiendan en estos casos, en interés del Fisco Nacional, se formularán en papel común, sin estampillas y no estarán sujetos a impuestos ni contribución alguna. "Artículo 15: "En ningún caso podrá exigirse caución al Fisco Nacional ni para una actuación judicial. "Artículo 16: "Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los Jueces que conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado".

y en ese sentido, no resulta de Perogrullo recordar que éstas siguen siendo entes de la Administración Pública con potestades y en relación directa y permanente con los administrados, quienes a su vez gozan de una serie de garantías constitucionales para hacer valer sus derechos. Tal como lo expresa el profesor RODRÍGUEZ GARCÍA:

En cualquier supuesto derivado de la prestación del servicio educativo o vinculado con éste, encontramos la existencia de situaciones y relaciones con trascendencia jurídica que se ven arropadas por las categorías y técnicas que aporta el Derecho Administrativo. Tales circunstancias ponen en juego la dinámica propia de la Disciplina, mediante la consideración de la actividad realizada por la Administración como una función, subordinada plena e inexcusablemente al Derecho, frente a la cual, el administrado concurre como titular de derechos e intereses jurídicamente protegidos mediante los mecanismos de garantía que el ordenamiento pone a su disposición, para preservar, precisamente, la buena administración en función del interés colectivo, de tal modo que se pone en juego la totalidad del ordenamiento, el contexto general, y no una pieza normativa o concreta percibida en forma aislada o individual⁴⁶.

La garantía a tratar no es otra que la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 del texto constitucional, que concordada con el artículo 259 *eiusdem* permite a todos los ciudadanos acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer valer sus derechos y buscar el restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por la actuación u omisión de las universidades autónomas.

En ese sentido, con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 2010, se atribuía la competencia para conocer de las demandas de nulidad contra los actos de las universidades nacionales autónomas a las Cortes Contencioso-Administrativas, en algunos casos considerando a estos entes públicos corporativos⁴⁷. Ese criterio se mantuvo luego de dictada la mencionada Ley, atribuyéndose los Juzgados Nacionales el conocimiento de las demandas de nulidad⁴⁸ en virtud de la competencia residual establecida en el artículo 24.5⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. Armando Rodríguez García: “*Los estudios de postgrado como asunto jurídico-administrativo*”. Revista de Derecho Público. N° 141. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, p. 117.

⁴⁷ Sentencia de la Sala Constitucional N° 496 de fecha 19 de marzo de 2002. Caso: Amado Nell Espina Portillo, contra el acto emanado del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Disponible en <https://goo.gl/Oe4nhM>.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de fecha 26 de julio de 2011. Caso: Yodilbeida Silveria Rangel Urbina, contra el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Experimental del Yaracuy. Disponible en <https://goo.gl/OMcb4b>.

⁴⁹ “Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para conocer de: [...] 5. Las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por autoridades distintas a las mencionadas en el numeral

Sin embargo, este criterio presenta excepciones cuando se trata de amparos constitucionales, demandas de nulidad o querellas interpuestas por docentes de las universidades nacionales en ocasión con la relación de trabajo, en cuyo caso su conocimiento corresponde en primera instancia a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, y en segunda instancia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo de Justicia en Pleno, mediante sentencia N° 142 del 28 de octubre de 2008, caso: Lucrecia Marili Heredia Gutiérrez, contra la Universidad de Oriente (U.D.O.)⁵⁰.

Siendo así que las demandas de nulidad o amparo, interpuestas por cualesquiera otras personas, naturales o jurídicas distintas a los docentes, o incluso por estos mismos, siempre que no sean con ocasión a una relación laboral con la respectiva Universidad Nacional Autónoma, serán conocidas por los Juzgados Nacionales.

Aunado a lo anterior, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, tal como lo expone suficientemente el profesor MIGUEL ÁNGEL TORREALBA⁵¹, se ha atribuido la competencia de conocer “[l]os recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil⁵²”, competencia que no es reconocida en un instrumento legal sino con la llegada de la Ley Orgánica del Tribunal Supremos de Justicia, en su artículo 27.2.

CONCLUSIONES

En este punto resulta ineludible reiterar mi opinión sobre la naturaleza jurídica de las Universidades Nacionales Autónomas, si es que no se ha dejado entrever en el curso de la presente investigación. Es así, que estas han surgido como una agrupación espontánea de profesores y estudiantes, anterior al surgimiento de los Estados modernos, por lo que no resulta comprensible como se pretende equiparar estas a institutos autónomos de naturaleza fundacional concebidos para realizar determinadas funciones del

5 del artículo 23 de esta Ley y en el numeral 3 del artículo 25 de esta Ley, cuyo conocimiento no esté atribuido a otro tribunal en razón de la materia”.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Pleno N° 142 del 28 de octubre de 2008. Disponible en <https://goo.gl/2ZJi7O>.

⁵¹ Vid. M. A. Torrealba: *Autonomía universitaria... op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁵² Decisión N° 2 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 10 de febrero del año 2000. Disponible en <https://goo.gl/8efaCd>.

Estado, sometidas al control por un órgano de la Administración Central y con autoridades designadas por ésta.

La Universidades forman parte de la sociedad civil, en el entendido que las mismas surgen de la agrupación espontanea de estudiantes y profesores en busca de conocimiento y no se encuentran subordinadas a los intereses del órgano que las crea, en términos más complejos, CARLOS PEREYRA estudiando la obra de GRAMSCI, destaca que pese el reconocimiento o configuración de ciertas instituciones como las universidad dentro del sector público, éstos “no son ‘aparatos ideológicos de Estado’, son instituciones ideológicas y políticas de la sociedad civil cuyo funcionamiento se deslinda de los dictados gubernamentales”⁵³, y es ese carácter corporativo, aunado al deber de contribuir al fortalecimiento de esa misma sociedad civil⁵⁴, es el que propina el amplio margen de autonomía del que gozan, reconocido incluso como un principio constitucional. No debemos tomar a la ligera la asimilación de las Universidades a los Institutos Autónomos, pues esto a la larga puede servir como justificación para una injerencia de los gobiernos de turno en el contenido académico, administración de personal y recursos, elección de autoridades, y normas que regulen el funcionamiento y relación de las universidades con otras personas jurídicas, lo que ya ha ocurrido, como vimos al mencionar las sentencias de 2010, 2011 y 2012 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, lo que representa una merma a la autonomía universitaria.

Es por ello que nos adherimos a la tesis de consagrar las Universidades Nacionales Autónomas como establecimientos públicos corporativos, es decir, entes descentralizados funcionalmente con un sustrato personal y alto nivel de autonomía, al servicio, pero no bajo la bota de la Nación.

Dicho esto, consideramos necesario una reforma a la Ley de Universidades, dónde se proteja a las mismas como entes diferenciados de cualquier otra forma de descentralización, reconociendo la importancia que tienen estas para el desarrollo de nuestro país.

Asimismo, siendo que gozan del fuero de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a las universidades nacionales deben reconocérseles ciertas prerrogativas y privilegios procesales que permitan velar por la integridad de su patrimonio, no obstante, esas prerrogativas deben ser consagradas en un marco racional y en equilibrio con los derechos de los administrados, para que

⁵³ Cfr. Carlos Pereyra: “Gramsci: Estado y sociedad civil”. *Cuadernos políticos*. N° 54/55. Editorial Era. México, D.F., 1988, p. 56. Disponible en: <https://goo.gl/qeIT7u>

⁵⁴ Para un estudio más exhaustivo del tema ver: Liliana Margarita Del Basto Sabogal. “Relación Universidad-Sociedad Civil en el Ámbito de lo Público. Una reflexión necesaria”. *Historia de la Educación Colombiana*. N° 9, 2006. pp. 93-109. Disponible en: <https://goo.gl/cT2ggx>

no se conviertan en un verdadero obstáculo para el acceso a la justicia como ocurre con los institutos autónomos y demás entes y órganos de la Administración Pública. Este tema por su complejidad, puede *–y debe–* ser objeto de debate y posteriores estudios, siendo que destacados sectores de la doctrina proponen incluso, la abolición de la totalidad de las prerrogativas de la Administración, por menoscabar éstas los derechos de los administrados.

Las Universidades Nacionales Autónomas, *Alma Mater* de cientos de miles de venezolanos, deben recuperar su luz y es través de su propia comunidad que lo pueden lograr y no dependiendo de la voluntad de unos pocos que ejercen el “Poder político”, lo contrario sería desconocer su carácter corporativo y social. La defensa de la universidad nos corresponde a todos, hagámosla una realidad.

*Alma Mater, abierto Cabildo,
donde el pueblo redime su voz:
¡Nuestro pueblo de amable destino,
como el tuyo, empinado hacia Dios!*⁵⁵

⁵⁵ Himno de la Universidad Central de Venezuela. Estrofa IV.

LAS “PRERROGATIVAS PROCESALES DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO”, A PROPÓSITO DEL FALLO N° 732/2015 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Gabriel Sira Santana¹

Resumen: *La colaboración consiste en un repaso de los principales argumentos ofrecidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al pronunciarse en diferentes casos sobre si las empresas del Estado gozaban, o no, de prerrogativas procesales.*

Palabras clave: *Sala Constitucional – Empresas del Estado – Prerrogativas procesales – Argumentación.*

SUMARIO. Introducción. I. Los argumentos de la Sala Constitucional en el fallo N° 732/2015 (CASO: PDVSA PETRÓLEO, S.A.). 1. Sobre el hecho que la Sala Constitucional estableció en un fallo anterior que las empresas del Estado gozan de las mismas prerrogativas procesales que la República. 2. Sobre el hecho que la legislación vigente otorga a la República prerrogativas procesales. II. Los argumentos de la Sala Constitucional en los casos anteriores al fallo N° 732/2015. 1. Fallos en los que se concluye que las empresas del Estado no son beneficiarias de las prerrogativas de la República. 2. Fallos en los que se concluye que las empresas del Estado son beneficiarias de las prerrogativas de la República. Comentario final.

INTRODUCCIÓN

Conforme al ordenamiento jurídico venezolano, la República cuenta con una serie de “privilegios y prerrogativas procesales”² que le “son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte”. Así lo establece

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2013). Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

² A pesar de que a nivel legislativo se tratan como sinónimos, la doctrina suele diferenciarlos e indica que los privilegios son ventajas de contenido patrimonial que “permiten a la Administración principalmente la realización de sus créditos y que la eximen del pago de derechos de actuación”, mientras que las prerrogativas son “regulaciones derogatorias del régimen procedimental común cuando es la Administración la que actúa como parte o como interviniente en un procedimiento judicial”. Véase Eugenio Hernández-Bretón: “Prerrogativas procesales de los estados extranjeros y organizaciones internacionales en caso de demandas laborales intentadas por personal local ante tribunales nacionales”. *Revista de Derecho*. N° 30. TSJ. Caracas, 2009, pp. 227-251.

el artículo 65 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República³ (en lo sucesivo, DRVF-LOPGR).

El decreto ley mencionado no es el único que contiene una disposición de esta naturaleza: la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público⁴ indica que "[l]os estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República" (artículo 36), mientras el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁵ (en lo sucesivo, DRVF-LOAP) precisa que "[l]os institutos públicos o autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios" (artículo 100).

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal⁶ hace lo propio –respecto a los municipios– en los artículos 153 y siguientes que, vale acotar, "serán aplicables a los distritos metropolitanos en cuanto sean procedentes" (artículo 29)⁷.

En este sentido resulta claro que el legislador nacional –a pesar de que a nivel constitucional se propugna la igualdad y la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y de la actuación de la República en general⁸– consideró que la República, los estados, los municipios, los distritos metropolitanos y los institutos públicos o autónomos han de contar con un *halo de protección* –que, en la práctica, puede traducirse en un desmembramiento de la tutela jurídica efectiva del particular– que parte de la doctrina ha entendido como necesario para que la Autoridad Administrativa alcance "una adecuada satisfacción del interés general, el cual, implica

³ Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario del 31-07-2008.

⁴ Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009.

⁵ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

⁶ Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28-12-2010.

⁷ Dentro de las disposiciones de esta ley se encuentra la obligación de los funcionarios judiciales de citar al síndico procurador municipal en caso de demandas contra el municipio y notificarlo de toda sentencia definitiva o interlocutoria, así como notificar al alcalde de toda actuación que obre en contra de los intereses patrimoniales del municipio; que la demanda se entenderá como contradicha en todas sus partes si el municipio no contesta; que el síndico procurador municipal no podrá convenir, desistir, transigir ni comprometer en árbitros sin la autorización escrita del alcalde; y que los bienes, rentas, derechos y acciones del municipio son inembargables. Adicionalmente, la ley establece cómo procederá la condena en costas contra el municipio y lo referido a la ejecución –voluntaria y forzosa– de la sentencia.

⁸ Artículo 2 de la Constitución de la República. Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Enmendada según N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

lógicamente una desigualdad de las partes", ya que debe prevalecer el "interés superior" entendido como "el Estado a favor de la colectividad"⁹.

Ahora bien, estas prerrogativas no son una construcción novedosa en nuestro ordenamiento. Muestra de ello es, por ejemplo, la Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público de 1955¹⁰ que incluía –entre otras– disposiciones relativas a la obligación de los jueces de notificar al Procurador de la Nación sobre toda actuación que se practicase en los juicios en que la Nación o el Fisco fuese parte (artículo 54) y que realizada la citación del Procurador empezaría a correr un lapso de 15 días laborables luego del cual se consideraría "consumada la citación" (artículo 56).

Es decir, que nos encontramos ante una situación jurídica de larga trayectoria en nuestro Derecho y que, a pesar de ello, nunca ha estado exenta de críticas que la califican como violatoria del principio de igualdad procesal y una reminiscencia de los órdenes absolutistas¹¹; aun cuando otros obran en su defensa¹².

En cualquier caso, sobre lo que no existe duda es que las prerrogativas, dado su carácter de "privilegios que ostentan (...) los órganos y entes del Estado en el campo judicial, es decir, una situación especial y ventajosa que presenta la Administración Pública ante los particulares en la consecución o

⁹ Véase, en general, Alejandro Gallotti: *Las prerrogativas del Estado en el derecho procesal administrativo*. Funeda. Caracas, 2011, p. 31. El autor parte de la noción de "régimen jurídico exorbitante" desarrollada en José Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo parte general*. Paredes. Caracas, 2010, pp. 11-13. Conforme a Gallotti, los privilegios y prerrogativas se han justificado en el hecho que, al ser la Administración Pública gestora del bienestar de los particulares, ella debe ser protegida a fin de que se garantice la eficacia de su actuar puesto que el patrimonio que maneja está destinado a la satisfacción del llamado interés general o colectivo.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 24.726 del 23-04-1955. La ley no es el antecedente más remoto de la figura ya que en textos normativos anteriores se incluían disposiciones similares. Véase Allan Brewer-Carías: "Comentarios sobre la naturaleza y alcance de la intervención del Procurador General de la República en juicios en los que esta tenga interés". *Revista de Derecho Público*. N° 21. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1985, pp. 44-61.

¹¹ Véase sobre esta idea en general Luis Herrera Orellana: "Derecho Administrativo y libertad: o de por qué el Derecho Administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 2. Universidad Monteávila. Caracas, 2014, pp. 71-94. Indica el autor que la doctrina nacional ha errado durante años al sostener "que la Administración, por ser la garante del interés general, debía estar, como en los tiempos del absolutismo, legítimamente por encima de los individuos, de los ciudadanos, y que los derechos de éstos, como se hacía en el Estado liberal, no podían invocarse como un obstáculo a la acción de aquella". Recordamos que, justamente, es este interés general el que suele argumentarse como el justificativo de las prerrogativas de la República.

¹² Véase, por ejemplo, René Lepervanche Parparcen. *Privilegios del Fisco en el derecho venezolano*. Tip. Caracas, 1946.

desarrollo de la litis"¹³, deben estar previstas en la Ley e interpretarse de forma restrictiva.

Así lo sostuvo –por ejemplo– la Corte Suprema de Justicia en el año 1966¹⁴ y, más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ) en diversos fallos, en su mayoría referidos a cuestiones de índole municipal¹⁵.

No obstante lo anterior, esta "línea argumentativa" que había venido siguiendo con cierta consistencia la SC/TSJ, sobre la interpretación restrictiva y previsión legal expresa de las prerrogativas a favor de la Administración Pública, sufrió recientemente un *vuelco* ya que, mediante fallo N° 732 del 18 de junio de 2015¹⁶, la Sala, al conocer de una revisión constitucional solicitada por PDVSA PETRÓLEO, S.A., determinó que la decisión objeto de consulta no tomó en cuenta que dicha sociedad mercantil "es una empresa del Estado Venezolano con rango constitucional, beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere a la República Bolivariana de Venezuela, y que por tanto, sus bienes no pueden ser objeto de medidas de embargo preventivo, ni ejecutivo"; desconociendo así la Sala no solo su propia *doctrina* (que ignoró abiertamente en el fallo en cuestión) sino, también, el texto de las normas que conforman nuestro ordenamiento y claramente señalan quienes gozan de tales prerrogativas (y, por interpretación a contrario, quienes no).

¹³ A. Gallotti: *Las prerrogativas del Estado en... op. cit.*, p. 29.

¹⁴ Véase José Carmona: "La exención de condenatoria en costas procesales en el proceso laboral venezolano". *Gaceta Laboral*. Vol. 16. N° 3. Universidad del Zulia. Maracaibo, 2010, pp. 319-331.

¹⁵ Véase los fallos N° 1582 del 21-10-2008 (caso: Jorge Neher Álvarez y otro) y N° 1331 del 17-12-2010 (caso: Joel Ramón Marín Pérez). Disponibles en <http://goo.gl/5jxXZI> y <http://goo.gl/ZWmyRN>, respectivamente. Conforme al primero de los fallos identificados "el reconocimiento de prerrogativas o privilegios a favor de la Administración es entonces, viable, por el interés que, en un momento dado, exista en dar protección a determinado bien o valor jurídico a través de esta institución; sin embargo, los mismos son de interpretación restringida (...) lo que exige, en primer término, el respeto de los derechos fundamentales del individuo; y en segundo lugar, requiere que su estipulación sea expresa y explícita; de allí que, la búsqueda de el [sic] equilibrio se imponga, no estando permitido al Legislador instaurar tales excepciones de manera genérica e imprecisa, sin considerar la incidencia que su vigencia pueda ocasionar en los derechos fundamentales". Por su parte, el segundo fallo indica que las normas que regulan las prerrogativas "deben ser materia de interpretación restrictiva, en tanto suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva" y, en tal sentido, "las limitaciones que se producen con la existencia de las prerrogativas y privilegios de los entes públicos -en general- han de imponerse sólo por razones de estricta necesidad y conforme al principio de proporcionalidad y excepcionalidad".

¹⁶ Disponible en <http://goo.gl/viGr9v>.

Hechas las consideraciones anteriores, dedicaremos las próximas páginas al estudio de los argumentos que empleó la Sala Constitucional para justificar el dispositivo de este fallo –y otros en casos similares– sobre las “prerrogativas procesales de las empresas del Estado”, a fin de conocer si tales decisiones se han tomado partiendo de argumentos de valor (bien sean a favor o en contra) o si, por el contrario, han imperado las falacias argumentativas.

I. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN EL FALLO N° 732/2015 (CASO: PDVSA PETRÓLEO, S.A.)

La afirmación realizada por la SC/TSJ de que PDVSA PETRÓLEO, S.A. goza de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere a la República, por ser una empresa del Estado, se basó en los siguientes argumentos¹⁷:

- a. El DRV-F-LOAP establece que “[l]as Empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios (...) tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social” (artículo 103). Dichas empresas se rigen por la legislación ordinaria, este decreto ley y las demás normas aplicables (artículo 108). Sobre este punto, la Sala se limitó a citar el contenido de los artículos indicados¹⁸.
- b. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo¹⁹ determina que en los procesos que involucren derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República, los jueces deben observar los privilegios y prerrogativas consagrados en leyes especiales. Al igual que respecto al DRV-F-LOAP, la Sala se limitó a citar el artículo (en este caso, el 12).

¹⁷ Como se conoce, un argumento es “aquel conjunto de afirmaciones, llamadas *premisas*, que son utilizadas como razones para apoyar o justificar otra afirmación, llamada *conclusión*”. Véase David Martínez Zorrilla: *Metodología jurídica y argumentación*. Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 190.

¹⁸ La Sala, en realidad, se refiere a los artículos 102 y 107 del decreto ley pero hemos de recordar que, en virtud de la ley habilitante publicada en la Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario del 19-11-2013, el decreto ley homónimo del año 2008 (al que hace referencia la Sala) fue derogado al publicarse en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014 el nuevo DRV-F-LOAP. Al respecto, véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez: “Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica de la Administración Pública: 2008-2014. Cambiando todo para que nada cambie”. *Revista de Derecho Público*. N° 140. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 113-123. Vale señalar que los artículos relativos a las empresas del Estado no sufrieron modificaciones, salvo por el cambio de numeración.

¹⁹ Gaceta Oficial N° 37.504 del 13-08-2002.

- c. El DRVF-LOPGR prevé que los privilegios y prerrogativas procesales de la República deben aplicarse en "todos los procedimientos (...) en que sea parte la República"; por lo que, si ella es condenada en juicio, el tribunal de la causa debe notificar al Procurador General que informará sobre la forma de ejecución. Si la propuesta es rechazada en dos oportunidades por el interesado –o si no se presenta propuesta alguna– corresponde al tribunal determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo atendiendo a las pautas que para ello previó el legislador²⁰. Nuevamente, la Sala se limitó a citar los artículos que invoca (a saber: 65, 87, 88 y 89).
- d. La SC/TSJ, en fallo N° 281 del 26-02-2007²¹ (caso: PDVSA PETRÓLEO, S.A.), estableció que "PDVSA Petróleo, S.A., es una empresa del estado [sic] beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares".
- e. La Sala de Casación Social desconoció dicho fallo y no tomó en cuenta que "la sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO S.A., es una empresa del Estado Venezolano con rango constitucional, beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere a la República Bolivariana de Venezuela, y que por tanto, sus bienes no pueden ser objeto de medidas de embargo preventivo, ni ejecutivo".
- f. En virtud de lo anterior, se declara con lugar la revisión constitucional solicitada al haberse violentado, en criterio de la SC/TSJ, el derecho a la defensa y a la tutela jurídica efectiva de la sociedad indicada al aplicársele un procedimiento distinto al previsto en los artículos 87 y 88 del DRVF-LOPGR.

Vista así la motivación brindada por la SC/TSJ para sostener que las empresas del Estado gozan de las mismas prerrogativas procesales que la República, nos corresponde determinar si nos encontramos entonces ante argumentos *buenos o malos* (falaces), para conocer si la conclusión arribada por la Sala –ello es, que las empresas del Estado son beneficiarias de las prerrogativas procesales que el legislador concede a la República– deriva,

²⁰ Conforme al artículo 88 del DRVF-LOPGR, la ejecución depende de si se trata de cantidades de dinero (se ordena que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios) o entrega de bienes (se debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda salvo que estén afectados al uso público, actividades de utilidad pública o servicios públicos, pues, en estos casos, se acordará la fijación del precio mediante avalúo).

²¹ Disponible en <http://goo.gl/rHCxIs>.

efectivamente, de premisas normativas y fácticas verdaderas o correctas que fungen como justificativos reales y lógicos para la toma de esta decisión.

En este sentido, respecto al caso comentado, podemos identificar dos razonamientos o argumentos principales que sirven de base a la decisión de la Sala: (1) La SC/TSJ indicó en un caso anterior que PDVSA PETRÓLEO, S.A., al ser una empresa del Estado, es beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere a la República; y (2) La legislación vigente concede a la República un conjunto de prerrogativas procesales que han de aplicarse en todos los procedimientos judiciales en que ella sea parte. Pasamos de seguida a realizar algunas consideraciones al respecto.

1. Sobre el hecho que la Sala Constitucional estableció en un fallo anterior que las empresas del Estado gozan de las mismas prerrogativas procesales que la República

Este razonamiento puede ser calificado dentro de los que la doctrina²² define como "argumentos de autoridad" ya que la Sala expresa que, como en el pasado ella señaló que tales empresas contaban con las tales prerrogativas, ello es motivo suficiente para reiterarlo en este caso. Vale decir, sin aportar algún otro elemento de valor o reflexiones teórico-jurídicas que *enlacen* este precedente con el asunto debatido pues, simplemente, la Sala se limita a señalar que decidió al respecto en un caso anterior, citó el extracto respectivo, y asumió que ello era razón suficiente para motivar su decisión²³.

²² Véase Levis Zerpa: "La argumentación jurídica". *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*. TSJ. Caracas, 2006, p. 253.

²³ Este modo de argumentar de la Sala no es un hecho aislado. Muestra de ello es el fallo N° 1176 del 15-09-2015 en el que la Sala, al conocer de la constitucionalidad del Decreto N° 1.989 mediante el cual se declaró el Estado de Excepción en los municipios Indígena Bolivariano Guajira, Mara y Almirante Padilla del estado Zulia, desechó los escritos de alegatos consignados por los ciudadanos Andrés Velásquez y Julio Pérez "por cuanto los argumentos esgrimidos por estos están dirigidos a cuestionar la constitucionalidad de las medidas establecidas en el aludido decreto, sobre la base de razonamientos jurídicos que fueron objeto de control por esta Sala en la sentencia n°.1173 del 28 de agosto de 2015 y en la sentencia n°. 1174 del 8 de septiembre de 2015, en la que se realizaron amplios análisis sobre la constitucionalidad y adecuación de la normativa establecida en el Decreto n°. 1.950 y en el Decreto n°. 1.969, cuyas circunstancias fácticas derivan de las mismas en las que se fundamenta el decreto objeto de control en esta oportunidad, cuya constitucionalidad aquí se declara". Es decir, que la Sala Constitucional no solo considera que es premisa *suficiente* el hecho de basar su decisión en lo dicho en un caso anterior –citando el mismo– sino que, conforme a este fallo, habrá también una *correcta argumentación* si ella remite simplemente a la lectura de un fallo anterior –sin citar su contenido– en el que se hayan realizado "amplios análisis" normativos y fácticos; a pesar de que claramente existen motivos y circunstancias que impedirían sostener que nos encontramos ante la llamada cosa juzgada. Único caso en el que, consideramos, sería posible remitir a otra decisión *in extenso*, sin requerirse mayor

Adicionalmente consideramos oportuno destacar que, aun cuando la Sala pretende zanjar toda discusión citándose a sí misma –aprovechando, a su vez, para hacer saber a la Sala de Casación Social que “desconoció el fallo antes transcrito”; a pesar de que el mismo carece de carácter vinculante²⁴–, en nuestro criterio, resulta incorrecto arribar a la conclusión ya indicada (las empresas del Estado gozan de las prerrogativas de la República) partiendo de la premisa que adopta la Sala (ella, en un caso anterior, indicó que era así) si se considera que, también en el pasado, la propia SC/TSJ ha dicho que tales prerrogativas no resultan extensibles a las empresas del Estado²⁵. Tal y como se verá en el próximo aparte.

Motivado a lo anterior, este argumento empleado por la Sala podría ser calificado como una falacia “*ad verecundiam*”²⁶ ya que no solo hay un uso indebido de la autoridad –al considerarse como alguien infalible y cuyas decisiones deben ser “obedecidas” por la colectividad, aunque ella misma ha cambiado de criterio en más de una ocasión– sino, también, porque la Sala apela a su propia autoridad cuando esta, para que el argumento tenga verdadero valor, debe provenir de un tercero²⁷.

análisis o labores de enlace, pues el asunto ya habría sido decidido con identidad de sujeto, objeto y causa.

- ²⁴ Conforme al artículo 335 del texto constitucional, solo “[l]as interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”; por lo que, en este caso, al no encontrarnos ante una decisión de esta naturaleza, nada obstaba para que la Sala de Casación Social *desconociera* el fallo, pues sencillamente no estaba atada al mismo. Véase Rafael Badell Madrid: “Las competencias de la Sala Constitucional”. *Revista Derecho y Sociedad*. N° 3. Altolitho. Caracas, 2002, pp. 13-48.
- ²⁵ En el fallo N° 1582 del 21-10-2008 (identificada en nota al pie N° 15), la Sala Constitucional indicó que “los privilegios procesales [...] no pued[e]n hacerse extensivos, por ejemplo, a las empresas del Estado”. Este precedente es, inclusive, más reciente que el adoptado por la Sala como base de su argumentación, por lo que estaríamos frente a un cambio (o retoma) de criterio sin que el sentenciador se pronuncie al respecto.
- ²⁶ Véase Christopher Tindale: “La falacia y la apelación a la autoridad”. *De las falacias: argumentación y comunicación*. Biblos. Buenos Aires, 2008, pp. 151-172.
- ²⁷ Señalan los autores que “en el argumento de autoridad existen tres sujetos: el orador (en nuestro caso el juez), el auditorio al que va dirigida la argumentación (en definitiva, los espectadores a persuadir) y, en tercer lugar, la autoridad invocada. Estos tres sujetos en una argumentación ordinaria son tres personas distintas, pero cuando es un Tribunal Constitucional el que emplea el argumento de autoridad a través del recurso a su propia jurisprudencia, dos de estas tres partes coinciden, ya que el autor del discurso (el orador) y la autoridad invocada son la misma persona: el Tribunal Constitucional. Por lo tanto se produce el fenómeno de que una autoridad se invoca a sí misma”. Véase Francisco Ezquiaga Ganuzas: *La argumentación en la justicia constitucional*. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 2008, p. 425.

2. Sobre el hecho que la legislación vigente otorga a la República prerrogativas procesales

En adición al argumento "simple"²⁸ señalado en el acápite anterior, es posible extraer de las consideraciones para decidir del fallo la siguiente inferencia *tácita* realizada por la SC/TSJ²⁹:

- a. **Premisa 1:** La República tiene participación patrimonial en PDVSA PETRÓLEO S.A. por ser esta una empresa del Estado.
- b. **Premisa 2:** El ordenamiento jurídico prevé prerrogativas a favor de la República en los procedimientos en que ella es parte.
- c. **Conclusión:** Las empresas del Estado cuentan con las prerrogativas que el ordenamiento jurídico reconoce a la República.

Por medio de este argumento en "T"³⁰ la SC/TSJ, si bien partió de dos premisas verdaderas y que derivan de nuestra legislación vigente, arribó a una conclusión infundada dando lugar a una falacia del tipo "*non sequitur*", ya que la conclusión no sigue –lógicamente– a las premisas.

Lo anterior, debido a que sostener como lo hace la Sala que el hecho de tener la República un interés patrimonial en las empresas del Estado es razón suficiente para que estas últimas gocen de las prerrogativas que el legislador acordó a la primera, es una afirmación que no solo carece de fundamento jurídico –no en vano, la Sala fue incapaz de citar una norma que contenga esa previsión, como ocurre, por ejemplo, respecto a los institutos públicos o autónomos (artículo 100 del DRV-F-LOAP, citado al inicio de estas páginas)– sino que, adicionalmente, va en contra de esta figura propia del derecho mercantil a través de la cual se pretende que la Administración pueda actuar con mayor flexibilidad en sus relaciones comerciales ajustándose a la legislación ordinaria (de derecho privado), que no prevé prerrogativa alguna³¹.

²⁸ La denominación responde a que una sola premisa (lo dicho por la Sala en el pasado) permite llegar a la conclusión. Véase Jorge Borges: "Fichas de estudio". *Retórica y composición hispánicas*. University of Calgary, Alberta, 1999.

²⁹ Decimos *tácita* porque la Sala se limitó a citar varios artículos de la legislación vigente –sin aportar elementos de valor en la interpretación de las normas que cita– dejando su enlace con el asunto de autos a criterio de quien lea el fallo. Este hecho podría ser considerado como una falacia del tipo "*audiatur est altera pars*" puesto que no se declararon explícitamente todas las premisas del razonamiento.

³⁰ Las premisas se presentan como razones que deben operar en conjunto para generar la conclusión. Véase J. Borges: *Fichas de estudio... op. cit.*

³¹ Sobre las empresas del Estado en general, véase José Peña Solís: *Manual de derecho administrativo*. Tomo III. TSJ. Caracas, 2009, pp. 514-553.

Asimismo, somos de la opinión que declarar que es posible extender estas prerrogativas procesales –cuya sola consagración a favor de la República de por sí da lugar a múltiples interrogantes– a las empresas del Estado, en virtud de la participación patrimonial que puede tener la primera sobre ellas, no solo viola el carácter excepcional de la prerrogativa y su deber intrínseco de previsión legal expresa e interpretación restrictiva, sino que –lo que es incluso más grave– da pie a que, en el futuro, cualquier forma societaria conformada de acuerdo a las normas del derecho ordinario (de naturaleza civil o mercantil) en la que el Poder Público nacional, estatal o municipal tenga participación, podría hacerse beneficiaria de estas mismas prerrogativas gracias a pronunciamientos similares del Poder Judicial a través de los cuales, con una exigua y falaz argumentación, se tienda a adulterar el ordenamiento jurídico vigente “en favor del interés general”.

Todo ello, en claro perjuicio del particular que cada día parece *hundirse* más en la noción de débil jurídico frente a la Administración Pública cuando –paradójicamente– esta nació como una respuesta a los regímenes que atentaban contra las libertades de los individuos.

En este sentido, y analizada como ha sido la argumentación que proporcionó la Sala Constitucional en su fallo para afirmar que las empresas del Estado gozan de las mismas prerrogativas procesales que la República, consideramos provechosa la oportunidad para hacer un baremo –que no pretende ser exhaustivo– de otras decisiones relativamente recientes en las que dicha Sala se pronunció sobre este tema.

Para ello, en el aparte siguiente indicaremos qué argumentos imperaron en esas ocasiones y a cuáles conclusiones se arribaron.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN LOS CASOS ANTERIORES AL FALLO N° 732/2015

En pro de la claridad de esta colaboración, hemos optado por dividir los pronunciamos en dos grupos, según el fallo concluya –o no– que las empresas del Estado gozan de las mismas prerrogativas que la República.

En cada sección las decisiones fueron ordenadas de modo cronológico y se extrajeron de forma sucinta los argumentos invocados por la Sala a fines de su clasificación y valoración.

1. **Fallos en los que se concluye que las empresas del Estado no son beneficiarias de las prerrogativas de la República**

N° 2291 del 14-12-2006 (caso: Compañía Anónima de Electricidad del Centro, C.A. – ELECENRO)³².

La Sala Constitucional parte de la idea que, si bien los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República (supuesto que incluiría las acciones intentadas contra las empresas del Estado), ello no equivale a que dichas empresas gocen de las prerrogativas que el legislador acuerda a la República.

Para ello, la Sala realiza la siguiente inferencia (argumento en "T"):

- a. **Premisa 1:** Para que una prerrogativa procesal "sea aplicable a determinado ente público es necesario que exista expresa previsión legal al respecto".
- b. **Premisa 2:** Aun cuando el DRVF-LOAP consagra prerrogativas a entes distintos a la República, la norma no las extiende a las empresas del Estado.
- c. **Conclusión:** Las empresas del Estado no gozan de las mismas prerrogativas que la República.

Este razonamiento se encuentra en consonancia con lo dicho por la doctrina y, consideramos, es la solución lógica que se obtiene al interpretar y aplicar nuestro ordenamiento jurídico, por lo que estaríamos en presencia de un *buen argumento* que tiende a la protección efectiva de los derechos fundamentales del individuo, así como los valores y principios republicanos que prevé nuestro texto Constitucional.

N° 1506 del 09-11-2009 (caso: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico – CADAFE)³³.

La Sala, valiéndose de un argumento de autoridad, indica que en al menos dos oportunidades diferentes³⁴ y anteriores al caso en cuestión ha establecido como "doctrina vinculante"³⁵ que las Empresas del Estado –por el

³² Disponible en <http://goo.gl/Lsib9W>.

³³ Disponible en <http://goo.gl/6ImChz>.

³⁴ Fallos N° 2291/2006 (caso: ELECENRO) y N° 1582/2008 (caso: Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional). Sobre esta última véanse las notas al pie 15 y 25.

³⁵ Si bien sobre este argumento podría reiterarse lo ya dicho en cuanto al fallo N° 732/2015 respecto a cuáles sentencias de la SC/TSJ tienen carácter vinculante (véase nota al pie 24), consideramos que no estamos frente a una reflexión del todo errada por el hecho que la decisión que toma la Sala posee valor –más que por ser "doctrina vinculante"– en virtud del

solo hecho de serlo— no gozan de las prerrogativas procesales de la República salvo que exista "expresa previsión legal".

En tal sentido, a la decisión que se revisa haber señalado que "(...) la demandada por ser una empresa en la cual el Estado tiene total participación accionaria, es beneficiaria de las prerrogativas a favor de la República", la Sala determinó que se "transgredió el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la accionante" (es decir, el particular) y, en consecuencia, el fallo es nulo.

Nótese que lo dicho por el Juez Cuarto Superior del Trabajo del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas —quien dictó el fallo anulado— es el razonamiento que luego recogerá la Sala en el fallo N° 732/2015, ya analizado, para extender las prerrogativas de la República a PDVSA PETRÓLEO, S.A.

N° 51 del 18-02-2015 (caso: Bolivariana de Aeropuertos S.A. – BAER)³⁶.

Al no ser un hecho controvertido que BAER es una empresa del Estado, cuyo patrimonio total pertenece a la República, la Sala pasó a determinar si las prerrogativas procesales de esta le resultaban extensibles.

Para ello, la Sala hizo uso de un argumento en "T" similar al del fallo N° 2291/2006, en virtud del cual "se constata la inexistencia de normas que otorguen la posibilidad de que las empresas del Estado gocen de los privilegios y prerrogativas que la Ley acuerda a la República" pues, si bien el ordenamiento jurídico vigente regula "la forma de creación y la legislación que rige a las empresas del Estado", el mismo "no les hace extensivos los privilegios y prerrogativas que la Ley ha acordado a favor de la República". Este razonamiento es reforzado por el argumento de autoridad (nuevamente, citándose a sí misma) que emplea la Sala al indicar que:

La necesidad de que exista expresa previsión legal en estos casos es esencial, y así lo dejó sentado de manera vinculante esta Sala en la sentencia Nro. 2.291 de fecha 14 de diciembre de 2006, caso: *Compañía Anónima Electricidad del Centro, C.A. (ELECENRO)*, ratificada posteriormente, entre otras, en la decisión Nro. 1.506 del 9 de noviembre de 2009, caso: *Marina Erlinda Crespo Ferrer*. En esos fallos esta Sala indicó que para ser extensibles a un ente público los privilegios procesales de la República es indispensable que éstos se encuentren previstos legalmente y

hecho que es la consecuencia lógica que se desprende de nuestro ordenamiento jurídico vigente. Tal y como se constata de los precedentes que ella cita y que desarrollan, *in extenso*, el tema de los privilegios y prerrogativas de la República. No obstante lo anterior, se aprecia en este fallo que la Sala vuelve a incurrir en el error de considerar que basta la mera cita de normas y decisiones anteriores —sin enlazarlas con el caso concreto— para que exista una óptima argumentación.

³⁶ Disponible en <http://goo.gl/qzCUVO>.

más recientemente en sentencia N° 334/2012 (*Caso: Cavim*) que realicen una "actividad de seguridad nacional".

El caso CAVIM será tratado en el siguiente aparte de esta colaboración.

2. Fallos en los que se concluye que las empresas del Estado son beneficiarias de las prerrogativas de la República

N° 281 del 26-02-2007 (caso: PDVSA PETRÓLEO, S.A.)³⁷.

En este fallo nos encontramos con un hecho curioso pues la Sala parece tomar como premisa exenta a toda contravención que "PDVSA Petróleo, S.A., es una empresa del estado [sic] beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares".

Así, la Sala no parte siquiera de citas al DRVF-LOPGR y el DRVF-LOAP –como haría luego en el fallo N° 732/2015– sino que, simple y tajantemente, afirma que ello es así. Prácticamente, como si se tratase de un hecho notorio.

Hemos de recordar que esta decisión es empleada por la Sala en el fallo objeto de estudio en esta colaboración como la premisa de su argumento de autoridad para justificar la conclusión ya conocida, por lo que, gracias a ello, la importancia de esta (des)motivación se acrecienta al ser este fallo la base de la que se hace depender –en buena medida– el N° 732/2015.

Esta situación nos lleva a preguntarnos si es posible hablar de una *correcta argumentación* cuando la decisión que es llamada a autos por el juez de una causa –valiéndose de un argumento de autoridad– carece, en sí misma, de razonamientos propios que le sirvan para justificar determinada conclusión en el caso original (primario), independientemente que luego ella se pretenda extrapolar a otros supuestos similares (casos secundarios)³⁸.

Creemos que la respuesta a esta interrogante ha de ser negativa. Más aún, cuando esta decisión presenta un voto salvado –al igual que ocurre en los otros dos casos que reseñaremos en este aparte– en el que se recalca que las prerrogativas, dada su naturaleza e implicaciones contrarias a los derechos fundamentales de los particulares, han de estar "incluidas literalmente en el texto de la norma".

Es decir, que nos encontramos ante un caso en el que la motivación –y, en consecuencia, la conclusión– no fue siquiera capaz de convencer a la

³⁷ Disponible en <http://goo.gl/UpUi85>.

³⁸ La interrogante puede esquematizarse del modo siguiente: Si la decisión "B" se basa en la conclusión de la decisión "A", y la decisión "A" no posee argumentos de valor que respalden tal conclusión, ¿está la conclusión de la decisión "B" correctamente fundamentada?

totalidad del foro del que emana, por lo que su autoridad –de por sí discutible en base a las razones señaladas en acápites anteriores– es sumamente exigua y, por ende, no podría invocarse como afirmación o premisa suficiente para decidir que estas empresas son beneficiarias de estas prerrogativas.

N° 0334 del 19-03-2012 (caso: Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares – CAVIM)³⁹.

Como vimos en el apartado anterior, cuando la SC/TSJ propugnaba que las empresas del Estado no gozaban de las mismas prerrogativas que la República, su motivación era lacónica y se basaba en una situación fácilmente comprobable: la ley no les reconoce tales privilegios.

Sin embargo, en los casos en que la Sala opta por la tesis contraria, los argumentos que emplea suelen estar cargados de oscuridad y ambigüedades que no solo dificultan la labor del lector, sino que dejan ver que el propio órgano decisorio no está del todo claro sobre qué decir para llegar a esa decisión.

La Sala, sin lugar a dudas, sabe a cuál conclusión quiere llegar⁴⁰ (resguardar intereses patrimoniales y evitarle responsabilidades al Poder Público), no obstante, al no haber una *salida* jurídica obvia que permita tal conclusión, reparamos entonces en cómo la Sala se embarca en la tarea de justificar lo injustificable amparada en que ella es la Autoridad y, por tanto, lo que diga es cierto.

Esta situación puede observarse con detalle en el fallo del caso CAVIM donde, luego de afirmarse que se mantiene el criterio según el cual "las prerrogativas y privilegios que posee la República son de interpretación restrictiva y no pueden ser extendidas a otros entes u órganos públicos, salvo previsión expresa de ley, ya que suponen una limitación legal de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva" –citando para ello el fallo N° 1331/2010– la Sala indica que:

(...) resulta imperativo estimar que en este caso concreto, es aplicable a dicha empresa las prerrogativas procesales de la República, toda vez que, conforme a las normas antes transcritas, la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM), cuenta como accionistas sólo a la República y organismos públicos, como se advirtiera en las líneas que anteceden, además de que la misma ejerce como actividad principal el desarrollo de las industrias militares, expresamente determinada como de utilidad pública, de importancia estratégica

³⁹ Disponible en <http://goo.gl/7QeeBz>.

⁴⁰ Sobre cómo el juez argumenta partiendo de la decisión que quiere asentar y luego es que se preocupa por sus fundamentos, véase Alejandro Nieto: *El arbitrio judicial*. Ariel. Barcelona, 2000.

para la Nación y, en definitiva, rigurosamente relacionada con su seguridad y defensa.

(...)

De esta manera, fundamentado en los criterios antes señalados, esta Sala Constitucional fija especial atención a los intereses fundamentales que representa la Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares (CAVIM), cuyo accionista es la República Bolivariana de Venezuela, y que, como se señalara anteriormente, ejerce como actividad principal el desarrollo de la industria militar, expresamente determinada como de utilidad pública, de importancia estratégica para la Nación y, en definitiva, rigurosamente relacionada con su seguridad y defensa, motivos que, en este caso concreto, hacen comprensible la necesaria extensión de las prerrogativas procesales de la República a favor de la empresa demandada⁴¹.

Es decir, la Sala reconoce que las prerrogativas requieren previsión expresa de ley pero luego indica que CAVIM goza de ellas, cuando ninguna de las normas que cita se pronuncia al respecto⁴², por el único hecho que su actividad principal es el desarrollo de una industria calificada como de utilidad pública e importancia estratégica; lo que hace "comprensible la necesaria extensión de las prerrogativas".

Difícil poder encontrar un argumento más falaz y carente de fundamento jurídico que este, en el que la Sala no solo se contradice sino que, por medio de un "*non sequitur*", arriba a una conclusión que nada tiene que ver con la premisa, pues el legislador es meridianamente claro al establecer que estas prerrogativas son de la República y no de personas jurídicas distintas a ella en las que la primera tenga participación. Independientemente de la actividad que realice.

N° 1356 del 16-10-2013 (caso: Nelson Antonio Ojeda)⁴³.

En este caso la Sala reiteró –y citó– lo dicho en los fallos 334/2012 y 281/2007, indicando que ella había fijado criterio respecto a la aplicación de las prerrogativas procesales de la República a las empresas del Estado en virtud de "la actividad de la empresa y los intereses estratégicos de la actividad comercial de ésta, siendo en el primero de los supuestos la actividad de seguridad nacional y en el segundo la actividad petrolera".

⁴¹ La "doble cita" no responde a un error en la transcripción del fallo, sino una muestra de cómo la Sala quiere asentar su premisa dentro del foro, reiterándola prácticamente de modo textual a unos pocos párrafos de distancia.

⁴² A saber, el DRVF-LOAP, la LOPT, el DRVF-LOPGR y los artículos 1, 2, 5, 6 y 7 de las Normas para el Desarrollo de las Industrias Militares, publicadas en Gaceta Oficial N° 1.747 Extraordinario del 24-05-1975.

⁴³ Disponible en <http://goo.gl/skexnV>.

Partiendo de ello, y al haberse reservado el Poder Público Nacional la actividad cementera "en atención a la importancia fundamental de ésta en el sector operacional de desarrollo urbanístico y estructural de vías públicas", la Sala precisa que "tal actividad al igual que en el caso de la empresa petrolera requieren de un grado de protección diferencial a otras empresas, en función de los intereses públicos que se despliegan" y, por ende:

(...) se aprecia que resultan perfectamente extensibles dichos privilegios a la parte demandada en el presente proceso, no generando la aplicación de la referida prerrogativa procesal –contradicción de la demanda– un atentado contra el derecho a la igualdad procesal, al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues la parte demandante en el procedimiento laboral, puede oponer todos los argumentos de hecho y derecho pertinentes en el referido proceso.

Nuevamente, la Sala no solo emplea erróneamente el argumento de autoridad incurriendo en una falacia "*ad verecundiam*" y llega a una conclusión que no se desprende de las premisas ("*non sequitur*") sino, e incluso más preocupante, toma para sí poderes que no le son reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente transformándose en un legislador positivo capaz de decidir cuándo las prerrogativas "resultan perfectamente extensibles" y cuándo no.

Véase que la Sala, por interpretación a contrario del fallo, reconoce que las empresas del Estado no gozan de prerrogativas procesales y es en virtud de su *buena merced* que ellas podrán hacerse beneficiarias de las mismas. ¿Es que la materia procedimental no forma parte de la llamada reserva legal, prevista en el artículo 156 numeral 32 de la Constitución de la República y, como tal, corresponde es al Poder Legislativo Nacional su regulación? ¿Cuál es el fundamento jurídico que faculta a la SC/TSJ para determinar cuáles empresas requieren de "un grado de protección diferencial a otras"? ¿Qué norma establece que la SC/TSJ tiene atribución para determinar ese grado, y a cuáles criterios ha de atenderse para su fijación?

Son preguntas que no encuentran una respuesta en el fallo comentado pues, simplemente, la SC/TSJ –nuevamente– hizo valer su condición de *Autoridad* y, al estar sus argumentos amparados por tal imperio, a los particulares –y a las propias empresas del Estado– pareciera que no les queda más que esperar una decisión que decida su futuro, por falaz e insostenible que sea su justificación interna y externa.

COMENTARIO FINAL

Como hemos indicado a lo largo de esta colaboración, nuestro ordenamiento jurídico le otorga a la República, los estados, los municipios y

algunos otros entes una serie de prerrogativas procesales que deben ser tenidas en cuenta por las autoridades judiciales al momento de decidir las causas en las que alguno de estos sujetos participe. Podemos no estar de acuerdo con su concepción, formulación e implicaciones; pero las disposiciones que las consagran son derecho vigente y, como tal, en principio, han de acatarse.

Así, muchas han sido las razones a favor y en contra que a lo largo de los años se han expuesto respecto a las prerrogativas procesales. La SC/TSJ, consciente de ello, en más de una ocasión ha indicado que estas prerrogativas "persiguen resguardar los intereses patrimoniales de la República (...) no con el objetivo de evitar la responsabilidad del Estado, sino de impedir afectaciones en el cumplimiento de sus fines fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico"⁴⁴.

No obstante, hay dos puntos que no son debatibles –al menos, si partimos de consideraciones doctrinales y normativas sólidas– dado el modo en que los derechos fundamentales de igualdad y de tutela judicial efectiva del particular se ven afectados: (1) La prerrogativa ha de estar prevista de modo expreso en una ley y (2) Dicha previsión ha de interpretarse de modo restrictivo. Cualquier afirmación en contrario sería falaz, y así ha sido reconocido por la propia SC/TSJ en sus decisiones.

A pesar de lo anterior, y con fecha relativamente reciente, la SC/TSJ ha iniciado un proceso de *transfiguración* de estos privilegios al extenderlos –verbo que ella misma emplea, vale destacar– a otras personas jurídicas respecto a las cuales el legislador calló y que, por ende, no gozan (o gozaban) de las prerrogativas.

Sin embargo, esta extensión no se ha aplicado por categorías –por ejemplo, todas las empresas del Estado– sino que la Sala ha optado por llevar a cabo un proceso de selección en el que, basada en argumentos de autoridad viciados (falacias "*ad verecundiam*") y conclusiones que no derivan de las premisas afirmadas (falacias "*non sequitur*"), ella se proclama –nuevamente– como un legislador positivo e impone su voluntad, con independencia de lo que dice el ordenamiento jurídico y la *naturaleza* propia de las instituciones que se benefician con estas fallos que, como se recordará, poseen personalidad jurídica.

Somos de la opinión que, a pesar de lo que dice y reafirma la Sala, las prerrogativas procesales tienden a la irresponsabilidad del Estado pues minan un proceso judicial –de por sí es complejo y que se encuentra sumido en el

⁴⁴ Véase el fallo N° 902 del 14/05/2004 (caso: C.V.G. BAUXILUM C.A.). Disponible en <http://goo.gl/jnHr2o>.

retardo procesal– con extensos trámites que el particular debe llevar a cabo, incluso antes de la presentación de su demanda (antejuicios administrativos) y luego de que se dicte la decisión (pautas específicas para la ejecución del fallo).

En tal sentido, al avalar la SC/TSJ con sus decisiones estas interpretaciones viciadas, no solo está generando un daño directo en cabeza de los individuos que sean parte en estas causas, sino que, desconociendo su deber de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (artículo 335 de la Constitución de la República), y por vía de consecuencia, estaría siendo copartícipe en incommensurable fallos que puedan dictar a futuro el resto del Poder Judicial –en virtud de estos criterios erradamente asentados– que violen y afecten derechos y garantías constitucionales de los particulares. Tal como sería su tutela jurídica efectiva.

Así, al extender la SC/TSJ las prerrogativas procesales que el legislador reconoce a la República, en favor de las empresas del Estado, lejos de encontrarnos solamente ante una cuestión que escapa a la lógica jurídica y que demuestra un total desapego al ordenamiento jurídico vigente por parte de esta Sala, la situación narrada nos permite demostrar, de modo indubitable, lo burdo que llegan a ser los argumentos y razonamientos que emplea la Sala Constitucional con el fin de lograr justificar sus fallos. Incluso si, para ello, ha de incurrir en incoherencias y falacias.

APROXIMACIÓN A LA ACTIVIDAD DE POLICÍA Y REGULATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES

Iván Paredes Calderón¹

Resumen: *El presente estudio tiene como objeto analizar la actividad de policía y regulatoria desplegada por la Superintendencia Nacional de Valores, todo ello a la luz de los desarrollos que la doctrina clásica ha realizado sobre el particular así como también las disposiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores de 2015, haciendo particular énfasis en las atribuciones de las que ha sido dotada y de su rol como ente supervisor del mismo.*

Palabras clave: *Mercado de valores – Policía administrativa – Regulación – Orden público.*

SUMARIO. Introducción. **I.** La actividad de policía de la Administración Pública. **II.** Breves consideraciones sobre la Superintendencia Nacional de Valores. **III.** La actividad de policía de la Superintendencia Nacional de Valores. **1.** Técnicas de información. **2.** Técnicas de condicionamiento. **3.** Técnicas ablatorias. **IV.** La Superintendencia Nacional de Valores y su actividad regulatoria. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La forma en la cual evolucionan las instituciones en el Derecho se encuentra indisolublemente ligada a la evolución de la sociedad en la que intervienen, por lo que resulta indudable que la actividad legislativa ha de estar supeditada a las exigencias que la sociedad imponga.

En este orden de ideas, y refiriéndonos ya a lo relativo a las formas de la Actividad Administrativa, debe recordarse que al servir como medio a la Administración para el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos conforme al ordenamiento jurídico, al utilizarse determinada actividad siempre deberá ser empleada aquella que se adecúe de mejor manera a los fines que busca tutelar, de allí que generalmente previo a la adopción de cualquier tipo de medida deba ejercerse un juicio ponderativo tendente a evaluar cuál es la vía idónea por la que se cumplan cabalmente estos fines y generar así la mayor satisfacción de necesidades posibles en el entorno social.

Claramente, la vía que decida tomar la Administración con el objeto de cumplir con los fines que el ordenamiento jurídico le ha atribuido no es privativa del empleo de las demás, ello en razón del principio de la

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la Dirección de Control del Sector Servicios de la Contraloría General de la República.

intercambiabilidad de las técnicas administrativas, motivo por el cual si bien pueden ser empleadas simultáneamente varias vías con el objeto de cubrir la mayor suma de necesidades posibles, debe siempre tenerse en consideración las limitaciones que se han consagrado como prevención a un posible desbordamiento de la actividad de policía que traiga como consecuencia la negación de los principios básicos del ordenamiento jurídico, límites estos que vienen representados en principios básicos fundacionales del Estado de Derecho tales como el principio de la legalidad administrativa, igualdad, proporcionalidad, entre otros.

Ahora bien, considerando lo previamente indicado, ha de considerarse que el Mercado de Valores, entendido este como medio en el cual se efectúan operaciones con los valores que el ordenamiento jurídico permite previa la habilitación de la autoridad administrativa respectiva, viene a ser el objeto sobre el cual la Superintendencia Nacional de Valores despliega su actividad de policía, tendente al mantenimiento del orden público en las operaciones realizadas por los sujetos habilitados y que se relacionen en aquel.

Todo lo anterior responde, tal y como se ha señalado al inicio de este introito, al proceso de evolución constante que nuestra sociedad ha experimentado y que demandó la regulación del Mercado de Valores al consagrarse este en sus inicios como medio innovador en el cual se ejecutan operaciones mercantiles distinto a las clásicas vías conocidas, como por ejemplo las transacciones de compra venta, permuta de bienes y servicios, etc.; motivo por el cual la Actividad de Policía desplegada en este contexto merece un estudio tendente a su contraste de cara a la teoría clásica de la Actividad Administrativa desarrollada por la doctrina.

I. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La actividad administrativa puede ser definida como “[...] toda actividad desarrollada por los órganos competentes de la Administración Pública o con autorización de la misma, de carácter sublegal, realizada en ejecución de las funciones del Estado para el cumplimiento de sus cometidos, y de cuyas consecuencias o efectos responden tanto los funcionarios como las personas jurídicas estatales a las cuales representan”².

² Allan Brewer-Carías: “La Actividad Administrativa y su Régimen Jurídico”. *Las Formas de la Actividad Administrativa - II Jornadas sobre Derecho Administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2005, p. 11.

Ahora bien, estas actividades han sido clasificadas por la doctrina en policía, fomento, servicio público, control y gestión de los asuntos públicos³, siendo definidas de la siguiente forma:

La primera, la **actividad de policía**, quizás la más clásica de las actividades administrativas, siempre resulta en definitiva en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la **actividad de fomento**, se manifiesta en la política el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos ciudadanos, con particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la **actividad de servicio público**, en esencia es la obligación prestacional impuesta al Estado consecuencia directa de derechos ciudadanos previstos constitucional o legalmente; la cuarta, la **actividad de control**, corresponde a todas las acciones del Estado de control de la actuación tanto de los órganos de la Administración Pública como de los propios administrados en relación con sus actividades reguladas; y la quinta forma de la actividad administrativa, la de **gestión del interés general**, que puede manifestarse, entre otros, en el campo de la economía cuando el Estado gestiona incluso directamente actividades dentro del sistema de economía mixta establecido en la Constitución. (Negrillas propias).

De la anterior clasificación, interesa al objeto del presente estudio analizar las formas en las cuales se manifiesta la actividad de policía desplegada por la Superintendencia Nacional de Valores no obstante que la misma pueda ejercer en determinada situación cualquier otra de estas, toda vez que ellas no son excluyentes en cuanto a su implementación.

En este orden de ideas, se tiene que la actividad de policía de la Administración, concebida como la intervención desplegada por la administración tendente a limitar o reducir los derechos de los particulares con el objeto de proteger el orden público, ha experimentado en la actualidad un conjunto de replanteamientos que llevaron a la doctrina nacional a señalar que esta puede clasificarse en dos modalidades a saber, por un lado *la actividad de policía general o de seguridad ciudadana y orden público* que vendría a ser la actividad emanada de los órganos competentes para establecer limitaciones o restricciones a los derechos de los particulares, con la finalidad de tutelar la seguridad ciudadana y el orden público; y por otra parte encontramos a las denominadas *policías especiales* que vendrían a ser las “[...] múltiples actividades de limitación u ordenación que ejerce la Administración sobre los ciudadanos en determinados sectores materiales (ambiente, sanidad, vialidad, urbanismo, etc.)”⁴.

³ Allan Brewer-Carías: “Introducción General al Derecho Administrativo Venezolano”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N°1. Universidad Monteávila. Caracas, 2013, p. 108.

⁴ José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*. Volumen Tercero. 2da reimpresión. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2009, p. 121.

En este orden de ideas, teniendo en consideración que la actividad de policía administrativa se encuentra íntimamente ligada al concepto de Libertad, ha de señalarse entonces que el fundamento constitucional de esta se encuentra, entre otros, en el artículo 20 de la Constitución, que dispone: “[t]oda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

De la disposición anterior, al igual que lo hacía el artículo 43 de la Constitución del año 1961, puede indicarse que reside el fundamento de la actividad de policía, ya que todas las personas son libres salvo aquellos límites que sean impuestos por el ordenamiento jurídico así como también el “orden público y social”, conclusión que es cónsona con la posición de la doctrina que, respecto al artículo 43 antes mencionado, ha indicado lo siguiente:

El fundamento constitucional de la actividad de policía del Estado, está en el artículo 43 del Texto Fundamental, que regula la libertad, pues esta actividad pública, en su desarrollo está esencialmente vinculada a la idea de libertad. En efecto, esa norma constitucional regula la libertad como el derecho de todos al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución, esta disposición, redactada en esa forma, sustituyó el viejo y tradicional enunciado de la libertad, que consiste en que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro; nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene y nadie está impedido de ejecutar lo que ella no prohíba.

Ahora bien, esta idea de la libertad, con todas las limitaciones que implica es, sin duda, el fundamento de la actividad de policía del Estado, pues ésta tiene por objeto velar por el mantenimiento del orden público y social, que es el primer límite de la libertad y, además, velar por el respeto de los derechos de los demás, que es el segundo límite de la libertad⁵.

Ahora bien, teniendo en consideración el fundamento constitucional previo y actual de la actividad administrativa de policía, debe señalarse que esta ha sufrido una evolución necesaria a los fines de adaptarse a los cambios surgidos en la organización administrativa y que son producto a su vez de los avances legislativos requeridos por los nuevos tiempos, todo lo cual ha generado una “diversificación” producto de la aparición de nuevos sectores materiales como los antes mencionados, ello sin perder de vista los principios

⁵ Allan Brewer-Carías: “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa”. *Revista de Derecho Pública*. N° 48. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, p. 52.

básicos que han de limitar el despliegue de la actividad administrativa de policía como el de la legalidad, proporcionalidad, igualdad, entre otros.

En este contexto, se tiene que para la ejecución de este tipo de actividad, la Administración acude a diversas vías o medios que la doctrina ha calificado como “medios de policía”⁶, y son desarrollados de la siguiente forma:

- a. **Autorización:** versa sobre el consentimiento o “anuencia” de la Administración para que sea ejercido un derecho, y que puede ser establecida de forma totalmente reglada o con cierto margen de discrecionalidad, caso en el cual no sólo han de comprobarse los elementos reglados de la norma, sino que también deben respetarse los límites al poder discrecional de la Administración.
- b. **Concesión administrativa:** puede definirse como el “acto administrativo mediante el cual el Estado confía, concede o más propiamente, delega a un particular, o a otra Administración Pública, alguna potestad o derecho que le es propio. La presencia de la *publicatio* es el criterio que permite distinguir la autorización de la concesión administrativa”⁷.
- c. **Permiso:** es el acto que faculta para el ejercicio de una actividad prohibida por el ordenamiento, es decir, trata sobre una exención respecto de una prohibición de carácter general que beneficia solamente a quien lo solicita.
- d. **Aprobación:** acto que se produce cuando la actuación de policía se genera *ex post facto*, todo ello en razón que la aprobación otorgada luego de emitido el acto controlado hace que este produzca eficacia jurídica.
- e. **Dispensa:** es un acto por el cual la Administración decide no aplicar una norma general a un caso concreto.
- f. **Admisión:** es un acto que incorpora a un particular a una actividad determinada como de “interés público”, otorgándole derechos y obligaciones, sometiéndolo a su vez a un régimen jurídico propio.
- g. **Orden:** se concreta por una decisión Administrativa mediante la cual se establece la necesidad de la realización de una obligación o,

⁶ María Amparo Grau: “La Actividad Administrativa de Policía y las Garantías Constitucionales”. *Las Formas de la Actividad Administrativa - II Jornadas sobre Derecho Administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2005, pp. 47-50.

⁷ José Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo General – Servicio Público*. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 120.

eventualmente, por la prohibición de realizar determinada actividad.

- h. **Registro y certificación:** son vías utilizadas por la Administración con el objeto de dar certeza a ciertos hechos o actos jurídicos, motivo por el cual se establece sobre los particulares la obligación de inscribirse en registros con diferenciados efectos, como por ejemplo, otorgar fecha cierta, efectos frente a terceros, perfeccionar un acto, entre otros. Asimismo, la certificación es el acto por el cual la Administración afirma la existencia de ese hecho o acto.
- i. **Coacción:** que encuentra diversas formas de manifestación como el apercibimiento, las medidas preventivas, mediación, conciliación, arbitraje (que pueden obligar al administrado a cumplir normas de policía) y la sanción (puede operar como medio de coacción).

Ahora bien, dentro de los sectores materiales en los cuales la actividad administrativa de policía despliega su ratio de actuación, encontramos al sector del mercado de valores, siendo la Superintendencia Nacional de Valores quien tiene atribuida de conformidad con el contenido del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores⁸ la competencia relativa al ejercicio de la actividad de limitación en ese ámbito.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES

Los antecedentes de la Superintendencia Nacional de Valores se remontan a la extinta Comisión Nacional de Valores creada en razón del mandato contenido en la Ley del Mercado de Capitales de 1973⁹, y reformada durante el año 1975¹⁰, que se encontraba adscrita al entonces Ministerio de Hacienda, y que regulaba la emisión y colocación de títulos valores en el mercado primario, cuando estos procesos se cumplían con el auxilio del mecanismo de la oferta pública y, excepcionalmente, se aplicaba a negociaciones de títulos efectuadas en el mercado secundario¹¹.

Esta institución mantuvo sus operaciones bajo la misma denominación hasta que en razón de la publicación de la Ley del Mercado de Valores del año

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial de la República N°1.566 Extraordinario de fecha 31 de enero de 1973.

¹⁰ Decreto N° 882, de fecha 29 de abril de 1975, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.744 Extraordinario, de fecha 22 de mayo de 1975.

¹¹ Alfredo Morles Hernández: *Régimen Legal del Mercado de Capitales*. 2da Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006, p. 229.

2010 pasó a denominarse Superintendencia Nacional de Valores, de conformidad con lo ordenado en su disposición transitoria única, siendo establecida formalmente como un instituto autónomo en el artículo 94 del Decreto Ley del Mercado de Valores (2015) que dispone:

Artículo 94. La Superintendencia Nacional de Valores es el ente encargado de regular el mercado de valores, así como supervisar, inspeccionar, controlar y sancionar a las personas que en él participen, con el objeto de proteger a los inversionistas y promover el mercado de valores para estimular el desarrollo productivo del país.

La Superintendencia Nacional de Valores actúa bajo la vigilancia y coordinación del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional y conforme lo establecido en la presente ley.

La Superintendencia Nacional de Valores, es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del fisco nacional; y gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de origen fiscal, tributario y procesal que las leyes de la República otorgan al fisco nacional.

De lo anterior, se tiene que a pesar de su denominación como “Superintendencia”, jurídicamente es un instituto autónomo motivo por el cual le es aplicable la regulación establecida en los artículos 98 al 102 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹², por lo que siendo ello así resulta conveniente indicar que el Decreto Ley del Mercado de Valores de 2015, nada señala expresamente, sobre el órgano de adscripción de la Superintendencia, limitándose a indicar que ella actuará bajo la “vigilancia y coordinación del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional”, por lo que siendo ello así, y si se quiere ser cónsono con la naturaleza jurídica de este ente, ha debido efectuarse su adscripción de forma expresa al órgano respectivo, que sería el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Finanzas, ello teniendo en cuenta que el Superintendente Nacional de Valores al elaborar el presupuesto debe remitirlo al señalado Ministro para su consideración (Artículo 101 del Decreto Ley).

Ahora bien, en lo relativo a sus atribuciones, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Mercado de Valores, actualmente vigente, señala en el artículo 98 el siguiente -extenso- catálogo de atribuciones:

1. Autorizar e inscribir en el Registro Nacional de Valores a todas las personas naturales y jurídicas reguladas por este Ente, así como suspender o cancelar tal autorización, por causa debidamente justificada y mediante acto motivado.

¹² Publicada en la Gaceta Oficial N°6.147 Extraordinario, de fecha 17 de noviembre de 2014.

2. Autorizar a las sociedades dedicadas a la intermediación con valores, constituidas en el territorio nacional que deseen operar en el extranjero o aquellas constituidas en el extranjero que deseen operar en el territorio nacional, en ambos casos, a través del establecimiento de sucursales.
3. Autorizar a los intermediarios de valores para ejercer funciones de correduría de títulos de deuda pública nacional o mantener en su cartera propia dichos títulos.
4. Autorizar la oferta pública de valores en el territorio nacional e inscribir los valores objeto de ella en el Registro Nacional de Valores, por personas domiciliadas en la República, en el extranjero o por organismos internacionales, gobierno e instituciones extranjeras y cualesquiera otras personas que se asimilen a los mismos.
5. Autorizar la oferta pública de valores fuera del territorio nacional, emitidos por personas domiciliadas en la República inscritos en el Registro Nacional de Valores.
6. Ejercer sobre el mercado de valores las funciones de promoción, autorización, vigilancia, supervisión, control y sanción, así como practicar visitas de inspección, a las personas naturales o jurídicas que actúen en el mismo, se encuentren o no autorizadas por la Superintendencia Nacional de Valores.
7. Adoptar preventiva y oportunamente, las medidas necesarias a los fines de resguardar los intereses de quienes hayan efectuado inversiones en valores objeto de oferta pública, inversiones por intermedio de los entes sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores o para mantener el correcto y sano funcionamiento del mercado de valores.
8. Autorizar la publicidad y los prospectos de las emisoras de valores a los fines de su oferta pública, así como supervisar toda la publicidad y propaganda relacionada con el mercado de valores.
9. Dictar las normas de carácter general y particular destinadas a regular todo lo relacionado con el mercado de valores, con el funcionamiento y administración de las personas jurídicas y de las personas naturales que actúan en el mismo.
10. Dictar normas que regulen los procesos de intervención, reestructuración y liquidación de las personas que se dediquen a la intermediación con valores, así como la actuación de las personas designadas como interventores y liquidadores.
11. Dictar disposiciones especiales para el financiamiento, mediante procesos de oferta pública de las comunidades organizadas,

- empresas de propiedad social, así como la pequeña y mediana empresa.
12. Determinar los límites máximos de las tarifas, comisiones y cualquier otro importe que cobren los sujetos regulados por la presente Ley, por realizar la intermediación en el mercado de valores.
 13. Convocar, previa averiguación sumaria, las asambleas de accionistas de las sociedades sometidas a su control, cuando no se hubieren celebrado asambleas ordinarias dentro de los plazos establecidos en esta ley, o cuando se hubieren producido irregularidades graves en su administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea de accionistas.
 14. Recomendar a la asamblea de accionistas, mediante acto motivado y previa averiguación sumaria, la remoción de los administradores de las sociedades bajo su control, cuando éstos se encontraren incurso en irregularidades.
 15. Designar funcionarios para asistir, con derecho a voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas, obligacionistas u otros tenedores de valores representativos de derechos de créditos de las sociedades cuyos valores sean objeto de oferta pública de las personas jurídicas reguladas por la presente ley, cuando lo considere conveniente.
 16. Aprobar o negar las normas internas y sus modificaciones dictadas por las bolsas de valores, cámaras de compensación de futuros, opciones u otros derivados y ordenar cuando lo considere necesario su modificación, así como supervisar su funcionamiento, todo ello de conformidad con lo previsto en esta ley.
 17. Publicar un boletín informativo mensual sobre el mercado de valores y su comportamiento.
 18. Presentar al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional y al ministerio con competencia en materia de finanzas un informe semestral de sus actividades y al Presidente de la República un informe anual de las mismas.
 19. Promover y normar el arbitraje como mecanismo alternativo para resolver los conflictos que surjan entre las personas naturales y jurídicas reguladas por esta ley y entre éstos y sus clientes, derivados de operaciones en el mercado de valores.
 20. Requerir a los sujetos regulados, la información que considere necesaria en materia de prevención, fiscalización y control de legitimación de capitales, del financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

21. Dar respuesta a los requerimientos de información de las autoridades competentes de investigación penal, así como los órganos y entes de prevención, control, supervisión, fiscalización y vigilancia en materia de prevención, fiscalización y control de legitimación de capitales, del financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.
22. Dictar y modificar el Reglamento Interno y el Estatuto de Personal de la Superintendencia Nacional de Valores.
23. Establecer un domicilio electrónico obligatorio para la notificación de comunicaciones o actos administrativos que requiera hacerle a los sujetos regulados.
24. Las demás que le asigne esta ley, otras leyes y reglamentos.

En la enumeración anterior, se denota el vasto marco competencial del que fue dotado la Superintendencia Nacional de Valores para la consecución de su fin último el cual es el mantenimiento del orden en el Mercado de Valores, entendido este como la vía alternativa al sistema bancario, en la cual se relacionan personas, sociedades y el Estado con el objeto de efectuar transacciones sobre los valores ofrecidos en tal medio siendo su actuación ejercida bajo la autoridad, representación y responsabilidad del Superintendente Nacional de Valores. Igualmente, es importante resaltar que la Superintendencia Nacional de Valores es miembro ordinario de la Organización Internacional de Comisiones de Valores desde que su denominación era Comisión Nacional de Valores.

Ahora bien, en este grado de análisis resulta pertinente señalar que de la simple lectura de las atribuciones que posee la Superintendencia Nacional de Valores, puede evidenciarse que algunas de ellas se corresponden con lo que previamente la doctrina ha denominado “actividad administrativa de policía”, aunque no obstante ello el grueso de su actividad se enmarque en lo que se ha denominado “derecho regulatorio” todo lo cual será abordado sucintamente en las siguientes líneas.

III. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES

Llegado este punto, debe recordarse que el artículo 94 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores (en lo adelante “Ley del Mercado de Valores”), dispone lo siguiente: “La Superintendencia Nacional de Valores, es el ente encargado de regular el mercado de valores, así como supervisar, inspeccionar, controlar y sancionar a las personas que en él participen, con el objeto de proteger a los inversionistas y promover el mercado de valores para estimular el desarrollo productivo del país [...]”.

Del texto anterior, se evidencia que al serle atribuida a la Superintendencia Nacional de Valores las funciones de supervisión, inspección, control y sanción de las personas que participan en el mercado de valores, se consagró de entrada el marco en el cual sería desarrollada su actividad de policía administrativa que quedaría cristalizado en el contenido del artículo 98 *ejusdem*, contenido de sus atribuciones.

Ahora bien, a los fines de dar un tratamiento sistematizado a las atribuciones que posee la Superintendencia Nacional de Valores bajo la óptica de las teorías clásicas construidas en torno a las técnicas de policía administrativa, conviene señalar la clasificación que de ellas formula la doctrina de conformidad con la tesis del maestro Santamaría Pastor¹³ quien las categoriza de la siguiente forma:

1. Técnicas de información

Son aquellas que se contraen a la imposición de deberes a los ciudadanos relativos a proveer de información a la Administración Pública de datos atinentes a su existencia, operaciones, así como los demás particulares que se consideren pertinentes para garantizar los intereses tutelados por ella.

De allí, que al contrastar esta técnica con las atribuciones asignadas legalmente a la Superintendencia Nacional de Valores, se colige que la misma encuentra concreción, a modo de ejemplo, en la obligación establecida a los miembros de las Bolsas de Valores en el numeral 3 del artículo 24 de la Ley del Mercado de Valores, que dispone:

Artículo 24. Los miembros de las bolsas de valores estarán obligados a:

[...]

3. Presentar semestralmente a la Superintendencia Nacional de Valores y a las juntas directivas de las bolsas de valores respectivas, su balance general, el estado de resultados y de cambios de su situación financiera, dictaminados por una firma de contadores públicos, debidamente inscrita en el Registro Nacional de Valores.

Igualmente, otra manifestación de esta técnica se verifica en el artículo 36 de la Ley en comento al señalar: “Las personas jurídicas referidas en el presente Título deberán informar a la Superintendencia Nacional de Valores sobre la celebración de sus asambleas, ordinarias o extraordinarias, con al

¹³ Juan Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999. Citado por J. Peña S.: *Manual de Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 157.

menos quince días continuos de antelación, mediante escrito anexando la agenda a tratar”.

Así, de la normativa señalada se puede verificar claramente la obligación que tienen ciertos sujetos regulados de suministrar información a la Superintendencia Nacional de Valores acerca de alguna de sus operaciones, todo ello con el objeto de mantener el debido control y vigilancia de los intervinientes en el Mercado de Valores, por lo que podría decirse que incluso estas obligaciones se corresponden con la correlativa función de supervisión y control que tiene atribuido este ente para garantizar el orden público en este medio.

2. Técnicas de condicionamiento

Son aquellas que supeditan el ejercicio de determinadas actividades por parte de los ciudadanos en la demostración, ante la administración, del cumplimiento de ciertos requerimientos o requisitos exigidos legalmente.

Esta técnica fue intensamente empleada por el legislador patrio al redactar la Ley del Mercado de Valores, a pesar de representar un término medio de invasión en la esfera de los derechos de los particulares en comparación con la técnica de información (nivel mínimo) y la técnica ablatoria (nivel máximo). Esto es así no solo con este instrumento normativo, toda vez que ello igualmente se aprecia en otros textos legislativos regulatorios de otras parcelas especiales como lo son la actividad bancaria, seguros, telecomunicaciones, etc.

Ahora bien, en lo que concierne a la Ley bajo análisis, se observa que esta técnica tiene una presencia fundamental en el mismo artículo 98, antes citado, al prever como atribuciones de la Superintendencia en sus numerales 1 al 5 las de autorizar la inscripción en el Registro Nacional de Valores a las personas (naturales y jurídicas) que sean objeto de regulación por ese ente, así como también la operación de las sociedades dedicadas a la intermediación con valores y la oferta pública de valores en los términos allí señalados. Incluso la Ley va más allá, al consagrar como atribución de la Superintendencia Nacional de Valores la competencia para emitir autorizaciones en el área de publicidad y los “prospectos” de las emisoras de valores con el objeto de su oferta pública, por lo que siendo ello así, se evidencia claramente la intención de mantener un control completo en el campo del Mercado de Valores, no agotándose esa actividad en la mera emisión de autorizaciones a las operadoras.

3. Técnicas ablatorias

Tal y como se ha señalado en líneas anteriores, las técnicas ablatorias suponen el grado máximo de intervención que puede ejercer la Administración tendente a la limitación o restricción de la esfera de derechos de los sujetos objeto de la actividad de policía de allí que, al momento de su ejecución, ha de sujetarse férreamente al principio de legalidad, baluarte principal del Estado de Derecho, y que supone el principal freno a cualquier arbitrariedad que pueda cometerse en su ejercicio.

Así, siendo que la nota característica de este tipo de técnicas consiste en la extinción o limitación de la esfera de derechos de aquellos sujetos sobre los cuales recaiga la misma, debe señalarse que de una revisión del contenido de la Ley del Mercado de Valores, pueden evidenciarse un conjunto de atribuciones que le han sido otorgadas a la Superintendencia Nacional de Valores, que en el marco de su ejercicio pueden dar lugar a la emisión por parte de la Administración respectiva de actos que se corresponden a lo que ha denominado SANTAMARÍA PASTOR como actos ablatorios personales y que pueden ser definidos como aquellos que consisten “[...] en imponer una obligación mediante una orden dictada por la Administración, que puede consistir en un ‘fare’ o un ‘dare’, o en un ‘non facere’, es decir, órdenes positivas y negativas”¹⁴.

Así, y a los fines de dar mayor claridad a lo expuesto precedentemente, conviene señalar que dentro de las atribuciones que posee la Superintendencia Nacional de Valores se encuentra la de “[...] requerir a los sujetos regulados, la información que considere necesaria en materia de prevención, fiscalización y control de legitimación de capitales, del financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva”; por lo que siendo ello así, al momento de hacer uso de tal atribución, la Administración procederá a dictar las órdenes respectivas tendentes a que le sea proporcionada la información debida, so pena de aplicación de disposiciones sancionatorias contenidas en el Título VII “Del Régimen Sancionatorio” de la Ley en cuestión como por ejemplo:

Artículo 127. Sin perjuicio de las decisiones que pudieren adoptarse a los fines de salvaguardar los intereses de los inversores y de las responsabilidades civiles y penales en que pudieren incurrir, la Superintendencia Nacional de Valores sancionará con multa desde dos mil quinientas unidades tributarias (2.501 U.T.) hasta cinco mil unidades tributarias (5.000 U.T.) en los siguientes supuestos:

[...]

¹⁴ J. Santamaría P.: *Principios de Derecho Administrativo...* op. cit., p. 188.

6. Cuando los sujetos supervisados no consignen oportunamente el informe sobre prevención, control y legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, o no lo hicieren conforme a las normas respectivas.

De lo anterior, se evidencia entonces un claro ejemplo de la forma en la cual la Superintendencia Nacional de Valores puede desplegar su actividad de policía, siempre teniendo en cuenta como fin último la tutela del orden público dentro del Mercado de Valores, por lo que siendo ello así resulta indudable que su ejercicio siempre tenderá a combinarse con una multiplicidad de técnicas que se acoplan con el concepto actual manejado por la doctrina como “derecho regulatorio”.

IV. LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE VALORES Y SU ACTIVIDAD REGULATORIA

Habiendo efectuado un breve desarrollo de la actividad administrativa de policía desplegada por la Superintendencia Nacional de Valores bajo la óptica de la teoría clásica formulada sobre el particular, conviene ahora hacer mención, al menos de forma sucinta, de la actividad de este ente a la luz del Derecho Regulatorio, todo ello con el fin dar lograr un acercamiento un poco más amplio de su actividad, teniendo en consideración los desarrollos doctrinales que al respecto se han venido gestando en los últimos tiempos.

Así, se tiene que el estudio profundizado del fenómeno regulatorio es relativamente reciente, todo lo cual responde a la aparición del mismo en virtud de las formas en las cuales el Estado ha comenzado a actuar de manera más activa en la regulación del mercado y de las actividades económicas que se ejecutan de forma cotidiana, lo cual recibió un notorio impulso con el nuevo Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución de 1999, siendo las Superintendencias la forma mediante la cual este regula y controla de forma directa los mercados económicos, tal y como lo ha señalado AZPURUA¹⁵ al indicar:

Es pues en el Mercado, sobre el Mercado, y por el Mercado, que se gesta gran parte del cauce público-Gerencial, y por ende de la actividad regulatoria. La paridad de demandas individualizadas con la demanda colectiva, la oferta y la eficiente locación de recursos limitados, son una cadena de indicios que dan pie para sostener que el flujo de la actividad Política descansa sobre axiomas económicos que se ven materializados a través del más contundente instrumento del cual goza el Estado en su actividad público-gerencial: la positivización jurídica.

¹⁵ José Miguel Azpúrua Alfonso: “Fundamentos Teóricos de la Regulación”. *Revista de Derecho Regulatorio*. N° 1, Editorial Torino, Caracas, 2008, p. 41.

En razón de lo anterior, es que se evidencia la relación existente entre el derecho regulatorio y la economía, todo lo cual permite definir a la regulación como “[...] una alternativa de acción que, desde la Teoría Económica, justifica la intervención del poder público ante las «fallas de mercado». Su objetivo consiste en evitar que los productores u oferentes «abusen de su posición dominante en el mercado y se prevengan prácticas restrictivas [a la entrada de competidores] o de colusión entre las empresas que reduzcan la competencia»”¹⁶.

Ahora bien, teniendo en cuenta el concepto de regulación antes formulado, debe indicarse que si se estudia detalladamente la organización administrativa venezolana, podrá apreciarse que en aquellas actividades económicas que el Estado ha considerado vitales, han sido creadas Superintendencias con el objeto de encargarse de su regulación y vigilancia, motivo por el cual en nuestro caso podemos encontrar la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), Superintendencia Nacional de Valores (SUNAVAL), entre otras; situación esta que ha generado lo que un sector de la doctrina ha denominado “Inflación de Superintendencias”¹⁷, toda vez que el auge y la creación continua de este tipo de entes ha supuesto el abarrotamiento a lo interno de la administración pública.

La situación antes descrita no se presenta de forma única en nuestro país, todo ello en razón que en el continente suramericano existen otros ejemplos en los cuales se puede evidenciar esta situación, como el caso de Chile que posee la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros e incluso una Superintendencia de Seguridad Social o el caso de Perú, que posee la Superintendencia de Banca y Seguros, la Superintendencia del Mercado de Valores, Superintendencia de Pensiones, entre otras; por lo que de esta forma se evidencia que estos entes no se han limitado al campo económico (particularmente a la regulación del mercado), sino que se han extendido a otros muy diversos como es el caso de la Seguridad Social.

En este contexto, resulta interesante el ejemplo de Colombia país en el cual, al igual que en Venezuela, las entidades que principalmente ejercen las funciones de inspección y vigilancia son las superintendencias, mas no

¹⁶ Francisco De Rosenzweig Mendialdua: “La Función Regulatoria del Estado: El Control Estatal en la Provisión de Servicios Públicos”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Vol. XXVII. Universidad de Extremadura. Extremadura, 2009, p. 375. Disponible en <https://goo.gl/KiOkb8> [consultado: 02-07-2016].

¹⁷ José Francisco García: “¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”. *Revista Actualidad Jurídica*. N° 19. Tomo I. Ediciones Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile, 2009, p. 327.

actuando de forma autónoma, sino bajo la dirección y orientación del Presidente de la República, el cual posee la titularidad de la función de inspección y vigilancia, por disposición expresa de la Constitución¹⁸.

Ahora bien, en lo que concierne a la actividad regulatoria de la Superintendencia Nacional de Valores, debe indicarse que del contenido del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley del Mercado de Valores del año 2015, se puede evidenciar que le han sido atribuidas un conjunto de competencias que van mucho más allá del concepto clásico manejado por la doctrina de “policía administrativa” encuadrándose sus funciones en el campo del derecho regulatorio tal y como por ejemplo se evidencia en el propio artículo 1 de la mencionada Ley que dispone: “La presente ley regula el mercado de valores, integrado por las personas naturales y jurídicas que participan de forma directa o indirecta en los procesos de emisión, custodia, inversión, intermediación de títulos valores, así como sus actividades conexas o relacionadas, para lo cual se establecen los principios rectores de su organización y funcionamiento”.

De esta manera, se hace evidente de forma expresa la función regulatoria que posee la Superintendencia Nacional de Valores, actividad esta que se despliega por múltiples vías, a saber:

- a. Sobre los sujetos intervinientes (sean personas naturales o jurídicas);
- b. Sobre cualquier forma adoptada por estos sujetos para intervenir en el mismo (directa o indirecta);
- c. Independientemente de los procesos en los que sean parte (emisión, custodia, inversión o intermediación);
- d. Incluso las actividades conexas que puedan llegar a tener alguna relación con el Mercado de Valores.

Un ejemplo claro de manifestación de la actividad regulatoria sobre los sujetos intervinientes se puede observar en el contenido del artículo 19 del Decreto Ley que dispone:

Artículo 19. Las bolsas de valores se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas, con la autorización de la Superintendencia Nacional de Valores. Su capital inicial no podrá ser inferior al equivalente de cincuenta mil unidades tributarias (50.000 U.T) totalmente pagado en efectivo, monto que podrá ser ajustado por la Superintendencia Nacional de Valores y estará representado por

¹⁸ Ricardo Monroy Church: “Modalidades de Intervención del Estado”. *VI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías: El Nuevo Servicio Público, actividades reservadas y regulación de actividades de interés general*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2002, p. 65.

acciones comunes nominativas que otorguen los mismos derechos, las cuales se emitirán y negociarán de acuerdo a las reglas de la oferta pública.

Ninguna persona natural o jurídica o grupo relacionado podrá poseer más del diez por ciento (10%) en acciones que representen el capital social de una bolsa de valores, ni tampoco aquellos que sean cónyuges o parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de un accionista.

De allí, puede apreciarse que la actividad regulatoria de la Superintendencia no sólo se limita a emitir actos autorizatorios para proceder a la constitución de una bolsa de valores (todo lo cual se encuadra dentro de la actividad de policía que previamente hemos desarrollado), sino que también puede ajustar el monto mínimo de capital inicial influyendo de esta manera en el mercado sobre aquellos sujetos que pretendan intervenir en este Mercado.

Por otra parte, en lo que se refiere a los valores sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, debe señalarse que el Decreto Ley dispone en su artículo 45 que:

Artículo 45. Están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores objeto de oferta pública en los términos de esta ley, así como cualesquiera otros valores o derechos de contenido financiero, incluso aquellos que sean emitidos por personas que no estén expresamente reguladas en esta ley u otras ley especiales.

También están sometidos al control de la Superintendencia Nacional de Valores, los valores representativos de derechos de propiedad, garantías y cualesquiera otros derechos o contratos sobre productos o insumos agrícolas.

La Superintendencia Nacional de Valores, dictará normas para la emisión, negociación y custodia de tales valores.

Siendo ello así, resulta obvio que si la Superintendencia Nacional de Valores tiene competencia para regular todo lo relativo al mercado de valores, con más razón aún posee atribuciones para controlar los valores objeto de oferta pública así como todos aquellos que confluyan dentro del Mercado de Valores, siendo este un elemento esencial en la actividad de la Superintendencia bajo análisis si se tiene en consideración que para proceder a la oferta pública, ha de contarse con la autorización de la Superintendencia de conformidad con el artículo 56 de la Ley del Mercado de Valores, lo cual es un rasgo más característico de la actividad regulatoria de la Superintendencia.

Otro punto de vital importancia viene representado por la competencia que posee la Superintendencia bajo estudio para proceder a la intervención de aquellas sociedades de corretaje de valores, casas de bolsa, entidades de inversión colectiva, sus sociedades administradoras, empresas dominantes o

dominadas, así como aquellas personas jurídicas que el mencionado ente califique como relacionadas a éstas, cuando de la investigación que sea efectuada se concluya que “atravesen por una situación de la cual pueden derivarse perjuicios para los inversores, acreedores o clientes [...]” (artículo 135 de la Ley del Mercado de Valores).

Es importante resaltar que este máximo nivel de intervención denota un grado de intensidad bastante notable en el campo de los derechos económicos que poseen los sujetos sobre los cuales recaiga esta medida, motivo por el cual se hace necesaria la sustanciación del procedimiento administrativo respectivo con el objeto de dar tutela efectiva al derecho al debido procedimiento consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual nos lleva a hacer una precisión en razón del contenido del artículo 137 del Decreto Ley que dispone:

Artículo 137. Del procedimiento de intervención se llevará un expediente contentivo de todas las actuaciones relativas al mismo, el cual deberá estar debidamente foliado y tendrá el carácter de reservado hasta tanto se resuelva la medida de intervención. La documentación contenida en el expediente se acumulará a aquel que se levante en caso de acordarse la medida de liquidación de la sociedad.

La Superintendencia Nacional de Valores podrá acordar la rehabilitación de una sociedad intervenida, cuando del resultado del proceso de intervención resulte conveniente a los intereses de los inversionistas.

La Superintendencia Nacional de Valores dictará las normas de carácter general, que regularan el procedimiento de intervención.

Dos observaciones surgen de lo antes señalado, y es que primeramente de la lectura del precepto anterior se evidencia a todas luces la deficiente técnica empleada en su redacción, ya que por un lado se le otorga a la intervención un tratamiento de “procedimiento” y por otro de “medida” sin olvidar tampoco que en los artículos precedentes se le denota como “proceso” todo lo cual no hace más que generar confusión en los destinatarios de la normativa, ya que cada uno de esos vocablos posee implicaciones diametralmente distintas que afectan el tratamiento que se le pretenda dar a la figura en cuestión.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se tiene que otro aspecto determinante es la franca indeterminación del procedimiento mediante el cual se canalizará la intervención, ya que si bien en un primer momento se podría pensar en acudir a cualquiera de los dos procedimientos instituidos en el Decreto Ley (especial u ordinario), tal duda queda disipada al señalarse que corresponde a la Superintendencia la elaboración de las normas que regularan el procedimiento, por lo que cabe preguntarse ¿Acaso no era competencia del

Poder Público Nacional la materia relativa al procedimiento según lo dispuesto en el numeral 32 del artículo 156, ello considerando igualmente a la intervención como una de las formas más invasivas de la actividad regulatoria?.

Ante lo anterior no queda más que reiterar la necesidad del respeto al principio de la legalidad, antes mencionado, así como también la pertinencia de la actividad del Poder Legislativo en campos tan sensibles como el regulatorio, siendo que como ha quedado evidenciado en anteriores ocasiones, la actividad del Ejecutivo a través de los Decretos Leyes se configura como un exceso que amenaza con arrastrar a su paso al Estado de Derecho.

CONCLUSIONES

Sin duda alguna que la gradual expansión de las actividades de la Administración ha llegado a tal punto que casi no hay ámbito en el cual no se aprecien vestigios del ejercicio de una potestad atribuida a un órgano o ente administrativo y, con mucha más razón, en el ámbito del Mercado de Valores, medio en el cual confluyen una multiplicidad de intereses más allá de los económicos.

Ante tal situación, el legislador y el ejecutivo han considerado idónea la creación de un ente dotado de la suficiente autonomía y atribuciones para mantener el orden y evitar cualquier tipo de desequilibrio que pudiera eventualmente afectar al Mercado y por consiguiente, el sistema económico que la Constitución de 1999 ha establecido, todo lo cual hace surgir la siguiente interrogante: ¿Es idónea una Superintendencia en cada rubro o campo de la actividad económica que controlen la actividad de los agentes que allí se desempeñan?

Al menos en nuestro país la respuesta pareciera ser afirmativa y mientras mayores modalidades existan dentro del denominado Mercado de Valores mayor será la intervención de la Superintendencia del ramo a través del uso de la actividad de policía que puede desplegar por atribución expresa de la Ley, todo lo cual como se ha visto encaja dentro de la doctrina clásica que desarrolla este tipo de actividad dentro del Derecho Administrativo.

No obstante, debe señalarse que si bien la anterior respuesta surge del análisis de la legislación vigente actualmente así como de la realidad actual, ha de indicarse que lo ideal sería una intervención menor de la Administración en el Mercado. Nótese que se tiene como ideal una intervención menor y no “ausente”, ya que si bien muchas teorías económicas son partícipes de eliminar toda la intervención ajena del Mercado ya que este

encuentra presuntamente su equilibrio por sí solo, el paso del tiempo se ha encargado de demostrar que siempre es necesaria una mínima intervención estatal, a través del uso de cualquier tipo de forma de actividad, para lograr así un mínimo grado de orden que garantice el correcto funcionamiento del Estado.

Así, si bien consideramos necesaria la intervención de la Superintendencia bajo estudio en el Mercado de Valores, en ejecución de las competencias que le han sido atribuidas en el Decreto Ley bajo cualquier modalidad de las conocidas por la doctrina, creemos que ello debe estar sujeto indisolublemente al principio de proporcionalidad y oportunidad, todo ello en aras de garantizar el mayor grado de ejercicio de derecho a los particulares, comprometiéndolos mínimamente.

LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS EN LA IMPORTACIÓN DE VEHÍCULOS BAJO RÉGIMEN DE EQUIPAJE EN VENEZUELA

Juan Miguel Guerra¹

Resumen: *La Administración, dentro de sus potestades, cuenta con la posibilidad de ordenar o limitación derechos fundamentales en atención a la búsqueda de tutelar “intereses públicos o generales”. Ante estas limitaciones deben existir las garantías jurídicas necesarias para establecer mecanismos que impidan que se haga nugatorio el ejercicio de los referidos derechos. Es por ello, que una de las manifestaciones de la Administración se observa en aduanas donde se observan límites al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, como ocurre en la importación de vehículos bajo el régimen de equipaje, el cual se reguló a través de la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 924, del 29/08/91, publicada en G.O. N°. 34.790, del 03/09/1991, donde se limitan derechos fundamentales sin atender a los aspectos propios del Estado de Derecho, como lo son la sujeción del Poder Público a la Constitución y la Ley y, las garantías previstas en materia de reserva legal.*

Palabras clave: *Derechos – Limitaciones – Importación – Vehículos – Equipaje.*

Una muestra de las facilidades a la libertad de tránsito se puede observar en el *Acta de la Comisión de Libre Movilidad de Personas de la Segunda Conferencia Sudamericana sobre Migraciones* del año 2001², en la cual se señala, entre otros aspectos, que los mecanismos para facilitar el tránsito transfronterizo de una misma región provienen de acuerdos de vieja data, incluso anterior a la consagración en algunos Estados que conforman la Comunidad Europea, siendo algunos de los caracteres más resaltantes que dan origen a esta realidad, aquellos vínculos históricos, sociales, culturales y económicos de los pueblos de una determinada región.

En efecto, esta realidad ha permitido que los Estados desarrollen de forma coordinada, en muchos casos, una serie de normas, estrategias, programas y proyectos de integración o cooperación para facilitar el tránsito y garantizar los derechos de sus ciudadanos que, de manera temporal o permanente, se desplazan dentro o fuera de sus respectivos territorios.

¹ Licenciado en Ciencias Fiscales, mención Aduanas y Comercio Exterior (2009) y Especialista en Gestión Aduanera y Comercio Exterior (2011) de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHPI-IUT). Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2015). Profesor de Pregrado y Postgrado en la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHPI-IUT) y Asesor en materia aduanera y de comercio exterior en libre ejercicio de la profesión.

² Acta de la Comisión de Libre Movilidad de Personas. La nueva realidad internacional: integración y globalización. Segunda Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, 2001.

En virtud de esta realidad, se observa que Venezuela no se encuentra ajena al entorno internacional y a la dinámica actual que se presenta a nivel regional o incluso global. Es por ello, que desde el propio marco constitucional se cuenta con disposiciones normativas que establecen derechos y consagran garantías para las personas, considerando a su vez, un trato igualitario ante la ley como uno de los principios fundamentales del referido texto supremo. De igual forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas³, en su artículo 13 refiere, “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Por su parte en el numeral segundo dispone que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Este Derecho Fundamental es complementado por la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴, donde establece dentro del Título III de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, específicamente en el artículo 50 comprendido dentro del Capítulo III De los Derechos Civiles, lo siguiente:

Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. En caso de concesión de vías, la ley establecerá los supuestos en los que debe garantizarse el uso de una vía alterna. Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna.

Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas.

Otro de los derechos consagrados constitucionalmente es el derecho de propiedad, establecido dentro del Título III de los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, específicamente en el artículo 115, comprendido a su vez, dentro del Capítulo VII De los Derechos Económicos, el cual dispone lo siguiente:

Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disposición y disfrute de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés general. Solo 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.

³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

⁴ G. O. Ext. N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000, Caracas.

Sobre este último artículo en referencia, es conveniente acotar lo descrito por ARISMENDI⁵:

[...] y por lo que la propiedad, pese a las contribuciones, restricciones y obligaciones impuestas, continúa siendo una de las bases de la organización social, aquellas no pueden ser impuestas sino por una ley de la Asamblea Nacional. De suerte que las limitaciones decretadas serían inconstitucionales en principio, si emanara de otro cualquiera de los poderes públicos, sean nacionales, estatales o municipales.

Razón por la cual, la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Título V de la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo I del Poder Legislativo Nacional prevé en su Sección Cuarta: De la Formación de las Leyes, el artículo 202 que establece “la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se podrán denominar códigos”, de ahí que se considere sobre este particular a la “Ley” en su acepción o sentido *formal* del derecho.

Ahora bien, toda persona que ingrese al territorio aduanero⁶ debe cumplir una serie de condiciones exigidas por las autoridades competentes; esto con la finalidad de proteger el orden público, la moral, las buenas costumbres, la industria, la seguridad nacional, entre otros aspectos. Tales imposiciones son establecidas por el Estado en su función de protector de la soberanía nacional y los objetivos del “interés general” que pretendan resguardar.

De esta manera, dentro de la legislación aduanera nacional que regula la introducción de los bienes al territorio venezolano, se encuentran la Ley Orgánica de Aduanas, los Reglamentos Aduaneros, el Arancel de Aduanas, entre otros instrumentos jurídicos mediante los cuales la administración aduanera, conjuntamente con otros órganos del Estado, ejercen funciones de policía administrativa⁷ dirigidas a intervenir, facilitar y controlar la entrada, permanencia y salida del territorio nacional de mercancías que son objeto de

⁵ Alfredo Arismendi: *Derecho Constitucional*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010, p. 536.

⁶ Entendiendo por “territorio aduanero”, lo indicado por Marco Osorio: *El Territorio Aduanero y la Legislación Venezolana*. Lizcalibros. Caracas, 2012, p.54. “aquel espacio físico o geográfico, incluso el conformado por algunos bienes, donde rige total o parcialmente una legislación aduanera y donde una organización y funcionarios aduaneros poseen jurisdicción y competencia para aplicar esa legislación”.

⁷ A juicio de Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. 13ra edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010, p. 239. “Entendemos por <policía administrativa> la actividad del Estado mediante la cual, con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público, se imponen las restricciones necesarias a la libertad personal y a la propiedad de los administrados.

tráfico internacional y de los medios de transporte que las conduzcan, con el propósito de determinar y aplicar el régimen jurídico al cual dichas mercancías estén sometidas, así como la supervisión de bienes inmuebles cuando razones de interés y control fiscal lo justifiquen, de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas⁸.

Estas regulaciones a pesar de ser “aduaneras”, se circunscriben o se mantienen en el espectro del derecho administrativo, por cuanto la importación (antes considera como una de las denominadas “operaciones aduaneras”, actualmente “régimen aduaneros”), son verdaderos actos sujetos a procedimientos administrativos. Sobre este particular, resulta conveniente incluir en este apartado lo indicado por ASUAJE⁹, quien destaca la relación jurídico-administrativa existente dentro de los referidos regímenes que se perfeccionan en aduanas:

Para quien esto escribe, las operaciones aduaneras son procedimientos administrativos, iniciados a instancia de parte interesada y que culminan con la emisión de un acto administrativo autorizador.

Estos procedimientos abarcan un conjunto de actos preparatorios o de trámite que culminan con la decisión de la autoridad aduanera competente, sobre la cuestión de fondo que le ha sido planteada por el particular en la oportunidad de realizar la declaración de las mercancías.

En efecto, señala el autor español Jesús González Pérez, que para que en una combinación de actos realizados por la Administración pueda hablarse de «procedimiento», es necesario que se den los siguientes requisitos:

- 1º) Que cada uno de los actos combinados conserve su individualidad íntegramente.
- 2º) Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efecto jurídico, y;
- 3º) Que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero¹⁰.

Como se observa, técnicamente la *importación* es considerada un régimen aduanero que se pone en práctica a través de un acto jurídico, mediante el cual mercancías extranjeras ingresan al territorio aduanero provenientes de otro territorio aduanero, para ser utilizadas o consumidas con carácter definitivo, donde las mercancías objeto de este tratamiento una vez que son nacionalizadas, es decir se cumplen los trámites y procedimientos ante la administración y ésta dicta el acto que autoriza el despacho desde las zonas

⁸ Artículo 1 de la Ley. G. O. Ext. N° 6.155, 19 de noviembre de 2014. Caracas.

⁹ Carlos Asuaje: *Derecho Aduanero*. Editorial Buchivacoa. Caracas, 2002, p. 138.

¹⁰ Luis Casado Hidalgo: *Procedimiento Administrativo-Tributario en el Derecho Venezolano*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1966, p. VII.

aduaneras, con lo cual el interesado procede a retirarlas, o se regulariza la situación jurídica con la presentación de la documentación para las mercancías que estando bajo este régimen fueron previamente autorizadas para su desaduanamiento, se les considera puestas a libre práctica dentro del resto del territorio nacional, estando en consecuencia sujetas a las mismas regulaciones existentes para las mercancías nacionales.

Ahora bien, vinculando las actividades que se desarrollan en aduanas con el marco constitucional, conviene acotar que todos los órganos que ejercen el Poder Público y las personas están sujetas a la Constitución por ser la Norma Suprema que rige el funcionamiento y organización del Estado, así dentro del texto constitucional se establecen, entre otros aspectos, que el derecho humano de libre tránsito previsto y ampliado conforme al referido artículo 50 de la Carta Magna, constituye en esencia un aspecto que ha sido regulado y desarrollado por la Ley Orgánica de Aduanas, siendo que cuando el referido texto fundamental hace mención expresa a “traer sus bienes al país y sacarlos”, se refiere a las mercancías, es decir, a aquella categoría de bienes que se pueden trasladar de un lugar a otro sean movidos por sí mismos o por una fuerza exterior, calificados por el Código Civil¹¹ como *bienes muebles por su naturaleza*. En consecuencia, tales bienes independientemente de su naturaleza, uso o finalidad están regulados en la Ley Orgánica de Aduanas en lo referente a su movilización o circulación internacional.

Además, cuando el aludido dispositivo constitucional señala “traer sus bienes al país o sacarlos”, hace referencia a que esos bienes tienen como lugar de procedencia o de destino otros territorios distintos al venezolano, lo cual significa, que el constituyente hizo allí alusión a las distintas modalidades de tráfico exterior de mercancías, operaciones que de acuerdo a lo pautado por la propia Ley Orgánica de Aduanas, “estarán sujetas al pago del impuesto que autoriza esta Ley”¹², en los términos por ella previstos, quedando clasificadas en el Arancel de Aduanas como “gravadas, no gravadas, prohibidas, reservadas y sometidas a otras restricciones, registros u otros requisitos”¹³. Dado que la obligación de sometimiento a potestad aduanera es independiente de si la movilización de las mercancías responde a un acto de comercio, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Aduanas, es el derecho de libre tránsito consagrado en el artículo 50 de la Constitución, que señala que las limitaciones al ingreso o extracción de tales bienes solo puede operar bajo Ley, es decir atendiendo a su acepción formal, como se indicó un acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como cuerpo legislador, razón

¹¹ Artículo 532 del Código Civil. G. O. Ext. N° 2.990, 26 de Julio de 1982. Caracas.

¹² Artículo 116 de la ley. G. O. Ext. N° 6.155, 19 de noviembre de 2014. Caracas.

¹³ Artículo 117 de la ley. G. O. Ext. N° 6.155, 19 de noviembre de 2014. Caracas.

por la cual la propia Constitución reserva legalmente las limitaciones a este Derecho Humano.

Ante esta obligación constitucional, la reserva legal realizada por el constituyente debe ser entendida conforme a lo abordado en la "Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, que Anula los artículos 2, 6, 26 y 27 de la Ley sobre Régimen Cambiario"¹⁴, donde se señala que la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

En este sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 190, numeral 10 de la Constitución de 1961 (actualmente, artículo 236, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el Ejecutivo Nacional puede reglamentar las leyes que se dicten en materias que pertenezcan a la reserva legal, incluso cuando tengan carácter de leyes orgánicas; lo que permite la participación del Poder Ejecutivo en el desarrollo de los principios contenidos en la Ley, siempre que no alteren su espíritu, propósito y razón, y sin que ello pueda significar, en modo alguno, el otorgamiento al Presidente de la República de la potestad de legislar en torno a la materia o materias específicas que estén delimitadas por la Ley.

Así, el principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto significa, explicar, desarrollar, complementar e interpretar restrictivamente a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones "genéricas" que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos "delegados". Por consiguiente, reitera BREWER-CARIÁS¹⁵ que "se ha considerado que esa reserva legal se define en la Constitución respecto, al menos, a tres aspectos fundamentales: la creación de contribuciones e impuestos; el establecimiento de delitos y sanciones y la regulación o limitación de las garantías constitucionales. Estas

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, que anula los artículos 2, 6, 26 y 27 de la Ley sobre Régimen Cambiario, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N° 4.897, del 17 de mayo de 1995

¹⁵ Allan Brewer-Carías: *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, p. 38.

son tres materias tradicionalmente consideradas como de la reserva legal y que, por tanto, la Administración no puede regular”. Agregando que:

En esencia se puede afirmar, que la reserva legal prevista en nuestra Carta Magna, viene a ser un mecanismo constitucional de distribución de poderes normativos entre el Poder Legislativo y Ejecutivo, debido a que se reconoce que por existir un conjunto de materias de suma importancia desde el punto de vista jurídico y político sólo pueden ser disciplinadas por Ley, a efectos de resguardar los derechos y fungir como garantías para los ciudadanos.

Este principio además, guarda estrecha relación con el artículo 25 del mismo texto constitucional, que prevé: “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

En virtud de lo anterior, los actos administrativos dictados en detrimento de los derechos constitucionales se tendrán como nulos, con lo cual tal disposición abre la posibilidad de ejercer los controles jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico en aras de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, uno de los principales inconvenientes que se observan se presenta sobre el carácter generado en torno a la *presunción de legalidad de los actos administrativos*, sobre este aspecto los Tribunales de la República y gran parte de la doctrina sostienen que el mismo constituye un elemento “positivo”, por cuanto dota a la Administración de la potestad ejecutoria necesaria para realizar los fines por ella previstos en aras de proteger el interés general. Al respecto la antigua Corte Suprema de Justicia¹⁶ señaló:

(Omissis) Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros: el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (Zanobini, Sayagues, González Pérez, Garrido) es coincidente en bautizar con el nombre de “ejecutividad”. (Omissis)

¹⁶ Cfr. Caterina Balasso Tejera: *Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998, p. 613. (Sentencia CSJ-SPA, de fecha 9 de noviembre de 1989; cfr. Sentencias CSJ-SPA de fecha 11 de febrero de 1992 y 16 de julio de 1992).

(Omissis) Este principio adicional, al que suele darse la denominación de ejecutoriedad –para distinguirlo del género “ejecutividad”- de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *juris tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares. (Omissis).

Las referencias de nuestro tribunal muestran que en efecto es reiterado expresar que los actos administrativos gozan de ejecutividad y ejecutoriedad, entendiendo que la ejecutividad es el valor de los actos administrativos como títulos ejecutivos, es decir que en términos procesales no requieren de homologación judicial para servir de sustento a su imposición, inclusive forzosa, frente a la voluntad ajena a la de la Administración. La ejecutoriedad en cambio constituye la posibilidad de imponer en terreno de los hechos el contenido del acto administrativo de que se trate. Sin embargo, a nuestro juicio la referida presunción de legalidad de los actos administrativos presenta un riesgo notable, por ejemplo LINARES BENZO¹⁷ señala “[l]a presunción de legalidad es peligrosa porque la posición jurídica de la Administración requiere, por definición, que pueda pasar el terreno de los hechos sin control del juez, pero en modo alguno exige una presunción de legalidad que hubiera que enervar en sede judicial”. En síntesis, corresponderá a los administrados desvirtuar el carácter legal o constitucional de los actos administrativos lo cual podría hacer nugatorio, en muchos casos, el ejercicio pleno sobre los derechos fundamentales.

Para determinar el carácter ilegal o inconstitucional la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 19 reconoce aquellos actos que son de nulidad absoluta, y en particular, en lo que atañe al presente análisis, es necesario desarrollar lo dispuesto en el numeral 1, que establece que serán actos administrativos absolutamente nulos aquellos que así estén expresamente determinados por una norma constitucional o legal. Asimismo, estaría también dentro del supuesto de hecho consagrado en el numeral 4, “cuando fueren dictados por autoridades manifiestamente incompetentes”, conforme a lo que señala LARES MARTÍNEZ¹⁸:

La incompetencia manifiesta del autor del acto, y del procedimiento legal. La Ley se ha referido a incompetencia <manifiesta>, la cual ha sido definida en la jurisprudencia española, como aquella <que parezca de una manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico su comprobación por falta a primera vista>. Este es un criterio impreciso. Incompetencia manifiesta, a nuestro parecer, habrá en

¹⁷ LINARES BENZO, G. Trabajo para ascender a Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 2010, p.90.

¹⁸ LARES MARTÍNEZ, Eloy. Manual de Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2010, p. 192.

aquellos actos en que la autoridad administrativa invade el campo reservado a los órganos no jurisdiccionales o legislativos.

En efecto, las referidas consideraciones constituyen el aporte teórico previo, atendiendo al carácter doctrinal y jurisprudencial del tema objeto de estudio, a los efectos de analizar el tratamiento jurídico para la importación de vehículos bajo régimen de equipaje¹⁹. En lo concerniente a este régimen a través de un acto administrativo general se disponen una serie de obligaciones jurídicas para la introducción de un vehículo al territorio aduanero nacional, a saber:

Artículo 1. La importación de vehículos automóviles usados para el transporte de personas, que ingresen al país bajo el Régimen de Equipaje de Pasajeros, quedará sujeta a las siguientes condiciones:

1. Cada pasajero sólo podrá introducir formando parte de su equipaje, un (1) vehículo sin restricción en cuanto a la marca y al modelo.
2. El pasajero debe ser mayor de edad y haber permanecido en el exterior por un período no menor de un (1) año.
3. El vehículo debe ser propiedad y de uso personal del pasajero, debiendo estar amparado por patente o certificado original de registro expedido a su nombre por la autoridad competente en el país de procedencia del vehículo. Dicho certificado debe ser expedido con no menos de once (11) meses antes del ingreso del pasajero al país.
4. A los efectos de la nacionalización de los referidos vehículos, el interesado deberá presentar documentación debidamente legalizada ante el Cónsul de Venezuela o quien haga sus veces, donde conste que el interesado ha utilizado el vehículo en calidad de propietario por un período no menor de once (11) meses. Dicha documentación incluirá la factura original de la compra efectuada por el pasajero o documento sustitutivo de la compraventa, autenticados por la autoridad competente del respectivo país.

Como se observa en el artículo 1 de la Resolución 924, la Administración Pública, por conducto del antiguo Ministerio de Hacienda, limita de manera expresa la cantidad de vehículos que pueden ingresar las personas al territorio aduanero nacional en condición de equipaje²⁰, además establece exigencias

¹⁹ Régimen que se encuentra regulado a través de la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 924, de fecha 29 de agosto de 1991, G.O. N° 34.790, de fecha 03 de septiembre de 1991, Caracas.

²⁰ El equipaje es definido en el artículo 131 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales G. O. Ext. N° 5.129, de fecha 30 de diciembre de 1996, como el “conjunto de bienes de uso o consumo personal y los obsequios que trasladen los pasajeros sin fines comerciales dentro del país de importación, lo cual genera una liberación en el pago de gravámenes aduaneros por parte de las personas para aquellos bienes que sean ingresados bajo este régimen especial”.

que lejos de colocar a la administración al servicio público, colocan a los ciudadanos al servicio de la administración para satisfacer sus intereses, sin que tales criterios respondan a principios de razonabilidad, proporcionalidad, sometimiento pleno a la ley el derecho, entre otros. En efecto la Ley Orgánica de Aduanas, delega en el Arancel de Aduanas de Venezuela la potestad para *calificar* las mercancías, entiéndase, gravarlas o no, prohibirlas, reservadas y someterlas a otras restricciones, registros u otros requisitos, pero curiosamente el Arancel dispone en la Nota Complementaria 1 del Capítulo 87, que “[...] La introducción de vehículos automóviles bajo los Regímenes de Equipaje de Pasajeros y de Admisión Temporal, se registrarán por las normas que a tal efecto haya dictado el Ministerio de Planificación y Finanzas”, es decir que este instrumento no regula lo que por ley le corresponde, sino que realiza una remisión a otro acto administrativo, eludiendo el mandato que además es objeto de reserva legal por ejecución directa e inmediata de la Constitución Nacional, según las consideraciones previamente expuestas.

En cuanto al tratamiento fiscal especial que se desarrolla para el ingreso de vehículos amparados bajo el régimen de equipaje se indica:

Artículo 2. Los vehículos automóviles para el transporte de personas que se importen bajo el Régimen de Equipaje de Pasajeros, estarán liberados de impuestos, siempre que su valor en estado nuevo, no supere en moneda nacional el equivalente a veinte mil dólares de los Estados Unidos de Norte América (U.S.\$ 20.000,00). Cuando el valor del vehículo supere el monto antes señalado, estará sujeto al tratamiento tarifario establecido en el Arancel de Aduanas, pero estará exceptuado del cumplimiento de las restricciones de ingreso aplicables a una importación ordinaria.

De acuerdo a la norma transcrita se observa directamente una transgresión a lo establecido en el artículo 317 del texto constitucional al disponer “[...] No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley²¹, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes [...]”, al fijar en veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (U.S.\$ 20.000,00), pareciera, en principio, que el acto concede un tratamiento especial desde el punto de vista fiscal, pero atender a un análisis de este orden sería evidentemente irrito, por cuanto la administración no sólo despliega acciones que no les han sido conferidas legalmente sino que establece un parámetro que va en contra del principio de legalidad tributario y que de alguna manera transgrede el principio constitucional de *igualdad ante la ley* sobre la base del valor del bien, con lo cual algunos ciudadanos estarán sujetos a las obligaciones del pago de los derechos de importación y otros no, sin que exista

²¹ Destacado propio, a los fines de hacer referencia a la reserva legal prevista por disposición constitucional.

la debida motivación en este acto que permita fundamentar jurídica y técnicamente, en caso que éste fuese legal y constitucional, tal discriminación.

Asimismo, los derechos de importación se fijan, por mandato de ley, dentro del Arancel de Aduanas, el cual constituye un acto administrativo, clasificado como “Decreto” en cuanto a su orden jerárquico y por ser competencia del Presidente de la República dictarlo; en consecuencia, mal podría un instrumento jurídico, como lo es la Resolución 924, disponer algo distinto a lo establecido en Ley o en un acto de superior jerarquía, con lo cual este artículo transgrede directamente lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos “[...] Ningún acto administrativo podrá violar lo establecido en otro de superior jerarquía [...]”.

Otra de las restricciones y limitaciones a los derechos que se pueden observar dentro de este acto administrativo se presenta en el siguiente dispositivo:

Artículo 3. El pasajero que haya introducido al país como parte de su equipaje, un (1) vehículo al amparo de las disposiciones contempladas en la presente Resolución, no podrá introducir otro con el mismo régimen, sino después de transcurridos tres (3) años contados a partir de la fecha de introducción del anterior vehículo al territorio aduanero nacional, y siempre que cumpla con los requisitos aquí establecidos. Tampoco podrá enajenarlo sino después de transcurridos tres (3) años de su introducción al país. Para la enajenación a que se refiere el presente artículo, se requerirá la autorización previa de la Dirección General Sectorial de Aduanas. El incumplimiento de dicho requisito dará lugar a la aplicación de la multa establecida en el artículo 115 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Efectivamente se observa como la norma transcrita limita: (i) el derecho al libre tránsito al impedir ingresar vehículos bajo el régimen de equipaje por tres (3) años contados a partir de la fecha de introducción del anterior vehículo al territorio aduanero nacional, (ii) el derecho de propiedad al restringir la posibilidad de enajenarlo sino después de transcurridos tres (3) años de su introducción al país, y sobre la necesidad de contar con una “autorización” de parte de la administración para proceder a disponer de este bien, (iii) se establece un supuesto de hecho en un acto administrativo que transgrede el principio de legalidad en materia penal, pretendiendo aplicar una sanción que irrumpe con la reserva legal.

Se podría pensar que los artículos transcritos de la Resolución 924, responden a un contexto constitucional distinto al vigente por haberse dictado ésta en el año 1991, es decir al amparo de la Constitución de 1961. Sin embargo, se muestra a continuación un cuadro comparativo de los dispositivos constitucionales que hacen referencia a los derechos al libre

tránsito y propiedad, así como la norma contentiva del principio de la legalidad tributaria:

Cuadro 1: Comparación de las normas constitucionales de 1961 y 2000, en materia de derechos al libre tránsito, propiedad y principio de legalidad tributaria.

Constitución de la República de Venezuela (1961)	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000)
<p>Artículo 64: Todos pueden transitar libremente por el territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia, ausentarse de la República y volver a ella, traer sus bienes al país o sacarlos de él, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. Los venezolanos podrán ingresar al país sin necesidad de autorización alguna. Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos, salvo como conmutación de otra pena y a solicitud del mismo reo.</p>	<p>Artículo 50: Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. En caso de concesión de vías, la ley establecerá los supuestos en los que debe garantizarse el uso de una vía alterna. Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna.</p> <p>Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas.</p>
<p>Artículo 99: Se garantiza el derecho de propiedad. En virtud de su función social la propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.</p>	<p>Artículo 115: Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización,</p>

	podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.
Artículo 224: No podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no estén establecidos por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos sino en los casos por ella previstos.	Artículo 317: No podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes.

Nota: elaborado por el autor con información tomada de las Constituciones de 1961 y 2000 respectivamente, 2016.

En atención a lo enunciado, se observa que ambas constituciones guardan similitud en la consagración de derechos y garantías, con lo cual la Administración Pública por haber regulado lo que corresponde al Poder Legislativo en virtud de la reserva legal prevista constitucionalmente, la relación jurídico-administrativa con los particulares se ha visto afectada, principalmente por la denegación o limitación de los derechos constitucionales, en el entendido que la Carta Magna de forma expresa señala en su artículo 141 que “la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos”. Asimismo, en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Administración Pública²² se establece que el “principal objetivo” de la organización y funcionamiento de la Administración Pública es dar eficacia a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución y, en especial, conforme se indica en el artículo 19 de la Texto Fundamental “garantizar a todas las personas, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. Por su parte, se destaca en el artículo 5 de esta misma Ley Orgánica, que en su actuación la Administración pública debe dar preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades y se debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella, siendo aspectos que evidentemente en el régimen de equipaje de vehículos no se cumplen.

²² G. O. Ext. N° 6.147, de fecha 17 de noviembre de 2014, Caracas.

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

Fernando Javier Delgado Rivas¹

Resumen: *El presente ensayo tiene como finalidad demostrar como la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la noción de “función social” en el Derecho Fundamental a la Propiedad Privada, ha servido para justificar la intervención ilimitada del poder público, desdibujando por completo los atributos y núcleo esencial de este derecho. Se trata de comprobar además lo innecesario de esta noción a la hora de establecer algunas limitaciones a la propiedad privada, como por ejemplo la garantía expropiatoria, reafirmando así su peligrosidad al solo haber servido de base para el establecimiento de normas de derecho público violatorias de este derecho que a su vez han sido constantemente convalidadas por la jurisprudencia patria.*

Palabras clave: *Propiedad privada – Derechos fundamentales – Intervención estatal.*

I

El Derecho de propiedad, es un derecho subjetivo, cuya noción ha existido en la humanidad desde los tiempos prehistóricos. Siempre el ser humano, como individuo, ha concientizado sobre el gran beneficio que produce la preservación de ciertos bienes de valoración económica, sean muebles o inmuebles, los cuales sirven como instrumentos idóneos para la satisfacción de necesidades fundamentales y no fundamentales, pudiendo inclusive intercambiar la utilidad económica de esos bienes con la de los bienes pertenecientes a otros individuos, dentro de un marco normativo que establezca unas reglas de juego conocidos por todos, y de esta forma lograr, en plena libertad, la prosperidad común y el alcance de metas y proyectos personales. De manera tal que, aunque dicho derecho no sea reconocido por la sociedad a ninguno o pocos individuos, o no se encuentre plenamente positivizado en un ordenamiento jurídico, es indudable la función que tiene para que cada individuo pueda hacer uso exclusivo de ciertos bienes sin encontrarse bajo la tutela y coacción de otros, para su propio beneficio. Así ha sido desde el principio de los tiempos.

La propiedad privada es entonces un derecho de larga data, cuyo desarrollo y percepción ha venido sufriendo cambios a lo largo de la historia, y dependiendo del contexto en que se encuentre. En la antigua Roma, este era considerado como un derecho real de la más alta jerarquía y que suponía una

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Abogado en la firma Hoet Peláez Castillo & Duque.

soberanía plena y absoluta del sujeto sobre la cosa o bien de su pertenencia, en comparación con otros tipos de derechos reales, que no permitían un uso tan amplio y exclusivo. No obstante, tanto en la edad antigua como en la edad media, eran pocos los que podían ser titulares de este derecho, principalmente debido a que no se consideraba que todos los individuos eran iguales y libres frente a otros, teniendo así que, en aquellas sociedades, gran parte de la población no gozaba de libertades plenas, dependiendo de los designios de los únicos y privilegiados propietarios y los poderes de carácter absoluto como lo fueron las monarquías europeas justo antes de la Revolución Francesa.

Posteriormente, llegaríamos al advenimiento de la noción del Estado de Derecho, propia de las ideas republicanas liberales, dentro de cuyas consecuencias encontraríamos la declaración del Derecho de Propiedad para todos los individuos de una sociedad, dándole rango de Derecho Fundamental inviolable por parte de los Poderes y por ende siendo establecido en las leyes de los distintos países que adoptaron esta forma de Estado.

Uno de los precursores de estas ideas liberales, pilares fundamentales de la noción moderna del Estado de Derecho, fue el filósofo JOHN LOCKE, llamado el “padre del liberalismo clásico”. Para LOCKE², no cabía la menor duda de que el Derecho de Propiedad era fundamental, de hecho lo incluye dentro de la categoría de los derechos naturales como algo otorgado por Dios y que significa inicialmente la capacidad con la que contamos los seres humanos de con su trabajo, una fuerza o posibilidad inherente a cada individuo, transformar los recursos naturales y la tierra para darles un valor agregado, y así puedan ser de utilidad y beneficio para el hombre, por lo tanto, no ve otra forma de obtener estos beneficios que no sea por medio de la propiedad. En ese sentido, LOCKE deja claro que la supervivencia del hombre esta inseparablemente unida a esa apropiación de los recursos naturales, algo que se da en el llamado “Estado de Naturaleza” y por ende al ser un derecho fundamental, su protección debe estar plenamente garantizada por el Estado, entendiéndose este como el moderno Estado de Derecho (derivado de la teoría contractualista, según LOCKE y otros autores³), cuyos objetivos primordiales son, no solo controlar la arbitrariedad de unos individuos hacia otros, sino del poder mismo llamado a ejercer ese control, tanto para el provecho de los propietarios, como para los potenciales propietarios

² John Locke: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*. FCE. México D.F., 1941.

³ Junto a LOCKE, THOMAS HOBBS (*Leviatán*) y JEAN-JACQUES ROUSSEAU (*El contrato social*) fueron los más sobresalientes exponentes del contractualismo, haciendo la salvedad que para Rousseau tanto las causas y antecedentes, así como los fines del Estado producto del contrato social, eran radicalmente distintos a los de los otros dos autores.

igualmente. El Derecho de Propiedad, ya reconocido como en calidad de derecho individual fundamental, se coloca entonces al mismo nivel del Derecho a la vida y a la libertad, concluyendo además este autor y, muchos otros, que sin propiedad la supervivencia no podría jamás ser alcanzada por los individuos, entonces encontrándose en una eterna dependencia de otros, jamás alcanzarían la libertad y sin esta última la vida se hace vacía al perder toda posibilidad de desarrollar libremente la personalidad del hombre según sus propios designios.

No obstante todas estas consideraciones, principalmente con el desarrollo del Derecho Administrativo en Francia y bajo las ideas de algunos otros autores⁴ de la época, surge la idea de que el Derecho de Propiedad Privada debe sufrir una modificación en su concepción como derecho “absoluto”, prevaleciendo la “función social” de la misma antes que la importancia y utilidad para el interés privado, exclusivo y particular de cada individuo, queriendo de esta forma justificar una mayor intervención por parte del Estado, en tanto representante de la voluntad general, a los fines de acometer y lograr objetivos de interés para toda la sociedad, y lograr así mayor igualdad y prosperidad para todos. Es esta noción de la “función social” la que nos proponemos examinar críticamente en el presente ensayo, puesto que en no pocas ocasiones, y sobre todo hoy en día en nuestro país, hemos visto como su aplicación, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se ha constituido en una especie de justificación ilimitada para la intervención arbitraria por parte del Estado, a través de las ramas ejecutiva y legislativa del Poder Público, al derecho fundamental de la Propiedad Privada, no solo en uno de sus elementos sino en todos, dependiendo del tipo de intervención, violando muchas veces principios propios del Estado de Derecho como lo son la garantía de reserva legal, la institución de la expropiación y la garantía de responsabilidad patrimonial del Estado.

II

Todas nuestras Constituciones, desde la primera promulgada en 1811, inspiradas en la tradición liberal republicana, 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, producto de la Revolución de Octubre, y la primera de origen plenamente democrático en nuestra historia, que la noción de “función social” es agregada a la institución de la propiedad privada, quedando incólume su protección como derecho

⁴ Entre otros, LÉON DUGUIT, llamado el “padre del servicio público” y AUGUSTE COMTE, pensadores que promovieron la idea según la cual el Estado tenía entre sus fines primordiales la intervención directa en la sociedad para conseguir la igualdad y bienestar común.

fundamental e igualmente la garantía expropiatoria. Dicha introducción vino en consonancia con las influencias acerca del cambio de paradigma en algunos sectores académicos respecto al abandono de la noción como derecho “absoluto” de la propiedad privada, supuestamente en beneficio de nuevos términos o principios como lo son el interés general, la función social y el servicio público, entre otros. Pero ¿a qué se refiere exactamente esta característica de “absoluto”, tradicional en este derecho?

Si revisamos la doctrina más calificada, en cuanto a lo que la explicación de esta característica se refiere, encontramos por ejemplo que KUMMEROW expone que “el titular puede, en principio, desplegar los poderes más amplios sobre el bien: el dominio otorga un poder ilimitado, soberano sobre la cosa”⁵. Dicho esto, pensamos que el tan mentado y desvirtuado carácter absoluto del derecho de propiedad, se refiere esencialmente a su diferenciación con los otros derechos reales, sobre todo en lo respecta a otra característica como lo es la exclusividad, y también los atributos esenciales de uso, goce, disfrute y disposición; como lo podrían ser por ejemplo la servidumbre o el usufructo, por nombrar algunos. No se refiere esta característica a una especie de protección que hace de este derecho algo completamente intocable para cualquier ocasión, y de limitaciones y cargas inexistentes en ningún momento y circunstancia posible, puesto que lo mismo sucede con todos los demás derechos fundamentales considerados también derechos absolutos generalmente, como lo son el derecho a libertad e inclusive para colocar un ejemplo extremo, el derecho a la vida. El derecho a la libertad, es absoluto e inquebrantable en principio, solo limitado por el propio derecho a la libertad de los otros individuos, lo que hace que en ciertas ocasiones algunas actividades deban ser limitadas por ley, (solamente por esa vía en tanto que como derecho fundamental solo puede serlo por la representación de la voluntad general), con la finalidad de que estas no interfieran en la libertad de otros individuos a realizar otras actividades igualmente, no puede convertirse entonces la limitación por ley en una forma de opresión o dominación o desnaturalización de la libertad de un individuo o grupo de individuos en favor de otros, sino más bien se establecen los límites, como normas abstractas de cumplimiento general que devienen en un marco de reglas claras de juego, lo que en definitiva garantiza la libertad para todos.

Lo mismo sucede en cuanto al derecho a la vida, quizás del que nadie dudaría, que no podría ser sino absoluto, absolutamente en cualquier situación (valga la redundancia), teniendo como ejemplo la figura del derecho penal de la defensa propia, mediante la cual se permite el sacrificio de un bien jurídico tutelado por la protección de otro de igual valor (la vida, y por ende

⁵ Gert Kummerow: *Bienes y derechos reales derecho civil II*. 4ta Edición. McGraw Hill. Caracas, 1997, p. 167.

el derecho a la misma), siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones para que opere, permitiendo que la persona que la ejerza no sea imputada con el correspondiente delito que castiga la violación de este. Sabiendo entonces que, para el derecho de propiedad privada, al igual que con los otros derechos fundamentales y absolutos, surgen en algún momento algunas limitaciones, cuya justificación inclusive, es en algunos momentos, la protección del derecho de propiedad de otros individuos, limitaciones de este tipo establecidas en la propia legislación civil, como por ejemplo en el caso de las servidumbres, y en otras regulaciones, como aquellas propias del derecho urbanístico, ¿Por qué se busca este cambio tan particular solo al derecho de Propiedad Privada, este agregado de “función social”?, ¿es que los otros derechos no cumplen ninguna función en la sociedad?

Si no es necesario entonces desnaturalizar o disminuir el carácter de “absoluto” del derecho de propiedad, mediante el agregado de “función social” para establecer ciertas limitaciones en razón de cuestiones de interés general específicas, y de protección frente a otros propietarios, nos debemos hacer la pregunta de ¿cuál es entonces la necesidad de establecer la misma?

Nuestra actual constitución de 1999, al igual que la de 1961, le otorgó la categoría de derecho fundamental a la propiedad privada e igualmente le acompañó la garantía expropiatoria. De igual forma, la fusión social de la Propiedad sigue estando establecida, al igual que la figura del Estado Social y ahora la más novedosa de “Estado de Justicia”. Pero a diferencia de los gobiernos del periodo democrático, en los cuales sucedieron en algunos momentos limitaciones al derecho de libertad económica y en consecuencia de la libertad privada, basándose por supuesto en esta nueva visión social, nunca se llegó a los niveles de violación y arbitrariedad actuales, nunca se planificó su destrucción definitiva.

Para justificar la intervención arbitraria, inconstitucional e ilegal, la jurisprudencia más reciente ha desestimado cantidad de acciones de nulidad contra actos administrativos y demandas de responsabilidad administrativa extracontractual, argumentando que ya la propiedad privada no es absoluta, como lo era en un principio en los Estados Liberales⁶, sino que debe ser vista como un derecho que en concordancia con los nuevos cambios y paradigmas, antes que nada tiene una función social, función esta que convenientemente, es concretizada y definida exactamente en cada caso por la Administración Pública, para concluir finalmente que el Estado actúa correctamente al

⁶ En relación a los actuales criterios jurisprudenciales, véase: Andrea Rondón García y Luis Alfonso Herrena Orellana: “Sobre la ausencia de independencia y autonomía judicial en Venezuela a doce años de vigencia de la Constitución de 1999” y Allan R. Brewer-Carias: “Independencia judicial y libertad”. *El Tribunal Supremo de Justicia contra la propiedad Privada*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2012.

violentar el derecho de propiedad no solo en uno de sus atributos, sino en todos, pues es importante señalar que no solo el derecho a la disposición o el hecho de ser el titular de un bien, garantiza el derecho de propiedad, sino que también es necesario poder usar el bien, disponer y disfrutar de estos, y en consecuencia garantizarse el más pleno goce del mismo, de tal forma que si uno de estos atributos faltan o son negados por completo al titular del derecho, estaríamos en presencia no de una mera limitación o afectación, sino de una verdadera lesión al núcleo de este derecho fundamental⁷, lo cual deviene en una verdadera injusticia y daño al patrimonio de un individuo, debiendo ser debidamente indemnizado por el Estado de conformidad con lo dispuesto en nuestra Constitución. Aunque debemos decirlo, hasta la responsabilidad extracontractual por daños (recordemos que esta no solo se produce por hechos ilícitos de la administración, sino también por el principio de igualdad de las cargas públicas y sacrificio del particular) ha sido desestimada el Tribunal Supremo de Justicia, basándose en la sorprendente razón que el menoscabo en el patrimonio del particular es producto del “riesgo económico” que asumen al emprender negocios en un país con ciertas condiciones económicas.

Un ejemplo muy ilustrativo y característico de estos nuevos criterios jurisprudenciales amparados en el “abandono” del tan mentado carácter absoluto de los derechos fundamentales, es la sentencia N° 1049 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 23 de julio de 2009, caso Rafael Badell y otros, mediante la cual se declaró no ha lugar un recurso de nulidad contra varios de los artículos de la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, cuyo magistrado ponente fue Francisco Carrasquero. En la parte motiva de dicha sentencia, no se limitan solamente a rebatir los argumentos de la parte recurrente, sino que en un singular ejercicio de discurso ideológico se pretende desvirtuar por completo todas las ideas relativas a los derechos individuales inviolables, sentenciándolas como plenamente desmentidas y caducas, todo bajo este falso argumento de que los derechos fundamentales (y convenientemente haciendo mención específicamente a los de carácter económicos) no contienen un núcleo esencial expresamente delimitado y restringido frente a la intervención estatal, porque ya no son irrestrictos, sino que más bien tocará al Estado y a los poderes públicos considerar cual será el real alcance de los mismos en cada caso concreto, justificándose, como siempre, en nociones que han venido cumpliendo similar papel al de la “función social” de la propiedad privada,

⁷ Andrea Rondón García: “Propiedad Privada y Derechos Fundamentales: Nuevamente el caso de Promotores Terra Cardón, C.A. Sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia”. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Telmetas*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2010.

pero que abarcan ámbitos mucho más extensos, como sucede en el caso de la noción de “Estado Social”⁸.

Ha sido entonces una de las argumentaciones más utilizadas por la doctrina⁹, no solo de la actual sino de la anterior a este proceso, y también de la jurisprudencia, el convalidar la ilimitada intervención estatal en el derecho de propiedad, en uno o todos sus atributos, el abandono del carácter absoluto por el de “función social”, lo cual comprueba hoy en día su peligrosidad, porque ha devenido no en una herramienta para su limitación, para lo cual, como explicamos anteriormente no necesita que se le agregue alguna frase o complemento, sino en una ambigua y permisiva característica que ha desvirtuado por completo la esencialidad del derecho de propiedad privada, haciéndolo ver como casi como una potestad ilimitada del gobierno para intervenir y controlar los bienes de los individuos con plena discrecionalidad, sin la necesidad ni siquiera de contar con una disposición de rango legal para hacerlo en algunas ocasiones. Todo esto debido a que la misma existe para cumplir una “función social”, amén de otras definiciones perniciosas o malinterpretadas completamente como lo son también el llamado “interés colectivo” y el “servicio público”.

III

No se puede deducir otra conclusión que no sea aquella que lleva a pensar, que la única razón de ser de la llamada “función social” ha sido la de incrementar en exceso el intervencionismo estatal en el derecho de la propiedad privada, desvirtuando el núcleo esencial de este derecho fundamental y despojando a los propietarios no solo del atributo o elemento de disposición, sino también de todos los demás, llegado el caso. Es así como hemos experimentado todo tipo de lesiones al uso de un bien, cuando la administración impone órdenes del tipo administrativo a empresas de la industria de alimentación y muchas más, dictando normas asfixiantes,

⁸ Para un análisis exhaustivo y crítico de la sentencia N° 1049, véase: Tomás Arias Castillo, Andrea Rondón García y Luis Alfonso Herrena Orellana: “Del Estado Social De Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049 de 23 de julio de 2009)”. *Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2010.

⁹ Gran parte de la Doctrina Nacional ha acogido esta visión, la mayoría de las veces afirmando además la supremacía del Estado y el interés colectivo sobre el individual, entre estos se encuentran TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA, MANUEL GARCÍA PELAYO, ALLAN BREWER CARIAS, ELOY LARES MARTÍNEZ, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ. No obstante, es justo decirlo, algunos de estos autores que aún siguen activos en los estudios del ámbito académico, han venido atenuando su visión colectivista y proclive a la “función social”, mientras que otros de más reciente data han venido señalando los graves peligros potenciales de esta y otras nociones, cuya faceta más arbitraria y opresora se ha manifestado en los últimos años en Venezuela.

imposibilitando la repatriación de ganancias en el caso de inversionistas internacionales, desvirtuando por completo el atributo de goce, y eliminando a veces hasta el libre uso, cuando incluso se ha permitido la invasión u ocupación de bienes inmuebles bajo régimen propiedad privada, todas estas medidas o restricciones basadas en las razones expuestas más arriba.

En relación al punto sobre los distintos elementos o atributos esenciales que conforman el Derecho de Propiedad, es de máxima importancia resaltar lo anteriormente dicho, en cuanto a que actualmente existen diversas formas de desdibujar este derecho muy distintas a las tradicionales que consistían en la desaparición del derecho por completo, pero con la debida garantía expropiatoria y todo lo que ella implica (mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, Art. 115 de la C.R.B.V), y siempre y cuando fuese por causa de utilidad pública. Sin olvidar que la garantía expropiatoria ha sido desdibujada igualmente por la legislación y jurisprudencia actual, o mejor dicho deformada y convertida en una especie de sanción y violación grosera de la Constitución, despojándola de su función esencial como garantía y justa retribución por causa del detrimento en el patrimonio del particular afectado; a mi manera de ver las mayores y más vergonzosas lesiones al derecho de propiedad han sido aquellas a las que se refiere a la limitación casi total de alguno de los atributos de la propiedad, como lo son el uso y el goce, pretendiendo que al dejar intacta la titularidad del bien a nombre del particular, la violación es menos visible. Para este tipo de lesiones, ha calado justamente la noción de “función social” de la Propiedad Privada, queriendo hacerla ver como una extensión de lo social, como una rama más de este cuerpo social, que no tiene otra forma de manifestarse que a través del Estado, claro está, y en concordancia perfecta con la novísima también noción de “Estado Social” y la superación de la percepción del Derecho de Propiedad como “absoluto”. De esta forma vemos hoy en día como muchas industrias, inmuebles y actores económicos de todo tipo son limitados en el ejercicio de todos los atributos de la Propiedad Privada, mediante controles de precios absurdos, medidas de ocupación y todo tipo de directrices groseramente interventoras por parte de las autoridades, como si estos particulares se tratasen de órganos de la administración cumpliendo mandatos, a la vez que siguen siendo titulares del derecho de propiedad sobre estos bienes. El resultado ha ido desastroso, tal vez no lo sufrimos los venezolanos cuando comenzó este plan destructivo, pero finalmente el destino nos ha alcanzado y podemos ver como la desaparición de la propiedad privada verdadera y en definitiva de la libertad económica nos ha dejado un país en crisis operado por un aparato estatal monstruoso e inoperante debido a la falta de recursos derrochados.

No podemos dejar de llamar la atención, sobre el sustento que aún observamos en parte de la Doctrina, sobre la necesidad de seguir acompañando al derecho de Propiedad con la noción de función social, en concordancia con la de “Estado Social”, con la superación del carácter “absoluto” y del supuesto pasado liberal que experimentó nuestra república antes del año 1947 y mayormente en el siglo XIX¹⁰, como justificación para establecer la figura de la expropiación por causa de utilidad pública, así como también para cualquier otra medida de afectación sobre este derecho de la cual se pueda pensar. Cuando consideramos que ha quedado plenamente comprobado que no es necesaria esta añadidura, ni para entender la figura de la expropiación, ni para afectar el derecho de propiedad (sin lesionar su núcleo fundamental y en respeto a la garantía de reserva legal). Cuando se expropia un bien privado por causa de utilidad pública, se hace con el fin de la construcción de una obra pública, cuyas características jamás serían del interés de un particular o de la prestación de un servicio para satisfacer necesidades fundamentales que *comprobadamente* no pueden ser cubiertas por el sector privado, como por ejemplo una autopista, un embalse, o la prestación del servicio eléctrico. Vemos de esta forma como no se está utilizando la potencialidad del derecho de propiedad en favor de “otros”, sino que más bien se sacrifica por completo para dar paso a un bien jurídico de mayor jerarquía, no antes sin indemnizar al lesionado y de probar efectivamente que la utilidad pública exista, casos similares de “sacrificio” de derechos fundamentales vemos, como dijimos antes, en el derecho a la vida, derecho a la libertad de expresión y muchos otros más de igual rango al de propiedad privada, con la particularidad que ninguno de ellos posee la añadidura de “función social”. En cambio, la función social no ha hecho otra cosa, sino que, con la complacencia de los tribunales, permitir la inmensa ampliación de los poderes del Estado, facultándolo no solo para limitar el derecho o intentar la expropiación de bienes bajo régimen de propiedad privada, sino también para sustituirse en el particular como verdadero dueño de estos, controlándolos a placer, sin reconocer siquiera la injusticia y el daño causado, limitando al final la libertad de todos los individuos que quedamos a la merced de los designios de este Estado, que más que “social”, se convierte en total.

Finalmente, queremos hacer énfasis, que al igual que como lo han dicho muchos autores, principalmente los citados, el derecho de propiedad, no puede verse de forma restrictiva, como la posibilidad de proveerse uno mismo de beneficios que procuren la prosperidad y sobrevivencia propia, lo cual en definitiva deviene en prosperidad para todos mediante el libre

¹⁰ Antonio Canova González: *El Papel de la Propiedad Privada en el Derecho*. Foro Enfoques Actuales sobre Derecho y Libertad en Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013.

intercambio reglado, sino como un hecho inseparable de la libertad plena de los hombres en sociedad. Si una sociedad carece de este derecho, todos sus individuos estarán forzados a depender de un grupo poderoso privilegiado, o de un Estado Totalitario, para su propia subsistencia, viendo limitada toda su creatividad y aspiraciones personales, ya que jamás contarían con los medios en la forma que cada uno requiera, por eso la necesidad de que nuestros pueblos entiendan la vital importancia de esta institución, vacuna y antídoto contra toda dictadura y totalitarismo, y sustento insustituible de toda sociedad que goce de un Estado de Derecho y Democracia con economía próspera.

LA LEY DE TIERRAS URBANAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

Francisco Ramírez Ramos¹

Resumen: *La propiedad privada es un derecho que tiene como atributos esenciales de su existencia su exclusividad, su carácter excluyente, su calificación como fundamental, lo cual le brinda indemnidad, a no ser por limitaciones establecidas en la ley, y su perpetuidad. Si a un derecho subjetivo se le vacía de sus presupuestos, no se puede aseverar su existencia. En la Gaceta Oficial número 5.933 Ext. del 21 de octubre de 2009 se publicó la Ley de Tierras Urbanas, la cual tiene como objeto regular la tenencia de tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat, a los fines de establecer las bases del desarrollo urbano y la satisfacción progresiva del derecho a las viviendas dignas en las zonas urbanas. Este trabajo estudia cómo afecta esta ley al derecho de propiedad, y si es o no compatible con sus presupuestos de existencia.*

Palabras clave: *Propiedad privada – Elementos esenciales – Limitaciones – Reserva legal – Derechos fundamentales.*

SUMARIO. Introducción. **I.** Concepto de propiedad. **II.** Atributos del derecho de propiedad. **III.** Potestades administrativas en la Ley de Tierras Urbanas. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La ley de Tierras Urbanas² tiene como objeto, según lo indica su artículo 1, “regular la tenencia de tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda y hábitat, a los fines de establecer las bases del desarrollo urbano y la satisfacción progresiva del derecho a las viviendas dignas en las zonas urbanas”.

Asimismo, dispone en su artículo 2 que “[l]a propiedad de las tierras urbanas tiene una función social y estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la ley, reglamentos, planes y normas complementarias, que a los efectos se dicten”.

Resulta evidente de la lectura de los artículos previamente citados que el legislador persigue establecer un régimen jurídico especial, restrictivo por demás, del derecho de propiedad privada sobre tierras urbanas.

Para tal fin, la ley que se comenta hace uso de la noción de función social de la propiedad, cuya consecuencia es someter el derecho de propiedad

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2013). Asociado al escritorio jurídico Morris Sierraalta y Asociados.

² Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.933 Extraordinario del 21 de octubre de 2009.

individual a cualesquiera contribuciones, restricciones y obligaciones que se dispongan con posterioridad.

Nos preguntamos, pues, si es acaso posible que esta ley –y las potestades administrativas que sobre la propiedad establece– sea armonizable con el contenido esencial del derecho de propiedad; para lo cual, procederemos a delimitar cuál es tal contenido esencial, a catalogar las potestades administrativas reguladas en la Ley de Tierras Urbanas y concluiremos dando respuesta a la interrogante que nos hemos planteado.

I. CONCEPTO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad ha sido definido históricamente siguiendo dos corrientes principales: una cuantitativa, según la cual el derecho de propiedad es la suma de los derechos de usar, gozar y disponer de una cosa, tal como lo asumió nuestro Código Civil en su artículo 545, siguiendo la corriente del Código Civil francés; y una corriente cualitativa, tendiente a dar un marco conceptual capaz de adaptarse a todos los elementos del derecho de propiedad, incluso aquellos que pudieran desarrollarse posteriormente desde la doctrina o la jurisprudencia, sin dejar por fuera ninguno de ellos. VITTORIO SCIALOJA definió el derecho de propiedad, siguiendo la corriente cualitativa, como “la relación de derecho privado por la cual la cosa, como pertenencia de una persona, está sujeta a la voluntad de ésta en todo aquello que no esté prohibido por el derecho público o por la concurrencia de otro derecho”³.

Es de notar que en la definición de SCIALOJA, de inicios del siglo XX, existe ya una referencia al carácter restringido del derecho de propiedad. Dicha restricción está delimitada, como es debido, por el “derecho público” – el cual, creemos, debe ser entendido como normas cuyo contenido sea de orden público, indiferentemente de que sean de derecho civil, mercantil, penal o administrativo– o la concurrencia de otro derecho subjetivo. El autor citado plantea sin tapujos que el derecho de propiedad es restringido (como lo es cualquier derecho subjetivo según la más elemental lógica jurídica) sin echar mano del concepto de la función social de la propiedad.

La función social de la propiedad es un concepto que busca delimitar –si no limitar– el contenido del derecho de propiedad individual a favor de planteamientos ideológicos racionalistas y socialistas. LEON DUGUIT, en su obra “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón” expresó que “[e]l absolutismo de la propiedad ha cedido de

³ Citado por Gert Kummerow: *Compendio de bienes y derechos reales, Derecho Civil II*. Reimpresión de la 3ra edición. Paredes Editores. Caracas, 1990, p. 224.

hecho y derecho, ante un concepto ético, económica y jurídicamente más racional y humano que no es otro si no el de la propiedad afectada a la función social”⁴.

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.

La materia urbanística ha sido, históricamente, una de las que más ha hecho uso de este principio –el de la función social de la propiedad– para justificar jurídicamente las limitaciones que se imponen a los propietarios de bienes inmuebles urbanos en el pleno ejercicio los atributos de su derecho de propiedad.

En el caso del derecho urbanístico, la limitación del derecho de propiedad parece no sólo lógica, sino deseable, toda vez que, de lo contrario, sería imposible que las ciudades pudieran crecer de manera ordenada y amable, garantizando que la cada vez mayor cantidad de personas que viven en asentamientos urbanos, lo hagan en condiciones de salubridad y seguridad. Un derecho de propiedad absoluto en materia urbanística tendría como resultado lo que, en la práctica, ha sucedido en ciudades como Caracas, de crecimiento anómalo.

No obstante ello, no deja de ser un concepto peligroso el de la función social, toda vez que al no existir una delimitación exacta del alcance que pueden tener los límites al derecho de propiedad privada en él fundamentados, podrían dar paso a arbitrariedades por parte de las legislaturas o las administraciones; como en efecto sucede ya con los conceptos de utilidad pública o interés social.

Suscribimos, por consiguiente, que el derecho de propiedad privada individual, como cualquier otro derecho subjetivo fundamental (incluso el derecho a la vida) es un derecho restringido y no absoluto como se tenía históricamente. Empero, creemos que la restricción a la que se someta el derecho de propiedad debe estar previamente delimitada en una ley formal, en lo cual profundizaremos más adelante, como garantía efectiva a su contenido esencial.

⁴ Citado por Rafael Badell Madrid: *Régimen Jurídico de la Expropiación en Venezuela*. Caracas, 2014, p. 30.

II. ATRIBUTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad es *exclusivo*, por cuanto su ejercicio no requiere de la participación de nadie distinto al propietario, quien se beneficia solo de todas las potestades sobre la cosa que del derecho se derivan. Asimismo, es *excluyente*, visto que el titular del derecho tiene la facultad de impedir que terceros concurren al uso, goce y disposición de la cosa de la que es propietario; de esa manera, sólo el propietario determinará cual será el uso que le dará a su bien, cómo dispondrá de él o cómo se aprovechará de los frutos y beneficios que de él se deriven.

Lo anterior debe ser concatenado con el hecho de que el derecho de propiedad *está limitado sólo por las disposiciones de la ley*, la cual, en nuestra opinión, debe ser entendida en sentido formal, como acto normativo dictado por la Asamblea Nacional en ejercicio de su función legislativa y siguiendo el procedimiento establecido constitucionalmente para ello.

Este punto es de vital importancia, sobre todo cuando la propiedad es reconocida internacionalmente como un derecho humano, que debe ser garantizado y protegido por los Estados. Así, la reserva legal se constituye en una de las garantías a los derechos fundamentales que debe observar el Estado venezolano, por lo que no debe admitirse que la ley le otorgue a las administraciones públicas potestades de limitación a los derechos fundamentales –como el derecho de propiedad individual– que no estén expresamente regladas. La reserva legal de las limitaciones a la propiedad privada, es la única garantía de que las restricciones a ese derecho sean justas y atiendan al interés general, valorado como tal por el órgano legislativo, y no estén sometidas a la discrecionalidad o arbitrariedad del gobernante de turno erigido en Administración Pública.

Lo contrario, sería admitir que cualquier otro derecho fundamental, *e.g.*, el de la integridad personal, podría estar sometido a potestades públicas de limitación en virtud de su función social, cuando atenten contra la seguridad de la nación o la utilidad pública, y ese sería un camino, por decir lo menos, peligroso. De modo, pues, que consideramos que el tratamiento que se le da al derecho de propiedad, como derecho subjetivo individual, no debe ser distinto al que se le da a cualquier otro derecho fundamental individual, por lo que debe gozar de las mismas protecciones y garantías, especialmente la de la reserva legal, amén de las consideraciones relativas a la libertad económica y la preferencia por un sistema de libre mercado, que podría o no suscribir el lector.

Otro de los atributos del derecho de propiedad, esencial para su existencia, es su *perpetuidad*. El derecho de propiedad no deja de existir

aunque el propietario no ejecute ningún acto como tal; incluso si un tercero realiza conductas que atenten en contra de la exclusividad de la propiedad, excepción hecha, claro está, de la institución de la prescripción adquisitiva.

De modo, pues, que la única manera en la que el derecho de propiedad deje de existir a perpetuidad por la inactividad del propietario en su carácter de tal es que sobre la cosa exista un derecho de posesión legítima de un tercero, en los términos del Código Civil, que no sea interrumpido, natural o civilmente, en el transcurso de veinte años continuos. He aquí un ejemplo de una restricción a uno de los atributos de la propiedad, la perpetuidad, que está establecido en la ley formal, específicamente en el artículo 1.977 del Código Civil.

Todos los anteriores, *i.* la exclusividad en el ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición; *ii.* la perpetuidad y *iii.* la garantía de la reserva legal en las restricciones a los atributos del derecho de propiedad son los elementos que constituyen el contenido esencial del derecho de propiedad, por lo que, reducidos al mínimo, se excluye la posibilidad de sostener que el derecho de propiedad privada subsiste en integridad.

III. POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN LA LEY DE TIERRAS URBANAS

El primer aspecto de la ley *in comento* que llama negativamente la atención es su artículo 2, según el cual “[l]a propiedad de las tierras urbanas tiene una función social y estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la ley, reglamentos, planes y normas complementarias, que a los efectos se dicten”.

Evidentemente, la norma antes transcrita contiene una violación a la reserva legal que, como se dijo en el apartado anterior, garantiza que las restricciones al derecho fundamental de propiedad privada sólo podrán ser establecidas en leyes formales. Este artículo, de manera inconstitucional, otorga a la Administración la potestad de fijar limitaciones al derecho de propiedad mediante actos normativos de rango sublegal e, incluso, deja abierta la posibilidad de que las restricciones se hagan de manera discrecional mediante “planes y normas complementarias”.

Como si fuera poco, el artículo 3 *eiusdem* declara de utilidad pública e interés social las tierras urbanas sin uso, quedando así afectadas todas las propiedades inmuebles que sean declaradas como “tierra urbana sin uso” según el procedimiento administrativo especial que a tal fin ha regulado esta ley en su Capítulo IV. Dicha declaratoria de utilidad pública e interés social es, a nuestro entender, arbitraria por no referirse a bienes u obras

determinadas para poder así verificarse la verdadera utilidad pública, sino que deja a la discreción de la Administración la facultad de dar inicio al preindicado procedimiento administrativo.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 16 *eiusdem* dispone, también, que quedan afectadas de forma genérica (suponemos que como de utilidad pública o interés social, aunque no lo dice expresamente) las tierras urbanas ocupadas con edificaciones que estén en ruinas, con fallas de construcción, deterioradas, que no se encuentren habitadas o declaradas inhabitables; lo cual, evidentemente, incurre en el mismo vicio de inconstitucionalidad por violación de la garantía de la afectación específica de bienes que verdaderamente sean imprescindibles para la consecución de un interés público.

El artículo 6 dispone una potestad totalmente discrecional del Ejecutivo Nacional de determinar que cualesquiera tierras urbanas, además de las “abandonadas por sus propietarios y sin edificar”, se podrán tener como “tierras urbanas sin uso, aptas para el desarrollo de programas sociales de vivienda [...]” Queda, así, la Administración con la potestad discrecional de extender la afectación a la que se refieren los artículos anteriormente indicados a cualesquiera terrenos urbanos que le plazca.

Por otro lado, el artículo 17 establece un derecho de preferencia a favor de la República para adquirir tierras urbanas. Se limita así el derecho a disponer de las propiedades inmuebles como mejor le plazca al propietario, quien deberá agotar primero el derecho de preferencia de la República, por un precio que será fijado por el Ejecutivo Nacional, de conformidad con los artículos 19 y 20.

Una de las características de esta ley, que pone en jaque el derecho fundamental a la propiedad privada, es el hecho de que con el procedimiento administrativo de declaratoria de tierra sin uso, el cual, por cierto, es mucho más expedito que otros procedimientos administrativos y puede iniciarse de oficio o por “denuncia de la comunidad organizada” (Vid. artículos 21 al 29 *eiusdem*), se puede declarar que “no existen propietarios o propietarias del terreno”, por lo que se iniciará el trámite para la transmisión de la propiedad a la República, “de conformidad con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional”⁵. Esa situación pretende hacer nugatoria la obligación estatal de

⁵ G.O. N° 1.660 Ext., del 21 de junio de 1974. G.O. N° 39.238 del 10 de agosto de 2009. El artículo 20 dispone: “Para la incorporación en el patrimonio nacional de los bienes a que se refiere el inciso 2° del artículo anterior (los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño), el Procurador de la Nación pedirá la posesión real de ellos al Juez de Primera Instancia en lo Civil de la Jurisdicción quien la mandará a dar en forma ordinaria.

acudir al procedimiento judicial de expropiación, con su incidencia para la ocupación previa, el cual es una garantía para los propietarios frente a la máxima limitación al derecho de propiedad.

Incluso, conforme al artículo 31 de la Ley de Tierras Urbanas, las tierras urbanas objeto de litigios sucesorales, deslindes, interdictos o sometidas a alguna medida judicial, podrán ser declaradas “sin uso” y ser ocupadas previamente, lo cual contradice a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social, la cual, insistimos, ha de ser interpretada *pro particular*, como garantía al derecho fundamental a la propiedad privada.

Especial atención merece la figura de los custodios, creada en el artículo de 34 de la LTU, a pesar de no tratarse de una potestad administrativa *strictu sensu*. Según este artículo “[l]a comunidad organizada del lugar donde se encuentre ubicada la tierra urbana, cuestionada, podrán actuar como custodio de las tierras en proceso y las que hayan sido declaradas sin uso, a fin de asegurar el bien de posibles invasiones”. Se autoriza así, mediante una norma eminentemente inconstitucional, a que particulares bajo la figura de “comunidad organizada” violenten el derecho de propiedad privada, realizando una ocupación ilegítima de un bien inmueble.

La Ley de Tierras Urbanas faculta al Poder Ejecutivo Nacional a ejercer una potestad fiscalizadora, así como una potestad expropiatoria –aunque contrariando la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social–, ambas eminentemente discrecionales, que de ninguna manera se armonizan con el contenido esencial del derecho fundamental a la propiedad privada.

CONCLUSIONES

La ley comentada se constituye, en nuestra humilde opinión, en una afrenta flagrante contra la Constitución económica venezolana y, en especial, contra el derecho fundamental a la propiedad privada, toda vez que es contraria al contenido sustancial de nuestra Constitución nacional, la cual dispone en su artículo 115 que “[s]e 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

Esta posesión acordada al Fisco no perjudica los derechos o acciones de quienes tengan un derecho preferente, derecho o acciones que no se extinguen sino por la expiración del término fijado para la prescripción.

A los efectos de este artículo, los empleados nacionales y especialmente los de Hacienda, están obligados a acusar ante el Procurador de la Nación los bienes a que se refiere el citado inciso”.

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” (resaltado agregado).

Ha debido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de su atribución consagrada en el artículo 336 numeral 1 de la Constitución nacional, declarar la nulidad de la ley comentada, por ser abiertamente contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Consideramos que ante la ley que hemos comentado, la jurisdicción venezolana debe seguir la enseñanza de LUIGI FERRAJOLI, para quien en un Estado constitucional la validez de las leyes depende “del respeto ya no sólo de normas procedimentales sobre su formación, sino también de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia con los principios de justicia establecidos en la constitución”⁶.

Y continúa el autor diciendo que, también en virtud del Estado de derecho constitucional (como el que declara ser Venezuela en el artículo 2 CRBV):

Cambia [...] la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley, que ya no consiste, como en el viejo paradigma iuspositivista, en sujeción a la letra de la ley sin importar cuál fuera su significado, sino antes que nada en sujeción a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional o de la denuncia de su inconstitucionalidad⁷.

Así pues, vemos respondida la interrogante planteada al inicio de este trabajo, conociendo que la Ley de Tierras Urbanas es inconstitucional por ser imposible armonizar su contenido al derecho fundamental a la propiedad privada, garantizado por el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que debe ser invalidada por el Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de su atribución de control concentrado de constitucionalidad, y desaplicada por todos los tribunales de la República, en ejercicio de la atribución de control difuso de la constitucionalidad.

La propiedad privada, además de un derecho fundamental reconocido internacionalmente, es la única garantía de crecimiento económico de una sociedad. Sólo las sociedades libres, en las que se garantiza el derecho de propiedad privada, logran el nivel de crecimiento económico necesario para impulsar un verdadero desarrollo humano sostenible.

⁶ Luigi Ferrajoli: *Democracia y garantismo*. 2da edición. Editorial Trotta. Madrid, 2010, p. 31.

⁷ *Ibid.*

El bienestar social verdadero pasa por el bienestar y la dignidad individual; por una estabilidad y crecimiento económico que sólo puede lograr la libre iniciativa privada, en ejercicio de la libertad de empresa, como manifestación del derecho de propiedad privada. Sólo una sociedad próspera puede satisfacer cada vez más y diversas necesidades humanas, es decir, la satisfacción del interés general depende, en gran medida, de la prosperidad que produce la protección a la propiedad privada.

En palabras de JEAN RIVERO:

El interés general no es, pues, el interés de la Comunidad, considerada como una entidad distinta de aquellas que la componen y superior a ellos; es, simplemente, un conjunto de necesidades humanas -aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales-. La delimitación de lo que compete el interés general varía con las épocas, las estructuras sociales, los elementos psicológicos y las técnicas; pero si el contenido varía, la finalidad permanece igual: La acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general⁸.

El Derecho Administrativo, como disciplina del Derecho público que regula la actuación administrativa, debe superar los paradigmas atávicos que ven a la propiedad privada como un enemigo del interés general y comprender que, como cualquier derecho subjetivo, la propiedad es un derecho restringido y delimitado por el orden público constitucional y legal, así como por otros derechos subjetivos. Así, el Derecho Administrativo debe jugar un papel de garantía jurídica de los ciudadanos y delimitar el ejercicio de potestades públicas por parte de la Administración, ya que, *per secula seculorum*, donde haya potestades públicas hay menos libertad individual.

⁸ Jean Rivero: *Derecho Administrativo*. UCV. Caracas, 1984, p. 10.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS, UNA APROXIMACIÓN A SUS PRINCIPIOS Y MARCO REGULATORIO

José Antonio Reyes¹

Resumen: *El artículo consiste en una aproximación general sobre la regulación venezolana sobre la actividad contractual de la Administración Pública y como la doctrina ha debatido asuntos importantes atinentes a su naturaleza, características y principios.*

Palabras clave: *Contratación pública – Contratos administrativos – Procedimientos de selección de contratistas.*

SUMARIO. Introito. **I.** Marco normativo. **1.** Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **2.** Decreto Ley de Contrataciones Públicas. **A.** Finalidad. **B.** Ámbito de aplicación subjetivo. **C.** Ámbito de aplicación sustantivo. **3.** Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas. **II.** Procedimientos de selección de contratistas. **1.** Naturaleza del procedimiento de selección de contratistas. **2.** Tipología del procedimiento de selección de contratistas. **A.** Procedimiento formalizado y no formalizado. **B.** Según su incidencia en la esfera jurídica de los administrados. **C.** Según la posición de la Administración. **3.** Los procedimientos de selección de contratistas contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas. **4.** Concurso abierto de selección de contratistas y principios rectores. **A.** Inicio del procedimiento. **B.** Notificaciones. **C.** Fase de sustanciación. **D.** Fase de terminación.

INTROITO

Dentro de las actividades relevantes de la Administración Pública, la contratación forma parte del elenco que ha sido regulado históricamente de manera especial por la legislación², con una justificación uniforme: “la

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Colaborador del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).

² La Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional G.O N° 195 del 30 de julio de 1947, Resolución N° 8 del Ministerio de Obras Públicas del 8 de marzo de 1947, Instructivo Presidencial N° 24 G.O N° 30.905 del 27 de enero de 1976, Reglamento sobre Licitación Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directa para la Contratación de Obra y Adquisición de Bienes Muebles por la administración Central. G.O N° 32.717 del 3 de mayo de 1983, Ley de Licitaciones G.O N° 34.528 del 10 de Agosto de 1990, Decreto Ley de Licitaciones G.O N° 5.556 (E) del 13 de noviembre de 2001, Ley de Contrataciones Públicas G.O N° 38.895 del 25 de marzo de 2008, reformada bajo el mismo nombre mediante G.O N° 39.165 del 24 de abril de 2009, también reformada mediante G.O N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010 Hasta la hoy vigente Ley de Contrataciones públicas G.O N° 40.544 del 19 de noviembre de 2014.

protección del patrimonio público”. Protección en torno a la cual se ha dibujado un sistema procedimental en el que entran en contacto, por una parte, los particulares en calidad de contratistas; y por otra, los sujetos de derecho público en calidad de contratantes.

Así, la llamada por alguna parte de la doctrina “potestad administrativa contractual”³ tiene dos vertientes: la primera, referida a la formación del contrato, y la segunda, alusiva a la forma de control de su ejecución; ambas gobernadas por normas de Derecho Administrativo. Centraremos la aproximación del presente trabajo en la primera de ellas.

En este orden de ideas, la formación del contrato se encuentra indisolublemente ligada al principio de libertad de contratación de la Administración, el cual posee una dimensión totalmente disímil a su homóloga del derecho común: “La voluntad administrativa no es libre ni autónoma en lugar de ello es remplazada por el principio de legalidad, pues estamos en presencia de una vinculación positiva muy distinta del ámbito de la libertad negocial del derecho privado”⁴. Es este el punto central de la primera fase de la contratación administrativa: la limitación de la actividad administrativa por el principio de legalidad que impone la verificación de la competencia y el procedimiento⁵.

Tampoco puede escapar la mención al debate en torno a la existencia de los llamados contratos administrativos, existencia que tiene detractores desde sus orígenes⁶ e incluso algunos modernos se han mostrado renuentes a aceptar una dualidad de regímenes jurídicos en la contratación de la Administración, considerándola superada por la legislación nacional⁷. A pesar de la discusión doctrinal, ninguna de las posiciones exceptúa la aplicación de procedimientos de selección de contratistas.

En aras de organizar correctamente la información, dividiremos el trabajo en dos partes: i) Marco normativo y ii) Procedimientos de selección de

³ José Araujo-Juarez: *Derecho Administrativo parte general*. 2da reimpresión. Ediciones Paredes. Caracas, 2010, p. 604.

⁴ André Calogeropoulos: *Le controle de la legalite externe des actes administratif unilateraux*. París 1986 (citado por J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo parte general... op. cit.*).

⁵ Fernando Garrido Falla: *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General. Tecnos. Madrid, 2002, p. 68.

⁶ Gonzalo Pérez Luciani: “Los Contratos Administrativos en Venezuela”. *Escritos del Doctor Gonzalo Pérez Luciani*. Fundación para la Ciencia y la Cultura. Caracas, 2013, p. 610.

⁷ Jesús Caballero Ortiz: “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación?”. *Derecho Público a comienzos del siglo XXI, Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*. Tomo II. Thomson-Civitas. Madrid, 2003, pp. 1765-1788; José Ignacio Hernández: “El Contrato Administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas Venezolana”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 315.

contratistas, al tiempo que continuamente haremos referencias a las manifestaciones concretas de los principios del procedimiento administrativo que se van materializando en cada una de las etapas.

I. MARCO NORMATIVO

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

La contratación pública fue regulada por el Constituyente de 1999, bajo el Título IV “Del Poder Público”, Capítulo I “De las disposiciones fundamentales”, Sección Cuarta “de los contratos de interés público”. Expresión, que de acuerdo a la doctrina más calificada debe ser entendida como equivalente a: “contratos públicos, contratos del Estado y contratos de la administración [...] todas tendientes a identificar contratos en los cuales una de las partes de la relación contractual es el Estado, la Administración pública o una entidad pública, los que además, en general, tienen propósitos de interés público”⁸.

No obstante, la regulación constitucional solo alcanza a reconocer la existencia de la actividad contractual en los distintos niveles político territoriales, como manifestación de la forma federal en la que se encuentra organizada Venezuela⁹, además de establecer el control político de la Asamblea Nacional, cuando el co-contratante esté domiciliado en el extranjero; incorporó la conocida cláusula “Calvo” o inmunidad de jurisdicción (Art. 151); estableció prohibiciones a los funcionarios públicos para la celebración de contratos públicos (Art. 145); finalmente prohibió a los diputados de la Asamblea Nacional ser dueños, gerentes o directores de empresas que contraten con entes públicos y gestionar causas particulares de interés lucrativo con las mismas (Art. 190).

Como se ha dicho, la regulación contenida en la Constitución de 1999 es bastante general, pero de cualquier modo, suficiente, para concluir que en Venezuela la actividad contractual del Estado se encuentra reconocida constitucionalmente, quedando al legislador la tarea de delinear legalmente los mecanismos para hacerla efectiva.

⁸ Allan Brewer-Carias: *Contratos administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 167.

⁹ Jesús Caballero Ortiz: “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”. *Estudios de Derecho Administrativo: libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*. Volumen I. Imprenta Nacional. Caracas. 2001, pp. 139-154.

2. Decreto Ley de Contrataciones Públicas

El 19 de noviembre 2014, fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinaria, el Decreto Ley de Contrataciones Públicas, vigente al momento de la redacción de estas líneas, el cual contiene una detallada regulación sobre la actividad contractual de la Administración, su finalidad, ámbito de aplicación subjetiva y sustantiva, exclusiones que varían en su grado de intensidad, los procedimientos de selección de contratistas con sus respectivos criterios de aplicación, y nulidad de los procedimientos de selección de contratistas. Revisaremos todas ellas en función de los principios generales y específicos que conforman el procedimiento administrativo.

A. Finalidad

La exposición de motivos del Decreto Ley de Contrataciones Públicas, establece la finalidad de la regulación, en una especie de catálogo: “preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos a la misma, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía nacional”.

La misma línea sigue el artículo 1 del Decreto, siendo este el criterio fundamental con el que debe interpretarse y aplicarse la totalidad del instrumento normativo. Veremos cómo se desarrolla esa finalidad a lo largo del Decreto Ley y como entendemos que debe ser interpretado cada uno de los principios proyectado bajo ésta finalidad.

B. Ámbito de aplicación subjetivo

La regulación *in comento* estableció en su artículo 3 un listado de los sujetos públicos y privados que están regidos por la Ley. Sin embargo, al revisar la enumeración encontramos algunas imprecisiones de orden técnico; por ejemplo, el numeral 1 se refiere a “[l]os órganos y entes del Poder Público Nacional Estadal y Municipal, Central y Descentralizado”, por lo que una lectura somera podría llevar a la errada conclusión de que los órganos tendrían capacidad de contratación, que, traducido al lenguaje propio del derecho administrativo sería competencia contractual. La doctrina¹⁰ ha advertido esa imprecisión y ha realizado la correspondiente corrección técnica, concluyendo que solo los sujetos de derecho pueden celebrar

¹⁰ Allan Brewer-Carias: “Los contratos del Estado y la Ley de Contrataciones Públicas. Ámbito de aplicación”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 41.

contratos públicos. Por otra parte, se advierte también la incorrección de la expresión “entes del Poder Público”, pues el Poder Público no es un ente sino una potestad estatal, lo que en realidad existe son entes que ejercen el Poder Público en los distintos niveles federales.

En relación con este último punto, la doctrina organizó técnicamente el contenido de este artículo 3, elaborando el siguiente orden sistemático:

- I. Personas jurídicas estatales de derecho público
 - 1. Político Territoriales
 - A. República
 - B. Estados
 - C. Municipios, Distritos Metropolitanos y Mancomunidades Municipales
 - 2. Consejos Comunales
 - 3. Universidades Públicas
 - 4. Institutos Autónomos
- II. Personas jurídicas estatales de derecho privado
 - 1. Asociaciones civiles del Estado
 - 2. Empresas del Estado. (Sociedades mercantiles del estado en primer y segundo grado)
 - 3. Fundaciones del Estado¹¹.

Consideramos que el orden propuesto por el profesor BREWER-CARÍAS resulta sistemáticamente correcto y no se aleja de ninguna manera de la disposición de la Ley. Finalmente la ley no establece exclusiones personales a su ámbito de aplicación, como veremos las exclusiones están referidas al ¿qué? se contrata; y al ¿cómo? se contrata. Es decir, exclusiones sustantivas.

C. **Ámbito de aplicación sustantivo**

El mismo artículo 1 de la ley establece que el objeto de la regulación será “la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras”, todo lo cual representa una clara delimitación. No todos los contratos públicos están sujetos a la aplicación de la Ley, siendo esta la primera exclusión dentro de la cual podríamos incluir los contratos de

¹¹ *Ibíd.*, p. 44.

concesión de servicio público u obra pública, los contratos de venta de bienes públicos, entre otros.

El segundo grado de exclusión está contenido en el artículo 4, que, como adelantamos se refieren al ¿Qué se contrata? Vgr. servicios laborales, arrendamiento de bienes inmuebles, patrocinio de actividades culturales deportivas, entre otras; y ¿cómo se contrata? Vgr. en el marco del cumplimiento de obligaciones asumidas en acuerdos internacionales entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados. Cabe destacar que a pesar de estar excluidos, quedan sujetos a la presentación de las garantías contenidas en la Ley y a la obligación de suministro de información.

Finalmente, el último grado de lo que hemos denominado exclusiones de la Ley se corresponde con el grado de intensidad más bajo. Este supuesto contenido en el artículo 5 del Decreto Ley, solo comprende la exclusión a las modalidades de selección de contratistas, es decir, serán contratadas mediante la figura de “contratación directa”: 1. La prestación de servicios profesionales. 2. La prestación de servicios financieros por entidades regidas por la Ley sobre la materia. 3. La adquisición de bienes inmuebles; entre otros.

No obstante, sobre la “contratación directa” contenida en Capítulo VI del Título III “Modalidades de Selección de Contratistas” cabe reflexionar, ¿Cómo es que la Ley excluye determinados contratos de las “modalidades de selección de contratistas” para luego sujetarlos a “contratación directa”?, que de conformidad con el numeral 29 de artículo 6 del mismo Decreto Ley es “una modalidad de selección de contratistas”.

Sobre este particular, un sector de la doctrina considera que la adjudicación directa: “es una verdadera modalidad de selección de contratistas que se distingue de los supuestos en los cuales la Administración tiene libertad para contratar, sin atender a las restricciones establecidas en la LCP. En efecto, en la modalidad de contratación directa la Administración, deberá justificar con anticipación las razones por las cuales procederá a seguir dicho trámite”¹².

Creemos que la aparente contradicción del Decreto Ley y la doctrina deviene de haber incluido la contratación directa dentro de las modalidades de selección de contratistas, porque evidentemente la contratación directa no es una modalidad de selección; se trata precisamente de lo contrario, una excepción a los procedimientos de selección, o no al menos, como nosotros entendemos los mecanismos de selección, que implican un concurso

¹² Miguel Monaco: “Modalidades de Selección de Contratistas en la Ley de Contratación Pública”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 103.

estructurado en fases de un procedimiento administrativo, tendientes a la formación objetiva de la voluntad administrativa en resguardo del patrimonio público.

La redacción del artículo 101 reafirma nuestro argumento “Artículo 101. Se podrá proceder excepcionalmente por Contratación Directa [...]”. Consideramos absurdo afirmar que existe un procedimiento de selección sin actividad de selección y sin procedimiento, la motivación a que hace referencia el autor está únicamente referida a la razones para exceptuar el procedimiento, y como toda excepción por razones de hermenéutica jurídica elemental, deberá ser interpretada siempre de forma restrictiva.

3. Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas

Antes de analizar el contenido regulatorio del Reglamento, debemos señalar que este instrumento normativo fue dictado en vigencia de la Ley de Contrataciones públicas del 25 de marzo de 2008¹³, siendo sus disposiciones supervivientes a las sucesivas reformas parciales sufridas en 2009¹⁴, 2010¹⁵ y 2014¹⁶ hoy vigente.

Este instrumento encuentra aplicación en todo lo que no contraríe el Decreto Ley vigente y su regulación está referida principalmente a los siguientes puntos: 1. Definiciones; 2. Regulación sobre consorcios y alianzas; 3. Actividades previas a la contratación; 4. Atribuciones de las Comisiones de Contratación; 5. Contenido de los expedientes de contratación; 6. Compromisos de responsabilidad social; 7. Sistema Nacional de Contrataciones; 8. Modalidades de selección de contratistas; y 9. Ejecución del contrato¹⁷.

Resulta de especial interés el punto N° 8 referido a las “modalidades de selección de contratistas”. El Reglamento establece la posibilidad que la Administración amplíe dichos lapsos sometiéndola a los criterios de: 1. Complejidad y suministro de bienes, 2. Ubicación geográfica donde se suministra el bien, ejecuta la obra o se presta el servicio, 3. Cuando se encuentren ejecutando en simultaneo distintos proyectos y 4. Por razones de índole administrativa. Todo ello, en ejecución de la disposición contenida en el artículo 72 del Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

¹³ Gaceta Oficial N° 38.895 del 25 de marzo de 2008.

¹⁴ Gaceta Oficial N° 39.165 del 24 de abril de 2009.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

¹⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 40.544 del 19 de noviembre de 2014.

¹⁷ Pablo Colina Fonseca: *El nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2010.

No forma parte del objeto del presente trabajo la revisión profunda de los instrumentos normativos especiales que rigen la actividad contractual de la administración. No obstante, por razones de utilidad nos referiremos continuamente a estos instrumentos en el estudio del procedimiento administrativo de selección de contratistas, lo que nos obliga a manejarlos y presentarlos al lector de forma organizada y sistemática.

Finalmente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹⁸ regirá de manera supletoria los vacíos que puedan existir en la regulación especial, en aplicación literal del artículo 7 del Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

II. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Una vez realizada una aproximación general al marco normativo que disciplina la actividad estatal de la contratación, pasaremos a revisar los procedimientos contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas a la luz de las consideraciones doctrinales, tanto clásicas como modernas, acerca del procedimiento administrativo, sus categorías y principios generales y específicos.

1. Naturaleza del procedimiento de selección de contratistas

La determinación de la naturaleza del procedimiento de selección de contratistas dentro de la categoría de procedimientos administrativos, nos lleva necesariamente a revisar las bases históricas sobre las cuales se erigió el concepto, así como, las sucesivas transformaciones que ha recibido la institución producto de la evolución del derecho público en general.

Siguiendo al profesor JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ¹⁹ el procedimiento administrativo nace como apéndice del acto administrativo, como parte integrante de sus elementos formales. La noción de acto administrativo implicaba –en etapa de su configuración conceptual– la posibilidad de que la administración influyera activamente en las situaciones jurídicas de los particulares, ampliándolas, modificándolas o extinguiéndolas, siendo el acto administrativo la forma típica en que se manifiesta la administración.

Así, el derecho administrativo pivotó en sus orígenes en la noción de prerrogativa y privilegio²⁰. Esta concepción formal del procedimiento

¹⁸ Gaceta Oficial N° 2.818 del 1 de julio de 1981.

¹⁹ José Ignacio Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2012, p. 28.

²⁰ La acepción de la palabra prerrogativa aquí expuesta, excede a la noción de prerrogativa procesal, pues en ese momento de la evolución del derecho administrativo, la prerrogativa

administrativo a la que hemos hecho referencia implicaba el reconocimiento de garantías específicas del ciudadano, frente a tal poder de actuación de la administración. En esta ecuación, jugó un papel fundamental el reconocimiento del *principio de legalidad formal*²¹, que condujo al nacimiento del vicio de forma del acto administrativo por incumplimiento de los medios a través de los cuales la Administración debía canalizar su actividad, circunscrita hasta entonces –repetimos–, únicamente a la noción de acto administrativo.

En síntesis, la noción histórica expuesta que coloca al procedimiento administrativo como requisito de forma del acto administrativo, debe ser superada, pues como afirma la doctrina²²: tal noción resulta insuficiente frente a la actividad prestacional de la administración derivada de la cláusula de Estado Social de Derecho, en particular la actividad de contratación no encuadra dentro las categorías iniciales de Derecho Administrativo.

Es en este punto, cobra especial importancia el tratamiento que la Ley de Contrataciones Públicas hace sobre la actividad controlada, que de acuerdo a lo expuesto en el punto anterior, se resume en: *la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras*, lo que significa una unificación del régimen jurídico de la contratación pública²³. Resulta inobjetable que en cuanto al régimen de contratación, la noción de contrato administrativo fue superada por la legislación. Es exactamente igual bajo la vigencia de la Ley en estudio: si el contrato versa sobre un servicio público o no, la Administración goza de los mismos poderes y el particular de los mismos derechos; decayendo así, la base del argumento que sostenía que la actividad de contratación era una función administrativa cuando el contrato era administrativo.

Bajo este esquema, resulta infructuoso ubicar el elemento determinante de la naturaleza de los procedimientos de selección de contratistas en la naturaleza del contrato a suscribir. En su lugar, percibimos que el espíritu de la regulación es la “protección del patrimonio público”; y es por ello que la ley controla la actividad de contratación en general y genera una categoría específica de actividad administrativa.

implicaba la sustracción del régimen jurídico del derecho común, así como la imposibilidad de juzgar a la administración por un sistema judicializado de control.

²¹ Andre Laubadère: *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Tomo I. 4ta Edición. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1967 (Citado por J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 29).

²² J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 30.

²³ J. I. Hernández: *El Contrato Administrativo en la... op. cit.*, p 178.

Así las cosas, el procedimiento administrativo moderno se presenta como la *forma de la actividad administrativa*²⁴, y no como elemento formal del acto administrativo. Nada obsta para que el procedimiento en estudio sea considerado un “procedimiento administrativo”, pues la calificación del mismo vendría dada por la regulación sustantiva de lo considerado actividades de la administración con independencia del fin que se persiga (servicio público, fomento o incluso gestión económica).

2. Tipología del Procedimiento de selección de contratistas

Una vez verificada la naturaleza administrativa del procedimiento de selección de contratistas, pasamos a encuadrarlo dentro de las categorías doctrinales del procedimiento administrativo, las cuales han sido construidas sobre diferentes variables.

A. Procedimiento formalizado y no formalizado²⁵

La doctrina clasifica el procedimiento formalizado como aquel que se encuentra regulado por una Ley especial para el tipo de actividad administrativa; en contraposición, el no formalizado encuentra cauce en la regulación general sobre procedimientos administrativos. En Venezuela esta clasificación se encuentra recogida en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el tema que nos ocupa, el procedimiento de selección de contratistas, como vimos, se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones Públicas, legislación especial la cual se debe agotar, al igual que su reglamento, para proceder a la aplicación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos (Art. 7).

Un comentario especial merece, que el procedimiento administrativo es materia de reserva legal conforme al artículo 156 constitucional. Sin embargo, consideramos que en caso de lagunas debe acudir inicialmente al reglamento y solo cuando la laguna subsista debe recurrirse a la legislación nacional de forma supletoria. Solo en caso de antinomias debe procederse a aplicar el criterio tradicional de la jerarquía.

²⁴ Hildegard Rondón De Sansó: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, p. 19.

²⁵ Ramón Parada: *Derecho administrativo*. Tomo I. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2000, p. 153.

B. Según su incidencia en la esfera jurídica de los administrados²⁶

La segunda categoría de procedimiento administrativo a revisar coloca como variable para su taxonomía, el efecto que sobre la esfera particular produce el procedimiento administrativo, y ha sido clasificado en 1- Procedimientos ablatorios, 2- Procedimientos concesorios, y 3. Procedimientos autorizatorios.

Resulta pertinente en este punto hacer unas precisiones sobre el procedimiento de selección de contratistas. En el Decreto Ley que venimos estudiando estos procedimientos se presentan como los mecanismos a través de los cuales la Administración realiza la selección de la persona natural o jurídica con la cual *celebrará un contrato de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras*. En consecuencia, los interesados acuden voluntariamente con la intención de hacerse del contrato sometiéndose voluntariamente a un concurso, en el que se evalúan tanto las especificaciones técnicas de los participantes, su experiencia en el área (Documentos de Calificación Art. 6 Núm. 14); así como su propuesta económica (Oferta Art. 6 Núm. 19). A partir de esas variables, la Administración coteja con sus intereses plasmados en el pliego de condiciones (Art 94 y 95) y toma una decisión que puede ser otorgar el contrato o declarar desierto el concurso en virtud de que ninguno de los participantes ha cumplido con las exigencias del pliego de condiciones (Art 109 y 113). Erigiéndose como una garantía de objetividad que tiende a la consecución teleológica de la ley: “la protección al patrimonio público” (art. 1).

Evidentemente el procedimiento en estudio no encuadra dentro de los procedimientos ablatorios referidos a los supuestos de: 1. Pérdida de un derecho de propiedad; 2. Privación de la disposición de una cosa; 3. Imposición de una prestación de dar o hacer y 4. Limitaciones a derechos personales.

Ahora bien, en cuanto a las dos restantes categorías, no resulta tan claro su encuadramiento. El proceso autorizatorio consiste en el levantamiento de un obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho. Por su parte, el procedimiento concesorio es aquel a través del cual se otorga un nuevo derecho²⁷.

Consideramos que la libertad contractual que se encuentra condicionada por el procedimiento de selección de contratistas es la libertad de la Administración, que debe llevar adelante el procedimiento de selección

²⁶ H. Rondón D. S.: *El procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 63.

²⁷ J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 88.

ajustado al principio de legalidad formal, y en consecuencia formar una voluntad objetiva con soporte material de la deliberación (Art. 18 y 20). La doctrina nacional se pronuncia en el sentido de que la limitación a la libertad contractual de la administración se presenta en la escogencia del contratante²⁸.

El derecho a la libertad contractual del particular existe y subsiste al procedimiento de selección de contratista; es decir, de resultar ganador, no nace ningún derecho de contratación especial, en todo caso, se levanta un obstáculo jurídico, por lo que el procedimiento de selección de contratista debe ser encuadrado en la categoría de procedimiento autorizatorio.

C. Según la posición de la Administración²⁹

Esta categorización distingue entre los procedimientos en los que la Administración tiene una posición lineal en sus relaciones con: “el” o “los” sujetos que se encuentran en la misma posición frente a la administración, en contraposición a los actos triangulares, en los que, las partes tienen posiciones antagónicas o de contención y la Administración debe sustanciar las peticiones de cada uno de ellos y decidir conforme a la ley. La doctrina clásica en materia de actos triangulares en Venezuela está representada por la profesora HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ³⁰, quién ha calificado estos actos como *cuasi-jurisdiccionales*, en tanto en cuanto, identifica rasgos propios de la función jurisdiccional en éste tipo de actividades.

Así, en el procedimiento de selección de contratistas, concurren varios sujetos con el interés de obtener una decisión favorable. Sin embargo, esto no es criterio suficiente para considerarlo un acto triangular, en su lugar, se establece una relación lineal y la administración debe preservar el principio de igualdad a lo largo del procedimiento administrativo, generando las condiciones para que los participantes se encuentren en escenarios de libre competencia, y asegurar así la formación de una decisión objetiva tendiente a resguardo del patrimonio público.

El principio de igualdad es el eje vertebrador de todos el procedimientos de selección de contratistas, como veremos, todos los demás principios se adecuan a su funcionamiento y las disposiciones normativas contenidas en el decreto ley aseguran su mantenimiento.

Finalmente como colofón, podemos señalar que el procedimiento de selección de contratistas es de orden externo, pues la administración se

²⁸ Allan Brewer-Carias: *Contratos administrativos, Contratos Públicos, Contratos... op. cit.*, p 30.

²⁹ J. I. Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 73.

³⁰ Hildegard Rondón De Sansó: *Los actos cuasijurisdiccionales*. Centauro Ediciones. Caracas, 1990.

vincula con los particulares a través de la sustanciación del procedimiento, asimismo, se trata de un procedimiento que se inicia de oficio por parte de la administración. De tipo constitutivo por cuanto no se corresponde con un procedimiento recursivo impulsado a instancia de parte, y por cuanto la administración debe llevarlo a su culminación con o sin la presencia de ningún participante (declarando desierto el concurso Art. 113), es un acto coligado pues se trata de una sucesión de actos cuya validez condiciona la existencia del siguiente acto. Incluso la doctrina ha señalado, que la sucesión de actos se encuentra coligados al contrato final que firma la administración pública³¹.

3. Los procedimientos de selección de contratistas contenidos en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas

En orden al hilo argumental del presente estudio, presentamos los 3 tipos de modalidades de selección de contratistas que contiene el Decreto Ley Contrataciones públicas: Concurso Abierto (Art. 77), Concurso Cerrado (Art. 85), y Consulta de Precios (Art. 96); cuya aplicación alternativa va a depender de la cuantía sobre la cual esté valorado el proyecto (Art. 61). A los efectos de esquematizar la información presentamos el siguiente cuadro:

Contratos	Modalidades de Contratación		
	Concurso abierto (Art. 77)	Concurso cerrado (Art. 85)	Consulta de precios (Art. 96)
Adquisición de bienes	Mayor a 20.000 UT	Desde 5.000 a 20.000 UT	Hasta 5.000 UT
De servicios	Mayor a 30.000 UT	Desde 10.000 a 30.000 UT	Hasta 10.000 UT
De obras	Mayor a 50.000 UT	Desde 20.000 a 50.000 UT	Hasta 20.000 UT

Merece un comentario especial, que además de la procedencia de cada modalidad de selección de contratistas en función de la cuantía, el Decreto Ley establece un interesante mecanismo de aplicación subsidiaria (Art. 114): en caso de declararse desierta la modalidad de concurso abierto podrá procederse por el procedimiento de concurso cerrado y si éste fuere declarado

³¹ J. Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo parte general... op. cit.*, p. 604.

desierto, se procederá por consulta de precios, que de declararse también desierto se procederá a la adjudicación directa.

Asimismo, debemos señalar una serie de excepciones que establecen las disposiciones rectoras de cada procedimiento al principio de la cuantía; tal es el caso del artículo 85: “También podrá procederse por Concurso Cerrado, independientemente del monto de la contratación, cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado lo justifique, en los siguientes casos”, por su parte el numeral 3 del artículo 96, hace lo propio en la modalidad de consulta de precios.

Establecido el marco general, usaremos el procedimiento abierto de selección de contratistas en su modalidad “acto único recepción y apertura de sobres” para contrastarlo con los principios generales del procedimiento administrativo que informa al Decreto Ley de Contrataciones Públicas.

4. Concurso abierto de selección de contratistas y principios rectores

A. Inicio del procedimiento

El procedimiento abierto de selección de contratistas inicia con un llamado público de participación que deberá efectuarse en la página web oficial del ente contratante, así como en la página del Servicio Nacional de Contratistas, hasta un día antes del acto de recepción de sobres (Art. 79), la publicación debe contener: la fecha y el lugar en la cual se podrá retirar el pliego de condiciones, la fecha en la que se recibirán los sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad, los documentos de calificación y las ofertas (Art. 80).

Principio de publicidad: Cuando el procedimiento es iniciado de oficio, cobra especial importancia la garantía de publicidad³², que obliga a la administración a realizar las notificaciones correspondientes a los interesados sobre el inicio del procedimiento administrativo. En el procedimiento abierto de selección de contratistas, la notificación inicial se materializa a través de la publicación de un “llamado público a participar”, de cuya existencia se hace depender el principio de igualdad de los eventuales oferentes, incluso se sostiene que la publicidad en este tipo de procedimientos es una herramienta efectiva de control en manos de los administrados y el mantenimiento de la competencia efectiva³³.

³² Daniela Urosa: *Actualización en procedimiento administrativo*. 2da Edición. Editorial FUNEDA. Caracas, 2008, p. 23.

³³ Aurilivi Linarez: “Los principios que rigen los procedimientos de selección de contratistas”. *Ley de Contrataciones Públicas*. 4ta edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2014, p. 154.

B. Notificaciones

No obstante la publicación inicial, el Decreto Ley establece algunas notificaciones obligatorias (Art. 115) que deberán realizarse mediante mecanismos electrónicos, siempre que el destinatario haya aceptado previamente tal condición (Art. 8). Resulta evidente aunque podría decirse que de manera tímida: la intención de la legislación es avanzar hacia mecanismos actuales, menos rígidos y mucho más efectivos de notificación. Esta disposición se complementa con la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica y su Reglamento parcial, así como la Ley Orgánica de Administración Pública y la Ley de Infogobierno³⁴.

C. Fase de sustanciación

El procedimiento abierto de selección de contratistas se encuentra fraccionado en varios actos coligados (Art. 81): 1. Calificación, 2. Evaluación de las ofertas, 3. Informe de Recomendación, 4. Adjudicación y 5. Notificación de los Resultados; que, de acuerdo a las disposiciones del Decreto Ley poseen un lapso máximo dentro del cual deben realizarse todos los actos enumerados. En el caso de acto único de recepción y apertura de sobres será de nueve días para adquisición de bienes, doce para la prestación de servicios y dieciséis para la ejecución de obras.

Cada acto posee una fisonomía propia, revisemos cada acto por separado en el entendido que solo los tres primeros corresponden a la fase de sustanciación.

- a. **La calificación:** Es el resultado del examen de la capacidad legal, técnica y financiera que se le realiza a un participante para que pueda presentar ofertas (núm. 14, Art. 6).
- b. **Evaluación de las ofertas:** Examen y evaluación de las ofertas económicas, se deberán rechazar aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos contenidos en la ley (Art. 76).
- c. **Informe de Recomendación:** Acto motivado mediante el cual la Comisión de Contrataciones expone los resultados del procedimiento de selección y debe contener los aspectos legales, financieros y técnicos, el empleo de medidas de promoción del

³⁴ Víctor Hernández-Mendible, José Araujo-Juárez, Alejandro Canónico, Mauricio Pernia, Miguel Torrealba Sánchez, Ali Daniels: *La contratación pública en Venezuela*. Editorial FUNEDA. Caracas, 2015, p. 33.

desarrollo económico y social, así como, lo relativo a los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas (Art. 95).

- d. **Adjudicación:** Acto mediante el cual la administración contratante otorga el contrato a la oferta que resulte con la primera opción al aplicar los criterios de evaluación y cumpla los requisitos establecidos en el pliego de condiciones o condiciones de la contratación (Art. 109).
- e. **Notificación:** Acto mediante el cual se informa a todos los oferentes el fin al procedimiento, se deberá notificar razonadamente, incluso, a los participantes que resulten descalificados (Art. 115).

Principio de racionalización: El principio de racionalización contenido en el artículo 4 del Decreto Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos establece que la administración debe: “racionalizar las tramitaciones que realizan los particulares ante la administración pública; mejorar su eficacia, pertinencia y utilidad a fin de lograr mayor celeridad y funcionalidad en las mismas” y en consecuencia la administración deberá eliminar todo trámite innecesario. En el caso de la contratación abierta, tal racionalización se materializa a través de la posibilidad que dispone el Decreto Ley; para que sea la propia Administración quién organice en el tiempo los actos (siempre dentro de un lapso máximo); optimizando así la actividad del sujeto público contratante, pues, dependerá de cada caso un estudio más profundo de los aspectos técnicos y en otros los de índole económico, dejando en manos de la administración su adecuación.

Principio de preclusividad (formalismo moderado): Contrario a la doctrina moderna del procedimiento administrativo³⁵ que propugna el principio de antiformalismo no preclusivo, consideramos que, dada la especialidad de la materia y su finalidad de generar escenarios de igualdad entre los participantes en resguardo del patrimonio público, debe imponerse el principio de formalidad moderada, lo que implica realizar una distinción entre las formalidades sustanciales y las formalidades no sustanciales, en función de su impacto en la voluntad final de la administración³⁶. Todo ello atendiendo que el procedimiento de selección de contratistas es un procedimiento de actos coligados, y el cumplimiento de un acto, (vgr. Publicación del llamado a participar), condiciona la validez del acto subsiguiente (vgr. Acto de entrega de sobres).

Principio de transparencia: Los mecanismos de selección de contratistas poseen una fuerte influencia de éste principio. La administración contratante

³⁵ D. Urosa: *Actualización en procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 48.

debe establecer en el pliego de condiciones las reglas y criterios de evaluación así como su ponderación (Art. 66), para finalmente terminar en un acto motivado, que debe ser notificado a todos los participantes incluso los que han sido descalificados o su calificación ha sido rechazada por insuficiente.

Principio de equilibrio económico: El principio de equilibrio económico debe ser connatural a la contratación pública, ello en virtud que los actores económicos se apersonan voluntariamente motivados por intereses de este tipo. El procedimiento de selección no puede conculcar el legítimo interés de lucro que tienen los participantes. El Decreto Ley establece la obligación de indemnización por terminación anticipada del proceso de selección de contratistas cuando haya sido notificada la adjudicación (Art. 107). Sin embargo, consideramos que todas las disposiciones de la ley deben ser interpretadas de conformidad con este principio.

Principio publicidad de los actos: Principio ya comentado anteriormente posee implicaciones importantes sobre los actos contenidos en la fase de sustanciación pues los actos de recepción y apertura de sobres contentivos de las manifestaciones de voluntad y ofertas, tienen carácter público y de todo acto debe dejarse un soporte físico constituido por un acta (Art. 91).

En este sentido la Ley establece también la obligación de elaborar un expediente de cada contratación, en el que reposarán todos los documentos, informes, opiniones y demás actos que se reciban, generen o consideren en los procesos de contratación (Art. 19). Sin embargo, el expediente se mantiene en privado hasta la culminación de la selección, momento en el cual los interesados podrán solicitarlo (Art. 21). Incluso la ley establece como supuesto de responsabilidad administrativa la negativa del funcionario al acceso al expediente (núm. 15 Art. 166).

D. Fase de terminación

El procedimiento de selección de contratistas concluye en términos del Decreto Ley en la “adjudicación del contrato” (Art. 109) o la declaratoria de desierta de la modalidad de selección (Art. 113), que en la realidad se materializa a través de la firma del contrato; o la procedencia del subsiguiente procedimiento de selección de contratistas. Asimismo, el Decreto Ley establece la posibilidad de que la Administración de por terminado el procedimiento, mientras no se haya firmado el contrato (Art.107); y en caso de haberse adjudicado y notificado la adjudicación, la Administración deberá indemnizar hasta el monto máximo de 5% de la oferta por los gastos en que incurrió el contratista para participar en el procedimiento de selección.

Principio de Eficiencia: La contratación pública es una técnica de ejecución del gasto público³⁷, pues, se establece un procedimiento para la selección de la persona natural o jurídica que contratará con la administración, procedimiento que, de ser llevado adelante correctamente asegura la eficiente asignación y utilización óptima de los bienes y recursos públicos, en atención a las necesidades que deban satisfacerse. Termine o no en la firma del contrato se habrá dado mantenimiento apropiado al gasto público, ya que, la evaluación se realizará en base a criterios de capacidad técnica y financiera, que garantizan un comparación objetiva de las ofertas a fin de seleccionar la propuesta más conveniente.

³⁷ A. Linarez: *Los principios que rigen los... op. cit.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Thairy Daza¹

Resumen: *La Ley del Estatuto de la Función Pública establece como parte de su régimen disciplinario un procedimiento administrativo de destitución a través del cual la Administración ejerce su potestad sancionadora con la finalidad de mantener la disciplina dentro de la organización administrativa correspondiente y lograr una adecuada prestación del servicio para la realización efectiva del interés público. Siendo la destitución un acto administrativo que impone la sanción más grave del régimen disciplinario cuyo contenido es la disolución de la relación de empleo público entre el funcionario y la Administración, resulta necesaria la observancia del procedimiento administrativo no solo por cuanto este constituye la forma típica en que la Administración despliega su actividad, sino como elemento esencial para la validez del acto. En este sentido, en el ejercicio de su potestad sancionadora, la Administración debe guiarse por los principios que rigen todo procedimiento, además de aquellos que lo informan particularmente por su naturaleza.*

Palabras clave: *Procedimiento – Destitución – Funcionario – Administración – Principio.*

SUMARIO. I. Consideraciones generales. II. Procedimiento disciplinario de destitución. III. Fases del procedimiento. IV. Principios que rigen el procedimiento disciplinario de destitución. 1. Principio extrínseco al procedimiento. 2. Principios relativos a las garantías jurídicas de los administrados. 3. Principios que garantizan la eficacia de la actuación administrativa. V. Tipología del procedimiento disciplinario de destitución. VI. Sobre el agotamiento de la vía administrativa. VII. Sobre la prescripción de la falta.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Siguiendo lo expuesto por la profesora HILDEGARD RONDÓN DE SANZO, podemos afirmar que la noción de procedimiento en general constituye la forma típica en que el Estado ejerce sus funciones jurídicamente relevantes, es decir, el procedimiento es común a toda función pública; siendo, desde un punto de vista descriptivo, “la secuencia de actos coordinados para la obtención de un efecto jurídico específico”².

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2013). Libre ejercicio.

² Hildegard Rondón de Sansó: *El procedimiento administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1976, p. 16.

En este sentido, el procedimiento administrativo, específicamente, es el conjunto de actos, actuaciones y de trámites, mediante los cuales la Administración despliega su actividad³. Este despliegue de actividad deberá llevarse a cabo con plena sujeción a la ley, en virtud del principio de legalidad que informa toda la actividad administrativa.

El procedimiento administrativo que desarrollaremos a continuación es uno de los procedimientos establecidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública⁴ como parte del régimen disciplinario que la misma contempla, a través del cual la Administración ejerce su potestad sancionadora con la finalidad de mantener la disciplina dentro de la organización administrativa correspondiente, y así lograr una buena prestación del servicio para la efectiva realización del interés general.

Este procedimiento disciplinario de destitución, establecido en el artículo 89 *eiusdem*, tiene como finalidad determinar la responsabilidad del funcionario en cuanto a la falta cometida que se le atribuye.

Como señala DE PEDRO⁵, la destitución constituye la sanción disciplinaria más grave, pues con esta se rompe la relación de empleo público existente entre el funcionario y la Administración, afectando así la esencia misma de la carrera administrativa y actuando contra el derecho básico de los funcionarios de carrera: la estabilidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 30 de la referida ley, los funcionarios que ocupen cargos de carrera gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos; razón por la cual solo podrán ser retirados del servicio por las causales que ella misma prevé.

Así, de conformidad con el numeral 6 del artículo 78 *eiusdem*, el retiro de la Administración Pública procederá por estar incurso en causal de destitución.

La Administración debe determinar de manera efectiva la incursión del funcionario en alguna de las causales establecidas en el artículo 86 *eiusdem*, mediante el procedimiento administrativo disciplinario de destitución establecido para tal fin en el artículo 89 *eiusdem*; dentro del cual deberá comprobarse la responsabilidad del funcionario en relación con los hechos

³ José Ignacio Hernández: *Lecciones de procedimiento administrativo*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012, p. 24.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.483 del 11 de julio de 2002; reimpresión por error material del ente emisor según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.522 del 06 de septiembre de 2002.

⁵ Antonio de Pedro Fernández: *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*. 2da. edición. 7ma. reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004, p. 89.

que se le atribuyen; de lo contrario, no podrá aplicarse la sanción de destitución.

Esta determinación de la culpabilidad debe ser exhaustiva y para ello resulta necesario seguir el cauce que constituye el procedimiento, en el que la Administración debe comprobar, más allá de toda duda razonable, la culposa realización de los cargos imputados. Dicho de otra manera, es la Administración la que tiene la carga de probar la culpabilidad del funcionario, y no este demostrar su inocencia. Lo contrario sería asumir como cierta y válida la presunción de culpabilidad, negando por tanto la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente.

La presunción de inocencia se encuentra consagrada en el numeral 2 del artículo 49 constitucional: “Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: [...] 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. En virtud de la misma, la carga de probar los hechos constitutivos de cada ilícito administrativo corresponde a la Administración, sobre la base de una doble certeza. Por un lado, la de los hechos imputados, y por la otra, la de la culpabilidad. La carga probatoria pesa sobre la Administración, no existiendo en principio la carga del funcionario sobre la prueba de su inocencia⁶.

Adicionalmente, la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria, debe guiarse por el principio de tipicidad, consistente en la especificación y concreción de las conductas reprochables que son objeto de sanción. Por otro lado, la imposición de sanciones por parte de autoridades administrativas presupone la culpabilidad del sujeto sancionado, esto es, la existencia efectiva de un vínculo de causalidad entre el ilícito administrativo y el sujeto⁷.

Dicho lo anterior, a continuación se desarrollará el procedimiento administrativo disciplinario de destitución establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, haciendo referencia a las categorías teóricas correspondientes.

II. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Tal como lo apuntáramos anteriormente, el procedimiento disciplinario de destitución establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública se encuentra establecido en su artículo 89, y deberá seguirse ineludiblemente

⁶ Alejandro Carrasco: “Comentarios al Régimen Disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública”. *Ley del Estatuto de la Función Pública*. Editorial Torino. Caracas, 2002, p. 62.

⁷ A. Carrasco: *Comentarios al Régimen Disciplinario en” op. cit.*, p. 60.

cuando un funcionario se halle presuntamente incurso en una causal de destitución.

La disposición desarrolla el procedimiento de la siguiente manera:

- a. El funcionario o funcionaria público de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad, solicitará a la oficina de recursos humanos la apertura de la averiguación a que hubiere lugar.
- b. La oficina de recursos humanos instruirá el respectivo expediente y determinará los cargos a ser formulados al funcionario o funcionaria público investigado, si fuere el caso.
- c. Una vez cumplido lo establecido en el numeral precedente, la oficina de recursos humanos notificará al funcionario público investigado para que tenga acceso al expediente y ejerza su derecho a la defensa, dejando constancia de ello en el expediente. Si no pudiere hacerse la notificación personalmente, se entregará la misma en su residencia y se dejará constancia de la persona, día y hora en que la recibió. A tal efecto, cuando el funcionario o funcionaria público ingrese a la Administración Pública deberá indicar una sede o dirección de su domicilio, la cual subsistirá para todos los efectos legales ulteriores y en la que se practicarán todas las notificaciones a que haya lugar. Si resultare impracticable la notificación en la forma señalada, se publicará un cartel en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad y, después de transcurridos cinco días continuos, se dejará constancia del cartel en el expediente y se tendrá por notificado al funcionario o funcionaria público.
- d. En el quinto día hábil después de haber quedado notificado el funcionario o funcionaria público, la oficina de recursos humanos le formulará los cargos a que hubiere lugar. En el lapso de cinco días hábiles siguientes, el funcionario o funcionaria público consignará su escrito de descargo.
- e. El funcionario o funcionaria público investigado, durante el lapso previo a la formulación de cargos y dentro del lapso para consignar su escrito de descargo, tendrá acceso al expediente y podrá solicitar que le sean expedidas las copias que fuesen necesarias a los fines de la preparación de su defensa, salvo aquellos documentos que puedan ser considerados como reservados.
- f. Concluido el acto de descargo, se abrirá un lapso de cinco días hábiles para que el investigado o investigada promueva y evacue las pruebas que considere conveniente.

- g. Dentro de los dos días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de pruebas concedido al funcionario o funcionaria público, se remitirá el expediente a la Consultoría Jurídica o la unidad similar del órgano o ente a fin de que opine sobre la procedencia o no de la destitución. A tal fin, la Consultoría Jurídica dispondrá de un lapso de diez días hábiles.
- h. La máxima autoridad del órgano o ente decidirá dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la Consultoría Jurídica y notificará al funcionario o funcionaria público investigado del resultado, indicándole en la misma notificación del acto administrativo el recurso jurisdiccional que procediere contra dicho acto, el tribunal por ante el cual podrá interponerlo y el término para su presentación.
- i. De todo lo actuado se dejará constancia escrita en el expediente.

III. FASES DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento administrativo, tal como lo definiéramos al principio, se presenta como un conjunto de actos y actuaciones a través de los cuales la Administración despliega su actividad.

Tal como puede observarse en este procedimiento, hay una cierta secuencia de los actos que, si bien no se presentan cerradas ni con carácter preclusivo, por cuanto la noción misma de procedimiento administrativo rechaza la rigidez que es norma del proceso⁸, refleja la posibilidad de agrupar ciertos actos en fases claramente identificables: fase de apertura o inicio, fase de sustanciación o instrucción, fase de terminación o decisión y fase de eficacia.

La fase de apertura es aquella en la que se inicia el procedimiento, en nuestro caso, comprende la solicitud de apertura de la averiguación administrativa, la efectiva apertura del mismo por parte de la Oficina de Recursos Humanos y la notificación por parte de esta Oficina al funcionario investigado.

La fase de sustanciación comprende la instrucción del expediente, formulación de cargos, presentación de descargos, lapso probatorio y dictamen jurídico.

La fase de terminación o decisión la constituye la emisión del acto definitivo por parte de la máxima autoridad del órgano o ente.

⁸ H. Rondón de S.: *El procedimiento administrativo... op. cit.*, p. 39.

La fase de eficacia comprende la efectiva y correcta notificación del acto, a partir del cual el mismo producirá sus respectivos efectos jurídicos.

Finalmente, según jurisprudencia de las Cortes de lo Contencioso Administrativo (Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, N° 00950, 14-07-2010, caso: Manuel Vásquez Ramírez vs. Instituto Autónomo Policía del estado Miranda), la Administración, antes de acordar iniciar el procedimiento disciplinario, puede determinar de manera preliminar, con la realización de actuaciones previas, si efectivamente existen indicios o circunstancias que ameriten iniciar dicho procedimiento. Si es así, entonces podríamos afirmar que en este procedimiento se verifican cinco fases, es decir, una más aparte de las cuatro ya mencionadas, y sería una especie de fase previa al inicio del procedimiento propiamente dicho, en la que la Administración realizaría las actuaciones pertinentes con el objeto de determinar si existen verdaderos elementos que reflejen una presunción real aunque *iuris tantum*, de que el funcionario pudiera estar incurso en causal de destitución.

IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN⁹

1. Principio extrínseco al procedimiento

Principio de legalidad: este es el principio por excelencia, establecido en el artículo 137 constitucional, según el cual la Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, y a estas deben sujetarse las actividades que realicen.

La legalidad en la base del Estado de Derecho y el presupuesto de la acción administrativa¹⁰. Es necesario entender en sentido amplio la legalidad a que hace referencia este principio, es decir, como el bloque de legalidad, con lo cual se hace referencia no solo a la Constitución y a la ley y demás actos de rango legal, sino también a los actos de rango sublegal.

2. Principios relativos a las garantías jurídicas de los administrados

Principio de “participación intersubjetiva” o principio de contradictorio administrativo. Se verifica esencialmente en la fase de sustanciación y se traduce como la posibilidad que tienen los participantes de hacer alegatos, aportar elementos probatorios, etc.; no se limita a la simple presencia del

⁹ Seguimos aquí las categorías propuestas por la profesora Hildegard Rondón de Sansó en H. Rondón de S.: *El procedimiento administrativo... op. cit.*, pp. 79 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 80.

interesado en el mismo ni tampoco a su derecho a ser oído, sino que es la garantía de una intervención activa, lo cual conlleva a la necesidad de que sea informado de manera oportuna y preventiva del desarrollo de las fases, de que está capacitado para acceder al expediente y obtener las copias necesarias para su defensa¹¹.

Principio de publicidad: garantía del administrado en el procedimiento, que se hace efectiva cuando tiene acceso al expediente y a todas las actuaciones administrativas, lo que en definitiva permitirá que pueda defenderse realmente. Los participantes en el procedimiento deben tener acceso a las cuestiones que en el mismo se debate¹².

Principio de imparcialidad: En efecto, en este procedimiento se verifica especialmente este principio, pues la participación de distintos funcionarios de unidades administrativas diferentes, permiten que el acto definitivo se dicte con la mayor imparcialidad posible. El funcionario que solicita la apertura del procedimiento no es el mismo que tiene la competencia para ordenar su apertura e instrucción; de igual manera, la participación de la consultoría jurídica o de la unidad similar del órgano con la finalidad de velar por el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido y opinar sobre la procedencia o no de la sanción de destitución, le da cierto equilibrio al mismo, siendo, por último, la autoridad máxima del órgano quien tiene la competencia de dictar el acto definitivo; con lo cual pareciera lograrse un buen grado de imparcialidad en este procedimiento.

3. Principios que garantizan la eficacia de la actuación administrativa

Principio de la flexibilidad probatoria: este principio es propio de la naturaleza del procedimiento administrativo que rechaza la rigidez y el hermetismo del proceso en materia de pruebas y se traduce, por un lado, en la libertad de prueba que tienen los interesados que participan en el procedimiento de aportar los elementos probatorios, cualquiera que estos sean, que consideren pertinentes para la valoración de sus intereses y, por otro, en la verdad material a la que se encuentra sujeta la Administración, en virtud de la cual esta debe determinar el estado real y efectivo de los hechos¹³.

Principio de actuación de oficio o inquisitivo: La Administración inicia de oficio el procedimiento. Asimismo, en virtud de este principio, debe buscar los elementos necesarios para informar su juicio y en general velar por la

¹¹ *Ibíd.*, p. 83.

¹² *Ibíd.*, p. 90.

¹³ *Ibíd.*, p. 97.

corrección y eficacia del procedimiento y de los actos realizados durante el mismo¹⁴.

V. TIPOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN¹⁵

De acuerdo con el efecto del acto es constitutivo, pues extingue una situación jurídica subjetiva. El acto de destitución hace cesar la condición de funcionario que se poseía.

De acuerdo con el grado de su formación es de primer grado, pues este procedimiento tiende a la formación original, es decir, por primera vez, de un acto administrativo.

De acuerdo con la esfera en la cual se desarrolla es interno, pues es dentro del ámbito de un solo ente.

De acuerdo con el ámbito del acto es individual, pues el destinatario del acto es un sujeto perfectamente identificado, afectando directamente su esfera jurídico-subjetiva de derechos.

De acuerdo con la exigibilidad del procedimiento es necesario, pues en los procedimientos disciplinarios existe una mayor fijeza del número de los elementos que lo integran y del orden de sucesión de los mismos, por cuanto esto constituye per se una garantía para el funcionario; sin embargo, aún en estos casos no existe la posibilidad de que el procedimiento mantenga una total rigidez pues tal característica no es propia de la naturaleza misma del procedimiento administrativo.

De acuerdo con el rango de aplicación es un procedimiento legal, pues el presente procedimiento está establecido en una norma de rango legal, esto es, la Ley del Estatuto de la Función Pública.

De acuerdo con su estructura es complejo-divergente, pues el procedimiento disciplinario de destitución está formado por más de dos actos administrativos. El acto definitivo constituye, además, un presupuesto procedimental de una pluralidad.

VI. SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El acto de destitución que concluye este procedimiento disciplinario es un acto de carácter particular dictado en ejecución de la Ley del Estatuto de la

¹⁴ *Ibíd.*, p. 98.

¹⁵ Seguimos, asimismo, la tipología de los procedimientos administrativos propuesta por la profesora Hildegard Rondón de Sansó en *Ibíd.*, pp. 41 y ss.

Función de la Pública, por lo cual, según el artículo 92 *eiusdem*, agota la vía administrativa. En consecuencia, contra dicho acto solo podrá ser ejercido el recurso contencioso administrativo funcionarial. Por tal razón, carece de sentido discutir en este caso si es aplicable el régimen de los recursos administrativos que establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

VII. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA FALTA

El artículo 88 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que las faltas de los funcionarios sancionadas con la destitución, prescribirán a los ocho meses a partir del momento en que el funcionario de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad tuvo conocimiento, y no hubiere solicitado la apertura de la correspondiente averiguación administrativa.

Al respecto, ha sostenido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo¹⁶ que:

[...] la prescripción solamente opera por la no apertura del procedimiento administrativo antes del lapso establecido de ocho meses desde que se tuvo conocimiento [de la falta]; la normativa que estipula la misma, no establece supuesto alguno para que opere la prescripción una vez instaurado el procedimiento disciplinario dentro del lapso establecido en la ley o por la extensión excesiva en la sustanciación del mismo.

[...] no puede aplicarse por analogía la figura de la prescripción, ello en virtud de que siendo el norte del procedimiento disciplinario en sede administrativa la verdad real material en defensa del interés general, puesto que los investigados en dichos procedimientos son funcionarios al servicio del Estado, por lo que su conducta deshonesto, desobediente, inmoral, negligente, sancionadas en la Ley del Estatuto de la Función Pública de forma directa o indirecta afectaría los intereses del Estado, en consecuencia, el interés colectivo, ya sea desde el punto de vista patrimonial y/o moral.

¹⁶ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° 001955, 29-10-2013, revisada en la *Revista de Derecho Funcionarial*. N° 10. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2013, p. 142.

EJECUCIÓN DE SANCIONES Y MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Rodrigo Ramos Motta¹

Resumen: *En el presente artículo se describen las sanciones, sujetos a quienes les aplica y las medidas preventivas, establecidas en el Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, así como su forma de ejecución. Análisis sobre las supuestas prerrogativas generales de la Administración Pública Sancionatoria para ejecutar sanciones o imponer y materializar medidas cautelares, sin la intervención de un tercero independiente (Poder Judicial) que garantice la transparencia, imparcialidad e igualdad durante la invasión de la esfera subjetiva de los particulares. Cuestionamiento sobre la competencia y la forma de ejecución de actuaciones sancionatorias y las medidas cautelares, así como la confusión por similitud entre unas y otras.*

Palabras clave: Autotutela – Ejecución de sanciones – Medidas cautelares.

SUMARIO. Presentación. **I.** Régimen general de sanciones y medidas cautelares. **1.** Sanciones. **2.** Sujetos. **3.** Medidas cautelares. **II.** Ejecución de las sanciones y de las medidas cautelares. **1.** Ejecución de las sanciones. **2.** Ejecución de las medidas preventivas. **III.** Críticas a la imposición de medidas preventivas como sanciones definitivas.

PRESENTACIÓN

Con la entrada en vigencia del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (DLOPJ)² se mantiene la regulación jurídica para la fijación de precios, distribución, importación, transporte y comercialización de los bienes y servicios, para todos los sujetos que desarrollen actividades económicas dentro de la República, con las excepciones de las personas cuya actividad se encuentre regida por su propia ley o por excepción declarada por el Presidente de la República.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2007). Abogado Mayor en el Tribunal Disciplinario Judicial.

² Decreto N° 2.102, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 6.202 de fecha 8 de noviembre de 2015. Anteriormente: Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (Decreto N° 600, Gaceta Ordinaria N° 40.340, 23 de enero de 2014), previamente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos (Decreto 8.331, Gaceta N° 39.715 del 18 de julio de 2011) y Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta N° 39.358, del 1 de febrero de 2010).

La regulación a tan amplio espectro de actividades económicas colige la inexorable necesidad de revestir a la Administración Pública, en este caso representada por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Económicos (SUNDDE), de los máximos poderes cautelares y sancionatorios, con el fundamento presuntamente sobreentendido del convencimiento social y doctrinal de la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, como dimanación de la potestad de autotutela administrativa, y quizá con motivación en el interés público y su ánimo de “servicio al ciudadano”, como lo reconoce el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Pero lo que pretendemos en el presente artículo, es cuestionarnos esas potestades amplias para ejecutar por su propia cuenta la imposición de sanciones y para dictar las medidas cautelares -denominadas preventivas- así como la confusión que existe en la materialización de unas y otras, verificando el debido resguardo a los derechos constitucionales de los sujetos en el decurso del procedimiento, en ejercicio de tales potestades.

Para abordar el tema, pasaremos primero a efectuar una breve descripción de las sanciones, sujetos a quienes les aplica y las medidas preventivas, establecidas en el Decreto Ley, para luego explicar sobre sus respectivas formas de ejecución y denotar las críticas surgidas del análisis normativo objeto del presente artículo.

I. RÉGIMEN GENERAL DE SANCIONES Y MEDIDAS CAUTELARES

1. Sanciones

Sin mayor modificación a su predecesor, el Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, mantiene un catálogo de sanciones de índole administrativas invariables con respecto a su predecesor del 2014, entre las que se distinguen las multas, cierre temporal, suspensión temporal del Registro Único de Personas que Desempeñen Actividades Económicas, ocupación temporal hasta por 180 días (prorrogables), clausura, comiso de bienes y revocatoria de permisos y licencias (artículo 38).

Se mantiene igualmente la pena de prisión para determinados “incumplimientos administrativos”, para los que el legislador considera insuficientes elegir entre el catálogo antes descrito, para supuestos como el expendio de alimentos o bienes vencidos o en mal estado, la especulación, importación o comercialización de bienes nocivos, alteración fraudulenta, acaparamiento, boicot, desestabilización económica, reventa de productos, condicionamiento, contrabando de extracción, usura, alteración de bienes y

servicios, difusión y alteración fraudulenta de precios y corrupción entre particulares, previstos entre los artículos 48 al 63.

2. Sujetos

Como sujetos sancionables, persiste la norma genérica de responsabilidad administrativa, civil y penal, de todos aquellos que incurran en los supuestos de incumplimientos previstos en el Decreto Ley³, pero se crea específicamente la regulación de la *responsabilidad solidaria* para los directivos, socios “y cualquier otro que se vincule con la actividad comercial” (único aparte del artículo 35).

Asimismo, al desarrollar la responsabilidad penal de los socios y los miembros de los órganos de dirección, administración, gestión y vigilancia de las personas jurídicas, incorpora como novedad al “personal operativo”, así como a los “medios de comunicación social, página web y otros medios publicitarios”, ampliando de este modo a los sujetos de aplicación de responsabilidad penal.

Sin embargo, llama la atención que la norma ya no exige, como sí lo hacía el decreto ley derogado, la demostración que los delitos cometidos por los sujetos especificados “fueron cometidos con su conocimiento o aprobación”, desvinculando cualquier elemento subjetivo de intención o culpa para la determinación de la responsabilidad penal. Pero, aun tratándose de delitos contemplados en una ley de contenido primordialmente administrativo, es pertinente no obviar los elementos de antijuricidad y culpabilidad previstos en los códigos que rigen nuestra materia penal, so pena de trasladar una responsabilidad objetiva para sancionar los delitos de esta norma, tipo de responsabilidad cuestionable incluso en materia administrativa.

3. Medidas cautelares

Las Medidas cautelares no sufrieron alteración con respecto al decreto ley derogado, por lo que se mantiene el catálogo, muy parecido a las sanciones, del tipo de medidas que puede dictar la Administración, como lo son: comiso, ocupación hasta por 180 días (prorrogables), cierre temporal (sin limitación temporal), suspensión de permisos, licencias y autorizaciones, ajuste precios y la innominada de “todas aquellas que sean necesarias para proteger los derechos” de los ciudadanos.

³ En el Decreto Ley derogado estaba incorporada esta disposición dentro del catálogo de sanciones administrativas del artículo 45.

Como podemos notar, sólo se diferencian con las sanciones en que estas últimas incluyen la multa, la clausura, la suspensión del Registro Único de Personas que Desempeñen Actividades Económicas y la *revocatoria* de permisos y licencias, mientras que las medidas incorporan el ajuste de precios y las de contenido innominado. Más adelante evaluaremos su procedimiento y forma de ejecución.

II. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Ejecución de las sanciones

El artículo 87 contempla una forma de ejecución voluntaria, que asumimos es genérica para el cumplimiento de todas las sanciones de índole administrativa, estableciendo un lapso de tres días desde su notificación para satisfacer lo impuesto por el acto administrativo definitivo.

Específicamente para las sanciones de multa, el DLOPJ incorpora una modificación bastante sustancial con respecto al decreto ley derogado: En ambos decretos se prevé la ejecución voluntaria de la multa con el pago, pero mientras que el anterior establecía un lapso de quince días continuos, en el DLOPJ vigente este lapso fue reducido a tan sólo tres días continuos (artículo 88). Para ambos casos, una vez vencido el lapso para el pago voluntario de la multa, se generan intereses de mora.

Seguidamente, a los fines de garantizar el pago, el decreto ley derogado preveía que la Superintendencia de la materia en comento tramitaría el cobro judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como consecuencia lógica de la ejecución forzosa de las multas impuestas por la Administración Pública.

Sin embargo, el DLOPJ no comparte el mismo concepto sobre el cobro judicial de las multas como único mecanismo de su antecesor, sino que le permite a la SUNDDE adoptar “las medidas que fueren conducentes, incluyendo el secuestro o embargo de bienes, la prohibición de enajenar y gravar y cualquier otra medida [...]”, dejando como *opción* el cobro judicial (artículo 89). De lo anterior se evidencia que a la imposición de una sanción – de multa– le sigue la facultad a la Administración para imponer otra sanción dentro del catálogo de: secuestro, embargo de bienes, prohibición de enajenar y gravar, en clara contradicción al principio del *non bis in idem*⁴, e incluso

⁴ Es menester recordar que el artículo 49.7 de la Constitución de 1999, señala que: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: [...] 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales

disponiendo arbitrariamente un número abierto de posibilidades al preceptuar “cualquier otra medida”, en vulneración al principio de legalidad y su derivación en la tipicidad. Consideramos que estos mal llamados mecanismos de ejecución de sanciones de multa, son en realidad nuevas sanciones que no tienen planteado un procedimiento y que son de la misma naturaleza que el catálogo de sanciones, por cuanto, como se planteará de seguidas, debe cuestionarse la potestad de la Administración Pública en ejecutar por su cuenta las sanciones sin recurrir a los órganos judiciales (ej. procedimiento de cobro judicial). Siendo así, la vulneración al *non bis in idem* se deriva en la imposición de una nueva sanción por el mismo hecho por el cual se impuso la sanción de multa, enmascarado en un medio para garantizar la ejecución de la sanción, cuando existiría otro mecanismo, mediante la activación de los órganos judiciales, para hacer efectiva la ejecución.

En este punto, consideramos necesario advertir que uno de los elementos que no deja de ser cuestionable es el fundamento de la Administración Pública para dictar y ejecutar sus propios actos, con prescindencia de la intervención del Poder Judicial. Tal noción normalmente está amparada en la potestad de autotutela administrativa, que supuestamente otorga prerrogativas adicionales a la Administración por encima de los particulares en las relaciones subjetivas que tienen con éstos, potestad que presuntamente se desprende de distintas disposiciones normativas, tal como serían el artículo 141 constitucional o los artículos 7, 8, 79, 80, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de los cuales se desprenderían las derivaciones de la potestad de autotutela: declarativa, ejecutiva y revocatoria⁵.

hubiese sido juzgada anteriormente”. Igualmente, esta garantía es reconocida como un derecho humano en el numeral 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y procedimiento de cada país” y al numeral 4 del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”. Igualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1798, de fecha 19 de julio de 2005, caso: Festejos Mar C.A., precisó que este principio consiste “en la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por un mismo hecho”.

⁵ En términos muy parecidos, LUCIANO PAREJO ALFONSO (con fundamento en la posición asumida por García De Enterría) clasifica la Autotutela Administrativa en Declarativa (producir actos que gozan de presunción legal de validez), Ejecutiva (materializar en el plano fáctico los actos dictados previamente por ella, inclusive mediante el uso de la coacción) y Reduplicativa o Autotutela de Segunda Potencia (distinta a la Revocatoria venezolana: obligación de recurrir los actos ante la propia administración y la necesidad de pagar el importe para recurrir tanto en vía administrativa como judicial, cuando corresponda a actos declarativos de deudas pecuniarias). Luciano Parejo Alfonso: *Derecho Administrativo*. Editorial Ariel Derecho. Barcelona (España), 2003, pp. 608-610. Por su parte, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ emplea los términos de Autodefensa Declarativa o de Primer Grado,

La Autotutela permitiría a la Administración hacerse justicia por sí misma, sin tener que acudir necesariamente al juez para resolver sus pretensiones⁶.

No obstante, si bien se ha pretendido justificar el actuar de la Administración en la aludida potestad, la cual igualmente encontraría su fundamento en el supuesto interés público por ella perseguido, quizás como producto de Pacto Social, no es menos cierto que las normas atributivas de competencia son de reserva legal, y que estas disposiciones, contrarias a prever prerrogativas generales de la Administración Pública por encima de los ciudadanos, realmente sólo establecen normas para garantizar su auto-funcionamiento, que son obligantes para ella misma, en aras de conducir su actuar, de ejecutar los actos que dicta y de revocarlos total o parcialmente en caso de presentar vicios, *pero en ningún supuesto ha sido establecido que la Administración cuente con potestades amplias en el ámbito sancionatorio y para dictar, específicamente, medidas cautelares durante el procedimiento administrativo sancionatorio*.

Igualmente, si consideramos que la ejecución de las sanciones y las medidas cautelares son propias del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, tendríamos una consecuencia más estricta que si la justificación dimanara de la potestad de autotutela: sería inexorable que cada una de las atribuciones sea establecida en una norma legal expresa, como garantía proveniente de la reserva legal que debe regir en las potestades punitivas del Estado. Entonces, no puede derivar la competencia para ejecutar las sanciones y las medidas cautelares de un análisis por vía analógica de la potestad de autotutela contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino que cada actuación invasiva de la esfera subjetiva de los particulares, debe tener su fundamento en una atribución consagrada expresamente en la ley y, ante la falta de previsión en alguna disposición de determinada atribución, acarrearía la incompetencia del órgano y por ende la nulidad absoluta de sus actuaciones.

Siendo así, creemos que en el campo normativo no existen prerrogativas generales para la Administración en materia sancionatoria, que puedan servir de base para ejecutar sanciones o imponer y materializar medidas cautelares, sin la intervención de un tercero imparcial (Poder Judicial) que garantice la

Autodefensa de Segundo Grado (revisora) y Autodefensa Ejecutiva. Sobre esta última plantea que la Administración podrá "realizar lo dispuesto en los actos sujetos al Derecho administrativo contra la voluntad del obligado", con excepciones tales como "la exigencia de autorización judicial para que los agentes administrativos puedan penetrar en el domicilio del ejecutado". Jesús González Pérez: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ra edición. Editorial Civitas. Madrid. 2001, pp. 67-69.

⁶ José Araujo Juárez: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. 3ra edición. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 1998, p. 359.

transparencia, imparcialidad e igualdad durante la invasión de la esfera subjetiva de los particulares. Razones de practicidad y operatividad podrán sobrar para que la Administración Pública justifique lo anterior, pero jurídicas faltan.

Como derivación de lo antes explicado, para alguna manifestación de la potestad sancionatoria por parte de la Administración, vale traer a colación lo explicado por el autor venezolano PEÑA SOLÍS, quien luego de discernir sobre la justificación de la potestad de autotutela, para la cual encuentra su fundamento en el interés público, se refiere a la ejecución de las sanciones administrativas, arguyendo que, como:

“[...] privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva [...] todas las sanciones, salvo las pecuniarias, pueden ser ejecutadas por la sola voluntad de la Administración [...] En cambio, la ejecución de la multa, cuando no se da el cumplimiento voluntario del infractor, requiere la intervención del Poder Judicial, porque no resulta posible que tratándose de una obligación de hacer, pueda la Administración lograr su ejecución contra la voluntad del obligado”⁷.

En este sentido expresa ALEJANDRO NIETO: “[e]l titular de la potestad administrativa sancionadora es siempre la Administración; mas su ejercicio puede verse interferido por la actuación de un juez”⁸.

En orden similar expresa CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES:

Sin embargo, en la realidad no todo acto susceptible de ejecución es automáticamente materializable a través de la potestad de autotutela ejecutiva, ejemplo de ello podrían ser los actos denegatorios de requerimientos de autorizaciones, o los dimanados con ocasión de dictámenes y consultas de la Administración Consultiva, o los generados con ocasión de la actividad denominada doctrinalmente como actividad administrativa cuasi o pseudo jurisdiccional, como las manifestaciones de voluntad de órganos administrativos que dirimen controversias intrapartes de índole laboral - Inspectorías del Trabajo - o en materia arrendaticia - Dirección de Inquilinato o Concejos municipales en el interior -, o Decisiones en materia de Libre Competencia, y otros ejemplos diseminados en nuestro ordenamiento jurídico actual⁹.

En apoyo a lo expuesto, el autor GARCÍA DE ENTERRÍA, al explorar sobre los posibles abusos de la autotutela, expresa:

⁷ José Peña Solís: *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, p. 367.

⁸ Alejandro Nieto: *El Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Madrid, 2006, p. 148.

⁹ Carlos Luis Carrillo Artiles: “La imbricación de la noción y contenido de la Potestad de Autotutela de la Administración en Venezuela”. *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, p. 17.

Más grave es la extensión de las técnicas de autotutela administrativa al ámbito sancionatorio o represivo. Esta extensión se ha realizado de dos maneras: en primer término, aplicando la técnica de la sanción administrativa no sólo al incumplimiento de obligaciones especiales respecto a la Administración (incumplimiento del concesionario, del funcionario, etc.: potestad disciplinaria, de aplicación limitada al ámbito de las relaciones de supremacía especial), sino también a las infracciones cometidas contra el ordenamiento en general, en el ámbito de las relaciones de supremacía general (por ejemplo, infracciones en materia de seguridad ciudadana, o de contrabando, o de prensa, o monetarias, o de mercado, etcétera). En segundo término, haciendo disponibles como sanciones administrativas los bienes básicos de la vida civil, la libertad, la propiedad, el ejercicio profesional¹⁰.

Efectuada la crítica anterior, pasamos a analizar otra disposición que establece formas de ejecución, como es la contenida en el artículo 39, sobre la duración de la sanción de suspensión en el Registro Único de Personas que Desempeñen Actividades Económicas: Además de establecer la duración de la suspensión para un período de entre 3 meses hasta 10 años, también prevé que esta sanción acarrea la suspensión de todos los demás permisos y licencias, así como la “prohibición de acceso de divisas y autorizaciones emitidas por otros órganos y entes del Poder Público Nacional”, desprendiéndose una posible vulneración al principio del *non bis idem*, al establecer sanciones adicionales para castigar un mismo incumplimiento. Igualmente, consideramos que esta “prohibición” es una sanción innecesaria si consideramos que el régimen cambiario está concebido en nuestro país como un sistema autorizatorio restringido.

Como última disposición para garantizar la ejecución forzosa, la ley en comento sólo establece que el comiso se entenderá ejecutado si previamente fue impuesto como medida cautelar, por lo que en el siguiente capítulo analizaremos su confusión con su aplicación en el régimen preventivo y compararemos con normas derogadas que eran más específicas sobre este asunto.

En este ámbito sancionatorio, nada plantea el decreto actual sobre la ejecución forzosa del resto de las sanciones, que igualmente pueden ser impuestas como medidas cautelares, como sería el caso de la ocupación y cierre temporal, suspensión (o revocatoria) de permisos, licencias y autorizaciones. Por tal motivo, es necesario que analicemos la forma de ejecución que prevé la ley de las medidas cautelares y su confusión con las sanciones, lo cual se efectuará más adelante.

¹⁰ Eduardo García De Enterría y, Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas Ediciones. Madrid, 2006, p. 501.

Como nota adicional, igualmente relevante, debemos advertir que la ejecución de las sanciones, deviene de su imposición luego de materializado el procedimiento administrativo sancionatorio de primer grado establecido en los artículos 77 y siguientes del DLOPJ; no obstante, en la sección referida a la inspección y fiscalización la disposición contenida en el artículo 69 permite al “funcionario actuante” (en la inspección y fiscalización) imponer las sanciones por incumplimiento a los deberes formales previstas en el artículo 46 y notificarlas en el mismo acto. Pero es preciso apuntar que la sanción a imponer consiste bien en el cierre de almacenes, depósitos y establecimientos por cuarenta y ocho horas, o la imposición de multa entre 500 a 10.000 unidades tributarias. En consecuencia, tendríamos como previsión legal una sanción que tiene el carácter definitivo, ejecutable bajo los parámetros explicados, pero impuesta por un funcionario durante la inspección¹¹, sin garantías de un debido procedimiento que permita ejercer el derecho a la defensa¹² para el sujeto sobre quien recae la sanción.

2. Ejecución de las medidas preventivas

En la sección correspondiente al procedimiento de inspección y fiscalización, el artículo 70 prevé, como novedad con respecto a la ley derogada, la facultad del funcionario para “adoptar y ejecutar en el mismo acto medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia”, sin menoscabo que puedan ser impuestas en “cualquier etapa, fase o grado del procedimiento”.

El mismo artículo 70 establece que la ejecución de la ocupación temporal, como medida preventiva, consiste en el aprovechamiento del bien ocupado, el cual se efectúa con la posesión inmediata por 180 días prorrogables; mientras que el comiso, que se impone de la misma forma como sanción, se ejecuta con la enajenación de los productos y mercancías, con el destino momentáneo de los ingresos por la enajenación a una cuenta bancaria, cuyo

¹¹ Es importante señalar que, según el numeral 12 del artículo 17 del DLOPJ, la competencia de este funcionario deviene de una delegación de la competencia que ostenta el Superintendente Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. A tal efecto, si entendemos que ésta es una delegación de atribuciones y no sólo de firma, debemos advertir que los actos sancionatorios que emanan de una autoridad administrativa, son efectuados en aplicación directa de la ley. En consecuencia, si tal potestad es delegada mediante un acto administrativo de delegación de atribuciones, la competencia sería ejercida en aplicación de un acto administrativo y no de la ley, en vulneración del principio de legalidad.

¹² Numeral 2 del artículo 49 del Texto Constitucional, conforme al cual “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: [...] 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Para que “se pruebe lo contrario” sólo es posible su verificación dentro de un procedimiento con el ejercicio del correspondiente derecho a la defensa.

destino final será especificado en la decisión definitiva del procedimiento de primer grado.

El artículo 72 establece la forma de ejecución de las medidas, especificando que se hará constar en acta suscrita por los funcionarios actuantes y el sujeto destinatario de la medida. La disposición siguiente establece el procedimiento de oposición a la medida, una vez que es ésta decretada y ejecutada, limitado únicamente la descripción del procedimiento al acto de oposición por parte del destinatario de la medida y la decisión por parte de la SUNDDE.

Limitada así la regulación legislativa, recordemos que contamos con un catálogo de medidas que comprenden el comiso, ocupación y cierre temporal, suspensión de permisos, licencias y autorizaciones, ajuste precios y la innominada de “todas aquellas que sean necesarias para proteger los derechos” de los ciudadanos. Hilvanando este catálogo a las disposiciones anteriores, tenemos entonces que el funcionario actuante decreta y ejecuta cualquiera de estas medidas en el mismo acto de inspección (sin menoscabo a su posibilidad de decreto posterior), pero sólo con meridiana certeza entendemos cómo se procede a ejecutar la ocupación temporal y el comiso, omitiéndose toda previsión legislativa en cuanto al cierre temporal, suspensiones de permisos, licencias y autorizaciones, el ajuste de precios o la medida tan amplia de “todas aquellas” que considere el funcionario actuante en el curso de la propia inspección.

III. CRÍTICAS A LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS COMO SANCIONES DEFINITIVAS

Revisados los tipos de sanciones que puede imponer la administración en materia de “derechos socioeconómicos”, así como el catálogo de las medidas preventivas, observamos cómo se confunden unas con otras, tanto por la oportunidad de imposición, como por generar el mismo efecto eminentemente sancionatorio y, en poca medida, preventivo o cautelar:

En primer lugar, las sanciones de multa y cierre temporal, en principio a ser determinadas una vez transcurrido el “procedimiento administrativo sancionatorio”, pueden ser impuestas y ejecutadas en la oportunidad de la “inspección y fiscalización”, cuando se trate de “incumplimiento de formalidades”. Entonces contamos con un funcionario cuya competencia fue otorgada por una delegación del Superintendente, que no sólo puede dictar medidas preventivas, sino también sancionar al particular en el mismo procedimiento de inspección sin las garantías particulares que son propias del posterior “procedimiento administrativo sancionatorio”, con el cuestionable cumplimiento de las garantías del debido procedimiento constitucional.

En este instante, reiteramos lo planteado sobre la discutible potestad de autotutela administrativa como fundamento de la Administración Pública para dictar medidas cautelares durante el procedimiento administrativo y ejecutar las sanciones impuestas, en independencia al Poder Judicial, a partir de lo cual podemos aventurarnos a cuestionar primero la imposición de la sanción de multa por el funcionario actuante durante la inspección, sin un procedimiento que permita al particular ejercer su defensa, siquiera ante la propia administración. Vemos entonces que es una sanción, que se dicta en una de las oportunidades en las que pueden ser decretadas las medidas preventivas, pero que no es una medida cautelar, sino una sanción cuya oportunidad para su emisión se confunde con la oportunidad para dictar la primera. Ante esta irregularidad procedimental, debemos cuestionarnos si, a pesar que la ley atribuye al funcionario a imponer la sanción en esta fase, ¿podrá el particular ejercer su derecho a la defensa y así salvaguardar el debido procedimiento, en la fase del procedimiento administrativo sancionatorio? No lo establece expresamente la norma, pero consideramos que es la única forma de compaginar la deficiencia legal con el artículo 49 constitucional.

Adicionalmente, debemos notar que incluso la multa impuesta por este funcionario inspector o fiscalizador, gozaría del extraño privilegio de ejecutoriedad que aludimos en el artículo 59 del DLOPJ, que permite la ejecución forzosa de las multas mediante el secuestro o embargo de bienes, prohibición de enajenar y gravar “y cualquier otra medida que sea conducente para el cumplimiento de su decisión”, por lo que no debería ser desdeñable para la administración garantizar el debido procedimiento en el caso de una multa dictada por un funcionario de cuestionable competencia, con prescindencia de un procedimiento y en una oportunidad impropia para la imposición de sanciones.

Seguidamente, observamos un cierre temporal como sanción por 48 horas por incumplimiento a formalidades, que igualmente es aplicable como sanción luego de transcurrido el procedimiento administrativo, sin discriminación del tiempo de duración de este cierre, pero también puede imponerse como medida preventiva, sin precisión sobre su tiempo de vigencia. En tal sentido, los efectos para los casos de medida preventiva y de sanción por cierre temporal se confunden al producir el mismo resultado de vigencia indeterminada, que podría incluso confundirse con otra de las sanciones que es la clausura.

Sobre este punto, al establecer el mismo contenido y efecto al cierre temporal, consideramos que existe una colisión entre la medida cautelar y la sanción, por cuanto con la imposición y ejecución de la primera se adelanta igualmente la segunda, en detrimento de la presunción de inocencia como

garantía durante del procedimiento sancionatorio. En mismos términos, expone PEÑA SOLÍS:

[S]e desprende claramente la complejidad que reviste la regulación de la potestad cautelar de la Administración Pública en los procedimientos sancionatorios, en razón que esa regulación debe reflejar un equilibrio, siempre muy precario, entre la tutela del interés general [...] y en nuestro criterio, el derecho a la presunción de inocencia, pues luce lógico - sobre todo en el marco del procedimiento sancionatorio - que la imposición de la sanción adelantada colida con ese derecho¹³.

Así ocurre en el caso de la sanción de cierre temporal que estamos comentando, que según el DLOPJ puede imponerse como medida cautelar, sanción sin procedimiento (artículo 69) o sanción con procedimiento administrativo sancionatorio, por cuanto debe notarse que si existiese un fundamento cautelar, que buscara preventivamente, por ejemplo, garantizar la salud de los ciudadanos, tal medida tuviese una limitación temporal, con el cuestionable, pero adaptable a este tipo de casos, interés público. Pero el problema se genera en este caso, al confundirse la medida cautelar con un adelantamiento a la posible sanción a imponerse, sin obligar a la Administración Pública a definir la temporalidad, porque ambas tienen el mismo efecto supuestamente temporal, por lo que debería justificarse la existencia si hubiese de dictarse como medida, sin dejar a un lado el carácter de provisionalidad, que la hace diferenciar de la sanción.

En cuanto a los motivos de justificación, el referido decreto ley no contribuye a los efectos de separar los conceptos de cautela y de sanción, sino que ambos forman parte del fundamento para dictar las medidas preventivas, al observarse que el efecto buscado por las medidas preventivas es que no se quebranten las normas que regulan la materia, ¿pero no es ese el mismo efecto que se persigue con la imposición de la sanción? Es así como el encabezado del artículo 70 establece que si el funcionario: *“detectara indicios de incumplimiento de las obligaciones previstas en este Decreto [...], y existieren elementos que pudieran presumir que se pueden causar lesiones graves o de difícil reparación a la colectividad; podrá adoptar y ejecutar en un mismo acto, medidas preventivas destinadas a impedir que se continúen quebrantando las normas que regulan la materia”* (destacado agregado).

En cuanto a la sanción de comiso, establecida igualmente como medida preventiva, la ley establece que el comiso se entenderá ejecutado si previamente fue impuesto como medida cautelar. Así, al analizar el artículo 70 tenemos que el comiso, como medida, se ejecuta con la enajenación de los productos y mercancías, con el destino momentáneo de los ingresos por la

¹³ J. Peña S.: *La potestad sancionatoria de la... op. cit.*, p. 427.

enajenación a una cuenta bancaria, cuyo destino final será especificado en la decisión definitiva del procedimiento de primer grado. Sin mayores explicaciones, queda claro que si el comiso fue impuesto previamente como medida preventiva, no existiría declaratoria más que hacer en el momento de imposición de la sanción que especificar el destino de los ingresos como producto de la enajenación de los bienes, siendo entonces que la sanción de comiso es sólo una forma de terminación del comiso como medida preventiva.

No debemos tampoco pasar por alto que con la forma de ejecución del comiso como medida preventiva, se volverían irreversibles los efectos logrados al haberse enajenado los bienes, toda vez que éstos evidentemente no pueden ser recuperados, debiendo conformarse el particular, en caso de no imponerse la sanción como producto del procedimiento administrativo definitivo, con el equivalente al ingreso por la enajenación, pero nada se pronuncia el decreto ley sobre una posible indemnización o cálculos algunos por inflación o los intereses generados.

Más específica y proteccionista era la disposición que estaba vigente en dos leyes derogadas anteriores al presente decreto ley. En este orden, el artículo 82 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Costos y Precios Justos (18 de julio de 2011) establecía que cuando el comiso fuese declarado sin lugar en el acto definitivamente firme, se devolverían los bienes al propietario que se le hubiere decretado como medida preventiva, debiendo ser *indemnizado* en caso que la Administración dispusiera de los bienes o si éstos hubieren desaparecido, dañado o deteriorado.

Finalmente, tomando en cuenta que uno de los principios que rige el derecho administrativo sancionatorio es el principio de legalidad y su derivación en la tipicidad, no puede sino considerarse arbitraria la disposición que permitiría dictar medidas cautelares innominadas, como sucede al prever que el funcionario actuante en la inspección podrá acordar y ejecutar “cualquier otra medida que sea conducente para el cumplimiento de su decisión”, más todavía tomando en cuenta la imprecisión de la ley al distinguir entre los efectos de las sanciones y las medidas cautelares. Lo anterior abriría la puerta al funcionario al absurdo de dictar incluso medidas cautelares imponiendo multas “para impedir que se continúen quebrantando las normas”, por haber detectado indicios de incumplimientos y presunciones de lesiones graves a la comunidad. Esto lo advertimos como argumento para sostener el porqué de la tipicidad en el establecimiento de las medidas cautelares y la claridad que debe contener la norma para exigir la fundamentación de las mismas.

Como última reflexión, insistimos en que existen actuaciones realizadas por la Administración, cuya competencia no puede quedar sobreentendida

por presuntas concepciones establecidas en potestades sin un asidero legal expreso. Por lo anterior, si una ley no contempla expresamente la competencia y la forma de ejecución de actuaciones sancionatorias, como son las medidas cautelares y la ejecución de sanciones específicas, la única consecuencia posible es que la Administración Pública carecería de las facultades y los medios para su ejercicio, debiendo acudir a los órganos judiciales, quien fungiría como tercero imparcial para procurar las garantías constitucionales para tal efecto, limitando así la actuación arbitraria y unilateral que puede generar la Administración.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO ANORMAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Julio César Celis¹

Resumen: *El poder de administrar justicia ha sido sustraído de la esfera privada de los particulares para ser entregada al Estado, cuyo ejercicio se justifica en la eficiencia y racionalidad de la decisión, en cumplimiento fiel del ordenamiento jurídico en vigor. Puede suceder sin embargo y, con motivo de varios supuestos, que la realización de la justicia cause daños a los particulares o justiciables, de manera que habrá que pensar en la existencia y puesta en marcha de herramientas de las que puedan disponer estos últimos para resarcir los males causados, y que a su vez constituya una defensa y límite al ejercicio del Poder Público. La responsabilidad patrimonial del Estado, en el presente estudio, por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional, es una de ellas. Nos proponemos revisar algunas nociones básicas sobre dicha institución, el régimen jurídico de derecho público aplicable y los supuestos generadores de tal obligación de reparación.*

Palabras clave: *Responsabilidad patrimonial – Función jurisdiccional – Juzgamiento.*

SUMARIO. Introito. **I.** El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Venezuela. **1.** Base constitucional. **A.** El sistema mixto, integral y autónomo de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **B.** Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado. **II.** Fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional. **III.** Supuestos generadores de responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional. **1.** Responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por error judicial o de juzgamiento. **2.** La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por el retardo procesal y las omisiones injustificadas. **3.** La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por el ejercicio del poder cautelar. **4.** La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por inexecución de las sentencias. Conclusiones.

INTROITO

Dentro de las muchas funciones que tiene asignadas el Estado a los fines de satisfacer las necesidades sociales, se encuentra la jurisdiccional, es decir, la potestad de éste de resolver controversias entre los individuos que conforman

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2014). Relator de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

el cuerpo social, mediante la aplicación de un proceso, dimanando decisiones que son de obligatorio cumplimiento por los sujetos de la relación procesal, dado el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento.

Siguiendo al gran procesalista venezolano, ARÍSTIDES RENGEL ROMBERG, la jurisdicción es aquella “función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta, necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, la ejecución de la norma creada”².

Siendo ello así, y como quiera que la función jurisdiccional es privativa del Estado, en el esquema venezolano, del Poder Público Nacional, se plantean las cuestiones sobre ¿Qué ocurre en caso que dicha función sea prestada de forma anormal o deficiente? ¿Qué puede hacer el particular que ha resultado afectado en su esfera jurídica subjetiva por el funcionamiento anormal del sistema de justicia? ¿Prevé el ordenamiento jurídico interno mecanismos que permitan controlar la actividad jurisdiccional, y reparar la situación jurídica infringida en razón de su anormal funcionamiento? Para responder a estas interrogantes, se debe examinar en primer término, en qué manera puede resultar responsable el Estado venezolano por los daños que cause a los particulares en razón de su funcionamiento y, luego de ello, establecer si dentro de ese sistema de responsabilidad se encuentra la obligación de resarcir a los particulares por los daños causados por el ejercicio anormal o ilegal de la función jurisdiccional.

Ahora bien, el abordaje del presente tema, el de la responsabilidad del “Estado Juez”, como lo ha denominado en algunos casos la doctrina, es una invitación a dar una mirada con visión crítica a todo el sistema de administración de justicia venezolano. En efecto, la posibilidad que el Estado cause daños a los ciudadanos por el ejercicio anormal o deficiente del aparato de justicia, está íntimamente vinculado a cuestiones como la preparación de los jueces y la efectiva independencia y autonomía de éstos. Dicha preparación debe medirse también respecto del resto de los funcionarios que integran los tribunales y órganos relacionados con la justicia (abogados, relatores, secretarios, alguaciles, fiscales y defensores públicos), aunado todo ello a la propia estructura e infraestructura del aparato judicial del país y su capacidad de respuesta frente al número, por demás exorbitante, de causas que se tramitan en las diferentes competencias de la jurisdicción (Penal, Civil, Contencioso-Administrativa, Tributaria, de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Mercantil, etc.).

² Arístides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho procesal Civil Venezolano*. Tomo I. Editorial Paredes, 2013.

Visto así, y en virtud que Venezuela se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de nuestro Texto Fundamental, la prestación anormal de la función jurisdiccional constituiría un desconocimiento de la propia cláusula constitucional sobre el tipo de sociedad que hemos decidido fundar los venezolanos, y de los postulados sobre los cuales ésta debe descansar. Es decir, es este tema, pues, de fuerte contenido constitucional, como todo el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para finalizar estas líneas introductorias, es preciso indicar al gentil lector, la estructura del presente estudio, la cual hemos decidido ordenar así: Capítulo I, El sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Venezuela; Capítulo II, Fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional, Capítulo III, Supuestos generadores de responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional y, las conclusiones alcanzadas.

I. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

1. Base constitucional

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999³ trajo consigo grandes cambios en cuanto a la configuración del Poder Público en Venezuela. Significó una reestructuración de la repartición clásica de éste en el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para adicionársele la rama Electoral y Ciudadana, estableciéndose así una verdadera pentadivisión de unos “órganos inordinados ubicados en un mismo plano jerárquico uno con respecto al otro, que configuran la nueva composición orgánica del Poder Público en Venezuela”⁴. Asimismo, el nuevo diseño constitucional modificó la redacción y ubicación de la norma rectora constitucional del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado venezolano, es decir el artículo 140, lo cual tiene alta incidencia frente al nuevo esquema del Poder Público al que hemos aludido.

³ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 36.860 del 30 de Diciembre de 1999, reimpressa por error material en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, del 24 de marzo de 2000.

⁴ Carlos Luis Carrillo Artilles: “La composición del Poder Público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Fundación de Derecho Administrativo. Caracas, 2001, p. 102.

En efecto, la Constitución de 1961⁵ al igual que su antecesora, incluía una norma que se consideraba fundamental en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ubicada entonces en su Título III *De los Deberes, Derechos y Garantías*, Capítulo I, *Disposiciones Generales*, artículo 47, cuyo tenor era el siguiente: “En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”.

Siendo ello así, la responsabilidad patrimonial del Estado venezolano, en sus tres niveles político territoriales, era posible derivarla por interpretación en contrario del artículo *ut supra* transcrito, por cuanto aquellos daños o perjuicios ocasionados por la República, los Estados o los Municipios, por órgano de autoridad legítima, engendraban en cabeza de éstas entidades, la obligación de indemnizar a los particulares lesionados por su actividad.

El anterior precepto de la Constitución de 1961, se complementaba con el artículo 206 *eiusdem*, el cual consagraba que la Jurisdicción Contencioso Administrativa correspondía a la extinta Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determinara la Ley, detentando éstos órganos jurisdiccionales dentro de su especial competencia, la potestad para “condenar a la Administración al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en la responsabilidad de la Administración”.

En contraste con lo anterior, la Constitución de 1999 estableció en su artículo 140, la norma que se considera piedra angular de todo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, ubicándola ésta vez en su Título IV *Del Poder Público*, Capítulo I, *Disposiciones Fundamentales*, Sección Primera, *De las Disposiciones Fundamentales*. Tal dispositivo constitucional establece lo siguiente: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”.

Ahora bien, dada la redacción del artículo 140 constitucional, así como su ubicación en el texto constitucional, se puede afirmar que el Constituyente de 1999 previó un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca de forma directa a todo la organicidad y manifestación del Poder Público en Venezuela, el cual se divide en los niveles Municipal, Estatal y Nacional, distribuyéndose este último nivel en las ramas Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral, conforme preceptúa el artículo 136 de nuestro texto

⁵ Publicada en Gaceta *Oficial* de la República de Venezuela N° 662 Extraordinaria, del 23 de enero de 1961.

fundamental, el cual, por cierto, se encuentra situado en el mismo, Título, Capítulo y Sección, que el mencionado artículo 140.

Tal norma rectora de la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en la Constitución en vigor, se complementa con el artículo 259 *ejusdem*, equivalente al artículo 206 de la Constitución de 1961. Ello así, este dispositivo prevé igualmente la competencia de los tribunales que conforman la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para “condenar al pago de sumas de dinero originados en responsabilidad de la Administración, conocer de reclamos por la prestación de los servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida”. En ese sentido, si bien el artículo 140 plantea que el Estado “responderá patrimonialmente”, es decir mediante el pago de sumas de dinero, el artículo 259 amplía las facultades del Juez Contencioso Administrativo, dotándolo de competencia para ordenar lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida, lo cual, pensamos, puede incluir ordenes de hacer o no hacer, por parte de las autoridades de la Administración Pública -teniendo en cuenta por supuesto los límites de sustitución del Juez en la Administración- más allá del pago de la indemnización debida, de ser el caso.

En conexión con lo anterior, existen en nuestra Constitución otras normas que complementan y dan sustancia al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, cimentado en los dispositivos 140 y 259 ya estudiados. Al respecto, el Administrativista venezolano JOSÉ MIGUEL TORREALBA⁶ plantea:

[...] el texto fundamental dispone de un conjunto de preceptos de rango constitucional que condicionan el comportamiento estatal y las relaciones jurídicas con los ciudadanos, entre otros, los artículos: 2- Estado de justicia; 7- Supremacía Constitucional y Universalidad del Control; 23- primacía de los pactos y tratados sobre derechos humanos; 25- nulidad de actos dictados en ejercicio del poder público [...] 26- tutela judicial efectiva; 30- obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas por violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, incluido el pago de daños y perjuicios, así como la obligación de adoptar “medidas legislativas y de otra naturaleza” para hacer efectivas las indemnizaciones; 49- Debido Proceso; 137- Principio de legalidad; 139- Responsabilidad individual de funcionarios públicos por abuso o exceso de poder; 141- Administración pública eficiente, eficaz, transparente, al servicio de la ciudadanía; 257- el proceso judicial como instrumento para la realización de la justicia y 259- [...] Sistema Contencioso Administrativo, todos

⁶ José Miguel Torrealba Santiago: *Ponencia: La cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado en Venezuela*. X Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad Católica del Táchira, 2013.

los cuales, en su conjunto, constituyen el denominado bloque de la constitucionalidad [...]. (Resaltado del original).

Corolario de lo anterior se puede afirmar, que si bien el Texto Fundamental en vigor, al igual que su antecesor, establece una norma general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, tal sistema se encuentra a su vez sustentando por otro cúmulo de normas constitucionales que en su conjunto dan contenido al régimen de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de la Administración, y que el Juez Contencioso Administrativo, único competente para condenar al Estado, con fundamento en esas normas constitucionales, se encuentra más que habilitado a los fines de poner en marcha tal sistema, el cual constituye un mecanismo de control del ejercicio del Poder Público y a su vez, una garantía para los particulares frente al ejercicio de esas potestades públicas, lo cual en definitiva es derivación necesaria de un Estado Social, Democrático de Derecho y de Justicia.

En definitiva, La institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, es un principio del Estado de Derecho, junto con el de la legalidad y el de la separación de poderes, igualmente es una garantía consagrada a favor de los administrados "*pro cives*", para lograr el resarcimiento del perjuicio causado, pero además, es también un derecho subjetivo a la indemnización de los daños ocasionados por los órganos del Estado, y finalmente, un mecanismo de control del poder público, lo que se resume a lo planteado por HAURIU⁷ cuando señaló que "[h]ay dos correctivos de las prerrogativas y potestades de imperio de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: 'que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio'", siendo que tal institución se encuentra expresamente recogida por nuestro Texto Fundamental, en su artículo 140. Así nos han enseñado entre otros, los maestros ORTÍZ ÁLVAREZ, IRIBARREN MONTEVERDE, ARAUJO-JUÁREZ y más recientemente, el Doctor BADELL MADRID.

Llegados a este punto y establecida la base constitucional del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado venezolano, conviene dilucidar el tipo de sistema que sobre este respecto rige en nuestro país, lo cual haremos de seguidas.

⁷ Maurice Huriou, citado por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 4ta edición. Editorial Civitas. Madrid, 1997, p. 335.

A. El sistema mixto, integral y autónomo de responsabilidad patrimonial del Estado previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Revisado como ha sido el contenido del artículo 140 constitucional, se puede afirmar que el sistema de responsabilidad previsto en nuestra Carta Magna, incluye a los dos subsistemas de responsabilidad patrimonial que la doctrina ha identificado en esta materia, es decir, el subsistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio del particular, cuyo fundamento es el principio de igualdad frente a las cargas públicas, y el subsistema de responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se fundamenta en el derecho de los ciudadanos al funcionamiento normal de las actividades estatales de interés general, o a una buena administración, la cual se financia en gran medida con la recaudación de impuestos, vale decir.

En efecto, el artículo 140 constitucional señala “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos [...]”, sin establecer distinciones en cuanto a si la lesión se ha producido en transgresión a una norma jurídica, o si la misma se debe a la negligencia o impericia con la que actuó el funcionario, siendo que la condición clave que se precisa es “siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública”. Ante ello, es forzoso concluir que tal sistema de responsabilidad es mixto, es decir, admite tanto al denominado subsistema objetivo, así como también al subsistema subjetivo, resultando un elemento relevante en este último de los dos, la culpabilidad, que deviene en la actuación administrativa no conforme a Derecho.

Sobre lo anterior, el referido Profesor JOSÉ MIGUEL TORREALBA⁸, considera en sus escritos, que el sistema de responsabilidad administrativa es amplio e integral, teniendo “un fundamento objetivo, pero el mismo es relativo, pues los dos regímenes (sub-sistemas) coexisten” siendo que “la institución de la responsabilidad patrimonial es de carácter mixto y se expresa mediante la coexistencia de dos regímenes o subsistemas complementarios”, agregando el mencionado autor, que “[...] mediante la interacción de las dos modalidades [...] se configura el sistema de responsabilidad patrimonial que no es completamente objetivo, sino de manera relativa”.

Por otra parte, el autor patrio LUIS ORTIZ ÁLVAREZ⁹, ha planteado la cuestión de la siguiente manera:

⁸ *Ibíd.*, p. 11.

⁹ Luis Ortiz Álvarez: *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Universidad Católica del Táchira. Caracas, 1995, pp. 16 y 17.

La responsabilidad patrimonial de la Administración o responsabilidad administrativa, es un sistema que se bifurca en dos regímenes indemnizatorios coexistentes y complementarios (el régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio del particular y el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal).

Estos dos regímenes del sistema de responsabilidad administrativa son coexistentes, complementarios y a veces simultáneos (esto último en el sentido de que una misma actividad administrativa puede caer dentro del campo de aplicación cada régimen). De hecho, cuando una actividad administrativa ha causado un daño, los particulares pueden, si es el caso, alegar en sus recursos o demandas tanto la responsabilidad por funcionamiento anormal, o viceversa.

Las anteriores consideraciones han sido incorporadas en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República, aunque con algunos matices. Ello se evidencia del fallo dimanado de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 968 de fecha 2 de mayo del 2000 (Caso: Cheremos vs Elecentro), en el cual se sentó lo que sigue:

[...] la responsabilidad extra-contractual de la Administración encuentra fundamento expreso en la actualidad en el principio de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas. Este principio se basa en que la administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y si ésta en ejercicio de sus potestades –por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, este no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la administración [...]. Así, independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si esta le ha causado un daño a un administrado, la administración debe responder patrimonialmente.

Conforme a lo anterior, la constitución establece un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo, que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos [...]”. (Resaltado nuestro).

La importancia de la distinción, radica en el hecho que ambos subsistemas coexisten, pero tienen fundamentos particulares y diferentes, al igual que su incidencia respecto de la indemnización de cada uno de ellos derivada, toda vez que “a pesar de las variantes particulares que pueda adoptar el comportamiento de la Administración como generadora de daños al administrado, la doctrina advierte que para el caso de un mismo hecho gravoso pueden coexistir los subsistemas y como tal el deber de abordarse el análisis de casos, lo que permitirá exigir como mayor fuerza, la respectiva

reparación”¹⁰, por cuanto no puede el Juez Contencioso Administrativo condenar siempre y en idénticos términos a la Administración, cuando su actuación ha sido conforme al ordenamiento jurídico, que cuando ha actuado con evidente desprecio de las normas que sujetan su actividad, toda vez el derecho que tienen los ciudadanos a una “buena administración”¹¹.

Finalmente, en cuanto a la autonomía del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, hay que establecer que el mismo debe ser analizado bajo una perspectiva de derecho público, por cuanto en sus inicios, la institución bajo estudio fue estrechamente vinculada a las normas del derecho civil, específicamente a aquellas que regulan la responsabilidad civil extracontractual o por hecho ilícito.

En ese sentido, de vital importancia es el aporte del ex Magistrado Luis Enrique Farías Mata, en cuanto a este respecto, contenido en su célebre voto salvado, en la decisión dimanada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (Caso: Silvia Rosa Riera contra el Instituto Nacional de Vivienda INAVI), de la cual disintió en los siguientes términos:

[...] en criterio del autor del presente voto salvado, la responsabilidad patrimonial que puede corresponder a las personas morales de Derecho Público no es ni general ni absoluta, como se ha dicho en la decisión a menudo considerada –no con todo fundamento– madre del Derecho Administrativo; no se rige, en efecto, ni directa ni literalmente por las reglas del Código Civil, concebidas para regular las relaciones entre simples particulares; y comporta reglas autónomas y propias, que deben determinar, como ya lo ha hecho, el juez venezolano contencioso-administrativo, tomando en cuenta la naturaleza del servicio público involucrado y la necesaria conciliación de los intereses particulares con el interés general en la prestación del servicio público.

Parte de esas reglas propias consisten, en que la exigencia de falta de servicio debe ser necesariamente menor en Derecho Público. Extracontractualmente en Derecho Privado se responde por falta levisima; sin embargo, en Derecho Público solo se responde hasta por falta leve, y en algunos casos, por falta grave¹².

El anterior voto salvado, parcialmente transcrito, significó para la doctrina venezolana un gran avance en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, respecto a su autonomía y régimen de Derecho

¹⁰ José Miguel Torrealba Santiago: “Cláusulas constitucionales y responsabilidad del Estado en Venezuela. (Breves Consideraciones)”. *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012, p. 380.

¹¹ José Rafael Belandria García: “Contenidos del derecho a una buena administración”. *20 años de FUNEDA y el Derecho Público en Venezuela*. Volumen I. FUNEDA. Caracas, 2015, p. 24.

¹² Allan Brewer-Carías y Luis Ortiz Álvarez: *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, p. 250.

Público, a tal punto de ser considerado por algunos tratadistas en la materia, como el equivalente en el derecho venezolano a la famosa decisión Blanco, emanada del Tribunal de Conflictos Francés¹³.

Ciertamente, es oportuno insistir en que independientemente que no exista en Venezuela una Ley de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, tal régimen debe ser abordado conforme a las normas constitucionales *supra* indicadas, las cuales dotan al juez de suficiente bagaje jurídico normativo para operar tal sistema, incluyéndose los principios generales de Derecho Público, de los cuales se podrá auxiliar, a los fines de dimanar justicia en el Contencioso Administrativo de responsabilidad, toda vez que las normas de derecho privado, si bien pueden resultar de remota guía al Juez, no sería acorde su implementación *prima facie* en este campo de eminente Derecho Público, insistimos, ya que dichas normas del derecho civil son concebidas para reglar relaciones entre los particulares, cuya naturaleza difiere de aquellas en las cuales se presenta la Administración Pública, dotada de todo el conjunto de potestades, prerrogativas y privilegios que la hacen estar en desigual posición respecto a los administrados. Así se ha expresado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la controversial decisión N° 189, de fecha 8 de abril de 2010 (Caso: American Air Lines) al explicar que:

[...] a medida de que siga evolucionando el sistema de responsabilidad del Estado, más cederán las normas comunes respecto de las establecidas en los ordenamientos especiales y los principios generales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. De ese modo, sólo en caso de no mediar una normativa especial es que se aplicaría directamente los principios generales en materia de responsabilidad administrativa y, en última instancia, en la medida de que no se contraríen los mencionados principios, las disposiciones del Código Civil.

En otras palabras, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración siempre deben aplicarse las normas especiales que dicte el legislador; y serán únicamente éstas las que regulen los términos en que se determina la responsabilidad patrimonial de la Administración, vetando cualquier posibilidad de acudir a la normativa común (Código Civil) para determinarla, tal como sucede con la normativa sectorial de transporte aéreo. (Resaltado del original).

Determinado el carácter mixto, integral y autónomo de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial estatal, nos referiremos ahora al régimen jurídico aplicable a dicho sistema, es decir, a aquellas reglas –funda

¹³ Enrique Iribarren Monteverde: *La Responsabilidad Administrativa Extracontractual*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1992, p. 322.

mentalmente obra de la doctrina y de la jurisprudencia-, dentro de las cuales opera la institución bajo estudio.

B. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado

Ante la inexistencia de una Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado general, la Jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, así como la del actual Tribunal Supremo de Justicia, acompañadas por la doctrina nacional, han establecido las reglas, requisitos y supuestos de procedencia para que emerja tal obligación de reparación. En ese sentido podemos citar lo establecido por la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la República, en sentencia No. 1.368 de fecha 15 de junio del año 2000 (Caso: Germán Avilez Peña contra Eleoriente), en la cual se estableció que:

Por lo que respecta a la responsabilidad sin falta de la Administración, esta Sala observa que, dado su eminente carácter objetivo, ésta surgirá cuando se encuentren presentes tres elementos o condiciones, los cuales son: **(1) La existencia de un daño constituido por una afeción a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución Patrimonial; (2) una actuación u omisión atribuible a la Administración; y (3) La relación de causalidad entre tales elementos.** (Resaltado nuestro).

Los requisitos antes mencionados, son concurrentes a los fines de lograr una condenatoria al Estado en razón de su actividad (lícita o ilícita, con lo cual se corrige al fallo antes citado), cuando esta ha causado daños a los particulares, es decir, deben encontrarse presente los tres, por cuanto si no existen posibilidades de determinar el daño, o los sujetos afectados por él, o si existe alguna causal de exclusión de responsabilidad que afecte o interrumpa la relación de causalidad, la pretensión de indemnización no prosperará.

No queremos detenernos en un estudio detallado sobre el contenido de cada uno de los requisitos señalados anteriormente, a los fines que emerja la institución bajo estudio, por cuanto ello rebasaría los límites y objetivos planteados al inicio del presente estudio, sin embargo, se puede dar cuenta del extraordinario trabajo que por lo didáctico y esclarecedor, sobre este respecto, presenta el maestro JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ¹⁴ en su Manual de Derecho Administrativo General, tema de la Administración Pública, al cual gentilmente remitimos al lector.

¹⁴ José Araujo-Juárez: *Derecho Administrativo General. Administración Pública*. Editorial Paredes. Caracas, 2011, pp. 357 y ss.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO ANORMAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Tal como señaláramos en el Capítulo I del presente estudio, la especial ubicación del artículo 140 constitucional permite afirmar que el constituyente de 1999 previó un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado directo y que abarca toda manifestación del Poder Público, bien en su división vertical, es decir, los Municipios, los Estados y la República, así como en su división horizontal, entendiéndose las ramas Legislativas y Ejecutivas, para todos los niveles de la división vertical mencionada, y aunadas a esas dos, la Judicial, Electoral y Ciudadana, para el caso de la República, de conformidad con nuestro modelo federal.

Por ello, resulta necesario citar lo dispuesto por el artículo 136 de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ubicado en el Título IV *Del Poder Público*, Capítulo I *Disposiciones Fundamentales*, Sección Primera *De las Disposiciones Generales*, ubicación exacta del artículo 140 constitucional. Tal dispositivo es del siguiente tenor:

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.

Ahora bien, el artículo 140 constitucional, preceptúa que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños que sufran los y las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable a la Administración Pública”, nótese que este artículo señala a la “Administración Pública”, sin embargo, es preciso establecer que tal concepto debe ser entendido de la forma más amplia posible, por cuanto la Administración Pública en este caso, es sinónimo de función pública, lo que abarcará cualquier manifestación positiva o negativa, lícita o ilícita ejercida por el Estado a través de cualquiera de sus entes y órganos, e inclusive, la actividad prestada por los particulares, en la denominada actividad administrativa por colaboración, la cual se sujeta igualmente a las normas de Derecho Público. En ese sentido el profesor BADELL MADRID¹⁵, sostiene que:

¹⁵ Rafael Badell Madrid: *Responsabilidad del Estado en Venezuela. Discurso y Trabajo de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Julio de 2014*. Caracas, p. 25.

Si bien en sus orígenes la responsabilidad del Estado estaba referida únicamente a la actuación de la administración, hoy se extiende a todas las manifestaciones de la actividad del Estado, es decir, que ella incluye además, dentro de la concepción clásica de la separación de los poderes, la responsabilidad del Estado legislador y del Estado Juez. Cambiamos entonces la denominación; abandonamos el termino responsabilidad de la administración y asumimos, por ser el correcto, el de responsabilidad extracontractual del Estado.

Colofón de lo anterior, la función jurisdiccional que ejerce la rama Judicial del Poder Público Nacional, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, cuando cause daños a los particulares, hace susceptible al Estado venezolano de ser demandado por daños y perjuicios, debiendo entonces de resultar vencido en juicio, pagar la respectiva indemnización.

En cuanto a los órganos competentes para conocer de las posibles demandas al Estado venezolano, por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional, seguirán siendo los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a tenor de lo establecido en el artículo 259 del Texto Fundamental, por cuanto son los únicos que detentan competencia para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad por el ejercicio de las funciones pública.

Sin embargo, los artículos 140 y 259 constitucionales no son los únicos que sirven de fundamento para afirmar que el Estado venezolano es responsable por los daños que ocasione a los “justiciables” con motivo de la función jurisdiccional. Ello es así por cuanto se ha reconocido que la institución bajo estudio, está sujeta a todo el denominado Bloque de la Constitucionalidad y es por ello que, de la revisión del texto íntegro constitucional, encontramos otras normas relevantes a los fines de este estudio.

Así, tenemos que el artículo 26 constitucional dispone: “[t]oda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

El artículo 26 constitucional se torna realmente importante en nuestro estudio, en tanto en cuanto de él se deriva para los ciudadanos el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia, a los fines de alcanzar tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, lo cual incluye la garantía de que éstos puedan ser indemnizados por los daños sufridos en su esfera jurídica subjetiva, con motivo de la prestación anormal o deficiente de la función jurisdiccional (e inclusive normal), imponiendo al Estado-Juez la obligación de dimanar con prontitud la decisión correspondiente, lo cual de

no ocurrir, pudiera constituirse eventualmente en uno de los supuesto generadores de responsabilidad patrimonial estatal, como se verá más adelante.

Por su parte, el artículo 49 de la garantía del debido proceso, dispositivo constitucional que a los fines de esta investigación resulta fundamental, ya que en su numeral 8 establece palmariamente la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad personal del Magistrado o Juez, en los siguientes términos:

Artículo 49. El debido proceso de aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(Omissis)

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, el juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas. (Resaltado nuestro).

De lo anterior se concluye, sin lugar a dudas, que el Constituyente de 1999, dentro del dispositivo que regula el debido proceso, como medio para alcanzar la justicia, incluyó un precepto destinado exclusivamente al derecho de los ciudadanos de solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por el ejercicio anormal o deficiente de la función jurisdiccional.

Debemos igualmente examinar lo contenido en el artículo 139 de nuestra Carta Magna, el cual preceptúa: “[e]l ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la Ley”.

Si bien el artículo *ut supra* transcrito no es propiamente una norma relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado, el mismo resulta relevante para el presente análisis, toda vez que establecida la responsabilidad personal por abuso o desviación de poder, puede constituirse en el punto de partida para intentar una demanda por daños y perjuicios originados por la actuación ilícita desplegada por el funcionario de que se trate. En definitiva, forma parte del elenco de normas constitucionales que dan sustento a la institución bajo estudio.

Finalmente, el *in fine* del artículo del 255 constitucional establece que “[...] Los jueces y 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”.

Este artículo parcialmente transcrito, igualmente plantea la responsabilidad personal del funcionario al servicio de la rama judicial, en este caso concreto de quienes imparten justicia, es decir los jueces y juezas. Aquí valga nuevamente el argumento relativo a que la responsabilidad declarada de estos en el ejercicio de la función jurisdiccional, puede comprometer la responsabilidad patrimonial estatal, por cuanto son funcionarios públicos que ejercitan una función exclusiva y excluyente del Estado, lo cual está relacionado con la denominada “culpa *in eligendo*”, es decir, culpa en la elección del funcionario que el Estado seleccionó para desarrollar esa determinada función judicial. A ello hay que hacer la salvedad, que si se trata de una falta personal pura del funcionario, sin vinculación alguna con la función pública a él encomendada, responderá únicamente él o ella, ante los tribunales competentes por la materia.

Llegados a este punto, y de la revisión que han merecido los artículos 26, 49.8, 136, 139, 140 y 255 de nuestro Texto Fundamental, es perfectamente posible afirmar que la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional, encuentra fundamento pleno en nuestra Constitución, y es por ello que constituye uno de los supuestos bajo los cuales se podrá demandar la institución objeto de estudio, con la consecuencia que a ésta se le debe aplicar el mismo régimen jurídico explanado anteriormente, es decir, para que se verifique la responsabilidad patrimonial del Estado venezolano, por el ejercicio anormal o inclusive normal, de la función jurisdiccional, será necesario que se evidencie (1) la existencia de un daño como lesión antijurídica al patrimonio de los particulares; (2) la actuación u omisión del Estado, lo que significa en este caso una actuación u omisión de los órganos encargados de impartir justicia; y (3) la relación de causalidad o nexo causal entre esa actuación u omisión gravosa de la rama judicial del Poder Público Nacional y el daño sufrido por el o los particulares.

III. SUPUESTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL EJERCICIO ANORMAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Llegados a este punto, es oportuno hacer algunas precisiones antes de entrar al estudio de los supuestos generadores de la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional.

En ese sentido, en palabras de ANZOLA SPADARO, siguiendo a TAWIL, es necesario distinguir “que dentro de la responsabilidad que puede comprometer al Estado en el ámbito del Poder Judicial existen dos vertientes:

la responsabilidad del Estado por la actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales y la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función judicial propiamente dicha”¹⁶. La distinción anterior es relevante, por cuanto el estudio aquí planteado se centra únicamente respecto a la responsabilidad del Estado-Juez por el despliegue de la función jurisdiccional o de juzgamiento, es decir, cuando imparte justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

Igualmente, es preciso destacar que si bien la orientación de este trabajo es respecto del ejercicio anormal de la función jurisdiccional, nada obsta para que la responsabilidad patrimonial del Estado emerja aun cuando el ejercicio de tal función pública de impartir justicia sea conforme a Derecho, esto es, cuando el Juez no ha vulnerado ninguna norma jurídica vigente, y a pesar de ello, se produzca un daño en el patrimonio material o inmaterial de los particulares. Es por ello que, como ocurre con el resto de la institución bajo análisis, debe el Juez Contencioso Administrativo revisar cuidadosamente caso por caso, atendiendo a las particularidades de cada uno, y evaluar el daño, la imputabilidad al Estado por la actuación judicial y el nexo causal entre aquellas dos, aunado todo ello a la intensidad del daño ocasionado, los bienes jurídicos tutelados y la prohibición de convertir a la responsabilidad patrimonial pública en una fuente de lucro o enriquecimiento sin causa para los particulares.

Establecido lo anterior, pasemos al abordaje del primer supuesto generador de responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional.

1. Responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por error judicial o de juzgamiento

Los tribunales imparten justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, es decir, la actividad jurisdiccional se encuentra sujeta al bloque de la constitucionalidad y demás normas de derecho vigentes en el país, normas de donde el Juez deberá extraer la solución al caso llevado ante su autoridad. Ahora bien, esa función de decir el derecho puede materializarse de forma normal o anormal, siendo uno de los supuestos del ejercicio anómalo de esta función jurisdiccional, el error judicial o de juzgamiento.

Se puede entender el error judicial como aquella actividad judicial desplegada por el Juez que no es conforme a Derecho, bien porque exista una

¹⁶ Karina Anzola Spadaro: “Responsabilidad del Estado por el Ejercicio de la Función Judicial”. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 15. Caracas, p. 37.

desviación o tergiversación de los hechos o por errónea o inexacta aplicación e interpretación de las normas que resulten aplicables a la resolución del caso concreto. Cuando se trata de una falsa o errada interpretación o calificación de los acontecimientos llevados a juicio, se está en presencia de un falso supuesto de hecho, y por otra parte, cuando las circunstancias fácticas han sido correctamente apreciadas y calificadas por el juzgador, pero éste las subsume en una norma jurídica que no resulta aplicable al caso concreto, que no se encontraba vigente o resulta inexistente en el ordenamiento jurídico, u omite aplicar las que correspondan, o en definitiva hace derivar de éstas consecuencias jurídicas no previstas por ellas, se configura el falso supuesto de derecho. En ambos casos, la función judicial ha sido prestada de forma, por decir lo menos, irregular.

En cuanto a la naturaleza jurídica del concepto, señala ANZOLA SPADARO¹⁷, citando a Bermúdez Muñoz, que el mismo es de carácter objetivo, por cuanto resulta irrelevante la existencia o no de culpabilidad del magistrado o juez que en él incurre al resolver la controversia. Ese carácter subjetivo (dolo o culpa), cobrará importancia a los fines de establecer la responsabilidad personal del Juez o Magistrado, la cual puede desencadenar sanciones civiles, penales, administrativas y disciplinarias en cabeza del funcionario encausado.

Respecto al fundamento constitucional de la cuestión aquí planteada, el mismo se encuentra, principalmente contenido en el numeral 8 del artículo 49 de nuestro Texto Fundamental, referido a la garantía del debido proceso, que es del tenor siguiente:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

(Omissis)

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

El dispositivo constitucional anteriormente transcrito, consagra el derecho de los ciudadanos a ser resarcidos por los daños que eventualmente pudieran sufrir con motivo del error judicial, el retardo u omisiones injustificadas por los órganos de administración de justicia. Nótese que por los términos utilizados por la norma *sub examine*, tal reparación puede o no consistir en una indemnización patrimonial por parte del Estado. Ello

¹⁷ *Ibíd.*, p. 36.

dependerá de los términos en que el demandante plantee su pretensión contra el estado por órgano del Poder Judicial de la idoneidad de la decisión para restablecer la situación jurídica infringida, ya que no está demás señalar que el Juez Contencioso Administrativo goza de amplias potestades de juzgamiento para encontrar la verdad y dimanar justicia en el caso concreto, sin desconocer los límites materiales de su actividad.

Establecido lo anterior, se debe señalar que el error judicial en cualquiera de sus aristas, no constituye de forma automática un supuesto generador de responsabilidad patrimonial, por cuanto se precisará que tal error judicial haya causado un daño antijurídico al particular, es decir que éste no se halle en el deber de soportarlo, unidos ambos elementos (daño y función) por la relación de causalidad, la cual no debe verse interrumpida por las causales de exoneración de responsabilidad, hablamos pues de la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero, ya que en el caso del error judicial, hemos indicado, se está bajo el subsistema de responsabilidad con falta o por funcionamiento anormal del aparato estatal público, y siendo ello así, se admiten las cuatro causales “clásicas” de exoneración de responsabilidad patrimonial¹⁸, que podrá invocar la defensa de la República, como contestación al fondo de la demanda.

Llegados a este punto, conviene plantearse la siguiente cuestión ¿puede el Juez Contencioso Administrativo pronunciarse sobre el error judicial materializado en una sentencia, inclusive de otra competencia jurisdiccional, en un juicio de responsabilidad patrimonial del Estado? Piénsese, por ejemplo, que se demanda responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional, la cual debe tramitarse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (Art. 259 CRBV) dado que el demandante considera que ha existido un error de juzgamiento. Indudablemente que dentro de los elementos a analizar por el juez se encuentra la decisión objeto de la denuncia, que puede versar sobre cualquiera de las competencias materiales de la jurisdicción -civil, penal, de protección de niños, niñas o adolescentes, etcétera-¿Se convierte el juicio del contencioso de responsabilidad en una suerte de solicitud de revisión de sentencias? ¿Se afecta la cosa juzgada? ¿Se debió ejercer algún recurso ordinario previo a los fines de delatar el error judicial del tribunal que pronunció la sentencia viciada?

Las interrogantes anteriores, hasta donde hemos podido indagar en la doctrina y jurisprudencia patria, no han sido objeto del correspondiente análisis. En criterio del autor, se deben agotar los mecanismos preexistentes e idóneos para denunciar el error de juzgamiento respectivo, lo que incluye el

¹⁸ L. Ortiz A.: *El daño cierto en la... op. cit.*, p. 32.

recurso de apelación, el extraordinario de casación e inclusive la petición o solicitud de revisión de sentencias definitivamente firmes ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ello por cuanto la declaratoria con lugar o ha lugar de los mencionados recursos constituirá la prueba fundamental de uno de los tres requisitos concomitantes que se requieren para obtener victoria en el juicio de responsabilidad, tal es, que la lesión sea imputable al Estado en razón de su funcionamiento.

En el caso de la cosa juzgada, la misma no resultaría afectada por el juicio contencioso de responsabilidad del Estado-Juez que eventualmente declare con lugar la pretensión del accionante, toda vez que la sentencia a partir de la cual procederá el análisis del caso, mantendrá su vigencia, en tanto en cuanto no sea revocada por los vehículos procesales idóneos que establece el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal de la Republica así lo ha reconocido, y a tal efecto vale la pena citar parte de la decisión No. 16491 de fecha 18 de julio de 2000 (Caso: Felix Enrique Paez, Miriam Celis y otros), en la que se sostuvo que:

[...] la Responsabilidad del Estado es perfectamente admisible -y de hecho ello es una posibilidad y exigencia de fuerza constitucional-, bien que ciertamente la particularidad de la actividad en juego trae consigo ciertas limitaciones aceptables y necesarias tales como, por un lado, la utilización de niveles altos de anormalidad funcional -esto es, dada la dificultad de la función jurisdiccional, exigiéndose la falta grave- y, por otro lado, la exclusión de responsabilidad en relación al contenido de las sentencias definitivas (...), y que tal determinación en el campo de la responsabilidad, '...se dirige fundamentalmente al caso de las sentencias erróneas o errores judiciales (...)'.
[...]

Comparte esta Sala el criterio de la conexidad de los supuestos antes mencionados con la idea de la Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal (del servicio de la administración de justicia), aún cuando considera menester incluir un "no" menos importante supuesto al caso del funcionamiento anormal del Poder Judicial, referido al ilícito de la "denegación de justicia", que bien puede configurar la abstención del juez a emitir un pronunciamiento en la etapa cognitiva, así como también en el incumplimiento de ejecutar la decisión judicial que acordó un derecho a la parte en el juicio a que diera lugar.

Así pues, con la existencia de éstos tres supuestos y las diversas manifestaciones de cada uno de ellos en las diversas materias, se puede establecer la Responsabilidad del Estado Juez, partiendo de la noción de que la justicia es por demás un servicio público cuya prestación está garantizada plenamente en la Constitución de la República, y como tal, debe cumplir con las características inherentes a su funcionalidad, so pena de incurrir en falta grave por la anormalidad en su funcionamiento".

La anterior decisión puede ser fuertemente cuestionada por varias razones:

En primer lugar, la Sala confunde la institución del servicio público con la función jurisdiccional del Estado. En tal sentido, baste con citar al maestro LARES MARTÍNEZ¹⁹, cuando al explicar el tema de los servicios públicos apunta a la distinción anotada.

En segundo lugar, por cuanto establece que para el juzgamiento del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional, se debe exigir la verificación de altos niveles de anormalidad o culpa grave, extremos que al parecer no son posibles de conciliar con lo preceptuado por el artículo 140 constitucional, aunque ciertamente en materia de responsabilidad patrimonial se deba atenderse a los estándares de funcionamiento normal de la actividad respectiva, lo que significa que independientemente de que la prestación se realice de manera irregular, si la misma no rompe con los estándares, debe ser soportada por los “justiciables”.

En definitiva, no son pocos los intentos de la jurisprudencia por cerrar el contencioso administrativo de responsabilidad estatal, con fundamento en el interés general y preservar el patrimonio público, que bien es sabido, se encuentra destinado a la satisfacción de las necesidades públicas. Ante ello conviene un llamado a la reflexión que apunte a cuestionar si de verdad se está tutelando algún bien jurídico, o premiando la ineficacia e ilicitud de las actuaciones dimanadas de los órganos encargados de alcanzar los fines del Estado, siendo la justicia uno de ellos.

2. La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por el retardo procesal y las omisiones injustificadas

Bajo este supuesto se pretende establecer la eventual responsabilidad patrimonial que corresponda al Estado Venezolano, cuando en ejercicio de la función judicial, cause un perjuicio inadmisibles en Derecho, por retardo de los procesos judiciales, así como también por omisiones injustificadas.

En cuanto al primero de los supuestos, ello es el retardo judicial, debemos empezar por recordar que el artículo 26 de nuestra Constitución preceptúa el

¹⁹ Así lo reseña el referido autor: “Ante todo debemos distinguir de los servicios públicos, las funciones jurídicas del Estado. Son estas: la función legislativa, que consiste en la elaboración de las reglas de derecho, generales e impersonales; la función administrativa, que comprende la realización de actos generales, y la ejecución de operaciones materiales, todo ello con objeto de dar cumplimiento a las leyes, y de proveer a los requerimientos de la utilidad general; y, en fin, la función jurisdiccional, que tiene por misión aplicar el derecho en las situaciones controvertidas”. Eloy Lares Martínez: *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2010, p. 211.

derecho de los venezolanos de acceder a los órganos de administración de justicia, para solicitar tutela judicial efectiva, agregando dicho precepto constitucional que la tutela se debe impartir con prontitud, siendo pues principios que inspiran a esa función de juzgamiento la idoneidad, la responsabilidad, que sea expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles.

De igual forma, el artículo 49, en su numeral octavo, de nuestro texto constitucional, dispone que toda persona podrá solicitar del estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica infringida por error judicial, retardo u omisión injustificados. Por su parte, el artículo 257 constitucional, reitera que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, siendo que la legislación procesal deberá propender a la simplificación de trámites y al establecimiento de procedimientos breves, orales y públicos.

Ahora bien, para el correcto análisis del supuesto bajo estudio, es preciso atender a ciertas consideraciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido planteando sobre este particular.

En ese sentido, los autores y los jueces han tendido a establecer que para solicitar responsabilidad del Estado por el retardo procesal, se debe atender a altos niveles de anormalidad de la función jurisdiccional, atendiéndose principalmente a las características de nuestro sistema judicial, por demás insuficiente frente al número de causas que se intentan todos los días ante los tribunales de justicia.

Igualmente, y al hilo de la argumentación precedente, sostiene la doctrina que “la esencia de la Administración de Justicia no está en su rapidez principalmente, sino en el acierto y eficacia de la actividad, aunque de ésta sea componente importante la oportunidad con que la justicia se imparta”²⁰.

La fundamentación de las anteriores consideraciones puede enmarcarse entonces dentro de la denominada teoría de los estándares, es decir, se impone en la labor del Juez revisar en cada caso concreto si el denunciado retardo procesal ha roto los estándares de funcionamiento normal de la función de administrar justicia.

A manera de ejemplo podemos indicar que a cada causa que ingresa a un tribunal le es asignada una determinada nomenclatura en razón del territorio, tipo de pretensión, órgano jurisdiccional asignado y año de interposición. De manera que baste con revisar el año indicado en el expediente y la fecha en que fue dictada la decisión correspondiente para observar si en ese caso la

²⁰ K. Anzola S.: *Responsabilidad del Estado por el... op. cit.*

justicia ha sido impartida de forma expedita o con prontitud, lo cual está íntimamente relacionado con el principio de idoneidad como reza nuestro texto constitucional.

Evidentemente que lo anterior es a fines ilustrativos, por cuanto de la revisión que se haga de cada caso concreto es posible que emerjan elementos inimputables al órgano jurisdiccional, como por ejemplo la cantidad de comisiones que en determinados juicios es necesario librar, así como la falta de impulso procesal de los litigantes. Una vez más, la institución de responsabilidad patrimonial estatal se presenta altamente casuística, lo que impone al Juez Contencioso Administrativo un plus en su labor jurisdiccional, al exigírsele el estudio exhaustivo de las condiciones que rodean al asunto controvertido, con miras a dimanar decisiones justas y razonables, no derivándose de ella reglas generales y exactas aplicables a todos los casos, que incluso puedan afectar el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos.

En cuanto a las omisiones y reposiciones inútiles, la primera corresponde exclusivamente al Juez y a los órganos auxiliares de la justicia y, la segunda, tanto al administrador de justicia como a las partes.

Las omisiones en el proceso pueden constituirse en generadores de responsabilidad patrimonial, cuando su materialización en la relación procesal ha generado un perjuicio a las partes. En efecto, puede suceder, y de hecho ocurre con más frecuencia de la que quisiéramos afirmar, que se instaure un juicio contra la República o algún instituto autónomo que busque la condenatoria al pago de una suma de dinero. El juicio transcurre y llega a estado de sentencia, ello es después de "*vista*" la causa, empero, un sustituto del Procurador General de la República consigna diligencia mediante la cual señala que la notificación de dicho funcionario no se realizó de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. En virtud de ello, el juez que se encuentra conociendo de la causa debe ordenar la reposición del juicio a la fase de notificación de la referida autoridad federal con las formalidades de ley, por constituir esta una prerrogativa de la República, lo que apareja la invalidación de todo lo actuado con anterioridad (diligencias, audiencias preliminar y conclusiva, contestación a la demanda, escritos de promoción de pruebas etcétera), todo ello con motivo de una omisión del juzgador que sin duda ha causado un perjuicio a los litigantes fácilmente estimable en dinero. La situación es aún más grave en los procesos penales o de protección de niños, niñas y adolescentes, en los cuales los bienes jurídicos tutelados por su naturaleza, son mucho más quebrantables frente a la irregular actividad del órgano jurisdiccional.

El supuesto estudiado puede materializarse, consideramos, respecto al dispositivo del fallo, si la sentencia pronunciada adolece de incongruencia negativa, es decir, si el Juzgador ha dejado de pronunciarse sobre todo lo alegado y probado en autos, lo que motive a las partes al ejercicio de recursos que dilaten indebidamente el proceso y la obtención de la justicia impetrada.

Finalmente, en cuanto a las reposiciones inútiles, debe hacerse alusión a que el Juez el rector del proceso, por lo tanto es su obligación analizar cuando una reposición es inútil o no, observando por supuesto las disposiciones de orden público y ponderando acertadamente la importancia de todos los actos que conforman el *iter procesal*.

3. La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por el ejercicio del poder cautelar

Las medidas cautelares son decisiones que dictan todos los jueces de la República en virtud de solicitudes de las partes, e inclusive de oficio, que buscan interrumpir los efectos lesivos de la situación planteada en juicio así como asegurar las resultas del juicio, ello es la ejecución de la sentencia.

Caso particular el de los procesos contenciosos administrativos, donde la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúa en su artículo 4 que el Juez:

[...] está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aún de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la Administración Pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa". (Resaltado nuestro).

Para que proceda la medida cautelar, es requisito indispensable, cuando sea a petición de parte, que se pruebe la presunción del buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la mora o en el retardo de la decisión (*periculum in mora*), de tal guisa que, si la medida resultaba pertinente y fue suficientemente acreditada y aun así el Juez se niega a dictarla, ocasionando un perjuicio al peticionante, generará su actuación una acción de resarcimiento del afectado frente al Estado. Idénticas consecuencias tendría lo anterior si se plantea en caso contrario, es decir, decretada la medida cuando lo correcto era declararla improcedente, y que tal despliegue de poder cautelar jurisdiccional haya causado daños a la parte contra quien se ejerció.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por inejecución de las sentencias

Finalmente, siguiendo a la doctrina nacional que ha tratado el tema, debemos referirnos a la obligación que recae sobre los órganos jurisdiccionales de ejecutar lo dictado en los fallos judiciales, cuyo incumplimiento constituiría otro eventual supuesto generador de responsabilidad estatal por el ejercicio de la función jurisdiccional.

En relación con lo anterior, dispone el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil que “[l]a ejecución de la sentencia o de cualquier otro acto que tenga fuerza de tal, corresponderá al Tribunal que haya conocido de la causa en primera instancia”, por lo tanto, la ejecución forma parte del proceso y se encuentra cubierta por la garantía de la tutela judicial efectiva que asiste a todas las personas, según preceptúa el artículo 26 del texto constitucional.

Sin embargo, en el caso de las sentencias condenatorias en sumas de dinero contra la República y otras personas morales de derecho público, rigen ciertos regímenes especiales que constituyen verdaderas prerrogativas que impiden la ejecución forzosa del mandato judicial.

En ese sentido el artículo 87 del Decreto de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República²¹ dispone que los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva.

A su vez, el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública²² estatuye que los Institutos Autónomos gozaran de las mismas prerrogativas que la Ley acuerde para los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.

Y finalmente, la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público²³ dispone lo siguiente: “Artículo 36.- Los Estados tendrán, los mismos privilegios prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República”.

Fuera de los casos antes indicados, toda sentencia debe ser ejecutada por el tribunal que haya conocido del asunto en primera instancia, siguiéndose para ello el régimen general señalado en el Código de Procedimiento Civil,

²¹ G.O. N° 6.220 Extraordinario, del 15 de marzo de 2016.

²² G.O. N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

²³ G.O. N° 39.140 del 17 de marzo de 2009.

atendiendo evidentemente a la materia de que se trate y de la ley o leyes especiales que resulten aplicables.

Relacionado con el punto aquí tratado, es pertinente citar a PAGÉS CAMPOS²⁴, quien en análisis de la jurisprudencia dimanada del más alto Tribunal, ha planteado lo siguiente:

Asimismo, en el precitado fallo se analiza el desarrollo del derecho a la ejecución de las sentencias en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señalando como corolario de su constitucionalización, la previsión contenida en el artículo 26, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva ‘como consecuencia directa del derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia y poner en movimiento el aparato judicial del Estado, en cualquier proceso’, lo que se encuentra respaldado por las previsiones establecidas en los artículos 25, 138, 139, 140, 259 (sistema de responsabilidad administrativa), 137 (principio de legalidad) 136 (deber de colaboración entre los órganos del Poder Público y 253 en cuanto a la obligación de los órganos el Poder Público y del sistema de justicia, dentro de lo que resalta lo contemplado en el primer aparte del artículo 253 en cuanto a la obligación de los órganos jurisdiccionales de “ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias” [...].

CONCLUSIONES

Llegados al final de nuestro estudio podemos concluir las siguientes cuestiones:

- a. La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, y especialmente la que corresponde al Estado por el ejercicio anormal de la función jurisdiccional, encuentra fundamento pleno en nuestro texto constitucional, a tenor de lo dispuesto en los artículos 2, 26, 49.8, 136, 140, 141, 257, 258 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo que todo el funcionamiento estatal se juzga conforme al denominado Bloque de la Constitucionalidad y las normas especiales de derecho público que resulten aplicables, sin perjuicio del auxilio del derecho común, cuyo carácter es residual.
- b. La responsabilidad patrimonial que pueda corresponder al Estado venezolano en razón del ejercicio de la función jurisdiccional se revela altamente casuística, lo cual impone al juez el deber de analizarla conforme a elevados niveles de prudencia y racionalidad, a los fines de brindar tutela judicial efectiva a los ciudadanos,

²⁴ Adriana Pagés Campos: “La ejecución de sentencias condenatorias contra la República”. *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*. N° 11. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 386.

ponderando igualmente el interés general y la marcha de las funciones públicas.

- c. La jurisprudencia ha delimitado el régimen aplicable a la responsabilidad patrimonial estatal por el ejercicio de la función de juzgamiento, así, se requiere que en cada caso concreto el demandante pruebe el daño, la actuación de los tribunales de justicia y la relación de causalidad entre ambos elementos. Aunado a éstos, se requerirá culpa grave del magistrado, juez o de los auxiliares de justicia, que denote alta anormalidad de la actividad desplegada para que emerja la pretendida responsabilidad.
- d. En comparación con otras demandas de indemnización de daños y perjuicios causados por el Estado, son escasas las acciones que se intentan con el fin de juzgar a la República por la prestación deficiente o ilegal de la función judicial o de juzgamiento. Pensamos que ello se debe principalmente al bajo índice de sentencias que en definitiva condenan al Estado Venezolano por el daño que sus actuaciones pueda causar en la esfera jurídica subjetiva de los particulares, más la dificultad que presenta el probar la culpa grave del juzgador y el rompimiento de los estándares de funcionamiento normal, que no necesariamente conforme a derecho, de los órganos de administración de justicia.
- e. Estudiar, comprender y aplicar el sistema de responsabilidad patrimonial del estatal, es herramienta fundamental limitar el ejercicio del poder frente a los derechos de los ciudadanos, lo cual abona el camino hacia un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, como postula el artículo 2 del texto constitucional.

ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CASO ÁNGEL NAVA

Randolph Pinto¹

Resumen: *El caso Ángel Nava declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración, y acordó la correspondiente indemnización a favor del mencionado ciudadano. La medida de privación de libertad a la cual fue condenado el ciudadano Ángel Nava, fue impuesta en violación al debido proceso de dicho ciudadano, siendo que se le causaron daños imputables al funcionamiento anormal de la Administración, por lo tanto, ésta resulta responsable de los mismos. Asimismo, al señalado ciudadano se le causó un daño a su proyecto de vida, al coartársele sus metas tanto personales como profesionales. Del mismo modo, le fue causado un daño moral debido a las condiciones inhumanas en las cuales debió llevar a cabo la condena impuesta; además, fue despedido de su trabajo con fundamento en que había cumplido una pena privativa de libertad.*

Palabras clave: *Responsabilidad patrimonial – Administración – Daño moral.*

SUMARIO. Introducción. I. Antecedentes del caso. II. Responsabilidad patrimonial de la Administración. III. Análisis del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Ángel Nava a los fines de determinar la responsabilidad de la Administración. IV. Configuración de los elementos determinantes de la responsabilidad de la Administración en el caso Ángel Nava.

INTRODUCCIÓN

El caso Ángel Nava constituye una de las más recientes jurisprudencias de las Salas Constitucional y Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración, y por consiguiente, se acordó la correspondiente indemnización a favor del mencionado ciudadano.

En el presente trabajo analizaré el caso en referencia a los fines de determinar la configuración de los elementos determinantes de la responsabilidad de la Administración.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009). Abogado Relator de la Corte Disciplinaria Judicial.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

En fecha 12 de julio de 1965, funcionarios adscritos a la Dirección General de Policía (DIGEPOL), realizaron un allanamiento a la oficina de un ciudadano llamado Edwin Burguesa.

En ese allanamiento, el ciudadano Ángel Nava fue detenido junto a otras personas, sometido, a su decir, a torturas brutales; siendo trasladado a las Colonias Móviles de El Dorado.

Posteriormente, el ciudadano Ángel Nava tuvo conocimiento que la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal, en aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes, lo había sometido a una medida correccional que ordenaba su reclusión en las referidas Colonias por un lapso de cinco años.

La señalada medida correccional fue confirmada por la Gobernación del Distrito Federal; siendo posteriormente rebajada a dos años de reclusión por el Ministro de Relaciones Interiores.

Efectivamente, el ciudadano Ángel Nava cumplió la señalada medida por dos años y tres semanas.

Ahora bien, el mencionado ciudadano alegó en su demanda que si bien pudo recobrar su libertad personal, su vida privada se vio severamente afectada como consecuencia de su reclusión en las Colonias Móviles de El Dorado, así como tampoco pudo acceder al mercado laboral, por su condición de ex convicto.

El ciudadano Ángel Nava demandó al Estado venezolano por daño material por un monto de sesenta y siete millones novecientos veintiún mil seiscientos noventa y siete con cincuenta céntimos (Bs. 67.921.697,50), hoy día, sesenta y siete mil novecientos veintiún bolívares con setenta céntimos (Bs. 67.921,70), y por daño moral por un monto de seiscientos setenta y nueve millones doscientos dieciséis mil novecientos setenta y cinco bolívares (Bs. 679.216.975,00), hoy día, seiscientos setenta y nueve mil doscientos dieciséis bolívares con noventa y ocho céntimos (Bs. 679.216,98).

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración es el sistema mediante el cual el particular puede reclamar y obtener indemnización por los daños patrimoniales que la Administración le haya causado².

Cuando la Administración incurre en una conducta que va en contra de lo previsto en el ordenamiento jurídico y no se encuentra dentro los parámetros o estándares que se consideran como actuaciones normales; cuando realiza una acción u omisión que afecta material o moralmente a un particular, debe indemnizar patrimonialmente al afectado.

Para que sea procedente tal indemnización, la Administración debe haber producido un daño que afecte la integridad física, moral o patrimonial a uno o varios administrados.

Asimismo, ese daño debe ser imputable a la actuación de la administración, es decir debe serle atribuible y debe existir una relación de causalidad entre el hecho que se le imputa a la administración y el daño producido al administrado por ese hecho³.

Ahora bien, a los efectos de determinar la responsabilidad de la administración, existen dos sistemas denominados responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y responsabilidad por falta o por funcionamiento anormal.

En la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, a los efectos de la procedencia de la indemnización correspondiente, debe probarse que la administración causó un daño a un particular, *sin importar que se haya actuado de forma voluntaria o no*.

En la responsabilidad por falta o por funcionamiento anormal, a los efectos de la procedencia de la indemnización correspondiente, debe probarse que la administración causó un daño a un particular, *y que actuó de forma contraria a la que se desenvuelve normalmente*.

Ello así, debo destacar que con relación a los sistemas de responsabilidad de la Administración, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁴, estableció que:

² Luis Ortiz Álvarez: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995.

³ Ramiro Saavedra Becerra: *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibanez. Bogotá, 2004.

⁴ Sentencia N° 1.693 de fecha 17 de octubre de 2007.

[...] en sus inicios el sistema de responsabilidad de la Administración Pública se configuró con base a las teorías de la culpa, denominándosele así, por un sector de la doctrina, sistema subjetivo, es decir, aquél en el cual se exige que la conducta dañosa de la Administración sea culpable.

Asimismo se ha indicado, que este esquema tradicional se hizo insuficiente, razón por la cual en la actualidad, atendiendo a principios de derecho público, debe acentuarse en la reparación de quien sufre el daño basado en los criterios de falta o falla de servicio e incluso del riesgo, que es el denominado en doctrina sistema objetivo, en donde se prescinde de las teorías de culpa.

En este sentido, las teorías que fundamentan el sistema de responsabilidad del Estado deben tener adecuados límites.

Así, la aplicación de las teorías subjetivas en grado extremo generaría la posibilidad de que difícilmente Estado responda, lo cual iría contra la norma constitucional que así lo establece. Por otra parte, **la responsabilidad administrativa soportada en juicios en alto grado objetivistas, debe ser interpretada con criterios razonables**, es decir, guardando la debida ponderación o prudencia, a fin de evitar generalizaciones impropias, injustas e inconducentes que excluyan los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho del tercero, culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

Es por ello **que deben articularse ambos criterios o tesis de la responsabilidad de la Administración Pública y adaptarlos a los postulados axiológicos previstos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (...)**; es decir, deben armonizarse los sistemas de responsabilidad entendiendo que, conforme a la norma constitucional, debe prevalecer siempre el bien común, el interés social y general sobre el particular o individual, todo lo cual, sin duda alguna, amplía las garantías de los administrados y los intereses de la Administración [...]. (Resaltado del fallo).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual de la Administración, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁵, estableció que:

[...] el carácter autónomo de la responsabilidad administrativa extra-contractual va a encontrar su origen en el régimen constitucional que ha estado presente en las sucesivas constituciones promulgadas durante el siglo XX. Ciertamente, las continuas guerras y revueltas caudillescas ocurridas durante buena parte del siglo XIX hicieron necesario que el Estado se exceptionara de responder por aquellos daños a particulares que no habían sido causados por personas investidas de autoridad pública. Así, dentro de la más propia tradición constitucional venezolana se dictó el artículo 47 de la Constitución de 1961 en el cual se dispuso:

⁵ Sentencia del 2 de mayo de 2000, caso: Elecentro.

[...]

De esta forma, la responsabilidad del Estado provenía de la interpretación en contrario de la norma invocada como consecuencia de la excepción de la República, los Estados y los Municipios de responder por daños causados por personas ajenas a éstos. Así, la doctrina sostenía la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración autónoma de la responsabilidad civil de los particulares y, por lo tanto, reclamaba de este Máximo Tribunal un pronunciamiento -de manera definitiva- en tal sentido.

Ahora bien, el constituyente de 1999, haciéndose eco de tales reclamos consagró en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela una norma que establece de manera expresa, y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad. Dicha norma dispone:

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

Con el artículo 140 de la Constitución Vigente se establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a ordenar la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración. Dicha norma se encuentra -a su vez- complementada por disposiciones cuyo origen inmediato puede ser encontrado en la Constitución de 1961 y que el constituyente de 1999 no dudo en incorporar al nuevo texto constitucional dado su valor y alcance a la luz de los derechos de los ciudadanos. Tales disposiciones son: (1) el artículo 259 de la Constitución vigente (antiguo 206 de la Constitución de 1961) relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para **“condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”**, así como para **“conocer de reclamos por la prestación de servicios público”** (resaltado de la Sala) y (2) los artículos 21, 133 y 316 *ejusdem* (antiguos 61, 56 y 223, respectivamente, de la Constitución de 1961) en los cuales se fundamenta el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas, conocida también como la Teoría de la Raya.

2.3.- Fundamento de la responsabilidad administrativa extra-contractual: Como se expresó anteriormente, **la responsabilidad extra-contractual de la Administración encuentra fundamento expreso en la actualidad en el Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas. Este principio se basa en que la Administración persigue la satisfacción y tutela de los intereses colectivos; y, si ésta en ejercicio de sus potestades –por órgano de autoridad legítima- causa un daño a un particular, éste no puede sufrir individualmente las cargas de la actividad dañosa de la Administración.** No debe en función del colectivo someterse a un miembro de ésta a una situación más gravosa que la que soportan la generalidad de los que la conforman y, de ocurrir, el equilibrio debe

restablecerse mediante la indemnización correspondiente. Así, **independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta le ha causado un daño a un administrado la administración debe responder patrimonialmente.**

Ahora bien, debe señalarse que en el pasado la doctrina consideró que el fundamento de esta responsabilidad se encontraba en la Teoría del Riesgo, conforme a la cual quien se beneficie de una actividad deberá soportar las consecuencias que de ésta se deriven. Dicha concepción no se encuentra totalmente superada, ni tampoco es incompatible con el régimen de responsabilidad administrativa a que se ha hecho referencia por tener su origen en el Derecho Civil. Lo que ocurre es que, existiendo un fundamento constitucional que de manera expresa apoye la responsabilidad extra-contractual administrativa (Principio de Igualdad o Equilibrio ante las Cargas Públicas), no es necesario acudir a otra razón o explicación de ésta.

Conforme a lo anterior, **la Constitución Vigente establece un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo que comporta tanto la llamada Responsabilidad por Sacrificio Particular o sin falta como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal del servicio público, según el cual los usuarios de los servicios públicos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos...** (Resaltado propio).

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN EL CASO ÁNGEL NAVA A LOS FINES DE DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

En fecha 2 de abril de 2008, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dictó sentencia mediante la cual si bien reconoció que la Administración incurrió en responsabilidad en el caso del ciudadano Ángel Nava, y declaró improcedente la indemnización por daños materiales reclamados por el mencionado ciudadano.

La anterior declaratoria de improcedencia fue fundamentada en los siguientes términos:

[...] en lo referente a los daños materiales reclamados por el demandante producto de los ingresos dejados de percibir como consecuencia de su imposibilidad de acceder al mercado laboral por haber sido “condenado a la medida correccional”; o su consecuente despido de los empleos adquiridos posteriormente, derivado de su condición de “ex-convicto” del mencionado centro de reclusión; estima esta Sala Accidental que no puede atribuirse per se la accesibilidad a una fuente de trabajo por el hecho de haber sido sometido a una sanción corporal, en este caso, a una medida correccional, ya que en idéntica situación de desempleo se ha encontrado y encuentra actualmente un porcentaje significativo de la población que no ha sido sometida a pena alguna, además de

no existir pruebas acreditadas en autos que generen la convicción a esta Sala Accidental, sobre los presuntos despidos del demandante a sus anteriores trabajos derivados del conocimiento que sus superiores hubiesen tenido respecto a su condición de “ex-convicto”, razón por la cual se desestima la presente solicitud. Así se decide [...].

Aunado a lo anterior, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la señalada decisión, si bien reconoció la existencia del daño moral reclamado, no acordó indemnización patrimonial alguna a favor del ciudadano Ángel Nava.

Posteriormente, en fecha 17 de octubre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó sentencia mediante la cual declaró ha lugar el recurso de revisión interpuesto por el ciudadano Ángel Nava y anuló la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de abril de 2008.

Tal declaratoria fue fundamentada en los siguientes términos:

[...] Declarada la existencia del daño y la responsabilidad de la Administración, la cuantificación del mismo, corresponde en principio a la parte agraviada quien tiene la carga probatoria de los daños alegados -en cuanto a su existencia y extensión (cuantificación)-, con la salvedad que en caso de no ser probado el monto pero sí la existencia del daño, el contenido de los artículos 26, 30, 140 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, obliga al juez a determinar la entidad real del daño del que sólo le consta su existencia y, a fijar en consecuencia, la reparación o indemnización del mismo.

El anterior aserto, es una consecuencia inevitable de asumir que el sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño y no como una garantía en favor de los entes públicos, ya que una interpretación en contrario, como la que asumió la sentencia objeto de revisión, llevaría al absurdo de aceptar toda clase de argumentos para la declaratoria formal de la “responsabilidad patrimonial del Estado”, la cual no se materializaría en una reparación o indemnización efectiva de los daños, sino en una decisión de contenido merodeclarativo de derechos u obligaciones inejecutables, vaciando de contenido los derechos y garantías contenidos en los artículos 26, 30, 140 y 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, la Sala asume el criterio según el cual en estos casos de responsabilidad extracontractual de la Administración por privaciones ilegítimas de libertad, procede una valoración equitativa de la indemnización, es decir, que el juez deberá recurrir a la apreciación de las pruebas e indicios sobre la base de la sana crítica, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia que debe tener en cuenta todo operador de justicia a la hora de dictar una sentencia o fallo, para lograr la verificación precisa del quantum del daño

[...] Debe tenerse presente que si bien el solicitante no probó a decir de la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, su capacidad laboral particular -ingresos y condición de taxista-, ostenta per se una capacidad laboral genérica o la capacidad de obtener una renta producto de su trabajo, por lo que corresponde a la Sala Político Administrativa en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y según su apreciación soberana derivada del examen de la naturaleza del perjuicio ocasionado y a la condición del demandante, valorar los daños patrimoniales reclamados, y estimar los modos de reparación que más idóneos le parezcan para resarcir los daños [...] La lesión de los derechos a una tutela judicial efectiva y a una indemnización integral por la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentra presente desde el momento en que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a pesar de haber declarado la responsabilidad administrativa de la Administración por la verificación de un daño, negó la indemnización por indeterminación en su cuantía y en desconocimiento de la condición del demandante como afectado directamente por los perjuicios causados por la Administración, desconociendo la jurisprudencia vinculante de esta Sala en relación al sistema integral de responsabilidad del Estado [...] El artículo 1.196 del Código Civil establece lo siguiente: [...] de la lectura del artículo parcialmente transcrito se colige que la procedencia de la indemnización por daño moral no es meramente facultativa del juez ya que el propio texto de la ley señala que "(...) La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado (...)". Así, si existe el daño el juez debe indemnizarlo y el carácter potestativo se limitaría a la facultad del juez de determinar el alcance y los medios de la indemnización o compensación del daño [...]. (Resaltado del fallo).

Finalmente, en fecha 9 de marzo de 2010, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en acatamiento a la sentencia anteriormente citada, declaró parcialmente con lugar la demanda por indemnización de daños materiales y morales interpuesta por el ciudadano Ángel Nava, ordenando al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, el pago al señalado ciudadano de la cantidad de una indemnización de doscientos mil Bolívares (Bs. 200.000) y de una pensión vitalicia mensual de treinta Unidades Tributarias.

La procedencia de la señalada indemnización fue fundamentada de la siguiente forma:

[...] la responsabilidad patrimonial del Estado [...] constituye una de las garantías de las que dispone el ciudadano frente éste, en orden a la obtención de las correspondientes indemnizaciones en aquellos supuestos en que la actividad estatal ha lesionado su esfera jurídica, teniendo presente la debida ponderación o prudencia al momento de excluir los supuestos necesarios eximentes de la responsabilidad, tales como, hecho del tercero, culpa de la víctima, fuerza mayor

o caso fortuito, los cuales de no ser tomados en cuenta crearían situaciones injustas y de extrema onerosidad sobre la hacienda pública.

Ahora bien, la Administración estaría obligada a reparar el daño, cuando concurran los siguientes elementos:

- a) **Que se haya producido un daño a los administrados en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos.**
- b) **Que el daño infligido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento.**
- c) **Que haya relación de causalidad entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por tal hecho.**

[...]

En virtud de las circunstancias particulares que definen el presente caso, en el que el demandante fue sometido a una medida correccional sin determinarse el supuesto legal previsto en la Ley de Vagos y Maleantes, e igualmente al tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos (año 1965), considera esta Sala Accidental que el principio conforme al cual quien alega debe probar, debe ceder, ante los derechos y garantías que le fueron vulnerados al actor (derecho a la defensa y a la libertad personal previstos en los artículos 60 y 69 de la Constitución de 1961 vigente en ese entonces y artículos 44 y 49 de la Constitución de 1999), conforme a lo previsto en la sentencia (de revisión) N° 1542 de fecha 17 de octubre de 2008 dictada por la Sala Constitucional. Así se decide.

Adicionalmente se observa que tal como se deriva de autos, el demandante nació el 01 de diciembre de 1935, es decir, que para la fecha de su detención 19 de julio de 1965 tenía 29 años de edad, en virtud de lo cual podía realizar cualquier actividad laboral propia de un hombre joven y capaz, la cual fue interrumpida por la indebida reclusión antes mencionada, en otras palabras la medida correccional a la que fue sometido truncó su proyecto de vida, entendido este como el plan de realización personal que todo sujeto tiene para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.

Establecido lo anterior entiende este Tribunal que la actuación irregular de la Administración de ese entonces ocasionó que el demandante dejara de laborar - en principio- por el lapso que duró su reclusión, privándosele de la utilidad que pudo haber percibido con motivo de su trabajo, de no haber sido injustamente detenido con fundamento en una Ley -que como ha sido expuesto- fue declarada posteriormente inconstitucional, daño material que deberá resarcir la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia al ciudadano Ángel Nava. Así se decide. [...] En el presente caso ha sido determinado el hecho generador del daño moral alegado

[la privación de libertad irregular del demandante por un lapso mayor a dos (2) años] por lo que corresponde ahora es hacer una estimación del mismo.

Ningún medio probatorio, puede determinar cuánto dolor, cuánto sufrimiento, cuánta molestia o en cuánto mermó el prestigio y el honor de la víctima, ciudadano Ángel Nava, por su ilegal reclusión, ni las secuelas que emocionalmente esto le ha generado.

En este sentido, es criterio reiterado de esta Sala que los daños morales “por su naturaleza esencialmente subjetiva no están sujetos a una comprobación material directa, pues ella no es posible” (Vid. Sentencias números 02874 y 02452, de fechas 4 de diciembre de 2001 y 08 de noviembre de 2006, respectivamente).

Se estima que ese tipo de situaciones (privación ilegal de libertad) generan intensos sufrimientos y daños psíquicos irreversibles, daños morales que no podrán ser remediados con el pago de una cantidad de dinero.

Con fundamento en todas las consideraciones que anteceden esta Sala Accidental considera procedentes los daños reclamados por el demandante como consecuencia de la afectación de su proyecto de vida y de su esfera moral debido a su reclusión por más de dos (2) años en las Colonias Móviles de El Dorado con fundamento en la Ley de Vagos y Maleantes sin especificar los motivos de su detención, por lo que ordena a la República Bolivariana de Venezuela (por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia) pagar al ciudadano Ángel Nava una indemnización integral única de doscientos mil bolívares (Bs. 200.000,00), así como una pensión vitalicia mensual equivalente a treinta unidades tributarias (30 U.T.) [...]. (Resaltado propio).

IV. CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL CASO ÁNGEL NAVA

En el presente caso se puede observar que el ciudadano Ángel Nava fue privado de su libertad en fecha 12 de julio de 1965 por funcionarios adscritos a la Dirección General de Policía (DIGEPOL), siendo trasladado a las Colonias Móviles de El Dorado, sin imputársele delito o falta alguna previamente a su traslado, violándosele el derecho a la defensa, al debido proceso y a la libertad personal.

En fecha posterior a su detención, la Prefectura del Departamento Libertador del entonces Distrito Federal, instruyó un expediente al referido ciudadano de acuerdo con las disposiciones previstas en la Ley de Vagos y Maleantes, imponiéndole una pena de cinco años de reclusión en las Colonias Móviles de El Dorado.

La señalada condena fue confirmada por la Gobernación del entonces Distrito Federal y posteriormente reducida a dos años de reclusión por el Ministro de Relaciones Interiores, la cual fue efectivamente cumplida por el mencionado ciudadano.

Se observa además, que en la referida Ley no se prevé recurso alguno contra la decisión dictada por el Ministro de Relaciones Interiores, que declaró firme la pena impuesta al ciudadano Ángel Nava, lo cual es a todas luces inconstitucional, porque coartaba al mencionado ciudadano el derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Toda esta serie de irregularidades cometidas a lo largo del "proceso" seguido en contra del ciudadano Ángel Nava, evidencian la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes, la cual fue aplicada por décadas en perjuicio de miles de personas que eran declaradas culpables de incurrir en diversas conductas punibles sin poder ejercer su derecho a la defensa; siendo declarada inconstitucional por la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno mediante decisión de fecha 14 de octubre de 1997⁶.

Dicha decisión se fundamentó en que la mencionada ley vulneraba los derechos a la defensa, a la libertad personal y al juez natural de quienes eran calificados como vagos o maleantes, además de contrariar los principios de *nullum crimen nulla poena sine lege* y *non bis in idem*.

Ello así, siendo que la medida de privación de libertad a la cual fue condenado el ciudadano Ángel Nava, fue impuesta en violación de la presunción de inocencia, de su derecho a la defensa, a la libertad personal y al juez natural del mencionado ciudadano, debe determinarse que se le causaron daños imputables al funcionamiento anormal de la Administración, por lo tanto, esta resulta responsable de los mismos.

Además, debe señalarse que en el presente caso la Administración también resulta responsable por los daños causados al ciudadano Ángel Nava por la llamada "responsabilidad del Estado legislador", que se configura cuando la aplicación de una determinada ley produce graves perjuicios a los particulares, los cuales son de tal magnitud que deben ser resarcidos.

La Administración al privar arbitrariamente de su libertad personal al ciudadano Ángel Nava, le causó una serie de daños morales, entendiéndose por estos, la afección de tipo psíquico, espiritual o emocional que puede experimentar una persona⁷.

⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.330 de fecha 10 de noviembre de 1997.

⁷ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre: *Curso de Obligaciones*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000.

Al respecto, la autora SHERALDINE PINTO OLIVEROS⁸ expresa que la Sala Político Administrativa en su decisión sobre el presente caso, estimó de forma errónea que la violación a la libertad personal del ciudadano Ángel Nava constituye un daño material, siendo que el Código Civil en su artículo 1196 establece que la lesión a la libertad personal constituye un daño moral que debe ser indemnizado:

En Venezuela, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sostuvo, en la sentencia Ángel Nava, que la ilegal encarcelación de la víctima redundó en un grave deterioro de su proyecto de vida, el cual fue considerado un daño en la esfera patrimonial de la víctima.

De esta forma, se introdujo en la jurisprudencia venezolana una pseudo-figura de daño extraña a nuestro ordenamiento jurídico y que, a pesar de que el artículo 1196 establece que la lesión a la libertad personal es un daño moral, fue inexactamente valorada como daño material.

Del mismo modo, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia afirmó que en el presente caso se le causó al ciudadano Ángel Nava un daño a su proyecto de vida.

El proyecto de vida, según FERNÁNDEZ SESSAREGO⁹, “representa lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, mejor aún, lo que hace para ser [...] es decidir lo que se pretende ser y hacer en el transcurso existencial de la persona”.

Con relación al daño al proyecto de vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 27 de noviembre de 1998, en el caso Loayza Tamayo, estableció que:

[...] el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación.

⁸ Sheraldine Pinto Oliveros: “Taking Personal Injury Seriously: Luces y sombras en la determinación y cuantificación del daño extrapatrimonial”. *Primeras Jornadas José Melich Orsini sobre Derecho de las Obligaciones*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012.

⁹ Carlos Fernández Sessarego: *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral*. Disponible en <https://goo.gl/gK8WQb>.

Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable [...].

Con relación al análisis de lo que constituye el proyecto de vida en la sentencia anteriormente citada, la autora SHERALDINE PINTO OLIVEROS¹⁰, señaló que éste constituye en realidad una pérdida de la oportunidad para el afectado de llevar a cabo sus metas o planes:

[...] no hay duda del acaecimiento de un daño, es decir, la acción u omisión del Estado impidió que las víctimas prosiguieran normalmente su vida y, más específicamente, imposibilitó la terminación de sus estudios y la continuación de su trabajo. Esa circunstancia, por sí misma, constituye un daño. Por ello, se debe afirmar que el daño es cierto, lo que es incierto es la situación de las víctimas si el daño no se hubiese producido: ¿se habrían graduado?, ¿habrían sido profesionales exitosos?, ¿habrían continuado en la misma actividad laboral?, ¿habrían ascendido en su carrera?, ¿habrían abandonado su carrera? En síntesis, el problema no es la certeza del daño, sino las consecuencias del perjuicio; por lo tanto, nos encontramos en el campo de la pérdida de oportunidad.

Efectivamente, durante el período de tiempo en el cual el ciudadano Ángel Nava fue ilegítimamente privado de su libertad en las Colonias Móviles de El Dorado, se encontraba imposibilitado de ejercer la actividad económica de su preferencia, así como de obtener una ganancia producto de su trabajo.

Asimismo, el daño causado por la Administración al ciudadano Ángel Nava trascendió al lapso durante el cual cumplió la condena impuesta, puesto

¹⁰ S. Pinto O.: *Taking Personal Injury Seriously: Luces... op. cit.*

que una vez en libertad, no pudo acceder a un trabajo por su condición de ex convicto.

Ello así, tal como lo señaló la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión en el caso Ángel Nava, al señalado ciudadano se le causó un daño a su proyecto de vida, al coartársele su libertad de trabajo, así como sus posibilidades de superación a través del trabajo que pudo haber desempeñado, al igual que con cualquier otra actividad que tuviera a bien realizar, constituyéndose el accionar de la Administración, “en un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia”¹¹.

Ahora bien, se observa que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló que con la actuación realizada por la Administración en perjuicio del ciudadano Ángel Nava, se le causó un daño moral.

En cuanto a la indemnización por daño moral, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 2 de mayo de 2000, caso: (Elecentro), señaló que:

[...] la indemnización por daño moral encuentra su fundamento en la afeción de carácter intangible desde el punto de vista material que se produce en la esfera inmanente al individuo. Este derecho a la indemnización por daño moral ha sido reconocido por nuestro legislador no sólo por lo que respecta a la persona sobre la cual recae la actividad dañosa, sino que se extiende a los parientes, afines o cónyuges por el dolor sufrido en caso de muerte de la víctima, como ocurre en el caso que nos ocupa. Tal indemnización no persigue en modo alguno sancionar civilmente al causante del daño -como sucede en otros ordenamientos jurídicos- pues su fundamento es el indemnizar el dolor sufrido por una persona a raíz de una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva. De allí que el legislador haya dejado al Juez la estimación de la indemnización que merece en cada caso quien haya resultado dañado moralmente.

En cuanto al daño moral sufrido por el ciudadano Ángel Nava, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión en el caso Ángel Nava, precisó que:

[...] la Sala asume el criterio según el cual en estos casos de responsabilidad extracontractual de la Administración por privaciones ilegítimas de libertad, procede una valoración equitativa de la indemnización, es decir, que el juez deberá recurrir a la apreciación de las pruebas e indicios sobre la base de la sana crítica, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de

¹¹ C. Fernández S.: *Deslinde conceptual entre daño a...* Op. cit.

experiencia que debe tener en cuenta todo operador de justicia a la hora de dictar una sentencia o fallo, para lograr la verificación precisa del quantum del daño.

Señalado lo anterior, se evidencia que el ciudadano Ángel Nava al haber sido objeto de una privación ilegítima de libertad por un lapso de 2 años, fue afectado su proyecto de vida, al no poder intentar llevar a cabo las metas tanto personales como profesionales que se hubiera podido trazar durante el tiempo de su detención y con posterioridad al mismo.

Del mismo modo, le fue causado un daño moral debido a las condiciones infrahumanas en las cuales debió llevar a cabo la condena impuesta; además, en diversas oportunidades en las cuales lograba obtener un puesto de trabajo, era despedido del mismo de forma discriminatoria con fundamento en que era una persona que había estado cumpliendo una pena en la cárcel.

Ello así, considero acertada la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de ordenar el pago al ciudadano Ángel Nava de Doscientos Mil Bolívares (Bs. 200.000,00), así como la cancelación de una pensión vitalicia mensual equivalente a treinta unidades tributarias (30 U.T.) por concepto de daño moral.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y SU UTILIDAD PRÁCTICA EN EL DERECHO VENEZOLANO ACTUAL

Claudia Vásquez Urosa¹

Resumen: *En el presente artículo realizamos algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la exposición de motivos que acompaña a los textos normativos, al tiempo que revisamos su utilidad práctica en el derecho venezolano actual; para ello, tomamos como referencia algunos textos normativos que han sido promulgados en los últimos años.*

Palabras clave: *Norma jurídica – Exposición de motivos – Utilidad – Interpretación.*

SUMARIO. Presentación. I. Naturaleza jurídica de la exposición de motivos. 1. La noción de norma jurídica y el derecho como orden coactivo. 2. Estructura de la norma jurídica. 3. Normas sin sanción. II. Exposición de motivos de algunos textos jurídicos. 1. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura. 2. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela. 3. Decreto de Emergencia Económica. 4. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. A manera de conclusión.

PRESENTACIÓN

La creación de todo instrumento normativo, bien sea que dimanen del Poder Legislativo, tales como las leyes, o bien que dimanen del Poder Ejecutivo, como es el caso de los Reglamentos y los Decretos con rango, valor y fuerza de ley, deben cumplir una finalidad, es decir, deben cumplir con determinados objetivos. De lo contrario, se podría aseverar que se están creando cuerpos normativos sin ninguna necesidad razonable, más allá del capricho del operador jurídico y las conveniencias políticas.

En este sentido, el jurista español FRANCISCO EZQUIAGA ha establecido que “[p]ues bien, lo que ahora nos interesa es que la decisión productora de derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos [...]”².

¹ Abogada de la Universidad Central de Venezuela (2013). Presidenta de Legal Media.

² Francisco Ezquiaga: “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 1. México D.F. Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994, pp. 69-98.

Ahora bien, a decir del propio EZQUIAGA, lo antes expuesto se aplica tanto al Poder Legislativo, como al Poder Ejecutivo, en virtud de que este último participa de la función legislativa, en primer lugar, cuando se vale de la potestad reglamentaria y en segundo lugar cuando se vale de la habilitación que le otorga el poder legislativo.

En efecto, en Venezuela, la Constitución en su artículo 236, numeral 8 establece la potestad del Presidente de la República de dictar, previa ley habilitante, decretos con fuerza y rango de ley. Asimismo, en su numeral 10 le otorga la facultad de reglamentar parcial o totalmente las leyes.

De modo que, tanto los actos del Poder Ejecutivo, como los del Poder Legislativo deben estar orientados al cumplimiento de objetivos específicos. Tales objetivos, en muchas ocasiones, se encuentran plasmados en las exposiciones de motivos de tales instrumentos normativos.

En este orden de ideas, cabe preguntarse: ¿los objetivos de un determinado cuerpo normativo deben estar necesariamente expuestos en la exposición de motivos? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las mismas? Y ¿qué utilidad práctica presentan en el derecho venezolano actual?

En las próximas líneas, orientaremos nuestros esfuerzos a fin de responder a tales interrogantes, sin perjuicio de que en trabajos posteriores sean desarrollados con mayor profundidad los puntos aquí expuestos³.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El primer punto a considerar, es la naturaleza jurídica que reviste la exposición de motivos en los textos normativos. En este sentido, debemos verificar si se trata de una verdadera norma jurídica o si más bien, responde a características y fines distintos. Para ello, comenzaremos abordando la noción de norma jurídica, así como la estructura que esta posee⁴.

1. La noción de norma jurídica y el derecho como orden coactivo

Es común que se defina al derecho como un sistema de normas jurídicas, aun cuando no existe acuerdo en lo que debemos entender por tales. No obstante, la definición convencional de norma jurídica parece estar orientada

³ En el presente trabajo utilizaremos de modo indistinto las expresiones preámbulo, exposición de motivos y considerandos.

⁴ Sobre estos puntos nos hemos pronunciado en “La inutilidad de algunas disposiciones en el Derecho Venezolano actual (especial referencia a las denominadas leyes del poder popular)”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 6 (Homenaje a la memoria del profesor Arturo Luis Torres- Rivero). Caracas, 2015, pp. 443-465

a suponer como obligatorias ciertas conductas que se consideran deseables por un determinado orden social, así como a evitar otras que se consideran perjudiciales. El mecanismo de que se vale el derecho para lograr tales propósitos, es el de la retribución negativa. Así, KELSEN lo ha definido como: “la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario”⁵.

Para KELSEN, el derecho es un sistema coactivo; compuesto por tres elementos básicos a saber: el hecho ilícito, el deber jurídico y la sanción. Esto es expresado por el citado autor de la siguiente manera:

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando en caso de conducta contraria se dirige contra él una sanción⁶.

Ahora bien, ciertamente la sanción no es un concepto exclusivo del ordenamiento jurídico, por lo que Kelsen ha dicho que lo que ha de distinguir al derecho de otros órdenes dentro de la sociedad es que la sanción, se encuentra organizada institucionalmente es decir, no solo se trata de actos que se llevan a cabo, de ser necesario, por medio de la coerción física, sino que el aplicarlas está a cargo de un conjunto de autoridades, cuya constitución y competencias se hallan formalmente fijadas⁷.

En este orden de ideas, MARÍA LUISA TOSTA, ha señalado que “[c]uando se habla de la coercibilidad del derecho como característica que lo diferencia de cualquier otro sistema normativo, a lo que se alude es a la posibilidad de poner en movimiento al aparato coactivo del Estado para respaldar las normas jurídicas”⁸.

Así, lo que caracteriza al derecho, es la posibilidad que se tiene de activar el aparato Estatal, en caso de que no se cumplan voluntariamente los preceptos establecidos.

⁵ Hans Kelsen: *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo García Máynez. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, 1949, p. 20.

⁶ Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Ciencia del Derecho*. Trad. Moisés Nilves. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 93.

⁷ Francisco Delgado: *Introducción al Análisis Jurídico*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 49.

⁸ María Luisa Tosta: *Lo Racional y Lo Irracional en el Derecho*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, 2009, pp. 45-46.

Ahora bien, es menester precisar que el concepto de sanción, debe ser entendido en sentido amplio, la misma no puede ser entendida únicamente como medidas de naturaleza corporal, por ejemplo: tenemos en el derecho administrativo sanciones tales como la multa, que son aplicadas en caso de incumplimiento de una conducta a la que se esté jurídicamente obligado.

Sobre este punto, la profesora TOSTA, antes citada, ha sostenido que la sanción debe entenderse como “cualquier consecuencia desfavorable que se deriva del incumplimiento de la norma; no tiene que ser únicamente la privación de libertad o de propiedad”⁹.

Siguiendo esta postura tendríamos que la nulidad se incluiría dentro del concepto de sanción. En este sentido, TOSTA, no ve inconveniente en que sea considerada como sanción la nulidad de un contrato, en virtud del incumplimiento de sus requisitos.

Vemos pues, que las nociones de sanción y coercibilidad son características que nos permiten distinguir el derecho de otros sistemas normativos. Siendo la norma un elemento mínimo para la constitución del sistema jurídico es preciso concluir que para KELSEN, la norma puede ser entendida como primaria o secundaria.

Se denominan normas primarias aquellas que establecen la relación entre el hecho ilícito y la sanción. Son normas secundarias las que prescriben la conducta que permite evitar la sanción¹⁰. También “la norma secundaria estipula la conducta que el orden jurídico trata de provocar mediante el establecimiento de la sanción”¹¹.

Si el Código Penal establece aquel que dé muerte a otro será sancionado con una pena, se deduce que todos tenemos el deber jurídico de no matar, por lo tanto, se podría afirmar que la coercibilidad de la norma jurídica como rasgo distintivo de la misma, constituye una característica esencial para establecer la diferenciación entre deber jurídico y deber moral. Ilustraremos lo que expresamos con una cita según la cual “[e]n Venezuela cuando comenzó en gran escala el tráfico de drogas ilícitas, no había una sanción prevista para esa conducta. Mientras no hubo la sanción, la conducta no podía considerarse como delito, solo moralmente podía suponerse que había una prohibición”¹².

El jurista HERBERT HART, dispone que:

⁹ M.L. Tosta, *Lo Racional y Lo irracional... op. cit.*, pp 43 y ss.

¹⁰ H. Kelsen: *Teoría Pura del Derecho... op. cit.*, p. 77.

¹¹ H. Kelsen: *Teoría General del Derecho y... op. cit.*, p. 62.

¹² M. L. Tosta: *Lo Racional y Lo irracional... op. cit.*, p. 51.

Se dice y se piensa que una regla, impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre, quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande.

[...] la presión social puede únicamente asumir la forma de una reacción crítica u hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas, ella puede limitarse a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada; puede depender en gran medida de sentimientos tales como vergüenza, remordimiento y culpa. Cuando la presión es del tipo mencionado en último término, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social, y la obligación impuesta por ellas como obligación moral: A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como, una forma rudimentaria de derecho¹³.

De lo expuesto, podemos evidenciar que la noción de sanción como característica de la norma jurídica, no está presente únicamente en el pensamiento kelseniano, si no, que la misma es compartida por otros juristas, como es el caso de HERBERT HART. Con lo cual tenemos que, para hablar de una norma jurídica, es necesario que la misma contenga una sanción en caso de su incumplimiento y que además, el aparato estatal pueda ser movilizado a fin de respaldar tal norma.

2. Estructura de la norma jurídica

Ahora bien, para comprender la verdadera esencia de la norma jurídica, es inevitable enlazar lo que hemos dicho hasta el momento, con lo que atiene a la estructura que dicha norma debe poseer. Así tenemos que, en la teoría general, prevalece la tesis de que las normas presentan una estructura hipotética. El Jurista alemán RUDOLF STAMMLER, lo señala textualmente: “[l]a norma Jurídica es un juicio hipotético”¹⁴. Por su parte, para FRITZ SCHREIER: “[d]esde el punto de vista gramatical, la norma jurídica puede formularse de este modo: si..., entonces... La norma jurídica así expresada aparece, pues, como un juicio hipotético”¹⁵.

Según KELSEN, “[l]as normas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas”¹⁶. Realmente, las normas jurídicas no poseen la

¹³ Herbert Hart: *El Concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot, 1968, pp 99 y ss.

¹⁴ Rudolf Stammler: *Filosofía del Derecho*. Madrid. Editorial Reus, 1930, p. 314.

¹⁵ Fritz Schreier: *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*. Buenos Aires. Editorial Losada, 1942, p. 89.

¹⁶ H. Kelsen: *Teoría General del Derecho y... op. cit.*, p. 39.

estructura de si es A, entonces, es B. Sino: si es A, entonces, debe ser B. Este vínculo entre la condición y la consecuencia jurídica es lo que las caracteriza. Pues, las normas no pretenden describir realidad alguna, no implican, que si la condición se realiza, la consecuencia se produce necesariamente, su sentido es el de un deber ser.

En este orden, es posible distinguir, dos partes en una norma: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica; términos estos, que no deben ser confundidos con las nociones de hecho jurídico y consecuencia jurídica concreta.

Hagamos algunas consideraciones al respecto: las normas jurídicas prevén situaciones *in abstracto*, cuyos supuestos y consecuencias podrían, o no, producirse en el plano práctico; en caso de que se verifiquen, ya no se trataría de una hipótesis, sino de un hecho, cuyas consecuencias se encuentran en una determinada disposición legal. Revisemos el siguiente ejemplo para una mayor comprensión de lo apuntado: el artículo 1192 del Código Civil Venezolano dispone que: “El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que este cause”. En este caso, se está regulando un supuesto de hecho, para el que se presenta cierta consecuencia (en abstracto).

Ahora, si el perro propiedad de Juan, muerde a Luis, causándole una herida grave en la pierna, estaríamos frente a un hecho jurídico, y no frente a un supuesto de hecho cuya consecuencia jurídica en el caso concreto se producirá, si efectivamente Juan indemniza a Luis por el daño causado. De todo lo anterior, se puede concluir que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica son partes de la norma, mientras que el hecho jurídico no lo es.

3. Normas sin sanción

Un individuo que lea detenidamente lo que hasta ahora hemos expuesto, podría plantearse, con razón, la interrogante acerca de cómo ha de entenderse la norma sin sanción, debido a que éstas no poseen una estructura hipotética y no tienen consecuencias jurídicas, lo que, como se dijo anteriormente, las hace susceptibles de ser exigidas solo en el plano de la moral. Es por ello, que haremos ciertas precisiones al respecto.

KELSEN distingue dos situaciones, la de los elementos jurídicamente indiferentes y la de disposiciones distintas que encierran entre ambas la norma primaria y la secundaria. En cuanto a la primera situación, ha dicho:

Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho.

Una constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es garantizar la felicidad de los ciudadanos. Encontramos leyes que prescriben una conducta determinada, sin que la contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente¹⁷.

Con relación al segundo supuesto Kelsen prevé la posibilidad de que una disposición vista de manera independiente, no constituya por sí sola una norma jurídica en el sentido ya indicado. Sino que, ésta ha de estudiarse conjuntamente con otras a fin de ser completadas, caso en el cual estaríamos en presencia de verdaderas normas jurídicas. De este modo podemos concluir que en el caso de las normas sin sanción si estas son simples expresiones, definiciones, principios, entre otros, cuyo objeto no sea el de prever cierta conducta, con su respectiva consecuencia, o si, teniendo tal fin, no es posible obtener una norma completa, aún provenientes de disposiciones distintas, no pueden ser consideradas como normas jurídicas, por cuanto no tienen relevancia alguna desde la perspectiva del sistema jurídico.

Como se puede apreciar, las normas jurídicas responden a una estructura y características específicas que no son cumplidas por la exposición de motivos, siendo que estas son entendidas como la explanación, por parte del operador jurídico, de las razones que dieron origen a determinadas normas.

Por tanto, es posible afirmar que las exposiciones de motivos no pueden ser consideradas verdaderas normas jurídicas. Con ello tenemos que, si el derecho es entendido como un conjunto de normas jurídicas y la exposición de motivos no responde a tal concepto, entonces tales no pueden formar parte del mundo jurídico, bien podrían ser complementos, pero no disposiciones jurídicas¹⁸.

No obstante, para autores como RONALD DWORKIN, el derecho no puede reducirse a un conjunto de normas, si no que éste engloba también principios y directrices, por lo que alguien podría plantearse la interrogante de si en ese caso la exposición de motivos podría considerarse parte del derecho.

Consideramos que, aun asumiendo la tesis propuesta por DWORKIN, tendríamos que dejar fuera del derecho a la exposición de motivos, puesto que, ésta no se ajusta a las nociones de principios y directrices asumidas por

¹⁷ H. Kelsen: *Teoría General del Derecho y... op. cit.*, pp. 75- 77.

¹⁸ A este respecto véase: M. L. Tosta: *Lo Racional y Lo Irracional... op. cit.*, p. 65.

el jurista, por ende, no pueden ser asimiladas al concepto de derecho que éste propone¹⁹.

En este sentido, si los considerandos de un cuerpo normativo no pueden entenderse como un elemento jurídico, cabe preguntarnos ¿cuál es la naturaleza jurídica de éstos?

El Tribunal Constitucional Español ha entendido que tienen carácter interpretativo, así lo ha establecido, entre otras en sentencia 36/1981 de 12 de noviembre en la que se expresó lo siguiente:

La segunda puntualización se refiere al Preámbulo de la Ley 2/1981, en el que contienen afirmaciones que contradicen o interpretan erróneamente preceptos de la Constitución Española y del Estatuto del País Vasco. En la medida que el Preámbulo no tiene valor normativo, consideramos que no es necesario, ni incluso resultaría correcto, hacer una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva de esta Sentencia. Sin embargo, consideramos conveniente, en cuanto que los Preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes, manifestar expresamente que el Preámbulo de la Ley 2/1981 carece de valor interpretativo alguno en la medida que el mismo se refiere a preceptos que sean declarados inconstitucionales²⁰.

En sentencia más reciente, de 20 de abril de 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció en los términos siguientes: “[e]n efecto, aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo [...] sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador”²¹.

En Venezuela, sobre este particular se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en los siguientes términos:

Antes de analizar lo establecido en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe esta Sala aclarar la naturaleza de ese documento, en el sentido que lo expresado en el mismo se consulta sólo a título referencial e ilustrativo para el análisis de la norma constitucional, ya que él constituye un documento independiente al Texto Constitucional propiamente dicho y, no siendo parte integrante de la Constitución, no posee carácter normativo. No puede entonces fundamentarse en la Exposición de Motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección de lo expresado en el Texto Fundamental. No puede igualmente otorgarse un carácter interpretativo de la Constitución a la Exposición de Motivos cuando la misma Constitución le otorga dicho carácter expresamente a esta Sala. La

¹⁹ Sobre este punto puede consultarse Ronald Dworkin: *Los Derechos En serio*. Barcelona (España). Editorial Ariel, S.A, 1989.

²⁰ Disponible en <https://goo.gl/RYgnw0> [consultado: 03-05-2016].

²¹ Disponible en <https://goo.gl/MXO80t> [consultado: 03-05-2016].

Exposición de Motivos constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma.

Esta Sala, no obstante, dentro de su carácter de máximo intérprete de la Constitución establecido en el artículo 335 del Texto Fundamental, puede señalar lo establecido en la Exposición de Motivos como soporte de su interpretación y otorgarle carácter interpretativo a lo establecido en ésta o, sencillamente, desechar o no considerar lo establecido en tal documento, en aras a la interpretación progresiva del Texto Fundamental²².

Lo dispuesto por la sala merece algunas consideraciones:

En primer término a pesar de que la Sala se esté refiriendo a la exposición de motivos de la Constitución, consideramos que la naturaleza de la misma es indistinta al texto del cuerpo normativo que precede. Por tanto, a nuestro juicio, no habría diferencia entre la naturaleza jurídica de la exposición de motivos de la Constitución y la naturaleza jurídica de la exposición de motivos de una ley o Decreto.

Concordamos con la Sala cuando establece que la exposición de motivos es referencial, ya que, para nosotros, la misma no tiene carácter normativo.

Coincidimos con la Sala cuando expresa que no puede fundamentarse en la exposición de motivos la justificación jurídica para interpretar una modificación, ampliación o corrección en el texto de la Constitución.

A nuestro juicio, esto es aplicable a todos los textos normativos, esto es que, no puede basarse en la exposición de motivos, la justificación para interpretar la modificación, ampliación o corrección de un texto de rango legal.

La Sala establece que por ser ella la máxima intérprete de la Constitución, le está atribuida la facultad de otorgarle carácter interpretativo a la exposición de motivos, o bien desecharla.

En primer término, no queremos pasar por alto, aun cuando escapa al objeto de las presentes líneas, el hecho de que la Sala Constitucional no es la máxima intérprete de la Constitución, pues el texto constitucional atribuye tal potestad al Tribunal Supremo de Justicia y ha sido la propia Sala quien por vía jurisprudencial se ha atribuido la potestad de ser ella la máxima intérprete del texto fundamental.

Como segundo punto, cabe acotar que el hecho de que sea el Tribunal Supremo de Justicia el que ostente la interpretación de la Constitución, no significa en modo alguno que sea este el único que pueda hacerlo, es decir,

²² Disponible en <https://goo.gl/ubeVTH> [consultado: 03-05-2016].

consideramos que cualquier individuo puede interpretar un texto jurídico, cualquiera sea su rango. Y valerse de los métodos e instrumentos que considere necesarios para la mejor consecución de sus cometidos.

Otra cuestión sería, el valor que tiene la interpretación, según el sujeto que la realice, puesto que si se somete un determinado caso de interpretación legal o constitucional al conocimiento de los tribunales, será el Tribunal Supremo de Justicia el competente para realizar una interpretación válida.

De otro lado, tenemos que los tribunales de instancia han asumido el criterio según el cual la exposición de motivos carece de carácter normativo, sin embargo, la misma es útil para entender el alcance pretendido con la misma.

En este sentido, el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas dispuso lo siguiente: “[a]sí pues, aun cuando resulte claro, se insiste con énfasis, que la Exposición de Motivos carece de carácter normativo, permite al lector entender con mayor facilidad el sentido y alcance pretendido en la redacción de la norma”²³.

De lo anterior, pareciera que existe acuerdo entre el Tribunal Constitucional español y los tribunales venezolanos en asumir el criterio según el cual, la exposición de motivos no tiene carácter normativo, no obstante, esta sirve a efectos de interpretar las normas jurídicas.

Igual criterio ha asumido parte de la doctrina venezolana, así se evidencia de la cita realizada por TARSICIO JÁÑEZ BARRIO refiriéndose a los métodos de interpretación, concretamente, a la interpretación histórica (dialéctica), la cual es del tenor siguiente: “[e]l juez y el jurista no son esclavos de las palabras de la ley, sino servidores del fin de la ley, de su espíritu. Cuando un texto es oscuro han de recurrir a la intención o espíritu de la ley: a las ponencias previas, al diario de debates, a la exposición de motivos”²⁴.

Para nosotros, la naturaleza jurídica de la exposición de motivos responde a la de ser un instrumento auxiliar que funcione como referencia a los individuos en el momento en que se presente algún inconveniente de interpretación; sin embargo, la interpretación a través de lo establecido en estas, no debe entenderse como *vinculante para el intérprete*.

²³ Disponible en <https://goo.gl/1p2FFF> [consultado: 03-05-2016].

²⁴ Tarcisio Jáñez Barrio: *Lógica Jurídica, Argumentación e interpretación*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2014, p 395.

Llegado este punto cabe preguntarnos: ¿será posible actualmente en Venezuela deducir el propósito del legislador e interpretar un texto jurídico a partir de lo establecido en su exposición de motivos?

En las próximas líneas, tomaremos la exposición de motivos de alguno de los textos jurídicos que se han promulgado en los últimos años en nuestro país, a fin de verificar si de los mismos es posible deducir el propósito del legislador y así realizar una interpretación.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE ALGUNOS TEXTOS JURÍDICOS

1. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura

En la exposición de motivos de este Decreto publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014, podemos recoger argumentos como los siguientes:

Con la finalidad de refundar la República, la cultura es primordial como fuerza transformadora en el establecimiento de un Estado democrático, social, de derecho, de justicia social, federal y descentralizado que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, el pluralismo político, la convivencia y el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones que la asegure como derecho sin discriminación ni subordinación alguna.

Estamos frente a una falacia de ambigüedad, en su segunda modalidad. Estas falacias pueden ser definidas como: aquellas en que una palabra o frase se usa en forma poco clara. Tal falacia reviste dos modalidades a saber: (i) La palabra o frase puede ser ambigua, en este caso, la palabra tiene más de un significado claro; o (ii) La palabra o frase es difusa caso en el cual, no tiene un significado claro²⁵.

De lo expuesto, podríamos afirmar que, al menos uno de los propósitos del legislador es refundar la República a través de la cultura.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por “refundar la República”? No entendemos qué quiere decirse con esta expresión, pues no vemos cómo ha de “refundarse” una República, mucho menos a través de la cultura.

Se trata pues, de un término que carece de un significado claro. En este sentido, si se nos presentase un problema de interpretación de alguna de las disposiciones contenidas en este Decreto, ¿cómo podríamos resolverlo atendiendo a lo dispuesto con anterioridad?

²⁵ Mathew: *Lógica y Falacias*. Disponible en <https://goo.gl/A2K2jx> [consultado: 03-05-2016].

Teniendo presente que nuestra cultura es parte de un proceso anterior a la llegada de los europeos a estas tierras, debemos reconocer la cultura de nuestros antepasados aborígenes como un legado, dándole justo valor a nuestra diversidad cultural, conscientes de la importancia de los conocimientos tradicionales, como fuente de riquezas tangible e intangibles, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible y sustentable.

Si estuviésemos frente a un problema de interpretación ¿cómo podríamos resolverlo a partir de lo dispuesto? ¿Acaso debemos reconocer la cultura de nuestros antepasados aborígenes a efectos de nuestras interpretaciones? ¿Cómo se llevaría a cabo esto? ¿Cómo se interpretaría una disposición normativa teniendo conciencia de la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza tangible e intangible, tomando en cuenta especialmente los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos?

A partir de estos razonamientos pareciera complicado resolver algún tipo de inconveniente interpretativo, ya que, de la lectura del extracto anterior, se nos presentan más interrogantes que respuestas.

Es por ello que, como consecuencia de los procesos de globalización y mundialización, cuyos significativos avances en las tecnologías de la información y comunicación, constituyen un desafío para la preservación de la diversidad cultural, se deben adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos, especialmente en situaciones donde corran peligro de extinción o de grave menoscabo, de conformidad con lo establecido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en la convención sobre la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, suscrita y ratificada por nuestra República.

Al parecer se tienen como incompatibles la globalización y los avances tecnológicos con la diversidad cultural, por ello, se dispone que se deben adoptar medidas de protección, de conformidad con lo dispuesto por la UNESCO.

No obstante, para la UNESCO, no existe incompatibilidad entre diversidad cultural y desarrollo tecnológico.

Así, si nos remitimos a lo establecido por la UNESCO (organismo mencionado en el propio argumento), tendríamos lo siguiente: “[...] simultáneamente el reconocimiento de la diversidad cultural, mediante una utilización innovadora de los medios y de los TIC en particular, lleva al diálogo entre civilizaciones y cultura, al respeto y a la comprensión mutua”²⁶.

²⁶ Disponible en <https://goo.gl/WzvKob> [consultado: 03-05-2016].

De este modo, vemos que según lo dispuesto por la UNESCO, al contrario de lo establecido en la exposición de motivos, el uso de las tecnologías de la información favorecerían la diversidad cultural.

Si se presenta un problema de interpretación ¿debe interpretarse a la luz de la protección de la cultura, obrando en contra de los avances tecnológicos?

De los argumentos analizados anteriormente, podemos evidenciar que la construcción de la exposición de motivos contiene múltiples errores, puesto que son mayores las interrogantes que no encuentran una respuesta precisa, a las soluciones que puede ofrecernos a efectos interpretativos. Lo cual, a nuestro juicio, la hace deficiente y desprovista de algún tipo de finalidad práctica.

2. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley del Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela

En este instrumento normativo, igualmente publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario, de 19 de noviembre de 2014, podemos verificar lo siguiente:

El flagelo de la corrupción constituye una de las principales manifestaciones de los antivalores promovidos por el sistema capitalista mundial que se ha convertido en una de las premisas de lucha en esta nueva etapa de consolidación de la Revolución Bolivariana; por ello entre las facultades otorgadas al Ejecutivo Nacional se hizo especial referencia a la lucha contra la corrupción y dentro de este ámbito se autoriza a dictar normas tendientes al fortalecimiento del sistema financiero nacional.

Encontramos la mencionada falacia de ambigüedad, la cual está contenida en expresiones como “Revolución Bolivariana”. Esta es una expresión que no aporta nada, carece de definición y de sentido práctico, pues no tiene basamento constitucional, lo cual la hace susceptible de ser moldeada a los intereses de aquellos que detentan el poder, valiéndose de tal expresión para justificar sus acciones.

No es cierto desde ningún punto de vista que la corrupción sea manifestación de “los antivalores promovidos por el sistema capitalista mundial”. Simplemente, esta se encuentra en los distintos sistemas tanto políticos como económicos y más aún, no depende del sistema adoptado, sino de las personas que lo conforman y las creencias personales que estos tengan, ya que este es un delito que comete el funcionario público.

Por tanto, puede ser corrupto un comunista, como un demócrata defensor de la libertad.

De otro lado, ¿cómo es que habilitan al Poder Ejecutivo para luchar contra la corrupción, cuando cualquiera de los miembros de dicho poder podría incurrir en tales actos? ¿Quién controla los actos de corrupción cometidos por el Poder Ejecutivo?, siendo que es el mismo quien “luchará contra ella”.

Cabría preguntarnos: ¿realmente se puede resolver algún problema práctico en base a una interpretación tomando como base lo establecido con anterioridad?

En la misma exposición se precisa que “[e]n el espíritu de asegurar la protección de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se han emprendido una serie de acciones concretas que permiten mejorar las condiciones para enfrentar la guerra económica que se libra actualmente, en territorio venezolano”.

¿Qué se entiende por guerra económica?, de nuevo nos encontramos frente a un término ambiguo, creado a efectos de justificar las “acciones” que se han emprendido. Por cierto, no sabemos a qué tipo de acciones se refieren, por tanto, si no sabemos lo que se entiende por guerra económica y tampoco cuales son las acciones emprendidas para “enfrentarla”, entonces ¿cómo podemos interpretar una norma a partir de una exposición de motivos redactada en esos términos?

En el contexto económico actual, las instituciones venezolanas requieren ser fortalecidas tanto en su estructura como en los instrumentos normativos que las regulan, para en conjunto desarrollar políticas que materialicen los grandes objetivos históricos del plan de la patria, en este caso, el tercer Gran Objetivo Histórico, de convertir a Venezuela en un país potencia en lo social, lo económico, y lo político dentro de la Gran Potencia Naciente de América Latina y El Caribe, a través del desarrollo del poderío económico nacional, aprovechando de manera óptima las potencialidades ofrecidas por nuestros recursos.

En primer lugar, vale la pena preguntarnos: ¿qué son objetivos históricos?, ¿cómo puede interpretarse un texto jurídico partiendo de tales objetivos?

Otra interrogante que nos planteamos es: ¿En qué norma constitucional se basan esos “objetivos históricos”? La respuesta a esta pregunta es fundamental, debido a que si se dice que se deben fortalecer las instituciones, tanto en su estructura como en el aspecto normativo, a fin de desarrollar políticas que materialicen los objetivos históricos del plan de la patria, entonces, no podemos olvidar que “el fortalecimiento de tales normas y de tales instituciones” deben estar en el marco de la Constitución.

Por tanto, si ha de asignársele algún contenido a tales objetivos históricos estos deben estar conforme a la Constitución y en modo alguno pueden

constituir una carta abierta para que el Poder Ejecutivo actúe de espaldas a lo establecido por la norma fundamental.

3. Decreto de Emergencia Económica

Este Decreto fue publicado en Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario, de fecha 15 de enero de 2016 y entre sus considerandos podemos leer los siguientes:

Considerando

Que en ocasión de la muerte del Comandante Supremo de la Revolución Bolivariana y presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, sectores nacionales e internacionales iniciaron una serie de acciones tendientes a desestabilizar la economía del país, debilitar sus instituciones legítimamente establecidas y provocar una ruptura del hilo constitucional, sobre la base de un malestar social inducido por dichos sectores.

De la lectura de este considerando realmente no creemos posible poder resolver ningún inconveniente que se presente al momento de interpretar una disposición, puesto que se utilizan expresiones ambiguas, carentes de contenido jurídico tales como “revolución bolivariana” y “comandante supremo”, que como apuntamos con anterioridad, solo sirven para intentar dar justificación a la creación del texto normativo, puesto que como se dijo, no existe en la Constitución basamento para hablar de revolución bolivariana.

Considerando

Que en el marco de la guerra económica iniciada contra el pueblo venezolano se establecieron mecanismos de coordinación entre factores internos y externos en detrimento de las actividades económicas, lo cual ha incidido negativamente en los ciudadanos y ciudadanas dificultando el ejercicio de su derecho a disponer y acceder libremente a bienes y servicios esenciales, en detrimento de sus derechos constitucionales a la salud y a la alimentación.

¿Cómo puede resolverse un problema de interpretación a la luz de lo dispuesto con anterioridad? De nuevo, se utiliza la expresión “guerra económica” que es un término ambiguo, vacío de contenido, susceptible de ser moldeado a lo que el creador de la norma decida.

Considerando

Que ante la ofensiva económica y disminución del ingreso petrolero, se requiere la verdadera unión patriótica del pueblo venezolano libre y consciente, con su Gobierno Revolucionario para adoptar y asumir las medidas urgentes y de carácter extraordinario que garanticen al pueblo venezolano la sostenibilidad de la economía hasta restablecer satisfactoriamente tal anormalidad e impedir la extensión de sus efectos.

¿Qué se entiende por ofensiva económica? ¿Qué se entiende por unión patriótica del pueblo libre y consciente con su gobierno revolucionario? ¿En qué parte de la Constitución se consagra el gobierno como revolucionario?

Considerando

Que las medidas a ser tomadas para proteger al pueblo en función de las amenazas existentes, deben ser de una gran magnitud e impacto en la economía nacional y de carácter estructural, sin afectar los derechos a la vida digna, la salud, la alimentación, la educación, el trabajo y todos aquellos reivindicados a los venezolanos y las venezolanas por la Revolución Bolivariana mediante la lucha de clases que impuso la voluntad del pueblo por sobre los intereses particulares de la burguesía.

De nuevo, se menciona la revolución bolivariana, estableciéndose que ha reivindicado derechos fundamentales mediante una lucha de clases, que a decir del texto, impuso el pueblo por encima de los intereses de la burguesía.

En los considerandos revisados, el legislador se vale de argumentos en los que se apela al pueblo para justificar la creación de la norma. ¿Se podrá resolver realmente algún problema de interpretación jurídica a partir de los considerandos revisados con anterioridad? Creemos que indudablemente la respuesta ha de ser negativa, los motivos que se expresan para la emanación del Decreto, no responden a criterios que verdaderamente nos aporten algo al momento de interpretar un texto jurídico, muy por el contrario, si intentamos una interpretación basada en lo expuesto, podríamos conseguir resultados nefastos.

4. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Veamos ahora, lo dispuesto en la exposición de motivos de la LOTT, publicada en Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario de 7 de mayo de 2012.

El derecho laboral venezolano, tal y como se le conoce contemporáneamente, nace a partir de la promulgación de la primera Ley del Trabajo del 23 de julio de 1928, que permitió superar las disposiciones del Código Civil sobre arrendamiento de servicios que regía las relaciones laborales, y se afianza con la promulgación de la Ley del Trabajo del 16 de julio de 1936, que estableció un conjunto sustantivo de normas para regular los derechos y obligaciones derivados del hecho social del trabajo.

A partir de este momento, la evolución de la legislación laboral venezolana ha discurrido en forma paralela con la historia de las luchas sociales de los trabajadores y trabajadoras de Venezuela, produciéndose una relación de mutua influencia que ha legado importantes páginas a la historia contemporánea del país.

En este extracto de la exposición de motivos se realizan consideraciones de corte histórico, pero que difícilmente nos podrán aportar luces en cuanto a la solución de algún problema interpretativo.

Luego de hacerse varias precisiones históricas, la exposición de motivos continúa estableciendo lo siguiente:

Este punto de quiebre se debe, sin lugar a dudas, a la valiente decisión de la Asamblea Nacional Constituyente de incluir el precedente doctrinario más importante en materia social en Venezuela, la doctrina social de El Libertador, Simón Bolívar, el cual se resume de la mejor manera en la proposición recogida en su célebre Discurso al Congreso Constituyente de Angostura, el 15 de febrero de 1819:

“El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

[...]

Esto es lo que explica que, más allá de las reparaciones al desmantelamiento de los derechos laborales que lograron colarse en las normas venezolanas en las horas finales de la larga noche neoliberal, con la entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en 1999, se produce un salto cualitativo de enorme importancia en la concepción doctrinaria del derecho laboral, a partir del reconocimiento del trabajo, al igual que la educación, como “procesos fundamentales” para alcanzar los fines esenciales del Estado (CRBV, artículo 3).

En primer lugar, se utiliza la doctrina del Libertador, para de algún modo intentar dar base a sus razonamientos. Lo cual, constituye una falacia, pues se está utilizando un argumento de autoridad, en un contexto en el que no es aplicable.

En segundo lugar, consideramos que se nos hará complicado realizar una interpretación en base a los planteamientos expuestos en el extracto de la exposición de motivos puesto que de ella no puede derivarse el verdadero espíritu de la norma.

Así, de la revisión de la exposición de motivos de los distintos textos normativos realizada con anterioridad, podemos evidenciar que las mismas presentan múltiples deficiencias en su construcción, valiéndose de argumentos ambiguos, carentes de contenido, los cuales, en ocasiones no encuentran ningún basamento constitucional, ni ofrecen ninguna alternativa que permita a los ciudadanos valerse de ellos a fin de realizar sus interpretaciones.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Muchos de los textos que se han venido promulgando en los últimos años, se encuentran precedidos de una exposición de motivos, sin embargo, no existe ninguna disposición constitucional en Venezuela que obligue a que así sea.

Por tanto, debemos entender que queda a discrecionalidad del operador jurídico el publicarlas.

Ahora bien, en los casos en que exista una disposición que establezca lo contrario, se requeriría que la misma no constituya un exceso a los poderes concedidos constitucionalmente al operador jurídico y que además dicha norma no sea contraria a ningún precepto constitucional.

En este sentido, consideramos que el espíritu del creador de la norma y los objetivos que se persigan con ella, no deben estar contenidos necesariamente en la exposición de motivos.

Es decir, esta no es imprescindible, siendo que si se suscitase algún inconveniente al interpretar una norma, siempre se podrá recurrir a otros instrumentos tales como el diario de debates y los proyectos de ley.

En este punto, cabe hacer una precisión; si bien el artículo 208 constitucional establece que en primera discusión se considerará la exposición de motivos de los proyectos de ley, con lo cual los legisladores pueden estudiar la pertinencia y viabilidad de las normas, esto no implica que la norma al ser promulgada deba contener necesariamente la exposición de motivos, ya que la misma no constituye garantía alguna para los ciudadanos, siendo que la norma ya ha sido promulgada.

No obstante, consideramos que el escenario ideal, es aquel en que la norma esté construida de tal modo que sea posible interpretar a través de ella el espíritu del legislador, sin necesidad de recurrir a otros instrumentos.

De otro lado tenemos que, la naturaleza de la exposición de motivos, no responde a la de una norma jurídica, sin embargo, existe una posición mayoritaria según la cual estas presentan un carácter interpretativo.

A a nuestro juicio, éstas constituyen un auxiliar de la norma y deben ser utilizadas a título referencial, no debiendo ser consideradas como vinculantes al momento de que se presente alguna duda en cuanto a la interpretación de un texto jurídico. No obstante, para que puedan ser útiles, es preciso que las mismas presenten un contenido que nos ofrezca algún tipo de vestigio sobre el propósito del legislador al momento de crear la norma, pues de lo contrario

realizar una interpretación a partir de lo establecido en la exposición de motivos, sería una labor de imposible realización.

En Venezuela, se han venido promulgando múltiples normas precedidas de una exposición de motivos, las cuales, en muchos casos, como se tuvo oportunidad de observar, están contenidas de argumentos ambiguos, cargados de un alto nivel emocional, apelándose a argumentos de corte político e histórico, que en definitiva difícilmente nos permitirán resolver algún problema de interpretación jurídica en un futuro.

Varios de esos argumentos no tienen basamento constitucional y están fundados en razones que responden a un ideal político.

Es por ello, que consideramos conveniente llamar la atención sobre este particular, puesto que, tal como están siendo redactadas algunas de las exposiciones de motivos en las leyes y Decretos leyes actualmente, las mismas no son útiles desde ningún punto de vista, siendo que ni siquiera pueden constituir referencia para el individuo al momento de realizar algún esfuerzo por interpretar una norma, por tanto, en el derecho venezolano actual, la exposición de motivos no cumple ninguna función pues las mismas no constituyen ningún tipo de garantía para los ciudadanos, con ellas no se resguarda ningún derecho y aunado a esto, consideramos que tampoco deben tenerse como imprescindibles al momento de interpretar una norma, debido a que, como ya apuntamos, lo ideal es que las mismas estén construidas de modo que no sea necesario recurrir a ningún instrumento auxiliar a ellas.

Por tanto, en aras a un sistema jurídico eficaz, capaz de regular el orden social, lo ideal es que se promulguen normas que realmente tengan contenido jurídico, indistintamente de si las mismas son promulgadas precedidas de un preámbulo o no.

El verdadero inconveniente actualmente en Venezuela es que se ha pervertido la función legislativa, ya que la política se ha consumido al Derecho, lo cual es propio de los regímenes socialistas. BASTIAT se refiere a este punto como “expoliación legal” y a este respecto expone:

[...] El socialismo precisamente invoca la ley. No apela a la expoliación extra-legal, sino a la expoliación legal. Al igual que todos los monopolistas, pretende hacer un instrumento de la ley misma; y una vez que tenga la ley de su parte, ¿cómo se puede volver la ley contra él? ¿Cómo pretender colocarlo bajo el poder de los tribunales, gendarmes y prisiones?²⁷

El socialismo utiliza la ley para lograr sus cometidos, tergiversando de este modo la función de la ley que según BASTIAT, es garantizar a todas las

²⁷ Frédéric Bastiat: *La Ley*. Disponible en <https://goo.gl/WQOy99> [consultado: 03-05-2016].

personas su libertad, su propiedad y para mantener a cada persona en su derecho. En este sentido, mientras la ley sea utilizada para beneficiar a unos en perjuicio de otros, mientras la ley no coloque frenos al ejercicio del Poder, sino que sirva de instrumento para los excesos y prevalezcan los ideales políticos por encima de las libertades y las propiedades de los seres humanos, entonces ni la propia ley, ni la exposición de motivos podrán coadyuvar a resolver algún inconveniente interpretativo.

EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO VENEZOLANO

Maurice Germán Eustache Rondón¹

Resumen: *El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica del bien del patrimonio cultural y cómo resultan aplicables las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. También estudia la declaratoria de bienes integrantes del patrimonio cultural, el alcance de potestades públicas y límites a la propiedad como consecuencia de la protección de dichos bienes. Concluye que debe distinguirse el patrimonio cultural en sentido amplio frente al estricto, en función del criterio formal centrado en la declaratoria, discrecional y constitutiva, que somete tales bienes al régimen normativo especial. Constata el carácter inmaterial de los bienes del patrimonio cultural, strictu sensu, en tanto que utilidad valorable culturalmente que trasciende y sobrepasa el continente físico, siendo independiente la propiedad o autoría de ese soporte material. Propone que las reglas de demanialidad aplican al bien cultural propiamente dicho y en relación a las entidades territoriales y pueblos indígenas, únicos aptos de ser titulares de un Patrimonio Cultural.*

Palabras clave: *Patrimonio cultural – Patrimonio cultural indígena – bienes culturales – Dominio público – Limitaciones al derecho de propiedad.*

SUMARIO. Introducción. **I.** El patrimonio cultural en el derecho venezolano. **1.** Planteamientos generales sobre el patrimonio cultural. **A.** Noción del patrimonio cultural. **B.** Concepción de los bienes culturales: naturaleza jurídica. **2.** Ordenamiento positivo vigente del patrimonio cultural en Venezuela. **A.** De rango constitucional. **B.** De rango legal. **a.** De derecho internacional. **b.** De derecho interno. **C.** De rango sublegal. **D.** Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura. **3.** Patrimonio cultural y bienes culturales en Venezuela. **A.** Generalidades sobre su régimen. **B.** Monumentos nacionales y demás bienes culturales. **C.** Clasificaciones de los bienes del patrimonio cultural. **D.** Categorías de bienes integrantes del patrimonio cultural. **a.** Bienes inmuebles. **b.** Bienes muebles. **c.** Bienes arqueológicos y paleontológicos. **d.** Bienes inmateriales. **e.** Portadores patrimoniales. **f.** Bienes naturales con significación cultural. **E.** Declaratoria del bien cultural. **F.** Inmaterialidad de los bienes culturales. **G.** Limitaciones a la propiedad como consecuencia de la declaratoria de bienes culturales. Conclusiones.

¹ Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2002). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (2016). Abogado de Constructora Norberto Odebrecht, S.A. (Proyectos Metro de Caracas).

INTRODUCCIÓN

La Carta Magna² le encomienda a la Administración Pública, como parte integrante del Estado Venezolano, la protección y resguardo de diversos valores jurídicamente reconocidos, entre los cuales se encuentra la cultura. Al igual que en el caso de otros valores, la noción de cultura, además de la diversidad de sus acepciones y significados, es concebida de manera anfibológica en el ordenamiento jurídico: como derecho subjetivo³ y como bien jurídicamente reconocido en sí mismo⁴. En tal sentido, como los demás valores identificados desde un inicio en la norma suprema, la cultura constituye una justificación para la actividad del Estado y, más aún, una justificación de su misma existencia. La realización por parte de la Administración Pública de esa actividad relacionada con la cultura implica, como inevitablemente sucede casi siempre, una afectación (positiva o negativa) en la esfera jurídica de los particulares. Por ende, al estar reconocido en el ordenamiento jurídico desde la propia norma fundamental, debe concluirse que cuando asentaron las bases de la República Bolivariana de Venezuela, los ciudadanos estimaron que la cultura era uno de los intereses de tanta importancia que motiva la actuación de la Administración Pública, por lo que amerita la existencia de ciertas potestades públicas para cumplir con fines acordes a éste.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula la materia cultural tanto como límite a la eventual perturbación de las esferas jurídicas particulares (derecho subjetivo), así como objeto de conducta pública (fin del Estado). Dicha Norma Fundamental ubica la regulación de la cultura en el Capítulo VI “De los derechos culturales y educativos” del Título III “DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES”, específicamente en su artículo 99, en el cual el Constituyente califica los valores de la cultura como “[...] un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental [...]”. En la misma disposición normativa se establece como obligación del Estado su fomento y su garantía⁵. También se decreta que la Administración Cultural Pública gozará de autonomía en los términos legales. Además, se obliga al Estado a que “[...] garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del

² La última publicación con la primera enmienda corresponde a la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

³ En su Preámbulo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le encarga al Estado el deber de asegurar el derecho a la cultura.

⁴ Entre otras disposiciones constitucionales, el artículo 99 de la Carta Magna refiere a la cultura expresamente como bien jurídico y como derecho subjetivo.

⁵ Siendo consecuente con la anterior mención, la cultura como “bien jurídico” sería objeto de fomento y como “derecho” estaría sujeto a la garantía del Estado.

patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación". Finalmente, se agrega de igual modo que tales bienes "[...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes".

Entonces, por lo enunciado en la Constitución vigente y para cumplir con lo relacionado a la cultura, se reconoce a la denominada Administración Cultural Pública hasta el punto de conferirle "autonomía" en los términos legales, la cual puede entenderse como una especificación de tipo técnica; tecnicidad necesaria para que la Administración Pública ejerza las funciones que la Constitución y las demás leyes le confiere en el ámbito cultural. En este mismo sentido ha sido la concepción del denominado Derecho Cultural que varios autores califican de nuevo⁶, el cual regula la compleja actividad que esta Administración "especial" actualmente desarrolla en el "sector cultural". La referida complejidad se demuestra por cuanto esa actividad, como en muchos otros -si no en todos- de los sectores intervenidos por la Administración Pública, rebosa la tradicional clasificación de: actividad de policía (o de limitación), actividad de fomento y actividad de servicio público (o de prestación)⁷.

Ahora bien, de la norma constitucional antes transcrita parcialmente puede concluirse una primera situación: el *in fine* de este artículo 99 de la Constitución de 1999 califica a los bienes que conforman el Patrimonio Cultural en Venezuela como inalienables, imprescriptibles e inembargables. Así las cosas, ante tal enunciación constitucional y al entender que este particular Patrimonio adjetivado como Cultural está constituido por los bienes declarados de interés cultural, tanto dentro del territorio nacional como los que ingresen a él, según lo establece el artículo 6° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural⁸, surge la necesidad de aproximarse a una noción de la naturaleza jurídica de tales bienes culturales. De ahí que, al pretender abordar un estudio de la regulación jurídica venezolana en materia de patrimonio cultural aflora el siguiente cuestionamiento: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los bienes que conforman el Patrimonio Cultural en Venezuela?

⁶ Carlos Padros Reig: "Un nuevo modelo de Administración Pública cultural". *Revista de arti e diritto on line*, N° 1, Aedon, Il Mulino, 2002. ISSN 1127-1345. <http://www.aedon.mulino.it/archivio/2002/1/reig.htm>; Jesús Prieto de Pedro: "Cultura, economía y derecho, tres conceptos implicados". *Pensar Iberoamérica Revista de Cultura*, N° 1, Junio-Septiembre. Organización de Estados Iberoamericanos, 2002. <http://www.campus-oei.org/pensariberoamerica/ric01a04.htm>.

⁷ C. Padros R.: "Un nuevo modelo de Administración ...". *op. cit.*

⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.623 Extraordinario, del 3 de septiembre de 1993.

En un segundo término, del mismo artículo constitucional fundamental en materia de la cultura se desprende que el deber del Estado -el cual ha de entenderse tanto en su manifestación Ejecutiva, como Legislativa y Judicial- de garantizar “la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural” conlleva necesariamente la posible afectación, bien sea positiva o negativa, de las esferas jurídicas de los particulares. Esto resulta del todo más palpable cuando se entiende que los referidos bienes declarados de interés cultural pasan a formar parte del Patrimonio Cultural independientemente de “quienquiera que sea su propietario”, según lo contempla expresamente el mencionado encabezamiento del artículo 6° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

Asimismo, se observa la posibilidad de afectar en maneras y magnitudes diferentes a los particulares en su derecho de propiedad, al conferirle a los integrantes de la Administración Cultural Pública ciertas facultades con las cuales se pueden someter bienes de propiedad privada a un régimen jurídico particular o especial, con la sola “declaración” que, conforme a la ley, efectúen ciertas entidades administrativas, particularmente en virtud de la expresa incorporación en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de la figura de expropiación de “bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico”. De manera que las potestades de la Administración Cultural Pública en materia de Patrimonio Cultural abarcan desde el sometimiento a un conjunto de cargas, obligaciones y limitaciones al propietario o poseedor hasta su eventual expropiación. Es así como surge un segundo cuestionamiento: ¿Cuáles son los alcances de las potestades públicas y los límites al derecho de propiedad como consecuencia de la protección al patrimonio cultural?

Lo planteado resulta de mucha importancia por cuanto un claro entendimiento de la naturaleza jurídica de los bienes culturales así como de la forma en que éstos integran el Patrimonio Cultural en Venezuela permitirá una más adecuada aplicación del régimen jurídico que los regula y las implicaciones que éste tiene, tanto para la Administración Cultural Pública como para los particulares que tengan alguna vinculación con esta materia. De igual modo, es indispensable tener una clara visión de las posibles afectaciones o limitaciones al derecho de propiedad consecuencia de la regulación en esta materia y, sobre todo, de cuáles son los presupuestos jurídicos y las condiciones legales necesarias para que aquéllas puedan producirse, conforme al ordenamiento jurídico venezolano.

Adicionalmente, resulta pertinente el presente trabajo ya que ha sido sumamente reducida la bibliografía nacional en materia de patrimonio cultural así como exigua la lista de investigaciones académicas en dicho

ámbito; siendo necesario acudir mayoritariamente a doctrina extranjera para abordar teóricamente este tema. En virtud de ello, se aspira que el presente trabajo pueda sumarse a las investigaciones patrias en esta área y servir de aporte al desarrollo del Derecho del Patrimonio Cultural en Venezuela.

I. EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL DERECHO VENEZOLANO

1. Planteamientos generales sobre el patrimonio cultural

La regulación del “Patrimonio Cultural” es considerada como una de las tres columnas principales sobre las que se fundamenta el Derecho Cultural en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, junto con el “Derecho de Autor” y la “Prensa e Imprenta”⁹. No obstante, el patrimonio cultural se distingue de los otros ámbitos por ser uno de los objetos de regulación más antiguos, siendo posible identificar ciertos períodos con algunos momentos de discontinuidad en la historia de su conservación¹⁰.

Durante el siglo XIX, en varios países aumentó la atención hacia las tradiciones locales y se le dio mucha importancia a la protección de objetos históricos, colecciones y monumentos. En el siglo XX, en virtud de las dos Guerras Mundiales, en su primera mitad, y el surgimiento de un movimiento de modernización en el ámbito artístico, arquitectónico y de planificación urbana, se observó una internacionalización de la conservación de elementos de significancia histórica¹¹.

Particularmente, se pueden destacar las siguientes referencias históricas:

Como antecedentes más remotos, en virtud de asociar creencias y mitos a lugares como montañas, bosques, árboles y cascadas, algunos grupos étnicos reconocían ciertos sitios como sagrados. No obstante, es en la antigua

⁹ J. Prieto de P.: “Cultura, economía y derecho...” *op. cit.*

¹⁰ Stamatoudi asevera que, como tal, el Derecho de patrimonio cultural (*cultural property law*) es un área reciente del Derecho, caracterizado por su rápida evolución, ubicando sus inicios en la mitad del siglo XIX, con la creación de los primeros cuerpos normativos, cuyos principales ámbitos de interés era la protección de “*tesoros culturales*”, tanto en situaciones de paz - particularmente casos de hurto o robo, excavaciones ilegales y comercio ilícito internacional- como en momentos de conflicto armado (Iriani A. Stamatoudi: *Cultural Property Law and Restitution: A commentary to International Conventions and European Union Law*. Gloucestershire. Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 1).

¹¹ Jukka Jokilehto: “On definitions of Cultural Heritage”. *ICLAFI Ejournal*, N° 1, Julio. Lima. International Scientific Committee on Legal, Administrative and Financial Issues (ICLAFI), International Committee on Monuments and Sites (ICOMOS), 2009. ISSN 2074-1456, p. 4. <http://siteresources.worldbank.org/INTCHD/Resources/articleJukkaJokilehto.pdf>.

Roma que se registra por primera vez una política de “tutela”¹² cuando entre los siglos IV y V, se implementaron medidas de protección de ciertas edificaciones antiguas que se consideraba guardaban un valor histórico que ameritaba su resguardo¹³.

En el siglo IX, en China existían equipos a quienes se les encomendaba mantener y conservar palacios, santuarios y tumbas. En India, en el antiguo tratado de construcción denominado “Mayamata”, se registraron instrucciones para la restauración de ruinas de templos, según las cuales tales labores debían realizarse con sus mismos materiales, a fin de lograr que las obras recuperaran su integridad¹⁴. Sin embargo, en lugar de justificar medidas para su protección, en ocasiones el reconocimiento del valor de ciertos monumentos como simbólicos y característicos de algunos sectores religiosos o regímenes políticos motivaba su destrucción deliberada, con el objeto más bien de eliminar tales memorias¹⁵.

En el siglo XV, el Vaticano también asumió una postura política y cultural que llevó a caracterizar una conciencia generalizada del valor de monumentos en Italia, lo que estimuló -entre otras consecuencias- la práctica de coleccionar piezas artísticas obtenidas de excavaciones¹⁶. Inclusive, algunas colecciones llegaron a ser visitadas por el público, generando en la comunidad una identidad y sentido de pertenencia hacia tales bienes.

En el siglo XVII en Francia, el ministro Jean-Baptiste Colbert creó la *Surintendance des bâtiments du Roi*, la cual dictó normativas con el objeto de velar por las bellas artes y el patrimonio histórico¹⁷. Posteriormente, con la

¹² Paola Galli: “Cultural Assets for sale: A comment on the Italian Code for the cultural assets and landscape Legislative Decree 22 January 2004”. *Patrimoniosos.it*, In *difesa dei beni culturali e ambientali*, 5 de marzo de 2005. <http://www.patrimoniosos.it/rsol.php?op=getintervento&id=52>.

¹³ En el año 458, el Emperador Julio Valerio Mayoriano ordenó al Prefecto de Roma que debían protegerse “todas las edificaciones que han sido encontradas por antiguos tales como templos y otros monumentos y que fueron construidos para uso público o placer”, imponiendo multas a los jueces que decretaran su destrucción y aun la mutilación de las manos de quien infringiera tal prohibición (J. Jokilehto: “On definitions of Cultural...” *op. cit.*, p. 4).

¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ En 1462, el Papa Pío II prohibió las demoliciones indiscriminadas, así como el uso de mármol antiguo para la construcción: En 1474 y 1486, el Papa Sixto IV reforzó la figura de “jueces de la calle” con la misión de detener la pérdida de bienes resguardados en las iglesias. En 1515, el famoso pintor italiano Raffaello Sanzio da Urbino (1483-1520) fue nombrado como primer responsable en la protección de monumentos de Roma, quien le reportó al Papa Leo X acerca de la pérdida de gran parte del patrimonio histórico de la ciudad por nuevas construcciones (P. Galli: “Cultural Assets for sale...” *op. cit.*).

¹⁷ J. Prieto de P.: “Cultura, economía y derecho...” *op. cit.*

revolución francesa se observó un período paradójico durante el cual emergió una conciencia del valor de antiguas obras artísticas, históricas y científicas¹⁸, aunque de igual manera los revolucionarios franceses causaron muchos daños a bienes propiedad de los anteriores gobernantes, dado el deseo de venganza hacia el régimen previo.

En el siglo XIX, se consolidó la idea de que el Estado debía proteger los bienes de valor cultural, que constituían un potencial incentivo para la investigación artística e histórica, así como para el turismo en general, lo que podría contribuir a la economía e industria de la ciudad. En este período, en Francia, se efectuaron varios intentos de elaborar inventarios de tales bienes, cuestión que resultó ser una tarea de gran complejidad¹⁹.

Por su parte, en Italia en 1802, el Papa Pío VII se vio en la necesidad de ordenar la identificación de los bienes artísticos muebles e inmuebles, tanto propiedad de la Iglesia Católica Romana como seglar, los cuales no podrían ser exportados “bajo ninguna circunstancia”, en buena medida en virtud de los despojos que causó Napoleón a una parte significativa del patrimonio cultural²⁰.

Finalmente, en la primera mitad del siglo XX, el interés en la protección del patrimonio cultural alcanzó dimensiones internacionales, siendo aun uno de los más importantes objetivos de la entonces existente Sociedad de Naciones, dadas las pérdidas que en este ámbito sufrieron los países como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. La segunda mitad de ese siglo, se caracterizó por la colaboración internacional, con la creación de organizaciones e instituciones que pretendieron fomentar, conservar y proteger el patrimonio cultural en cada nación, resaltando bienes culturales que aun trascienden los Estados individualmente concebidos²¹.

A. Noción del patrimonio cultural

En el ámbito jurídico, han sido variadas las expresiones utilizadas para referirse al cúmulo de bienes que ostentan un valor cultural, a saber, riqueza artística, patrimonio histórico-artístico, patrimonio artístico, histórico o

¹⁸ En 1794, la *Commission temporaire des arts* ordenó la protección de bienes de valor artístico e histórico, bajo la concepción de que eran propiedad de la nación (J. Jokilehto: “On definitions of Cultural...” *op. cit.*, p. 8).

¹⁹ J. Jokilehto: “On definitions of Cultural...” *op. cit.*, pp. 8-9.

²⁰ Tras la derrota de Napoleón en la Batalla de Waterloo en 1815, con el tratado de París de ese mismo año, muchas de las obras artísticas que habían sido despojadas de otros países por los ejércitos revolucionarios franceses fueron devueltas a sus naciones de origen, lo cual estimuló la formación de nuevos museos en Europa. (P. Galli: “Cultural Assets for sale...” *op. cit.*).

²¹ J. Jokilehto: “On definitions of Cultural...” *op. cit.*, pp. 10-11.

arqueológico, memoria colectiva, tesoro cultural, entre otras. Aún se mantiene el debate en cuanto al término más adecuado para identificar al conjunto, tal como también es álgida la discusión en relación con la determinación y denominación de los elementos que lo integran.²² No obstante, en los actuales momentos parece que la doctrina, casi de manera unánime, ha acogido el sintagma “patrimonio cultural” como el *nomen iuris* apropiado²³.

Particularmente en la historia constitucional venezolana, la primera expresión utilizada fue “riqueza artística e histórica del país”, contenida en el artículo 59 de la Constitución de 1947²⁴. Aunque con anterioridad, la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación se refería al “patrimonio histórico y artístico de la nación”²⁵.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico patrio, se ha tomado la frase “Patrimonio Cultural”, la cual pudiera ser la más ajustada al criterio tan amplio que asumen las normas que lo regulan, si bien es en esa amplitud donde radica, precisamente, la crítica por parte de un sector de la doctrina²⁶. Esta expresión también ha sido utilizada en los principales instrumentos jurídicos a escala internacional²⁷, a saber, Convención sobre la Protección de

²² Alonso I. señala que, aunque las modificaciones iban ampliando los bienes susceptibles de incorporarse dentro del conjunto, “los cambios semánticos se agotaba en lo puramente nominalístico” (María del Rosario Alonso Ibañez: *El Patrimonio Histórico. Destino Público y Valor Cultural*. Madrid. Editorial Civitas, s.a., 1992, p. 72).

²³ Ignacio Rodríguez Temiño: “Sobre el patrimonio cultural”. *Sphera Pública. Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación*, N° especial. Guadalupe de Murcia. Universidad Católica San Antonio de Murcia, 2010, p. 76.

²⁴ El artículo 59 del Capítulo V “De la Educación” del Título III “De los Derechos y Deberes Individuales y Sociales”, disponía: “La riqueza artística e histórica del país estará bajo el control y salvaguardia del Estado, de acuerdo con la Ley” (Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, N° 192 Extraordinario, del 18 de julio de 1947).

²⁵ Publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, N° 21.787, el 15 de agosto de 1945. Por su parte, Turuhpial C. destaca como antecedente normativo más remoto la Ordenanza sobre Defensa del Patrimonio Histórico de la Ciudad de Caracas, dictada por el antiguo Concejo Municipal del Distrito Federal, publicada en Gaceta Municipal, N° 6.321, el 2 de enero de 1945 (Héctor Turuhpial Cariello: *Teoría General y Régimen Jurídico del Dominio Público en Venezuela*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2008, p. 208). Sin embargo, Pérez P. refiere al Decreto de Protección de Documentos Oficiales y Objetos Históricos de 1917 (Yaritza Pérez Pacheco: “La protección del patrimonio cultural. Una aproximación al régimen jurídico venezolano en el marco de la codificación internacional”. *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 65-66, 2010-2011. Caracas. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, 2011, p. 244).

²⁶ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 71.

²⁷ Los textos oficiales acuñan en inglés el término: “Cultural Heritage”; y en francés la expresión: “Patrimoine Culturel”.

los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado²⁸; Convención sobre las medidas que deben adaptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales²⁹; Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural³⁰; Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático³¹; Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial³² y Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales³³.

En relación al término “patrimonio”, debe precisarse que su uso aquí no refiere al concepto conocido en el derecho privado, esto es, “el conjunto de bienes y de obligaciones de una persona, considerado como formando un todo”.³⁴ Al respecto, si bien esta institución jurídica, fundamental para el derecho de bienes, tiene su énfasis en la idea de conjunto de los elementos (pasivos y activos) que lo integran, puede constatarse el sentido o significado propio del patrimonio, claramente diferenciado del de sus componentes³⁵. Por el contrario, para un sector de la doctrina, el binomio “patrimonio cultural” no constituye un concepto que ostente un sentido jurídico propio o autónomo, distinto al de la suma de sus partes, toda vez que estiman que

²⁸ Esta convención fue el primer cuerpo normativo internacional en esta materia adoptado por la UNESCO, siendo aprobada en La Haya en 1954. La República Bolivariana de Venezuela se adhirió el 9 de mayo de 2005, luego de publicarse la correspondiente Ley Aprobatoria en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.746 Extraordinario, el 22 de diciembre de 2004.

²⁹ Aprobada en París en 1970, incorporada al derecho interno venezolano mediante Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.747 Extraordinario, el 23 de diciembre de 2004 y aceptada por Venezuela el 21 de marzo de 2005.

³⁰ Aprobada en París en 1972, incorporada al derecho interno venezolano mediante Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.191 Extraordinario, el 6 de julio de 1990 y formalmente aceptada el 30 de octubre del mismo año. A partir de este cuerpo normativo, se incorporó en la normativa internacional una visión más unitaria y preponderante de la expresión “*patrimonio cultural*” frente al término “*bien cultural*”, en comparación con las convenciones anteriores.

³¹ Aprobada por la UNESCO en París en 2001. Venezuela no es parte de dicha convención internacional.

³² Aprobada en París en 2003, incorporada al derecho interno venezolano mediante Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.822 Extraordinario, el 25 de septiembre de 2006 y aceptada por Venezuela el 12 de abril de 2007.

³³ Aprobada en París en 2005, incorporada al derecho interno venezolano mediante Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.598, el 29 de diciembre de 2007 y aceptada por el estado venezolano el 28 de mayo de 2013.

³⁴ Oscar E. Ochoa G.: *Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 67.

³⁵ Tanto la teoría personalista o clásica como la objetiva o “de la afectación”, partían de que el patrimonio no significaba la simple suma de bienes u obligaciones pertenecientes a un sujeto de derecho o afectados a un interés jurídico.

dicha expresión se agota jurídicamente con la concepción de los elementos que la conforman -los bienes culturales-, los cuales sí tendrían una significación jurídica propia y determinada³⁶.

De manera que es obvio que en la frase en cuestión, el vocablo “patrimonio” guarda mucha distancia de la categoría jurídica propia del derecho civil³⁷, toda vez que, en efecto, se encuentra conformado por un conjunto de bienes pertenecientes a diferentes titulares y abarca elementos de los cuales pudiera negarse su condición de bienes tradicionalmente entendidos como tales³⁸; aunque se puede considerar que las razones determinantes serían que, a diferencia de la concepción civilista: (i) el patrimonio cultural lo conforman solamente elementos activos, no pasivos³⁹;

³⁶ Alonso I. cita a Bassols Coma y Mendizábal Allende, quienes niegan que el término legislativo español “patrimonio histórico” contenga un sentido jurídico distinto al de conjunto de bienes culturales, mientras que refiere a Barrero Rodríguez, según el cual la noción conlleva a reconocer “el derecho colectivo a una regulación normativa que preserve su integridad” (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, pp. 133-134). Por su parte, Guerra L. de C. contrapone los términos “patrimonio cultural” y “conjunto de bienes culturales”, señalando que unos autores le atribuyen al primero un sentido más amplio, por cuanto entienden que refiere a distintos ámbitos (nacional, internacional, eclesial, etc.), así como abarca actividades de valor cultural, los cuales no constituyen bienes como tales; mientras otros consideran lo contrario, prefiriendo el uso del término “bien cultural” para comprender los diferentes elementos objetivos de valor cultural sin vincularlos al titular respectivo, aunque asevera que “todavía no se han definido [los términos ‘patrimonio cultural’ y ‘bien cultural’] con un contenido propio y diferenciado” (Marta Guerra López de Castro: “Los bienes culturales, noción y regulación en el derecho español, con especiales referencias al patrimonio de la iglesia católica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, p. 313).

³⁷ El jurista venezolano Muci B., refiriendo a la entonces vigente Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación de 1945, indicaba que dicha ley nacional creó un patrimonio “atípico”, ya que “no se halla ligada o vinculada a un sujeto concreto, y que -por ende- no tiene por finalidad la satisfacción de las acreencias de sujeto alguno”, sino que el común denominador de los distintos bienes que lo integran consisten en que son bienes: (i) culturales (monumentos históricos y artístico, y obras de arte correlacionados o no con la historia nacional); y (ii) que se encuentren dentro del territorio nacional (José Antonio Muci Borjas: “Los bienes culturales y su protección en el derecho venezolano”. *Revista de Derecho Público*, N° 48, octubre-diciembre. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1991, p. 68).

³⁸ En realidad, más que demostrar la imprecisión del término “patrimonio cultural”, el que los elementos incluidos en este conjunto no se limitan a bienes, demuestra lo equívoca que pudiera ser la expresión “bien cultural”, toda vez que el régimen jurídico incluye dentro del “patrimonio cultural” a las tradiciones, costumbres y paisajes, que difícilmente podrían concebirse como “bienes” en el sentido tradicional del término. En el siguiente acápite, se efectuará un análisis sobre este particular.

³⁹ Quien presenta este trabajo cree que el conjunto de deberes -de conservación, fomento, protección, divulgación, etc.- que el ente público territorial titular del patrimonio cultural

y (ii) tales elementos activos consisten exclusivamente en bienes, no derechos (reales, de crédito o acciones judiciales). De ahí, se demuestra que la escogencia del término no responde a una percepción propiamente jurídica⁴⁰.

Sin embargo, la expresión “patrimonio” denota la importancia del sentido global o “de conjunto” de los bienes que lo integran, por lo que -a juicio de quien presenta este trabajo- no debe menospreciarse lo acertado de su uso. Así, aunque en el ámbito jurídico “patrimonio cultural” pudiera carecer de un sentido claramente diferenciado de la noción de “bienes culturales” concebidos particularmente, una exclusiva visión individualizada de los elementos que integran el patrimonio cultural impediría un correcto entendimiento de su significado e importancia⁴¹. Por tal razón, lo que justifica este régimen jurídico especial no es el valor cultural que pueda presentar cada uno de los elementos que lo integran individualmente considerados; sino que la protección, conservación y fomento del patrimonio cultural como un conjunto, es lo que garantiza el acceso de las generaciones a la cultura que de modo acumulativo se ha ido forjando por los grupos sociales que las antecedieron⁴².

tiene respecto de los bienes que lo integran no entraría en la noción de obligaciones como los que constituyen el pasivo del patrimonio civil.

⁴⁰ Pérez P. resalta la noción general de “patrimonio” como aquello que se hereda de una generación a la siguiente, con lo cual se “alimenta en el ser humano una sensación de continuidad en el tiempo y de identificación con una determinada tradición”. Así, el patrimonio cultural evidencia la “evolución cultural de un pueblo” (Y. Pérez P.: “La protección del patrimonio cultural...” *op. cit.*, p. 226).

⁴¹ Alonso I. señala que el término “patrimonio” utilizada en la expresión constitucional “patrimonio histórico, artístico y cultural” tiene un evidente sentido metajurídico para referir a “la riqueza cultural de un país en cuanto valores inmateriales inherentes a determinados objetos”, destacando que la homogeneidad del conjunto de tales “objetos” radica en su aptitud para ser “instrumentos de promoción cultural”. Sin embargo, reconoce que no tiene sentido jurídico utilizar el término “patrimonio” para agrupar bienes que -como en el caso de los culturales- carecen de una indispensable valoración económica, dado que eso es precisamente lo que caracteriza a dicho vocablo (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, pp. 123-125).

⁴² En sentencia N° 1817 del 28 de noviembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela estableció que “desde la perspectiva constitucional cuando se hace referencia al Patrimonio Cultural, el mismo se debe entender desde el punto de vista teleológico, como el acervo que a[sic] heredado la sociedad venezolana, como producto del devenir histórico de los pueblos que en distintas épocas y de manera sucesiva se han asentado y desarrollado en nuestro territorio, como manifestación de la complejidad que representa el carácter pluricultural, multiétnico y plurilingüe de la actual República Bolivariana de Venezuela -Vid. Preámbulo y artículos 9 y 99 al 126 (entre otros) de la Constitución-; así el patrimonio cultural debe ser considerado como un legado que se recibe de generaciones precedentes y que debe ser transmitido a generaciones futuras, en la medida

De igual manera, debe agregarse que está muy vinculado a la noción jurídica de “patrimonio”, la idea de su titular -primordialmente dentro de la teoría personalista o clásica. En tal sentido, cuando se considera el patrimonio cultural, debe referirse a que -independientemente de la titularidad que exista sobre cada bien cultural individualmente apreciado- el conjunto determinado de bienes que lo integran pertenece, en un sentido global, a un particular ente público territorial, en tanto que el Patrimonio Cultural de la República Bolivariana de Venezuela es diferente al del Estado Táchira y al del Municipio Libertador del Distrito Capital, aunque estas últimas se encuentren geográficamente ubicadas dentro del territorio de la primera.

Por otra parte, en cuanto al vocablo “cultural”, el análisis parece ser más complejo. Como ya se mencionó, este término aumenta el alcance del concepto en cuestión y abre, sin lugar a dudas, el radio de acción en esta materia.⁴³ Por este motivo, un sector de la doctrina cuestiona su precisión, toda vez que “en este Patrimonio no tienen cabida todo tipo de manifestaciones que hagan referencia a la Cultura”⁴⁴.

que éste representan parte de la identidad nacional por su particular relevancia en el desarrollo de la sociedad venezolana.

En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asume una concepción dinámica de la cultura entendida como ‘(...) aquel todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de un sociedad (...)’ -Cfr. WITHE, LESLIE A. La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 97- que tiene como premisa fundamental, la imposibilidad de asumir en nuestro país y en el mundo posiciones que califiquen ‘culturas’ mejores que otras, sino la simple existencia de ‘culturas’ diferentes, lo cual rompe con cualquier concepción que justifique la dominación, la explotación y la intolerancia entre los pueblos y los individuos”.

⁴³ D. Zimmer enuncia: “La cultura es todo. Y todo es cultura”, citado por Stern (Klaus Stern: “Los valores culturales en el Derecho Constitucional Alemán”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 558). Abad L. y Bruzaco S. señalan que el término “patrimonio cultural” funciona como “género comprensivo de las diferentes manifestaciones y expresiones humanas” abarcando las especies constituidas por los conceptos de “patrimonio histórico” y “patrimonio artístico” (José María Abad Licerias y María Bruzaco Samper: “La Protección Jurídica de Lugares o Parajes Significativos a través de los Sitios Históricos: La Experiencia del Sistema Español”. *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Tomo III. Caracas. Ediciones Paredes, 2007, p. 2564).

⁴⁴ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 71. Señala la autora española que es más acertado el término “Patrimonio Histórico”, en contraposición al uso del vocablo “artístico” -aplicable también a la locución “cultural”-, por cuanto en su criterio el segundo acarrea “el peligro de caer en valoraciones subjetivas... que siempre existe en la valoración de lo artístico sin tener en cuenta la historicidad inherente a todos estos fenómenos”.

No obstante, parece incuestionable que: (i) lo que caracteriza a los elementos que integran este conjunto es que ostentan un valor o interés “cultural”⁴⁵; y (ii) la finalidad de la regulación jurídica para proteger y valorar tal “patrimonio” es promover y garantizar el acceso de las generaciones a la “cultura”⁴⁶. Quizá por ello pareciera inevitable servirse de este término al momento de escoger una denominación⁴⁷.

Ahora bien, como ya ha sido analizado supra, es notable la problemática amplitud del término “cultura” para delimitar el “patrimonio cultural”, ya que no se puede concluir que la regulación jurídica en esta materia versa sobre la totalidad de las manifestaciones culturales que definen al Estado. De ahí que un sector de la doctrina diferencia el patrimonio cultural en sentido lato y en sentido estricto, entendiendo que el primero aglutina “todo fenómeno cultural, medios, instrumentos o sujetos que tienen relevancia en la creación, depósito y transmisión de la Cultura”; mientras que el segundo se encuentra “integrado exclusivamente por fenómenos de Cultura material, por bienes que son o han sido expresión relevante de la Cultura del pueblo... desde un punto de vista material, esto es, bienes con valor o función cultural igual que los anteriores, pero cuyo soporte físico sea una <<cosa>>”⁴⁸.

⁴⁵ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 73.

⁴⁶ Giancarlo Rolla: “Bienes culturales y Constitución”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 2, enero-abril. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 165.

⁴⁷ Sin embargo, un sector de la doctrina ha advertido acerca del creciente uso de la voz “patrimonio”, solo, sobre todo en el ámbito doctrinario, esto es, sin agregar adjetivo alguno, en el entendido que existe una “transferencia semántica” de los adjetivos “cultural”, “histórico” e incluso “natural”, al sustantivo “patrimonio” (I. Rodríguez T.: “Sobre el patrimonio cultural...” *op. cit.*, p. 80). En este sentido, Hernández H. indica que el “patrimonio integral” abarca al “cultural” y “natural” como “un todo que va indisolublemente unido” (Francisca Hernández Hernández: “La conservación integral del patrimonio”. *Revista Complutum*, Extra 6 (II). Madrid. Departamento de Prehistoria Universidad Complutense de Madrid, 1996, p. 255). Por su parte, Pérez P. destaca que la ampliación progresiva de la noción de patrimonio cultural incluye el patrimonio natural (Y. Pérez P.: “La protección del patrimonio cultural...” *op. cit.*, p. 249).

⁴⁸ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 75. Quien presenta el trabajo difiere de la autora en cuanto a la necesidad de que los bienes culturales que integran el patrimonio cultural *strictu sensu* tengan un soporte material, toda vez que la mayoría de los regímenes jurídicos incluyen expresamente bienes inmateriales o intangibles, por lo que mal podrían quedar excluidos. Más aún, quien escribe considera errado que la doctrinaria citada parta de una noción exclusivamente material de “cosa”, toda vez que parece incuestionable que en el ámbito jurídico positivo, tanto patrio como comparado, se reconozca la existencia jurídica de cosas incorpóreas, carentes de materialidad. Al respecto, partiendo de la concepción del Derecho Romano, una de las clasificaciones de los bienes deriva de sus cualidades físicas o jurídicas; a saber: por su naturaleza (corporales o materiales vs. incorpóreas o inmateriales). Particularmente, los bienes materiales o corporales son aquellos que pueden ser percibidos

En efecto, el patrimonio cultural, en sentido propio, se encuentra integrado por aquellos bienes culturales que sean declarados como incorporados al conjunto sometido a un régimen jurídico especial. Es decir, si bien puede distinguirse un patrimonio cultural *latu sensu* de uno *strictu sensu*, a diferencia del referido sector doctrinario, quien presenta este trabajo considera que lo que delimita el concepto no es el criterio sustancial que se asuma sino el aspecto formal. Esto se constata por cuanto, tal como lo característico del vocablo “cultura”, el patrimonio cultural definido en el ordenamiento jurídico es ciertamente amplísimo, toda vez que *puede* incorporar virtualmente cualquier manifestación cultural en tanto que se compruebe su legitimidad, esto es, que realmente ostente un valor cultural relevante para la memoria de la sociedad.

En consecuencia, quien escribe estima que la expresión “patrimonio cultural” encuentra su determinación jurídica en la voluntad del Estado de “apropiarse” de un conjunto de elementos (en virtud de poseer ciertas características intrínsecas previamente exigidas) para relacionarlas entre sí y afectarlas a la promoción y preservación de “su cultura”. Por ende, se considera que dicho término denota acertadamente: (i) el valor propio que tiene el conjunto vinculado a una entidad pública territorial titular; y (ii) la potencialidad de su alcance a una gran variedad de manifestaciones culturales⁴⁹.

Ahora bien, Alonso I. asevera que lo que origina una concepción unitaria de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, particularmente en el caso

sensorialmente, lo cual conlleva las cualidades de dimensión, tamaño, peso y volumen, independientemente del estado físico en el que se encuentre (sólido, líquido o gaseoso). En contraposición, los bienes inmateriales o incorpóreos solamente son perceptibles por el pensamiento humano, caracterizado por la: *i.* intelectualidad del substrato objetivo; y *ii.* posibilidad de individualización y determinación externa de la porción de realidad intelectual tomada en consideración por la norma.

⁴⁹ El patrimonio cultural se traslapa en ciertos ámbitos con el denominado patrimonio natural, que también es una figura adoptada por el derecho constitucional; tal como se verá a lo largo del presente trabajo. A pesar de la tendencia de algunos doctrinarios según los cuales ambas nociones deben unificarse, quien presenta este trabajo considera que lo característico del primero (cultural) es la referencia a lo humano. En tal sentido, se cree que elementos del patrimonio natural no deberían entenderse incorporados al patrimonio cultural sin que hayan sufrido la intervención del hombre o sin que dicho bien natural haya influido de manera particular en la correspondiente sociedad (como ocurre en el caso de los paisajes o monumentos naturales que han incidido significativamente en la cultura de un determinado grupo social). Esta idea se desprende de la categoría “*patrimonio natural con significación cultural*” prevista en el artículo 2 de la Providencia Administrativa N° 025/13 dictado por el Instituto del Patrimonio Cultural el 2 de agosto de 2013, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 40.230, el 16 de agosto de 2013, que será analizado *infra*.

español, es su destino público, esto es, estar intrínsecamente afectados a la satisfacción de necesidades culturales; toda vez que, según el ordenamiento jurídico de dicho país a partir de la Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985 del 25 de junio de 1985), no existe una condición o naturaleza jurídica única de las categorías que conforman ese Patrimonio Cultural, por cuanto algunos de tales elementos constituyen bienes jurídicos propiamente dicho - *id est*, aquellos bienes que: (i) hayan sido objeto de declaración formal como bienes de interés cultural; (ii) hayan sido incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles; o (iii) integren el Patrimonio Documental o Bibliográfico-mientras que otros, aunque poseen valor cultural, no pueden calificarse de bienes jurídicos, al no ser “objeto autónomo de tutela jurídica” ni recibir un tratamiento jurídico específico y propio -a saber, bienes reunidos en Archivos, Bibliotecas y Museos⁵⁰.

Finalmente, es necesario advertir que la calificación jurídica que pueda dársele al patrimonio cultural, así como a los bienes que lo integran, se encuentra directamente relacionado con el modelo de Constitución que se asuma, tomando en consideración el tratamiento que se le da a la cultura de manera general, dentro del cual la protección nacional de los bienes culturales es sólo una parte⁵¹. De modo que, si se aborda el análisis de esta “Constitución Cultural”, como la denomina la doctrina⁵², desde una noción típicamente liberal, conforme a la cual la regulación del patrimonio cultural consistiría en un conjunto de límites y vinculaciones que restringen la autonomía de los particulares, causando la intervención pública y estableciendo reglas más que fines por alcanzar, parecería más correcto ubicarse dentro de la problemática de las limitaciones al derecho de propiedad. Por el contrario, si se constata un sistema de valores expresado en la Norma Fundamental, entre los cuales se

⁵⁰ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, pp. 195-197, 204-208. La autora advierte que, a diferencia del sistema español -en el cual no todos los elementos que conforman el Patrimonio Cultural son objetos de una declaración formal-, el ordenamiento jurídico italiano define lo que integra el Patrimonio Cultural “sobre la base de los bienes que son objeto de protección jurídica... que son sólo los declarados formalmente”; por ende, en este último país, “valor cultural” y “bien jurídico cultural” sí son conceptos equivalentes (*Ibid.*, p. 197).

⁵¹ Peter Häberle: “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: Un análisis comparativo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 54, septiembre-diciembre. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 28.

⁵² Martín Bassols Coma: “El Patrimonio Histórico Español: Aspectos de su Régimen Jurídico”. *Revista de Administración Pública*, N° 114, septiembre-diciembre. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 94. Una breve referencia al “*constitucionalismo cultural*” iberoamericano en Ninoska Rodríguez Laverde: “Derecho a la Cultura. Su configuración en las Constituciones de 1961 y 1999 reflexiones sobre la ponderación para su ejercicio”. *Boletín de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 2, enero. Caracas. Dirección General de Postgrado, 2011. http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/boletines/derecho-admin/2_boletin/RODRIGUEZ.pdf, pp. 2 y 3.

ubica la cultura, la visión será totalmente diferente. Desde esta perspectiva, la tutela del patrimonio cultural no es un fin en sí misma sino una instrumentación para promover el desarrollo de la cultura⁵³.

B. Concepción de los bienes culturales: naturaleza jurídica

Como fue antes advertido, además de tener un origen relativamente reciente⁵⁴, la noción de bien cultural ha sido objeto de mucha discusión en cuanto a su denominación así como a su concepto⁵⁵. Aunque ya se había plasmado positivamente a nivel internacional⁵⁶, fue en Italia donde se elaboró el concepto técnico jurídico del término “bien cultural”, acuñado como la noción omnicomprendensiva de varias categorías objetivas. La primera labor en este respecto la realizó la Comisión de investigación para la tutela y valoración del patrimonio histórico, arqueológico, artístico y paisajístico, conocida como la Comisión Franceschini, en virtud del nombre de su presidente, que fue constituida en ese país por la Ley N° 310, del 26 de abril de 1964, con el objeto de establecer las bases para una regulación homogénea de varios tipos de bienes regidos hasta esa fecha por diversos cuerpos normativos⁵⁷, particularmente para la modificación de la Ley N° 1089, del 1° de junio de 1939 “*Tutela delle cose d’interesse Artistico o Storico*”⁵⁸.

En la primera de las 84 declaraciones que conformaron su informe elaborado en 1966, dicho cuerpo legislativo interdisciplinario propuso una definición jurídica unitaria de esta locución en los términos siguientes: “Pertencen al patrimonio cultural de la Nación todos los bienes que hacen referencia a la historia de la civilización. Se encuentran sujetos a la Ley los bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental y paisajístico,

⁵³ G. Rolla: “Bienes culturales y Constitución...” *op. cit.*, pp. 164-165. Alonso I. destaca que la concepción instrumentalista del patrimonio cultural es la más acorde con la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, considerando que es característico en esta noción de Estado el deber que tiene el poder público de promover, tutelar y garantizar el “perfeccionamiento de la personalidad de todos los ciudadanos”, así como concebir que la cultura constituye un presupuesto de aquél (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* *op. cit.*, pp. 49-59).

⁵⁴ M. Guerra L. de C.: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, p. 311.

⁵⁵ P. Häberle: “La protección constitucional...” *op. cit.*, pp. 23-24.

⁵⁶ La convención aprobada en 1954 por la UNESCO contiene en las versiones oficiales las expresiones “bienes culturales” en castellano; “cultural property” en inglés; y “biens culturels” en francés (*vid.*, nota al pie N° 27).

⁵⁷ Marcos Vaquer Caballería: “La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial”. *Revista Museos.es*, N° 1. Madrid. Subdirección General de Museos Estatales, Ministerio de Cultura, 2005, p. 90. Máximo Severo Giannini: “Los bienes culturales”, traducción de Isabel Gallego Córcoles. *Patrimonio Cultural y Derecho*, N° 9. Madrid. Hispania Nostra, 2005, p. 13.

⁵⁸ H. Turuhpial C.: *Teoría General y Régimen Jurídico...* *op. cit.*, p. 208.

archivístico y bibliográfico, y cualquier otro bien que constituya un testimonio material y posea valor de civilización”⁵⁹.

Además de constituir una simplificación terminológica, al unificar distintas nomenclaturas y bienes formalmente heterogéneos, sujetos a tratamientos jurídicos diferentes, un sector de la doctrina considera que el cambio lingüístico -de “cosas” de interés histórico, artístico, etc. a “bienes culturales”- implicó una revisión de clasificaciones y el replanteamiento de conceptos dogmáticos de la visión del régimen de la propiedad y de la relación entre la pertenencia y la función social de tales bienes⁶⁰. En este sentido, fue determinante el aporte del jurista Massimo Severo Giannini (1915-2000) con su muy conocida obra “*I beni culturali*”, en la cual se consolidó la construcción jurídica que aún hoy sirve de base teórica para abordar el estudio de esta materia desde la ciencia del Derecho⁶¹.

Originariamente, la doctrina había entendido que el régimen jurídico especial del bien cultural se explicaba con la noción de limitaciones administrativas a la propiedad privada⁶². Obviamente, tal análisis podía razonar la situación de estos bienes cuando sus titulares fuesen particulares - aunque exclusivamente en cuanto al ámbito pasivo o negativo-⁶³; sin embargo, no podía dar respuesta adecuada a los muy frecuentes supuestos en los cuales los bienes de interés cultural fuesen de propiedad pública. En este último caso, se proponía justificar la regulación especial del bien en cuestión con la técnica del dominio público⁶⁴.

En este estadio doctrinario, el análisis consistía en ubicarse dentro de categorías jurídicas más generales, dependiendo de la titularidad del derecho de propiedad respecto de la cosa declarada de interés cultural. Así, en caso de ser propiedad de un particular, el bien en cuestión sería un “bien de interés público”; mientras que en caso de ser propiedad del Estado, se subdividían tales bienes entre los demaniales y los no demaniales⁶⁵.

⁵⁹ F. Hernández H.: “La conservación integral del patrimonio...” *op. cit.*, p. 256.

⁶⁰ G. Rolla: “Bienes culturales y Constitución...” *op. cit.*, p. 167.

⁶¹ A pesar de criticar varias de las formulaciones del autor italiano, Alonso I. asevera que “la construcción dogmática de los <<bienes culturales>>” elaborada por Giannini “no está superada” (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 186).

⁶² Al respecto, Francesco Messineo: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 281-282.

⁶³ Eduardo García de Enterría: “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 39, octubre-diciembre. Madrid. Ediciones Civitas, 1983, pp. 575-594.

⁶⁴ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 184.

⁶⁵ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, p. 25. G. Rolla: “Bienes culturales y Constitución...” *op. cit.*, p. 168.

Por otra parte, algunos autores recondujeron la noción de bienes culturales a la funcionalización de tales bienes, relacionándose con este carácter del derecho de propiedad⁶⁶.

La referida concepción inicial fue superada por la formulación teórica realizada por Giannini, quien estimó que las anteriores teorías resultaban insatisfactorias y pretendió estructurar un concepto jurídico general y unitario con independencia de la titularidad del propietario del soporte material del bien cultural. En tal sentido, el destacado jurista parte de la “teoría de la propiedad dividida”, distinción que desde mucho tiempo atrás se hacía entre “cosa” como soporte físico y “bien” como determinada utilidad de dicha cosa⁶⁷. De modo que, el “bien cultural” sería una de las tantas utilidades - llámese: bienes- que una única entidad material -dígase: cosa- pudiera tener, siendo además que cada una de dichas utilidades pudiesen ser objeto de una tutela específica y distinta a la de las demás⁶⁸. Según este autor, el elemento común de todos los bienes culturales es su “valor cultural”, lo que se traduciría en que dicho bien es por se “inmaterial”⁶⁹.

En relación al carácter público del bien cultural, Giannini afirma que consiste en que es objeto de fruición universal, es decir, la apreciabilidad que la colectividad pueda tener de su valor cultural, sin que ello impida que el

⁶⁶ G. Rolla: “Bienes culturales y Constitución...” *op. cit.*, p. 169.

⁶⁷ F. Messineo: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II... *op. cit.*, pp. 286-287. Esta teoría que contrapone un *corpus mechanicum* y un *corpus mysticum* de una misma cosa y plantea su eventual disociación tiene su mayor aplicación en el análisis de la propiedad intelectual e industrial, donde resulta claramente diferenciada el bien inmaterial (obras de ingenio, patente, marca, etc.) del soporte material que le sirve de vehículo para su circulación o reproducción. Así, el bien incorporal puede pertenecer a un sujeto, mientras que el bien corporal sea propiedad de otro, gozando cada uno de tales bienes tutelas jurídicas diversas, separadas e independientes entre sí. Al respecto, se ha insistido que la relación entre el bien inmaterial y su soporte físico en el ámbito de la propiedad intelectual es indirecta, mientras que dicha relación resulta mucho más directa en los bienes culturales, en tanto que el bien inmaterial (valor cultural) se encuentra profundamente compenetrado con la entidad material (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* *op. cit.*, p. 190).

⁶⁸ La noción misma de bien se halla estrechamente vinculada con la idea del valor que el ordenamiento jurídico le reconoce a una cosa o entidad. Para Ochoa G., de la visión ontológica de “bien” se desprende el juicio de valor que debe realizarse, dado que “[t]odo ser o realidad existente tiene o posee la perfección de ser, y por el solo hecho de ser es bueno; por lo tanto es un bien. ... Lo bueno también se identifica con lo perfecto, con lo valioso, con lo actual, en el sentido de lo pleno, lo acabado.” (O. Ochoa G.: *Bienes y Derechos Reales...* *op. cit.*, p. 9). Aunque en el ordenamiento jurídico patrio no existan elementos para concluir que ambos términos tengan significados diferentes, es posible entender que una misma cosa o bien tenga diferentes valores o utilidades jurídicas, cada una con su propio régimen de tutela.

⁶⁹ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 30-35. Alonso I. asegura que la inmaterialidad de los bienes culturales es reconocida de forma pacífica en la doctrina (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* *op. cit.*, p. 190).

soporte material o “bien patrimonial” sea propiedad en particular de un individuo. Por ello, aclara que señalar que el bien cultural “pertenece” al Patrimonio Cultural refiere a que forma parte de éste, no que sea propiedad del Estado, toda vez que “parece que no tiene un <<propietario>> en sentido propio”⁷⁰. De manera que, no es el Estado, sino la colectividad la que tiene el goce de la cosa, por lo que la Administración debe garantizar esa posibilidad de goce y disfrute de dicho “bien”, esto es, su fruición colectiva -aunque no sea necesariamente de manera efectiva- que convergería junto con los demás “bienes” o posibles utilidades de la misma entidad material o cosa (tal como el “bien patrimonial” o “bien de pertenencia” cuyo titular pudiese perfectamente ser, en este caso, un particular)⁷¹.

Se advierte que las referidas características de “inmaterialidad” y “publicidad” de los bienes culturales pudieran constituir los aportes más notables de la construcción teórica de Giannini, al hacer que el derecho de propiedad dejara de ser la piedra angular de su concepto⁷². No obstante, un sector de la doctrina ha señalado que el goce -fruición- del bien cultural no constituye una característica estructural que defina su naturaleza sino que la condición “pública” consiste en que, en virtud de reunir un valor cultural, son susceptibles de ser instrumentos de promoción cultural y, así, satisfacer necesidades culturales⁷³. En este sentido, contrario al planteamiento del autor italiano, la obligación del Estado de permitir la fruición colectiva de los bienes culturales no sería el destino público al que están dirigidos sino el medio para garantizar esa finalidad⁷⁴.

⁷⁰ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, p. 36. En igual sentido, Alonso I. señala que “Sobre los bienes culturales inmateriales no caben derechos de propiedad, sólo caben, como situaciones de poder jurídico, facultades y derechos de naturaleza no dominical... porque las facultades de goce se proyectan en todo caso sobre el valor cultural, sobre el elemento inmaterial de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico, valor cultural que no puede ser objeto de derechos dominicales” (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, pp. 203-204).

⁷¹ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 35-37.

⁷² M. Vaquer C.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, p. 90. M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, p. 90. M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, p. 187. Por su parte, además de la publicidad, Rolla distingue la inmaterialidad de la “socialidad” de los bienes culturales, entendiendo que este último carácter consiste en que, más allá del valor inmaterial, la colectividad manifiesta interés en tutelar que tales bienes cumplan su “específica función de naturaleza social y cultural” (G. Rolla: “Bienes culturales y Constitución...” *op. cit.*, p. 170).

⁷³ Rodríguez L. plantea la definición de bienes culturales conjugando la noción jurídica de bien con el derecho a la cultura, debiendo enfatizar que aquéllos “creados por el hombre” sean “capaces de proporcionarle a éste el disfrute y acceso a la cultura en sus diversas manifestaciones” (N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” *op. cit.*, p. 12).

⁷⁴ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.*, pp. 192-195. Quien presenta este trabajo coincide con la autora española en cuanto a que la conservación y puesta en valor de los bienes culturales (lo que abarca y va más allá de la “fruición colectiva”, en términos de

Otra crítica que se ha esgrimido en contra del análisis de Giannini (siguiendo la primera declaración de la Comisión Franceschini) tiene que ver con el desarrollo que éste hace de un concepto de bien cultural en sentido amplio y otro en sentido “propio”. El primero consiste en aquellos bienes que contienen una “referencia a la historia de la civilización” -incluyendo los regulados por leyes diferentes a las que versaban sobre: (i) “cosas de arte”; (ii) “bellezas naturales”; y (iii) “patrimonio documental”; a saber, obras de literatura, música, espectáculo e invención-; mientras que el segundo refiere a los que constituyen “testimonio material de los valores de la civilización”⁷⁵. Al respecto, resulta paradójico -o aun contradictorio- que el jurista italiano concluya que el elemento material sea necesario para definir al bien cultural en sentido propio, cuando establece que un carácter de su naturaleza es, precisamente, su inmaterialidad⁷⁶.

Asimismo se ha destacado que, aunque puede concebirse que el bien cultural sea inmaterial, en tanto que consiste en el valor cultural que posee una entidad material particular, es característico de dicho bien que su tutela jurídica debe realizarse primordial e indefectiblemente a través de la protección de tal soporte físico⁷⁷. De manera que, aunque el valor cultural es el objeto de la tutela jurídica, el elemento material determina cuál será el régimen de amparo aplicable⁷⁸.

Giannini ya había referido acerca de otros bienes culturales cuyo soporte material no constituye la manifestación misma del valor cultural sino el instrumento de reproducción a fin de su circulación física, a saber, obras del pensamiento filosófico, artístico, literario, musical, de espectáculo, etc. En estos casos, no sólo el “bien cultural” es inmaterial, sino que la obra misma carece de corporeidad, siendo que trasciende el soporte físico que le sirve solamente de vehículo. Como ejemplo, el jurista italiano refiere a una obra literaria o musical que en sí misma constituye un bien incorporeal regulado por una normativa especial (como lo sería la propiedad intelectual), el cual pudiera ser, a su vez, un bien cultural. Sobre este particular, concluye que

Giannini) constituyen el contenido de la potestad de tutela respecto de estos bienes, mientras que la publicidad como elemento característico de su naturaleza jurídica consistirá, más bien, en su aptitud de satisfacer necesidades culturales.

⁷⁵ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 14-15.

⁷⁶ Vaquer C. aclara que dicha distinción conceptual se encontraba en consonancia con la misión encomendada a la Comisión Franceschini, la cual no incluía los bienes regulados por otras leyes distintas a las que versaban sobre “*cosas de arte*”, “*bellezas naturales*” y “*patrimonio documental*”. No obstante, cuestiona el planteamiento de Giannini según el cual el elemento material sea necesario para calificar al bien cultural como bien jurídico (M. Vaquer C.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, p. 93).

⁷⁷ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* *op. cit.* p. 135.

⁷⁸ M. Vaquer C.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, p. 93.

muchas de las veces tales bienes culturales no ameritan una “tutela pública”, aunque precisa que si llegasen a surgir problemas para la conservación de los mismos, habría que incorporar nuevas normas que la previeran⁷⁹.

En cuanto al uso del criterio distintivo “materialidad versus inmaterialidad” de los bienes culturales, Vaquer C. -siguiendo el desarrollo teórico italiano- destaca lo equívoco de la denominación bien cultural “material”, toda vez que todos los bienes culturales son inmateriales⁸⁰. De ahí que, a pesar de la indudable cualidad esencial que tiene el soporte material en aquellos objetos corporales que constituyen bienes culturales, el profesor español insiste que la tutela jurídica de tales bienes -aun los que tienen un soporte material- no se agota con la protección del soporte físico, sino que abarca una actividad mucho mayor. Sobre ese particular, quien presenta este trabajo coincide con Vaquer C., por cuanto la protección de los bienes culturales -en el caso de aquellos “materiales”- debe abarcar la preservación de las circunstancias que motivaron su reconocimiento o “calificación”, así como la recopilación y profundización de la información relacionada con ese bien; ya que limitarse a conservar la cosa física sin cuidar, valorar, fomentar, aumentar y transmitir el cúmulo de conocimiento vinculado a ese objeto físico que contiene un valor cultural carecería de sentido y resultaría simplemente inútil⁸¹. Por su parte, Alonso I. estima que, aunque los bienes culturales

⁷⁹ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 37-38. En este ámbito, el doctrinario también distingue cuando, además de que la obra literaria o artística sea un bien cultural, su soporte material detente en sí mismo un valor cultural que amerite una tutela jurídica autónoma, como sucede con las elaboraciones originales o manuscritos en las que fueron creadas las obras de gran importancia cultural; caso en el cual estaríamos en presencia de dos bienes culturales, uno directamente vinculado a la entidad material y otro que trasciende la misma.

⁸⁰ M. Vaquer C.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, p. 97.

⁸¹ Vaquer C. asevera que la “protección jurídica nunca puede agotarse en la conservación de la cosa, porque el bien protegido la trasciende, aún para los bienes que se manifiestan en un único soporte material. La concepción del patrimonio cultural histórico como un conjunto de piedras está trasnochada” (M. Vaquer C.: “La protección jurídica...” *op. cit.*, p. 97). Siguiendo esa línea argumentativa, la autora venezolana Pérez P. afirma que “[n]o se trata de proteger los edificios que conforman la Ciudad Universitaria de Caracas, sus esculturas y murales. Sino también investigar y documentar su historia, las técnicas arquitectónicas, escultóricas y pictóricas empleadas, el motivo que dio origen a su construcción, sus similitudes y diferencias con otras, etc. En definitiva, se trata de mantener y recrear su valor histórico, cultural y estético como manifestación de la cultura de un país”. (Y. Pérez P.: “La protección del patrimonio cultural...” *op. cit.*, p. 234). Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela concluyó, en la ya mencionada sentencia N° 1817 del 28 de noviembre de 2008, que “no es suficiente a los fines de tutelar la garantía contenida en el artículo 99 de la Constitución, que la preservación de un bien que forme parte del patrimonio cultural se realice de forma descontextualizada a su entorno, sin

denominados “inmateriales” tienen valor cultural por lo que merezcan protección jurídica, los mismos no integran el concepto jurídico de patrimonio histórico español ya que no constituyen una categoría legal de bienes⁸².

En otro orden, el análisis de Giannini sobre el régimen legal italiano abarcó la naturaleza de la declaración administrativa que identificaba a los bienes culturales, concluyendo que: (i) comportaba necesariamente un juicio valorativo; y (ii) tenía un carácter declarativo y no constitutivo⁸³. Así, en cuanto a la primera característica, el doctrinario italiano consideraba que para todas las categorías de bienes culturales debía intervenir un juicio de valor que, si bien implicaba una actividad interdisciplinaria -aplicando criterios diferentes a los jurídicos-, no podía calificarse como discrecionalidad administrativa⁸⁴. En relación con la segunda, destacaba que, con tal juicio, se reconocía el valor cultural que ya detentaba el bien en cuestión, por lo que previo a su declaratoria ya era un bien cultural, siendo necesaria su calificación a los solos fines de imprimirle seguridad jurídica⁸⁵.

Al respecto, Alonso I. asevera que ambas características resultan contradictorias entre sí, en tanto que, si la identificación del bien cultural implica siempre un juicio de valor, el bien cultural no existiría jurídicamente hasta tanto no se produzca dicho juicio, razón por la cual sólo serían bienes culturales -desde un punto de vista jurídico- aquéllos que fueran declarados como tales⁸⁶. En ese sentido, quien presenta este trabajo estima que en el ordenamiento jurídico patrio estos aspectos no resultan del todo claros, en vista de algunas disposiciones normativas que pudieran considerarse como que reconocen *a priori* ciertos bienes culturales (*expempli gratia*: el artículo 10 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural: “[c]onstituir el Registro General de *los bienes*

tomar en cuenta los elementos y características que le dan la relevancia cultural y que lo erige como un bien sometido a un régimen especial de protección”.

⁸² M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.* p. 140.

⁸³ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 22-24.

⁸⁴ Giannini precisa que se trataría de una discrecionalidad técnica, toda vez que no existen motivos por los que resulte oportuno o no declarar una cosa como bien cultural, sino que consiste en la aplicación de “normas de las ciencias humanas”, con las cuales, en caso de encontrarse los elementos que justifican la declaratoria de un bien como de interés cultural, es obligatorio incorporarlo al Patrimonio Cultural (M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, pp. 24-25).

⁸⁵ M. Giannini: “Los bienes culturales...” *op. cit.*, p. 40.

⁸⁶ Alonso I. aclara que la declaratoria del bien cultural como elemento formal jurídicamente indispensable para incorporar un nuevo bien en el Patrimonio Cultural es propio del Derecho italiano, mientras que de la legislación española se desprende que algunas categorías de bienes que integran el Patrimonio Histórico Español no precisan de declaración alguna que los individualice (M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico... op. cit.* p. 207).

culturales, muebles e inmuebles que hayan sido declarados patrimonio de la República o que por sus características sean de interés cultural para la nación..." [numeral 10]; "[r]ecibir las notificaciones y emitir la debida autorización a los propietarios públicos o privados *de bienes declarados Patrimonio Cultural o de bienes de interés cultural* cuando estos van a ser objeto de enajenación, gravamen u otra limitación al derecho de propiedad" [numeral 12]; y "[n]otificar a los propietarios de *los bienes culturales sobre la declaratoria de éstos como Patrimonio Cultural de la República o su consideración de interés cultural para la Nación...*" [numeral 20]). No obstante, parece que como categoría jurídica, los bienes culturales integrantes del Patrimonio Cultural venezolano "nacen" con el acto formal que los individualiza, por lo que podría asumirse que dicha decisión administrativa tiene carácter constitutivo y deriva de un juicio de valor⁸⁷.

Finalmente, conviene referir a lo señalado por algunos autores en cuanto a que la categoría jurídica de bien cultural puede sustituir o traslapar las técnicas propias de las propiedades públicas o incluso a la clásica institución de dominio público, al constituir una figura de gran amplitud que -junto a la de bien ambiental- serviría para homogeneizar la protección del destino e integridad de los muchos objetos en los cuales -independientemente de su titularidad pública o privada- existe un evidente interés general, pero cuyo tratamiento tradicional no resulta el más idóneo⁸⁸.

⁸⁷ Se reitera que si bien existen un sin número de bienes que detentan valor cultural, el patrimonio cultural estará conformado sólo por aquéllos que desde el punto de vista jurídico sean formalmente declarados como tal. Al parecer, ése fue el criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencia N° 2670 del 6 de octubre de 2003, mediante la cual se indicó que, en ese caso, para considerar que unos bienes forman parte del patrimonio cultural "**es imprescindible, [ser] formalmente declarados por la autoridad municipal competente, como bienes del patrimonio cultural** de la ciudad de Caracas (es decir, **revelados al público mediante un acto expreso**, más allá de su inclusión en inventarios [...]), de ser preciso, mediante la aplicación supletoria de la ley nacional, ante la aparente inexistencia de alguna normativa municipal que establezca la forma de dar publicidad a la declaratoria".

⁸⁸ Moreu C. asevera que: "Si tradicionalmente se ha discutido la necesidad de extender la institución del dominio público a ciertas clases de bienes, como los recursos pesqueros, la flora o la fauna silvestres, incluso el aire o el paisaje, la amplísima categoría de los bienes ambientales y culturales ofrece ahora una cierta homogeneización para la protección de su destino e integridad física, superando viejos conflictos sobre su titularidad pública o privada. Por eso, la categoría del bien cultural o ambiental puede servir como válvula de escape que evite la absoluta privatización de los patrimonios públicos a consecuencia de su desafectación para su enajenación posterior... Sin embargo, no son pocos los problemas jurídicos que plantea esta transformación de la categoría tradicional del dominio público, debiéndose acudir a técnicas como la coafectación o la mutación subjetiva, que ponen en peligro la supracategoría dogmática de la inalienabilidad del dominio público... En definitiva, como ya he apuntado, esta categoría nos conduce a la reelaboración de un nuevo concepto de cosa

2. Ordenamiento positivo vigente del Patrimonio Cultural en Venezuela

Un análisis histórico del tratamiento jurídico positivo en esta materia pudiera dividirse en tres etapas, a saber: *(i)* Previo a la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993, correspondiendo a una legislación exigua y limitada de la materia; *(ii)* Posterior a la entrada en vigencia de dicha ley de 1993, aún vigente, caracterizada por un tratamiento más amplio - aunque confuso- de esta materia; y *(iii)* A partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la cual se redimensionó el valor “cultura” con un énfasis en la idea de una sociedad “multiétnica y pluricultural”, manifestándose especialmente mediante la incorporación expresa de una regulación de bienes culturales indígenas. Ante esta clasificación cronológica del régimen jurídico positivo sobre el patrimonio cultural, cabe advertir, en cuanto a la última de las fases indicadas, que si bien los bienes culturales indígenas no se encontraban excluidos de la noción de Patrimonio Cultural en Venezuela, conforme al ordenamiento jurídico anterior a la Constitución de 1999, sí se demuestra la relevancia que la nueva normativa fundamentada en dicha Carta Magna les atribuye, hasta el punto de categorizarlas autónomamente con la denominación de “patrimonio cultural indígena”⁸⁹ y, más aún, regulándola específicamente mediante ley especial. En tal sentido, aunque esa distinción no es propia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sino de la legislación, resulta incuestionable que fue aquélla la que sentó las bases y orientación para el desarrollo jurídico en la referida materia, aunado a que elevó el valor “cultura”, de cara a su consagración en las normas fundamentales anteriores⁹⁰.

pública desligado de su titularidad, en el que las fronteras entre lo público y lo privado aparecen difuminadas al máximo” (Elisa Moreu Carbonell: “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las «obligaciones de dominio público»”. *Revista de Administración Pública*, N° 161, mayo-agosto. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 470-471).

⁸⁹ Este término se le atribuye a Erica Daes y ha sido definido por Shroeder como “todos aquellos bienes muebles o inmuebles creados por los aborígenes del país, e incluso los intangibles, tanto comunales como privados, que por sus valores históricos, artísticos, técnicos, científicos, tradicionales o religiosos, principalmente, sean dignos de conservarse y en su caso, restaurarse para la posteridad” (Ricardo Colmenares: *Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer-Carías de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 14. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 173-174).

⁹⁰ Una muestra de esta elevación del valor “cultura” como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela pudiera ser el aumento de la producción normativa en materia de patrimonio cultural y, particularmente, en lo que

No obstante, en el presente trabajo se enlistarán los cuerpos normativos - o disposiciones específicas de normativas- vigentes que regulan el patrimonio cultural a nivel nacional, jerarquizadas en rango: *i)* constitucional; *ii)* legal -las cuales se subdividirán en las originadas en el derecho internacional y aquéllas propias del derecho interno-; y *iii)* sublegal. Asimismo, dado lo reciente de su entrada en vigencia, se procederá a analizar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura, en lo referente al patrimonio cultural.

A. De rango constitucional

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: particularmente, los artículos 9; 99; y 178, numeral 1.

B. De rango legal

a. De derecho internacional

- a. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural⁹¹.
- b. Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado⁹².
- c. Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales⁹³.
- d. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial⁹⁴.

se refiere a los instrumentos internacionales. En efecto, antes de la actual Carta Magna, el Estado Venezolano se había hecho parte únicamente de 1 de las 3 convenciones internacionales sobre patrimonio cultural aprobadas hasta ese momento por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), mientras que luego de la Constitución vigente, el país se ha hecho parte de esos 2 cuerpos interestatales restantes, además de otros 2 de los 3 tratados en esta materia aprobados por dicha organización internacional durante este milenio.

⁹¹ Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.191 Extraordinario, el 6 de julio de 1990.

⁹² Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.746 Extraordinario, el 22 de diciembre de 2004.

⁹³ Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.747 Extraordinario, el 23 de diciembre de 2004.

⁹⁴ Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.822 Extraordinario, el 25 de septiembre de 2006.

- e. Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales⁹⁵.

- b. De derecho interno**

- a. Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural⁹⁶.
 - b. Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social⁹⁷: particularmente, los artículos del 60 al 63⁹⁸.

⁹⁵ Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.598, el 5 de enero de 2007.

⁹⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República, N° 4.623 Extraordinario, el 3 de septiembre de 1993. El artículo 3° de esta ley consagra la “indemnización” a los propietarios de bienes integrantes del patrimonio cultural ante limitaciones que “desnaturalice[n] los atributos del derecho de propiedad”. Según lo considera quien presenta este trabajo, este artículo tiene que aplicarse en los mismos términos que el artículo 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002, en cuyo caso no se produce una transferencia del derecho de propiedad como tal, sino una “indemnización cuando a los propietarios se les prive de una utilidad debidamente comprobada, resultaren gravados con una servidumbre o sufran un daño permanente que se derive de la pérdida o de la disminución de sus derechos”. Al respecto, Sansó de Ramírez afirma que lo previsto en dicho artículo 3° se trata de “una verdadera expropiación”, ya que el supuesto refiere a la pérdida de “todos los atributos del derecho de propiedad”, convirtiéndola en una “nuda propiedad y lo único que cabe es la Ley de Expropiación” (Beatrice Sansó de Ramírez: “La responsabilidad administrativa y el patrimonio cultural”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 145. Caracas. 2007, p. 111). Quien presenta este trabajo difiere de la autora por cuanto parece más acertado concluir que dicha disposición no está destinada a la Administración Pública sino al particular, al reconocerle de manera expresa el derecho de exigir indemnización cuando estime que su propiedad resulte desnaturalizada y no contempla un mecanismo para que el Estado adquiera la titularidad del derecho de propiedad, lo cual podría lograr -de ser esa la voluntad pública- con el ejercicio de su potestad expropiatoria conforme al procedimiento expropiatorio. De ahí que, como se analizará *infra*, el legislador haya incorporado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002 una expresa previsión para la expropiación de “Bienes con Valor Artístico, Histórico, Arquitectónico o Arqueológico” que sí tiene como objeto la adquisición forzosa de la propiedad de los bienes contentivos de bienes culturales.

⁹⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.475, el 1° de julio de 2002.

⁹⁸ Estos artículos contenidos en el Título VIII, “De las Expropiaciones de Bienes con Valor Artístico, Histórico, Arquitectónico o Arqueológico”, son una novedad de esta ley incorporada al régimen del patrimonio cultural que consiste en contemplar de manera específica la figura de la expropiación de bienes culturales. Ha de distinguirse, pues, la “expropiación”, que implica una verdadera traslación del derecho de propiedad con el pago oportuno de justa indemnización, y la mera “indemnización” a los propietarios de bienes integrantes del patrimonio cultural ante limitaciones que “desnaturalice[n] los atributos del derecho de propiedad” (artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993). No obstante tal distinción, en un juicio incoado para obtener de la República el

- c. Ley Orgánica de Seguridad de la Nación⁹⁹: particularmente, el artículo 10.
- d. Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas¹⁰⁰: particularmente, los artículos 86; 87; 89; 91; 92; 93; 94; 101; 102; 103; y 146, numeral 6.
- e. Ley de Idiomas Indígenas¹⁰¹: particularmente, los artículos 3 y 4.
- f. Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas¹⁰².

pago de una indemnización por la inclusión de un terreno dentro de las poligonales declaradas como Sitio de Patrimonio Histórico, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia estableció que “no puede pretender la parte actora obtener el pago de lo que considera le debe la República como indemnización, tratando de equiparar las fases del presente proceso con las de un juicio expropiatorio, visto que previamente la autoridad administrativa debe verificar si se cumplen los extremos establecidos en la Ley para que proceda dicha expropiación... lo más que podría alegarse sería un injustificado retardo del Estado en la ejecución del Decreto de afectación, lo cual puede conducir a una compensación por los daños causados en virtud de esa demora, susceptible de incluirse dentro del cálculo de la posible indemnización a pagar al propietario por la expropiación del inmueble cuyo procedimiento deberá iniciarse en sede administrativa, y sólo en caso de no llegar a un acuerdo amistoso, el interesado podrá acudir al procedimiento judicial”. (Sentencia N° 1131 del 27 de junio de 2007). Sobre este particular, debe advertirse que -sin pretender justificar lo que pudiera constituir la falta de aplicación del principio *iura novit curia*- en dicha causa no fue invocado por la accionante, ni analizado por ese máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, así como tampoco en el artículo 36 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social de 1958, aplicable a esa demanda *ratione temporis* y equivalente al actual artículo 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002. Por ende, quien escribe insiste en la obviedad de que tales disposiciones legales: (i) reconocen el derecho de los propietarios a ser indemnizados por las privaciones de utilidad o daños permanentes derivados de la pérdida, disminución o desnaturalización de los atributos de su derecho de propiedad; y (ii) prevén una figura jurídica que difiere de la expropiación, propiamente dicha.

⁹⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 37.594, el 18 de diciembre de 2002.

¹⁰⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.344, el 27 de diciembre de 2005.

¹⁰¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.981, el 28 de julio de 2008.

¹⁰² Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.115, el 6 de febrero de 2009.

- g. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁰³: particularmente, el artículo 4, numeral 6.
- h. Ley del Artesano y Artesana Indígena¹⁰⁴: particularmente, los artículos 4; 5, numerales 1 y 2; 6; 7; 8; 9; 13; 14; 15; y 32, numeral 5.
- i. Ley Orgánica del Poder Público Municipal¹⁰⁵: particularmente, los artículos 56, numeral 2, literal a; 61; y 123.
- j. Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁰⁶: particularmente, los artículos 151; 153; 157; y 158.
- k. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos¹⁰⁷: particularmente, los artículos 66 y 67.
- l. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura¹⁰⁸.
- m. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos¹⁰⁹: particularmente, los artículos 6°; 15; 26, numeral 1; 42, numeral 1; y 102.

C. De rango sublegal

- a. Reglamento Parcial N° 1 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural en cuanto a la determinación de la Estructura Orgánica y las Modalidades Operativas del Instituto de Patrimonio Cultural¹¹⁰.

¹⁰³ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.140, el 17 de marzo de 2009.

¹⁰⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.338, el 4 de enero de 2010.

¹⁰⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.015 Extraordinario, el 28 de diciembre de 2010.

¹⁰⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

¹⁰⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.153 Extraordinario, del 18 de noviembre de 2014.

¹⁰⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.154 Extraordinario, el 19 de noviembre de 2014.

¹⁰⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.155 Extraordinario, el 19 de noviembre de 2014.

¹¹⁰ Publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 35.569, el 18 de octubre de 1994.

- b. Resolución N° 147 del 27 de septiembre de 2004¹¹¹, mediante la cual el entonces Ministro de Estado para la Cultura creó el “Comité Técnico Venezolano contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales” como resultado del Taller Subregional Andino para el control del Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, celebrado en septiembre de 2001 en Quito, Ecuador, convocado por la “Oficina Unesco Quito”.
- c. Providencia N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”¹¹².
- d. Providencia N° 028/09 del 27 de octubre de 2009 contentiva del “Instructivo que Regula las Notificaciones de Documentos de Enajenación o de Constitución de Gravámenes, Limitaciones o Servidumbres sobre Bienes de Propiedad Particular Declarados Monumentos Nacionales o Bienes de Interés Cultural”¹¹³.
- e. Providencia N° 17/10 del 1° de septiembre de 2010, contentiva del “Instructivo que Regula el Procedimiento de Consulta Obligatoria para la Presentación y Revisión de Proyectos de Intervención en los Bienes Inmuebles con Valor Patrimonial Inscritos en el Registro General del Patrimonio Cultural”¹¹⁴.
- f. Providencia N° 10/11 del 14 de marzo de 2011, contentiva del “Instructivo que regula el procedimiento para la transferencia de activos que constituyan bienes culturales muebles propiedad del Fondo de Protección Social de Depósitos Bancarios de las Instituciones Bancarias o de las empresas relacionadas sometidas a liquidación administrativa”¹¹⁵.
- g. Providencia N° 25/11 del 20 de julio de 2011, mediante la cual el Presidente del Instituto del Patrimonio Cultural “resolvió” registrar digitalmente “todo bien cultural mueble e inmueble de todas las instituciones del Estado y los bienes muebles e inmuebles propiedad particular declarados monumentos nacionales y los bienes muebles

¹¹¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.050, el 25 de octubre de 2004.

¹¹² Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.237, el 27 de julio de 2005.

¹¹³ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.305, el 12 de noviembre de 2009.

¹¹⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.511, el 16 de septiembre de 2010.

¹¹⁵ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.656, el 14 de abril de 2011.

o inmuebles de propiedad eclesiástica que hayan sido declarados o se declaren monumentos nacionales, catalogados por el Instituto del Patrimonio Cultural... para su inclusión en el Museo Virtual de América Latina y El Caribe, con el objetivo de difundir, promocionar y protegerlas del tráfico ilícito”¹¹⁶.

- h. Providencia N° 29/12 del 24 de agosto de 2012, contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas”¹¹⁷.
- i. Providencia N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, mediante la cual “Se declara formalmente constituido el RPC-Venezuela como sistema único y centralizado de registro de todos los bienes patrimoniales de Venezuela e instrumento del Registro General del Patrimonio Cultural de Venezuela”¹¹⁸.

D. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura

Este novedoso cuerpo normativo de rango legal fue dictado invocando como fundamento la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan¹¹⁹, en su artículo 1, numeral 2,¹²⁰ literal “a”¹²¹. La Exposición de Motivos del Decreto Ley en cuestión justifica su carácter orgánico en que “desarrolla los principios fundamentales enunciados en nuestra Carta Magna, además de constituir el marco general normativo de otras leyes ordinarias y especiales, que deben ajustarse a las disposiciones establecidas en [aquella]”¹²²; aunado a esto, señala que “se concibe como un Decreto Ley marco y programática”.

¹¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.760, el 19 de septiembre de 2011.

¹¹⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 40.028, el 15 de octubre de 2012.

¹¹⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 40.230, el 16 de agosto de 2013.

¹¹⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.112 Extraordinario, el 19 de noviembre de 2013.

¹²⁰ Referida al “ámbito de la defensa de la economía”.

¹²¹ Concerniente a “[d]ictar... leyes que consoliden los principios de justicia social, eficiencia, equidad, productividad, solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral, una existencia digna y provechosa para el pueblo venezolano y lograr de este modo la mayor suma de felicidad y el buen vivir”.

¹²² Mediante Sentencia N° 1.587 del 18 de noviembre de 2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia concluyó que el instrumento normativo se “circumscribe en dos de las

El enrevesado Decreto Ley Orgánica en cuestión establece que tiene por objeto: (i) “desarrollar los principios rectores, deberes, garantías y derechos culturales, establecidos en la Constitución de la República de Venezuela, así como los tratados internacionales suscritos y ratificados... en esta materia”; y (ii) “fomentar y garantizar el ejercicio de la creación cultural, la preeminencia de los valores de la cultura..., reconociendo la identidad nacional en su diversidad cultural y étnica; respetando la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” (artículo 1º). Asimismo, según su artículo 2º, sus disposiciones:

[S]on de orden público y... aplicables a los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, a las organizaciones de base del Poder Popular, así como a todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que se dediquen directa e indirectamente a realizar cualquier actividad relacionada con la práctica, promoción, organización, fomento, investigación, formación, producción y circulación de bienes culturales, administración y disfrute de la cultura en todo el territorio nacional.

Entre las definiciones -que para quien presenta este trabajo resultan del todo excesivas e inútiles, además de confusas y hasta contradictorias con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo- contenidas en su artículo 3º, se indica en el numeral 17 que: “PATRIMONIO CULTURAL: es el conjunto de bienes y manifestaciones culturales materiales, inmateriales y de la naturaleza heredados y contemporáneos, que producto de la actividad humana y sincretismo histórico se entienden y reconocen como resultado o testimonio significativo de la *identidad cultural venezolana*” [entendida ésta como ‘las múltiples formas de conocernos, reconocernos, expresarnos y valorarnos; el sentido de pertenencia al pueblo venezolano, la significación social y la persistencia del ser en la unidad, a través de los múltiples cambios sociales, económicos, políticos e históricos; son elementos de la identidad cultural la unidad en la diversidad, memoria colectiva, la conciencia histórica y la organización social’ (numeral 4)]. (Destacados añadidos).

Por su parte, el artículo 11 también define el Patrimonio Cultural de la Nación “[a] los efectos del presente Decreto... Ley Orgánica...” como “todas y cada una de las manifestaciones materiales o inmateriales que se entiendan como resultado o testimonio significativo de la *cultura venezolana* [que en el artículo 3º, numeral 2, se define como ‘las múltiples expresiones a través de las cuales el pueblo venezolano se concibe a sí mismo e interpreta al mundo, establece sus relaciones humanas con el entorno creado, la naturaleza, su

modalidades expresamente contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, por lo que declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de este cuerpo normativo, conforme lo preveía el artículo 2 de la mencionada Ley Habilitante del 19 de noviembre de 2013.

memoria histórica, su sistema de valores y sus modos de producción simbólica y material; todo lo cual resalta la condición multiétnica, intercultural, pluricultural y diversa del pueblo venezolano en su conjunto’]” (destacados agregados). Sin embargo, esta última disposición de rango legal agrega expresamente como condición para la incorporación a dicho Patrimonio Cultural de la Nación “que [tales manifestaciones] se declaren formalmente por ante el registro general de patrimonio del ente [sic] nacional con competencia en Patrimonio Cultural”.¹²³

El artículo 6° consagra expresamente como parte de los derechos culturales irrenunciables de “[t]oda persona en la República Bolivariana de Venezuela... [el] *acceso universal a la información, bienes y servicios culturales...*” (destacados añadidos). En el mismo sentido, el ya referido artículo 11 establece que “reconocer como valor patrimonial, a los museos, las tradiciones culinarias, los sitios históricos, así como cualquier bien cultural...” constituye un “derecho y atribución del Pueblo, de las comunidades, de las instituciones culturales públicas y privadas, gobiernos locales y regionales”. Adicionalmente, el artículo 21 encarga de forma concurrente a los ministerios con competencia en materias de cultura y turismo para “dictar políticas destinadas a impulsar, incrementar, promover y desarrollar el Turismo orientado a destacar nuestra identidad nacional, *nuestro patrimonio cultural, nuestros creadores, creadoras y sus obras*”.

El ya mencionado artículo 3° contempla, en su numeral 19, que la zona de interés cultural consiste en “una determinada localidad, cuyas condiciones geográficas, formas de vida de sus pobladores, cosmovisión, usos, costumbres, actividad creadora, conocimientos y saberes, organización socio-económica y política, son consideradas patrimonio cultural local, y por cuyo significativo aporte requiere de la protección del Estado”. Por su parte, el artículo 11, in fine indica que “la declaratoria de Zona de Interés Cultural, será con el objeto de preservar el acervo cultural de un determinado,[sic] estado, municipio, región o localidad, en concordancia con la ley especial que regule la materia”.

El artículo 30 refiere a “la guarda, custodia, organización, preservación, conservación, digitalización, catalogación, servicio y estudio de los documentos históricos del Archivo General de la Nación”, remitiendo a “la

¹²³ Dada la redacción de la oración subsiguiente, el mismo artículo 11 señala que “*También son considerados patrimonio cultural, los bienes culturales arqueológicos y paleontológicos que estén o se hallen en la tierra o en su superficie, circulen, reposen o se encuentren en el medio acuático o subacuático de la República Bolivariana de Venezuela.*”, por lo que pudiera interpretarse como una excepción a la regla de la declaratoria formal para la incorporación al Patrimonio Cultural de la Nación.

ley respectiva”, la cual consiste en la Ley de Archivos Nacionales y las disposiciones contenidas en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, bajo el Título VI “DE LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”. Así, resulta cónsono con lo indicado en este artículo 30, según el cual el diseño de las políticas públicas destinadas a estas actividades corresponderá al ministerio del poder popular con competencia en materia de cultura.

Cabe advertir el error de redacción cuando el cuerpo normativo, en sus artículos 11 y 12, hace mención al “ente nacional con competencia en Patrimonio Cultural”, dado que el Instituto del Patrimonio Cultural no es un ente descentralizado *-id est:* con personalidad jurídica propia- sino un órgano desconcentrado de la República. Sin embargo, bajo el intitulado “De la descentralización administrativa de la infraestructura cultural”, el artículo 40 del Decreto Ley Orgánica bajo análisis señala que el “Poder Ejecutivo Nacional, Estatal y Municipal cuando así lo considere conveniente, podrá transferir la administración de las infraestructuras culturales al poder popular organizado, a fin de que se ejerza la gestión compartida de los espacios públicos y la autogestión cultural”, lo cual reitera lo genéricamente establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Poder Popular¹²⁴.

Finalmente, se destacan las Disposiciones Transitorias. La Primera, “ordena la elaboración en un tiempo perentorio de un (01) año, de las leyes especiales que regulen la materia”, “de acuerdo a las orientaciones y líneas estratégicas contempladas en [esa normativa]”, a fin de “adecuar y dar continuidad al marco jurídico venezolano en materia cultural”. La Segunda, fija un plazo de 180 días a partir de su publicación para que el Ejecutivo Nacional dicte “los reglamentos que lo complementen y desarrollen”.

3. Patrimonio cultural y bienes culturales en Venezuela

A. Generalidades sobre su régimen

Luego de identificar los integrantes del ordenamiento jurídico positivo que regula el patrimonio cultural en Venezuela en la actualidad, se procederá a analizar la evolución de su ordenación y destacar sus características. En este sentido, en sus orígenes la reglamentación integral de esta materia fue abordada por el poder público local. En efecto, la Ordenanza sobre Defensa del Patrimonio Histórico de la Ciudad de Caracas¹²⁵ denota el reconocimiento

¹²⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 6.011 Extraordinaria, el 21 de diciembre de 2010.

¹²⁵ Publicada en Gaceta Municipal, N° 6.321, el 25 de enero de 1945.

de un Patrimonio Cultural a nivel municipal, además de una noción amplísima de esta figura al considerarla como un “conjunto de valores culturales”. De modo que, si bien la referida legislación municipal utilizó el término “histórico” en su denominación, se sirvió del vocablo “cultural” para definirlo.

En ese estado regulatorio inicial, a diferencia de la holgada definición a nivel municipal mencionada, la cual no se encontraba limitada a una concepción meramente corpórea de lo que conformaba el Patrimonio Cultural -entonces llamado “histórico”-, la legislación nacional para ese momento¹²⁶ parecía haber circunscrito los bienes que lo integraban a aquéllos que tuvieran materialidad. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993, se dilató la noción de bien cultural incluso hasta incorporar en él “[e]l patrimonio vivo del país, sus costumbres, sus tradiciones culturales, sus vivencias, sus manifestaciones musicales, su folklore, su lengua, sus ritos, sus creencias y su ser nacional” (artículo 6º, numeral 7).

De igual modo, quien presenta este trabajo considera que el régimen jurídico patrio da plena cabida a la diferenciación doctrinaria entre el patrimonio cultural en sentido amplio frente al de sentido estricto, la cual en criterio de quien escribe se distingue por el reconocimiento formal que del respectivo valor cultural se haga, a los fines de su incorporación al ordenamiento especial.¹²⁷ Determinar, por lo tanto, el objeto de este régimen jurídico no excluye otro ámbito de la regulación en esta materia, ya que la normativa analizada -a juicio del autor- excede del Patrimonio Cultural strictu sensu. De ahí que se cree fundamental precisar cuándo una disposición constitucional, legal o sublegal, se destina a los “valores culturales” genéricamente concebidos o, por el contrario, al conjunto de manifestaciones culturales que de manera concreta integran formal y efectivamente el Patrimonio Cultural de la entidad político territorial correspondiente.

¹²⁶ La normativa aplicable *ratione temporis*, era la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación, publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, N° 21.787, el 15 de agosto de 1945.

¹²⁷ Éste parece ser el criterio asumido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencias Nros. 1817 del 28 de noviembre de 2008 y 597 del 26 de abril de 2011, al haber señalado que “cuando el ordenamiento jurídico delimita o individualiza el Patrimonio Cultural sometido a un régimen estatutario de derecho público, esas manifestaciones culturales de naturaleza tangible o intangible pasan a ser tuteladas por el contenido de la garantía consagrada en el artículo 99 de la Constitución, tal como ocurre en el supuesto regulado por el artículo 6 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural”.

En este respecto, se observa cómo versiones de la Carta Magna tradicionalmente han referido al “patrimonio moral e histórico” de la nación venezolana lo que pareciera corresponder a un sentido lato de la noción. Más aún, cuando el artículo 99 de la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el deber del Estado de garantizar “la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración”, dicha norma refiere expresamente tanto al “patrimonio cultural, tangible e intangible” como a “la memoria histórica de la Nación”. Por ende, es evidente que si bien existe un régimen jurídico particular para el Patrimonio Cultural entendido strictu sensu, no puede negarse el interés público en otros valores que aunque no forman parte de aquél, sí constituyen testimonio de la “memoria histórica”, por lo que pudieran considerarse parte del patrimonio cultural, pero visto en su dimensión más amplia. Ejemplos de normativas recientes en materia de patrimonio cultural que -según estima quien presenta este trabajo- no se destinan exclusivamente a su sentido estricto, son las contenidas en las Providencias Nros. 10/11 del 14 de marzo de 2011 y 25/11 del 20 de julio de 2011.¹²⁸

Por su parte y como se reseñó previamente, la Constitución de 1999 abordó de modo más amplio el tema del patrimonio cultural,¹²⁹ además de acuñar la denominación actual y aclarar que ella está conformada por bienes

¹²⁸ La Providencia N° 10/11 del 14 de marzo de 2011 tiene como finalidad garantizarle al Instituto del Patrimonio Cultural la posible identificación de bienes culturales para que pasen a formar parte del Patrimonio Cultural de la República. La Providencia N° 25/11 del 20 de julio de 2011 no tiene por objeto la incorporación de bienes en el Patrimonio Cultural venezolano. Sin embargo, ambas normativas de rango sublegal refieren expresamente, tanto a bienes que hayan sido declarados integrantes del patrimonio cultural, como a aquéllos que aún no lo hayan sido.

¹²⁹ En sentido contrario, Rodríguez L. califica como equívoco lo afirmado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en la ya mencionada sentencia N° 1817 del 28 de noviembre de 2008, cuando ésta señaló que la Constitución de 1999 consagró el patrimonio cultural con mayor “amplitud e intensidad”, así como con una “perspectiva sistémica”, en comparación con el ordenamiento jurídico previo. En tal sentido, esta autora indica que lo previsto en la norma fundamental vigente “no representó un cambio sustancial o innovación alguna en el ordenamiento jurídico, en virtud que lo que está contenido en dichas normas son los principios que se incorporaron desde el año 1993 en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la... Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la República)...” (N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” *op. cit.*, p. 4). Al respecto, si bien la actual Carta Magna parece -en principio- no haber modificado el contenido de las normas de rango infraconstitucional que versaban sobre esta materia, como ha sido detalladamente revisado *supra*, resulta innegable que con ella se destinó mayor contenido normativo por parte de la Constitución a lo cultural, elevando la jerarquía de tales disposiciones, ampliando su regulación constitucional y, así, mostrando un mayor interés del Estado en ésta.

tangibles e intangibles. Asimismo, la nueva Norma Fundamental redimensionó el tema cultural, mostrando un particular énfasis en los valores de esta naturaleza correspondientes a los pueblos indígenas. Ello, sin duda, estimuló un gran interés público en la producción legislativa referida al patrimonio cultural Indígena -aunque parece evidente la mínima ejecución y puesta en práctica de tales novedosas previsiones normativas.

Al respecto, resulta igualmente fundamental distinguir la existencia de varios patrimonios culturales, dependiendo del nivel político territorial, cuestión que se desprende desde el inicio de la regulación en esta materia y que ha sido ratificado por la normativa vigente;¹³⁰ además de ser tradicionalmente reconocido por la doctrina patria¹³¹ y por criterio jurisprudencial.¹³² Por el contrario, del Derecho Internacional acogido por el

¹³⁰ Una muestra de la autonomía de cada Patrimonio Cultural se desprende del reconocimiento expreso por parte del ordenamiento jurídico según el cual un bien cultural integrante del patrimonio cultural de un municipio o estado específico pueda incorporarse o no al Patrimonio Cultural de la República. En efecto, el artículo 7 de la Providencia N° 012/05 establece que un bien declarado como integrante del patrimonio cultural estatal o municipal pudiera o no inscribirse en el Registro General del Patrimonio Cultural, correspondiente al nivel nacional.

¹³¹ J. A. Muci B.: "Los bienes culturales..." *op. cit.*, pp. 69 y ss. Diana Lozano Arilla: "La ley de protección y defensa del patrimonio cultural dentro del contexto legal venezolano". *Memoriales*, N° 1. ICCROM, 1998. BCIN 180289, pp. 70-73. N. Rodríguez L.: "Derecho a la Cultura..." *op. cit.*, p. 12.

¹³² En sentencia N° 2670 del 6 de octubre de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela señaló que "el cumplimiento de la obligación que el artículo 99 de la Constitución impone al Estado venezolano, le corresponde, en virtud de lo establecido en los artículos 156, numeral 32, y 178, numeral 1, de la propia Carta Magna, tanto a la República como a los Municipios existentes, a la primera en el ámbito nacional... con base en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, por el Instituto del Patrimonio Cultural... ([en cuanto a los bienes] que integran el patrimonio cultural de la República, según declaratoria expresa); a los segundos en el ámbito local, mediante la actuación que desarrollen los entes desconcentrados o descentralizados que creen... [correspondiente al] patrimonio cultural, histórico, de una determinada ciudad, localidad o parroquia, que para ello, no necesariamente debe revestir significación nacional y haber sido declarada patrimonio cultural de la República. En efecto, puede ocurrir... que ninguno de los... inmuebles [en cuestión]... haya [sic] sido considerado por el Instituto del Patrimonio Cultural... como susceptible de ser declarado un bien de interés cultural, integrante del patrimonio cultural de la República, según el procedimiento del artículo 10, numeral 1, de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural... [mientras que] alguno -o todos- sí hayan sido considerados por la Fundación para la Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de Caracas (FUNDAPATRIMONIO), en tanto ente competente por la materia a nivel municipal, como parte integrante del patrimonio histórico o cultural de la ciudad de Caracas, asentada en la totalidad del territorio comprendido por el Municipio Libertador, a su vez integrantes del Distrito Metropolitano de Caracas, mediante una forma o procedimiento particular distinto al procedimiento o a la forma prevista en el artículo 10, numeral 1, de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio

Estado Venezolano no se deriva reconocimiento jurídico de un patrimonio cultural propiamente dicho a nivel mundial o internacional. De igual modo, cabe advertir la particularidad de los patrimonios culturales indígenas,¹³³ según el ordenamiento jurídico patrio, los cuales a pesar de pertenecer al pueblo respectivo, a su vez, forman parte del Patrimonio Cultural de la República por expresa disposición del artículo 3 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas.¹³⁴

En relación con las disposiciones normativas aplicables en general a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la República, se observan: **i.** derechos de los propietarios: a ser notificados sobre la declaratoria de bienes de su propiedad como “Patrimonio Cultural de la República o... de interés cultural para la Nación” (artículo 10, numeral 20 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural);¹³⁵ **ii.** prohibiciones: para “no... ejecutarse... trabajo de reparación, restauración ni cambio alguno que desvirtúe y desnaturalice el sentido y concepto original de los bienes a los que se refieren los artículos 2° y 6° de esta Ley” (artículo 26, encabezamiento);¹³⁶ **iii.**

Cultural, ya que esta disposición regula, en tanto norma de rango nacional, únicamente la actuación del órgano nacional, cuando existen normas o regulaciones municipales en las que se establecen mecanismos específicos para brindar, a través de órganos o entes especializados, la protección a que se refiere el artículo 99 constitucional, al patrimonio cultural de una parte o de todo el Municipio.”

¹³³ Se destaca que estos patrimonios culturales especiales “nacieron” como categoría jurídica de identidad propia dentro del Derecho venezolano con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, el 27 de diciembre de 2005, la cual si bien no los definió, refirió expresamente a ellos en su articulado. Por su parte, en la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas sí se definen y regulan ampliamente estas partes integrantes del Patrimonio Cultural de la República.

¹³⁴ Con anterioridad, la Constitución de 1999 (artículo 9), la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (artículo 94) y la Ley de Idiomas Indígenas (artículo 3) ya establecían que los idiomas indígenas integraban el patrimonio cultural -intangible- de la República.

¹³⁵ Si bien la disposición legal en cuestión se encuentra redactada refiriendo a la atribución conferida al Instituto del Patrimonio Cultural para realizar dicha notificación, quien presenta este trabajo estima obvio que lo importante no es la “competencia” sino el derecho a conocer la afectación jurídica del bien objeto de propiedad, expresamente reiterado para los monumentos nacionales, en el artículo 15 *eiusdem*, cuando el bien del que se trate sea de propiedad particular, y en el artículo 16, en casos de bienes de propiedad pública. Cabe advertir que, sin restarle valor a dicha consagración en el ordenamiento especial, ello no es más que la aplicación del principio general de notificación de actos administrativos de efectos particulares, contemplado en los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

¹³⁶ A pesar de ubicarse dentro del Capítulo IV consistente en los bienes muebles de interés cultural y de tratarse en su in fine de “los bienes muebles que se encuentren en... museos”, quien escribe considera que al referir a los artículos 2° y 6° *eiusdem*, la norma consagra una prohibición esencial a todas las categorías de bienes culturales contenidas en dichas disposiciones legales, no debiendo circunscribirse a los bienes muebles dentro de los museos

sanciones: **a)** penales de “dos (2) a cuatro (4) años de prisión [a] quien destruya o dañe cualesquiera de los bienes establecidos en los artículos 2° y 6° de esta Ley” (artículo 44) y de uno (1) a dos (2) años de prisión al “que por haber obrado con imprudencia o negligencia; o bien con impericia en su profesión, arte o industria; o por inobservancia de esta Ley, de sus reglamentos, normas, órdenes escritas o disposiciones oficiales ocasionen algún daño a” los mismos bienes (artículo 45);¹³⁷ **b)** de “multa de cinco mil (5000) a diez mil (10000) días de salario mínimo urbano” por las “demás infracciones a esta Ley y a sus Reglamentos que no constituyan delito” (artículo 47); y **iv.** deberes de la República: a custodiar y proteger los bienes de interés cultural “cuya propiedad no pueda ser demostrada al requerirlo así el Ejecutivo Nacional” (artículo 42).

En cuanto a las referidas normas sancionatorias, quien presenta este trabajo cuestiona grandemente su constitucionalidad, por estimarlas “en blanco” al no tipificar de manera concreta la conducta sancionada y lesionar la seguridad jurídica. No obstante, el criterio jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela ha sido que dichas sanciones previstas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural no violan el principio de tipicidad, por cuanto “en algunos casos, las conductas proscritas y sus respectivas sanciones resultan de la interpretación concatenada de varias disposiciones de naturaleza constitucional y legal, que conforme al sistema de fuentes constituye una técnica aceptada. Así en el presente caso, el fundamento para aplicar la sanción prevista en el artículo 47 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, deriva fundamentalmente del citado artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de su desarrollo y concreción establecido en los artículos 6.2, 8, 10, numeral 12 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 7 del Reglamento Parcial N°1”. (Sentencia N° 957 del 1° de julio de 2009).¹³⁸ A pesar del criterio contrario de

nacionales, estatales o municipales, sino que más bien ha de entenderse como limitación, tanto a la actuación de los particulares como -especialmente- a las potestades autorizatorias de la Administración Pública Cultural en esta materia, tal como el encabezamiento del artículo 18 *eiusdem*, las limita expresamente en lo que refiere a los “actos proyectados” sobre monumentos nacionales.

¹³⁷ Pareciera claro que lo que distingue ambos “tipos penales” es que el contemplado en el artículo 44 sanciona la actuación dolosa, mientras que el artículo 45 se destina a la conducta culposa. Asimismo, debe referirse a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas que establece “como agravante a los fines del cálculo y aplicación de las penas y sanciones civiles, penales y administrativas” el que los bienes objeto de hurto, robo, apropiación indebida o sustracción, destrucción dolosa o exportación no autorizada formen parte del patrimonio cultural indígena.

¹³⁸ Dicho criterio fue ratificado por la misma Sala en sentencia N° 385 del 30 de marzo de 2011, mediante la cual indicó “en lo que se refiere al ámbito administrativo sancionador esta Sala

quien presenta este trabajo, debe reconocerse que esta conclusión en cuanto a las normas bajo análisis resulta cónsona con la interpretación “laxa” que - respecto de las sanciones administrativas- dicho máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa mantiene acerca del principio de tipicidad como parte integrante de la garantía constitucional de la legalidad.

Ahora bien, el resto del régimen jurídico de los integrantes del patrimonio cultural será analizado en los acápite siguientes, al tratar sus diferentes categorías de modo particular. Desarrollado lo anterior, quien presenta este trabajo estima de gran relevancia para el estudio de esta materia en el ordenamiento jurídico patrio, considerar; por un lado, la declaratoria como bien integrante del Patrimonio Cultural venezolano; y, por otro lado, la naturaleza jurídica inmaterial de tales figuras, cuestiones que ameritan ser estudiadas de forma separada.

ha expresado que el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva, pero que resultan extensibles a la legalidad sancionadora en general... En lo que concierne al principio de tipicidad... cabe referir que el mismo viene dado por la mencionada *lex certa*, pues postula la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, es decir, la definición -suficiente para su identificación- del ilícito y de su consecuencia sancionatoria... La norma contenida en el artículo 47 en comentario, arriba transcrito, corresponde en doctrina a la llamada norma residual, conforme a la cual aquellas infracciones que no sean catalogadas como delito, es decir, las faltas, son sancionadas con multa que oscila entre cinco mil (5.000) y diez mil (10.000) unidades tributarias.

En este punto, importa precisar que las normas citadas han sido establecidas por el legislador en ejecución de la garantía contenida en el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... De manera pues que, de la interpretación concordada de los aludidos preceptos legales y reglamentarios..., y de éstos con la disposición constitucional parcialmente transcrita, se desprende que la ejecución de trabajos de reconstrucción, reparación y conservación, así como la realización de construcciones nuevas en una población, sitio o centro histórico de los que trata el Capítulo V de la comentada legislación, sin contar con la autorización previa del Instituto del patrimonio Cultural, está consagrada como una infracción a dicha Ley, que, por no constituir un delito, debe ser sancionada en los términos del precitado artículo 47... En virtud de lo anterior, esta Sala concluye que el artículo 47 de la Ley de Protección y Defensa del patrimonio Cultural no es contrario al principio de tipicidad ni de legalidad, como tampoco constituye una norma penal en blanco (aquella que se caracteriza por la ausencia de tipificación del hecho constitutivo del delito, falta o ilícito) pues -se insiste- es posible establecer el elemento esencial del tipo, esto es, la infracción de las normas de la Ley de Protección y Defensa del patrimonio Cultural y sus Reglamentos, que no conformen delitos; disposiciones éstas que están referidas a la preservación, conservación, restauración, revitalización, revalorización, mantenimiento, incremento, exhibición, custodia, vigilancia, identificación y todo cuanto requiera la protección del patrimonio Cultural, el cual también está definido en dicha legislación”.

B. Monumentos nacionales y demás bienes culturales

Previo a la revisión de las clasificaciones de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, se considera primordial, a los efectos de su análisis jurídico, la distinción establecida en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993 entre monumentos nacionales y los demás bienes de interés cultural -en el entendido que se circunscribe al patrimonio cultural a nivel nacional. Ello responde fundamentalmente a que ese cuerpo normativo de rango legal sigue siendo, dentro del ordenamiento jurídico aplicable en Venezuela, medular en la regulación de esta materia. Empero, debe advertirse que, por cuanto dicha ley regula tales figuras de manera ambigua y confusa, se ameritan algunas precisiones.

La lectura del Título III “De los Bienes Declarados Patrimonio Cultural y de Interés Cultural” da la impresión de que los bienes declarados “de interés cultural” no forman parte del “patrimonio cultural”. De hecho, bajo ese mismo Título III, la denominación de los Capítulos III “De los bienes inmuebles de valor histórico, artístico o ambientales no declarados Patrimonio Cultural” y IV “De los bienes muebles de valor artístico o histórico no declarados Patrimonio Cultural de la República” implicaría que -aun siendo objeto de declaratoria expresa mediante acto administrativo formal, quedando así sometidos a un régimen especial como consecuencia de su valor cultural- tales bienes de interés cultural no integran el Patrimonio Cultural.¹³⁹ Esta ha sido la interpretación asumida por un sector de la doctrina patria.¹⁴⁰

No obstante, cuando bajo el Título I “Del Patrimonio Cultural”, Capítulo II “De los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la República”, el artículo 6° establece que “[e]l Patrimonio Cultural de la República a los efectos

¹³⁹ De igual manera, en varias oportunidades el artículo 10 *eiusdem* distingue expresamente entre las dos categorías de bienes culturales en los siguientes términos: “declarados patrimonio de la República o que por sus características sean de interés cultural” (numeral 10); “declarados Patrimonio Cultural o... de interés cultural” (numerales 12 y 14); “la declaratoria de éstos como Patrimonio Cultural de la República o su consideración de interés cultural para la Nación” (numeral 20).

¹⁴⁰ Rodríguez L. concluye que “[e]l acto de declaratoria conforme lo previsto en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural... puede contener la declaratoria de un bien como: monumento nacional, patrimonio cultural de la República, o bien de interés cultural. Los dos primeros supuestos categorizan al bien objeto de la declaratoria como patrimonio cultural de la República, en el tercer supuesto lo considera de interés cultural sin que ello signifique que es considerado como bien integrante del patrimonio cultural de la República.” (N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” *op. cit.*, p. 17). De lo anterior, parece contradictorio que la autora, por una parte, distinga entre monumento nacional y patrimonio cultural de la República y, por otra, señale que el primero categoriza al bien declarado como el segundo. En todo caso, no expone en qué se diferencian las naturalezas jurídicas de ambas figuras.

de esta Ley, está constituido por los bienes de interés cultural así declarados... conforme a lo señalado seguidamente:", puede constatarse la inclusión tanto de monumentos nacionales (numeral 1) como de los demás bienes declarados de interés cultural (el resto de los indicados en los otros numerales¹⁴¹). De igual manera, en el ya mencionado Título III "De los Bienes Declarados Patrimonio Cultural y de Interés Cultural", Capítulo I "De la declaratoria de los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la República", se encuentra únicamente el artículo 13 que regula, tanto la declaratoria de "un bien cultural como monumento nacional" -el cual le corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros- así como la de los "demás bienes del artículo 6^o" -que le está atribuida al Instituto del Patrimonio Cultural.

En ese mismo sentido, el ya referido artículo 10 indica que el Instituto del Patrimonio Cultural es el competente para, por un lado, "[d]eterminar las obras, conjuntos y lugares que forman parte del Patrimonio Cultural de la República... [que] se hará mediante resolución, debidamente motivada, la cual se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA" (numeral 1); y, por otro, actuar como órgano de consulta vinculante para que "el Presidente de la República resuelva declarar un bien cultural como monumento nacional" (numeral 7). Por tal razón, quien escriba considera evidente que "forman parte del Patrimonio Cultural de la República" no sólo los monumentos nacionales -que son declarados por el Ejecutivo Nacional-, sino también las otras "obras, conjuntos y lugares" declarados de interés cultural -así determinados por el Instituto del Patrimonio Cultural.

De ahí que se constata la ambigüedad y confusión del aún principal cuerpo normativo de esta materia en Venezuela al tratar los bienes culturales. Sin embargo, se insiste que de una interpretación analítica y sistemática de la regulación de tales bienes debe concluirse que el Patrimonio Cultural patrio también está conformado, además de los monumentos nacionales, por el resto de los bienes declarados de interés cultural.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta igualmente necesario analizar la diferencia entre los monumentos nacionales y los demás integrantes del Patrimonio Cultural venezolano. A tal fin, debe considerarse si efectivamente existe algún criterio en virtud del cual los monumentos nacionales se distinguen de los demás bienes del Patrimonio Cultural patrio, siendo posible que esa contraposición sea en razón de su naturaleza jurídica o, más bien,

¹⁴¹ En particular, el numeral 2 de este artículo 6^o señala como integrantes del Patrimonio Cultural de la República "a los efectos de esta Ley" los "bienes inmuebles de cualquier época que sea de interés conservar por su valor histórico, artístico, social o arqueológico que **no** hayan sido declarados monumentos nacionales".

únicamente por el régimen que los regula. En el último caso, la diferenciación entre los monumentos nacionales y los demás bienes del Patrimonio Cultural venezolano podría consistir entonces en que los primeros son la simple prevalencia jurídica que se haga de alguno de los segundos por motivos de mérito y conveniencia. Ello parece desprenderse del ya mencionado artículo 13 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, en su encabezamiento, según el cual “[l]a declaratoria *de un bien de interés cultural como monumento nacional* corresponderá al Presidente de la República en Consejo de Ministros...”, así como del artículo 10, numeral 7 *eiusdem* que le atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural “[a]ctuar como órgano de consulta vinculante en aquellos casos en los cuales el Presidente de la República resuelva *declarar un bien cultural como monumento nacional*”.

En tal sentido, es menester partir de la definición que el ordenamiento jurídico aplicable en Venezuela le da a los monumentos nacionales. Así, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural señala en su artículo 14 que dicha categoría consiste en “los bienes inmuebles o muebles que sean declarados como tales en virtud de su valor para la historia nacional o por ser exponentes de nuestra cultura”.

Del referido enunciado puede destacarse, en un primer término, el criterio formal al señalar que serán monumentos nacionales los “declarados como tales”; en segundo lugar, que se encuentra delimitado a “los bienes muebles e inmuebles”, por lo que -muy a diferencia de la amplia noción de bien integrante del Patrimonio Cultural venezolano, como ya se ha indicado- debe tener un soporte material; y, tercero, que el motivo o causa de dicha declaratoria es “su valor para la historia nacional o por ser exponentes de nuestra cultura”. Visto lo anterior, es patente que esa definición no permite, de manera satisfactoria, deslindar -en cuanto a su naturaleza jurídica- ese tipo del resto del Patrimonio Cultural patrio, salvo la exclusión de los bienes culturales que carezcan de soporte material.¹⁴² En efecto, las otras categorías mencionadas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural son definidas con el uso de los mismos calificativos, a saber, ser de: (i) “valor histórico, artístico, social o arqueológico” (artículo 6º, numerales 2 y 3); (ii) “excepcional valor histórico o artístico” (artículos 6º, numeral 4; y 29); (iii)

¹⁴² Otra definición de “monumento” hallada en el ordenamiento jurídico venezolano -aunque en un plano internacional- es la prevista en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, cuyo artículo 1 refiere a las “obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológicos, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia”. Sin embargo, al igual que la definición nacional, termina siendo inútil dicha precisión al contrastarla con las demás categorías de bienes culturales, como se considerará *infra*.

“valores típicos, tradicionales, naturales, históricos, ambientales, artísticos, arquitectónicos o arqueológicos” (artículos 6°, numeral 5; 24; 31; y 34); (iv) “singular importancia en la historia nacional” (artículo 6°, numeral 9); y (v) “interés cultural que amerite ser declarado como tal” (artículo 6°, numeral 14).

En consecuencia, al no evidenciar caracteres intrínsecos que distingan los monumentos nacionales del resto de los bienes culturales patrios -aparte de excluir aquéllos que carezcan de soporte material-, corresponde verificar la diferencia que pueda hacerse en razón de su régimen jurídico, aunque la referida Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural también les da un tratamiento con cierta confusión en algunos casos. Al respecto, se observa que la mencionada ley medular -al igual que otros cuerpos normativos- contiene regulaciones comunes dirigidas tanto a los monumentos nacionales como al resto de los bienes del Patrimonio Cultural nacional, así como también normas particularizadas para cada una, las cuales tienen similitudes y diferencias entre sí.

En lo referente a las similitudes, se observa que el deber del propietario particular de reponer los bienes culturales a su “estado anterior” en caso de sufrir modificaciones o afectaciones se contempla en los mismos términos tanto para monumentos nacionales (artículo 21, único aparte)¹⁴³ como para los de interés cultural, a saber, bienes muebles de interés cultural (artículo 28); poblaciones y sitios de valor cultural (artículo 32, *in fine*). Asimismo, resulta prácticamente igual la regulación autorizatoria para la ejecución de obras, reparaciones o cambios en monumentos nacionales, tanto de propiedad

¹⁴³ Este artículo señala: “Ninguna autoridad podrá emprender o autorizar que se inicie sobre los monumentos nacionales propiedad de particulares, actos de demoliciones, reformas, reparaciones, restauraciones, cambios de ubicación o de destino, sin que medie la correspondiente aprobación del Instituto del Patrimonio Cultural.

Cualquier persona natural o jurídica de carácter público y en caso de que la obra se haya comenzado o concluido, podrá ordenar que se proceda a reponer el monumento a su estado anterior; si se tratare de un monumento de propiedad particular, los trabajos de reposición se harán a expensas del propietario”. La única interpretación lógica de esta confusa disposición legal parece ser que, si bien cualquier interesado puede solicitar la reposición del monumento nacional de propiedad particular a su estado original, le corresponde a los particulares propietarios asumir los costos de dicha reposición por ser ellos los responsables de la protección del referido bien cultural. No obstante, quien escribe considera que, a pesar de la responsabilidad que puedan tener estos últimos de proteger y conservar el monumento nacional contenido en el bien material de su pertenencia, resultaría incorrecto concluir que el particular propietario tenga que asumir las expensas en cuestión si para la afectación causada “medi[ó] la correspondiente aprobación del Instituto del Patrimonio Cultural”, conforme al encabezamiento del artículo 21 bajo análisis. Por ende, se estima que tal responsabilidad y consecuente deber de reposición del “monumento a su estado anterior” presupone necesariamente la falta de aprobación previa por parte del Instituto del Patrimonio Cultural para la afectación del bien cultural que se trate.

privada (artículo 21) como de propiedad estatal (artículo 16), que aquella destinada a bienes de interés cultural, incluyendo de manera específica: muebles que se encuentren en los museos (artículo 26); muebles de interés cultural de propiedad pública (artículo 27); e inmuebles dentro de poblaciones y sitios de valor cultural (artículo 32, encabezamiento).¹⁴⁴

De igual modo, es muy semejante el “derecho perpetuo de paso” del que goza el Estado “sobre los inmuebles de propiedad particular declarados monumentos nacionales” (artículo 18) que el establecido sobre aquellos “inmuebles de propiedad particular en los cuales se encuentren algunos de los bienes” muebles de interés cultural (artículo 36, *in fine*). También es similar la obligación de “participar” al Instituto del Patrimonio Cultural cualquier amenaza contra un monumento nacional (artículo 16)¹⁴⁵ en comparación con la referida al “estado en que se encuentren” los bienes inmuebles de interés cultural (artículo 25).

En relación con las diferencias entre la regulación de los monumentos nacionales y la de los demás bienes de interés cultural, puede señalarse como la quizá más notable e importante distinción, el que de acuerdo al artículo 13 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, la competencia para declarar un bien como monumento nacional es del Presidente de la República en Consejo de Ministros, aunque con la “consulta vinculante” del Instituto del Patrimonio Cultural (artículo 10, numeral 7 *eiusdem*). Por el contrario, el mismo artículo 13 le atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural la declaratoria de los demás bienes de interés cultural.

Otra relevante discrepancia entre ambas clases de integrantes del Patrimonio Cultural venezolano es la referente a los actos de enajenación, constitución de gravámenes y demás afectaciones jurídicas relacionadas con

¹⁴⁴ Tanto en el artículo 21 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, como en el artículo 5 de la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, se estableció la necesaria autorización expresa por parte del Instituto del Patrimonio Cultural para cualquier intervención de los bienes culturales inscritos en el Registro General del Patrimonio Cultural o RPC Venezuela, respectivamente, que pudiera afectar los valores que motivaron su inclusión en tales instrumentos, por lo que este mecanismo de protección es igual tanto para los monumentos nacionales como para los demás bienes de interés cultural. Sin embargo, también fue señalado que el artículo 15 de esa Providencia N° 012/05 distingue expresamente, cuando se trate de “obras menores que no comprometan la fachada, la integridad o los valores que motivaron la inscripción... en el Registro General del Patrimonio Cultural”, entre los monumentos nacionales (cuya autorización corresponderá exclusivamente al Instituto del Patrimonio Cultural) y los demás bienes de interés cultural (atribuyéndoseles su “control” a los municipios en los que se encuentren).

¹⁴⁵ Esta norma trata de monumentos nacionales de propiedad pública.

el derecho de propiedad. Al respecto, los monumentos nacionales ameritan de autorización o consentimiento previo por parte del Instituto del Patrimonio Cultural.

En efecto, el particular propietario de un bien declarado monumento nacional se encuentra obligado a notificar al Instituto del Patrimonio Cultural la pretensión de efectuar cualquier acto de enajenación, gravamen, limitación o servidumbre, esto es, previo a su realización (artículos 17 y 18 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural). Ello está garantizado por medio de otras disposiciones legales que -a su vez- obligan a los registradores,¹⁴⁶ jueces, notarios y demás autoridades a notificar a dicho órgano de la Administración Cultural Pública la presentación de cualquier documento de enajenación o de constitución de gravámenes, limitaciones o servidumbres, impidiéndoles tramitar el acto jurídico en cuestión sin constatar el cumplimiento de tales requisitos (artículo 20 *eisudem*); así como a los funcionarios judiciales a avisarle al Instituto del Patrimonio Cultural cuando se intente alguna ejecución sobre monumentos nacionales (artículo 19 *eiusdem*). En cambio, en lo que respecta a los demás bienes de interés cultural, la carga que el referido cuerpo normativo le impone a los particulares propietarios consiste únicamente en informarle al Instituto del Patrimonio Cultural las traslaciones de propiedad que se efectúe sobre dichos bienes, es decir, luego de realizadas (inmuebles: artículos 24, *in fine* y 25, *in fine*; muebles: artículo 29, parágrafo único).

Debe advertirse que el artículo 10, numeral 12 del mismo cuerpo de rango legal, establece de manera genérica la competencia que tiene el Instituto del Patrimonio Cultural de “[r]ecibir las notificaciones y emitir la debida autorización a los propietarios públicos o privados de bienes declarados Patrimonio Cultural o de bienes de interés cultural cuando estos [sic] van a ser objeto de enajenación, gravamen u otra limitación al derecho de propiedad”, de lo cual se desprendería la necesidad de autorización -que per se tendría que ser previa a la actuación jurídica- tanto para monumentos nacionales como para los demás bienes de interés cultural. Sobre este particular, quien presenta esta investigación considera que, en vista de lo anteriormente analizado, ello resultaría contradictorio con las disposiciones que de manera específica marcan claras diferencias entre el régimen autorizatorio para los monumentos nacionales frente al deber de “dar a

¹⁴⁶ El artículo 15 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural le impone al respectivo Registrador Subalterno (obviamente cuando se trate de inmuebles) de estampar una nota marginal en los protocolos correspondientes, haciendo constar la declaratoria de monumento nacional, lo cual tiene el mismo fin de impedir la realización de cualquier acto jurídico relacionado con el derecho de propiedad sin el consentimiento previo del órgano respectivo.

conocer” las traslaciones de propiedad que de los demás bienes de interés cultural se lleven a cabo. Por lo tanto, se reitera que lo revisado constituye una diferencia en la regulación de estas clases de bienes del Patrimonio Cultural venezolano.¹⁴⁷

Similar a la diferencia anterior, cabe contrastar la facultad que esta Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural de “[a]utorizar la ejecución de los programas de planificación o de desarrollo que se presenten en las zonas de protección circundantes a los monumentos nacionales” (artículo 10, numeral 15), frente a la de ser simplemente informado de los “programas de planificación y desarrollo que se proyecten” en las “poblaciones y sitios” declarados integrantes del Patrimonio Cultural venezolano (artículo 34).

Por último, debe reiterarse la discrepancia entre los monumentos nacionales y los demás bienes de interés cultural, según el artículo 15 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, respecto a la competencia para autorizar las “obras menores que no comprometan la fachada, la integridad o los valores que motivaron” su incorporación al Patrimonio Cultural de la República. Así, cuando se trate de monumentos nacionales, le corresponde al Instituto del Patrimonio Cultural; mientras que, en caso de los demás bienes de interés cultural, la atribución es del respectivo municipio en el que se encuentren.¹⁴⁸

En suma, si bien se han destacado apenas cuatro diferencias (de las cuales una es meramente formal, a saber, el órgano competente para su declaratoria), es necesaria la contraposición de los monumentos nacionales frente a los demás bienes de interés cultural -que tengan soporte corpóreo- por expresa disposición de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, aunque sólo en razón de su régimen jurídico, del cual se observa que las implicaciones y limitaciones de los monumentos nacionales, efectivamente, tienen -aunque sea levemente- una mayor intensidad en comparación con las de los demás bienes culturales que conforman el Patrimonio Cultural patrio. Asimismo, visto que, a pesar de su amplia noción de bien cultural y de prever

¹⁴⁷ Sin embargo, la Providencia Administrativa N° 028/09, del 27 de octubre de 2009 contentiva del “Instructivo que Regula las Notificaciones de Documentos de Enajenación o de Constitución de Gravámenes, Limitaciones o Servidumbres sobre Bienes de Propiedad Particular Declarados Monumentos Nacionales o Bienes de Interés Cultural” regula este mecanismo de protección de modo indiferente, bien sea que se trate de monumentos nacionales o de otros bienes de interés cultural.

¹⁴⁸ *Vid.*, nota al pie N° 143.

expresamente entre su gran variedad, categorías que carecen de materialidad alguna,¹⁴⁹ la ley en cuestión circunscribió la definición de monumentos nacionales a muebles e inmuebles, por lo que se insiste en que sólo podrán ser declarados monumentos nacionales aquellos bienes culturales que tengan soporte material.

Por ende, el monumento nacional es una figura jurídica que traslapa cualquier clasificación que se asuma de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano. De hecho, como ya fue mencionado, parece incuestionable que la intención del legislador al contraponer la figura de monumento nacional frente a la del resto de los bienes de interés cultural -con soporte material-, es sólo para poder incrementar -por razones de mérito y conveniencia- la protección de algunos de los bienes que ya integren el Patrimonio Cultural nacional. Aunado a lo anterior -quizá aun más que ello-, podría ser significativamente mayor la preponderancia metajurídica de “*eleva*” un bien de interés cultural a la categoría de “*monumento nacional*”, dada su mera denominación y la superioridad jerárquica del órgano administrativo competente para su declaratoria.

Es probable que sea esa la razón por la que el tratamiento normativo en materia de patrimonio cultural, a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, pareciera difuminar esa clara distinción enunciativa y en lo que respecta a su régimen jurídico -aunque sea en poca medida-, entre los monumentos nacionales y los demás bienes de interés cultural. De ahí que -en opinión de quien escribe- la distinción entre monumento nacional y los demás bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano no constituye en sí una clasificación propiamente dicha.

C. Clasificaciones de los bienes del patrimonio cultural

Precisado lo anterior, se observa que los bienes del Patrimonio Cultural venezolano pueden clasificarse de diversas maneras, dependiendo del criterio que se asuma. Así, pueden distinguirse los bienes tangibles de los intangibles;¹⁵⁰ a su vez, los primeros pueden clasificarse en muebles o inmuebles. También es posible diferenciar los bienes culturales en virtud del nivel territorial del Patrimonio Cultural que integren, esto es, el ente político territorial del que se trate. Igualmente, de la generalidad pueden deslindarse algunos en razón de características que los separa del resto, como lo serían los bienes arqueológicos, paleontológicos, indígenas, entre otros.

¹⁴⁹ *Vid.*, pp. 37-44.

¹⁵⁰ Esto sin perjuicio de lo analizado previamente en cuanto a que todos los bienes culturales son, por su naturaleza jurídica, inmateriales (pp. 24-27).

Por su parte, el ordenamiento positivo venezolano enuncia diversas listas de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, tal como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo. En tal sentido, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural menciona los tipos de bienes culturales en su artículo 6°; la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales incluye en su artículo 1 cuáles son los bienes culturales muebles objetos de su protección; la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, también en su artículo 1, indica cuáles son las manifestaciones de los bienes culturales inmateriales; la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas contempla en su artículo 4 los diferentes bienes integrantes de este patrimonio cultural especial.

A diferencia de la enunciación de listas, en el ordenamiento jurídico también existen clasificaciones de los bienes culturales. En particular, la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva el “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, en su artículo 8, parte del criterio de distinción entre: **(i)** bienes materiales o tangibles (incluyendo: **a)** centros históricos; **b)** barrios, urbanizaciones o sectores de la ciudad; **c)** calles, avenidas, plazas y parques; **d)** monumentos, edificaciones, estatuaría e hitos urbanos; **e)** ruinas y sitios arqueológicos, paleontológicos, históricos, conmemorativos o asociados con rituales; **f)** sitios subacuáticos; y **g)** objetos, colecciones y otros de creación individual); y **(ii)** bienes intangibles (a saber, **a)** manifestaciones colectivas; **b)** creaciones individuales; y **c)** tradiciones orales).¹⁵¹ Del mismo modo, la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, en su artículo 9, categoriza los bienes integrantes de este especial patrimonio cultural en **(i)** intangibles y **(ii)** tangibles.

Ahora bien, para analizar una categorización de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, se estima importante partir de la premisa según la cual -como en cualquier clasificación- los tipos lógicamente tienen que ser excluyentes entre sí, es decir, que mal podría encuadrarse un bien cultural simultáneamente en más de una de las categorías que formen parte de la misma clasificación. De ahí que, por lo omnicompreensivo y lógicamente diferenciado, -a juicio de quien presenta este trabajo- parece mejor la más reciente clasificación del ordenamiento jurídico patrio prevista en el artículo 2 de la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013,

¹⁵¹ No obstante, el mismo cuerpo normativo de rango sublegal prevé, en su artículo 25 que el Registro General del Patrimonio Cultural estará categorizado como: **a)** “Los objetos”, **b)** “Lo construido”, **c)** “La creación individual”, **d)** “La tradición oral” y **e)** “Las manifestaciones colectivas”.

consistente en siete (7) clases de bienes culturales, a saber: (i) patrimonio inmaterial;¹⁵² (ii) patrimonio arqueológico;¹⁵³ (iii) patrimonio paleontológico;¹⁵⁴ (iv) patrimonio inmueble;¹⁵⁵ (v) patrimonio mueble;¹⁵⁶ (vi) patrimonio natural con significación cultural;¹⁵⁷ y (vii) portador/portadora patrimonial¹⁵⁸.

¹⁵² Contempla que “[e]stá constituido por las tradiciones o expresiones vivas en constante evolución, heredadas de nuestros antepasados y que se transmiten de generación a generación, como las tradiciones orales, prácticas sociales, rituales, festividades, conocimientos y prácticas relativas a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculadas a la artesanía tradicional. Se desarrollan en función de su entorno, en interacción con la naturaleza y la historia, infundiendo sentimiento de identidad y contribuyendo a promover el respeto por la diversidad cultural y la creatividad humana”.

¹⁵³ Indica que está conformado por “los vestigios materiales heredados de nuestros antepasados, producto de la actividad humana a través del tiempo, y que forman parte de nuestra identidad y de nuestro acervo cultural. Lo constituyen objetos de uso cotidiano, religioso o simbólico, así como sitios y construcciones de piedra y tierra, restos de plantas, huesos de animales y humanos, petroglifos, geoglifos, pecios (hundimientos de barcos antiguos), que formaron parte de la vida cotidiana en tiempos pasados”.

¹⁵⁴ Referido a “las evidencias de los seres vivos del pasado, es decir, restos fósiles de plantas (hojas, tallos, frutos, polen, etc), de vertebrados (peces, reptiles, aves y mamíferos) de invertebrados, así como los icnofósiles. En esta categoría se incluyen los fósiles mismos, los yacimientos y/o localidades que contienen fósiles, en cualquier contexto cronológico y geológico, además de las colecciones paleontológicas públicas y/o privadas que existen en el país”.

¹⁵⁵ Compuesto por “aquellas construcciones que ofrecen testimonio de civilizaciones y culturas, de una fase representativa de la evolución o progreso, o de un suceso histórico. Abarca construcciones aisladas, conjuntos urbanos o rurales, asentamientos indígenas, obras de ingeniería, así como también creaciones monumentales y construcciones modestas que han adquirido significado cultural con el tiempo”.

¹⁵⁶ Establece que “[e]stá conformado por objetos de carácter material o conceptual elaborados para un fin específico, como piezas útiles, obras artísticas o como recursos para el conocimiento. Son productos de las transformaciones realizadas por el hombre, incluyendo los instrumentos y utensilios de origen natural empleados en la transformación y que cuentan con un reconocimiento social”.

¹⁵⁷ Señala que “[s]on lugares, paisajes o monumentos naturales que además de sus relevantes valores científicos, medioambientales o su belleza, están relacionados con las manifestaciones culturales de una comunidad. Lo constituyen las reservas naturales y parques nacionales, montañas, cuevas, playas, ríos y caídas de agua, lagunas, etc., o elementos naturales como árboles centenarios, rocas y especímenes de animales asociados a leyendas, mitos o historias, a creencias, ceremonias, rituales o festividades de un pueblo en particular del pasado o del presente”.

¹⁵⁸ Precisa que se trata de “las personas poseedoras de conocimientos y destrezas esenciales para la continuidad de las expresiones culturales del venezolano. Ellas representan nuestra identidad, dan impulso a una particular forma de ver y de sentir basándose en nuestras raíces. Son hombres y mujeres que tienen más de 30 años en el oficio y que han logrado un reconocimiento en la comunidad donde viven, o a nivel regional o nacional. Se incluyen aquí personas vivas o muertas”.

De la revisión de sus respectivas definiciones -a pesar de tener su origen en una fuente de rango sublegal y que según el encabezamiento de su propio artículo 2 es “[a] los efectos de la instrumentación del RPC-Venezuela”- queda clara su diferenciación conceptual y desde la perspectiva de su esencia o de lo intrínseco de cada clase. Por ende, son obvias las particularidades e implicaciones dentro del ámbito jurídico, por ejemplo, en cuanto al tratamiento diferente que el ordenamiento le da a un bien mueble frente a un inmueble; o la posible regulación de “lugares, paisajes o monumentos naturales” en contraste con la de un bien inmaterial (entiéndase: una idea, obra intelectual o expresión artística); y, aun, el régimen al cual estaría sometida la necesaria abstracción de lo que representa un hombre o una mujer “portador(a) patrimonial”.

A los efectos de esta categorización, se observa el amalgame de varios criterios,¹⁵⁹ a saber, (i) en razón de sus cualidades físicas: *a*) por su naturaleza (corporales o material vs. Incorporales o *inmateriales*); *b*) por su existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento (*muebles* vs. *inmuebles*); y (ii) en razón de particularidades por las cuales simplemente se deslindan del resto -bien intrínsecamente y/o por la especialidad de sus regímenes jurídicos- *arqueológico, paleontológico; natural con significación cultural y portador/portadora patrimonial*. En relación con las categorías en cuestión, cabe destacar que si bien es evidente la distinción conceptual entre los bienes culturales arqueológicos y los paleontológicos, de la revisión de su régimen normativo, parece no existir -en opinión de quien presenta este trabajo- una clara diferenciación entre dichas categorías, sino que el ordenamiento positivo patrio les da el mismo tratamiento, por lo que podría cuestionarse lo significativo que resulta -por lo menos en cuanto a lo jurídico- deslindar ambos tipos de bienes.

Igualmente, quien escribe estima que -a diferencia de lo anterior- lo distintivo del régimen jurídico especial del patrimonio cultural indígena tiene una gran relevancia dentro del ordenamiento positivo venezolano (tanto de rango constitucional como de rango legal),¹⁶⁰ el cual -por el contrario- no fue asumido como una clase propia dentro de la clasificación en cuestión. De ahí se constata lo discrecional (por no decir: arbitrario) de dicha categorización -lo cual debe reconocerse como algo característico de las clasificaciones. No obstante, se reitera que en virtud de su fuente de derecho positivo y de la diferenciación lógica y conceptual de los tipos en ella contenidos, a pesar de las críticas esgrimidas, en el presente trabajo se partirá de esa clasificación

¹⁵⁹ De la clasificación elaborada por José Castán Tobeñas, citado por Ochoa G. (O. Ochoa G.: *Bienes y Derechos Reales... op. cit.*, p. 23).

¹⁶⁰ *Vid.*, pp. 27-29; y 37-44.

como la más acertada a los efectos de analizar las clases de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano.¹⁶¹

D. Categorías de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural

a. Bienes Inmuebles

Como fue indicado anteriormente, el artículo 2 de la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013 definió el “patrimonio inmueble” como “aquellas construcciones que ofrecen testimonio de civilizaciones y culturas, de una fase representativa de la evolución o progreso, o de un suceso histórico. Abarca construcciones aisladas, conjuntos urbanos o rurales, asentamientos indígenas, obras de ingeniería, así como también creaciones monumentales y construcciones modestas que han adquirido significado cultural con el tiempo”. Desde 1993, además de los declarados monumentos nacionales¹⁶² y de aquellos “bienes inmuebles de cualquier época que sea de interés conservar por su valor histórico, artístico, social o arqueológico que no hayan sido declarados monumentos nacionales”,¹⁶³ la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural refiere a: (i) “[l]as poblaciones y sitios que por sus valores típicos, tradicionales, naturales, históricos, ambientales, artísticos, arquitectónicos, sean declarados dignos de protección y conservación. Los centros históricos de pueblos y ciudades que lo ameriten y que tengan significación para la memoria urbana” (numeral 5 del mismo artículo);¹⁶⁴ y (ii) “las edificaciones de cualquier época perteneciente a nuestra arquitectura civil, militar o religiosa, con todo lo que contengan, en los cuales el Instituto del Patrimonio Cultural por declaración expresa, reconozca determinados valores históricos, artísticos o ambientales” (artículo 24).

Por su parte, la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”

¹⁶¹ Aunque, por las razones expuestas, por un lado, se unificará el análisis de los bienes arqueológicos y paleontológicos; y, por otro lado, cuando se revise cada una de las categorías, se destacarán las particularidades del patrimonio cultural indígena, dada su especial relevancia dentro del ordenamiento jurídico patrio.

¹⁶² Artículo 6°, numeral 1 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

¹⁶³ Numeral 2 de ese artículo 6° *eiusdem*.

¹⁶⁴ De modo específico, el artículo 31 *eiusdem* prevé la competencia del Instituto del Patrimonio Cultural para “declarar que determinadas poblaciones, sitios y centros históricos, en su totalidad o en parte, por sus valores típicos, tradicionales, naturales, ambientales, artísticos, arquitectónicos o arqueológicos y demás bienes establecidos en el artículo 6° numeral 7 de [esa] Ley, queden sometidos a la preservación y defensa que [esa] Ley establece”.

define: **a)** “Centros históricos englobados dentro de una poligonal determinada”, como aquellas “zonas históricas ubicadas dentro de ciudades, que están delimitadas por una poligonal levantada por el Instituto del Patrimonio Cultural” (artículo 9); **b)** “Barrios, urbanizaciones o sectores específicos de la ciudad”, consistentes en “sectores urbanos no contenidos en una poligonal determinada, que cuentan con un reconocimiento global del conjunto, lo que constituye su valor coral” (artículo 10); y **c)** “Calles, avenidas, plazas y parques”, referidos a “áreas públicas inscritas en el Registro General del Patrimonio Cultural” conformadas por “todo lo que dentro de ellas se encuentre, como monumentos, estatuaría, mobiliario urbano, jardines, árboles y los edificios que bordean o limitan ese espacio, así como los diversos componentes de éstos, sean estructurales, de cerramientos, de pisos y cubiertas, ornamentales y de revestimientos” (artículo 11).¹⁶⁵

Ahora bien, más allá de las obvias particularidades de esta categoría de bienes, dada su existencia en el espacio e imposibilidad de desplazamiento, han de destacarse las características propias de los bienes de patrimonio cultural consistentes en inmuebles, según la normativa vigente en esta materia. Al respecto, se observan formalidades para garantizar la protección de los inmuebles declarados integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, tales como: **(i)** que el Instituto del Patrimonio Cultural participe o notifique al Registrador Subalterno respectivo la declaratoria de un inmueble como monumento nacional, o su inscripción en el Registro General del Patrimonio Cultural, “para que estampe una nota marginal en los protocolos correspondientes” (artículos 15 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural y 23 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005, respectivamente); y **(ii)** un procedimiento especial para solicitarle a dicho órgano administrativo -con el cumplimiento de los requisitos y la presentación de recaudos previstos en el mismo instrumento reglamentario- la correspondiente autorización para ejecutar proyectos de: **a)** “inserciones de nuevas edificaciones en poblaciones, sitios o centros históricos declarados monumento nacional o bienes de interés cultural”; y **b)** “conservación, restauración, remodelación o adecuación de bienes inmuebles declarados [patrimonio cultural]” (artículos 2, 3, 5 y 7 de la Providencia Administrativa N° 017/10 del 1° de septiembre de 2010 contentiva del “Instructivo que Regula el Procedimiento de Consulta Obligatoria para la Presentación y Revisión de Proyectos de Intervención en los Bienes Inmuebles

¹⁶⁵ Los artículos 8, numeral 1, literal d; y 12 del mismo instrumento de rango sublegal enuncian y regulan la categoría denominada “Edificaciones, monumentos, estatutarias e hitos urbanos”, los cuales evidentemente constituyen inmuebles pero no están ahí definidas.

con Valor Patrimonial Inscritos en el Registro General del Patrimonio Cultural”).

De igual manera, según el ordenamiento jurídico patrio, el Instituto del Patrimonio Cultural: **(i)** determinará alrededor de los bienes inmuebles declarados monumentos nacionales, zonas de protección a las áreas circundantes que, “por formar el ambiente de los mismos, deban ser objeto de regulación reglamentaria” (artículo 23 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural); **(ii)** “establecerá las relaciones volumétricas adecuadas al conjunto monumental [esto es, a las ‘zonas de protección o las áreas circundantes de monumentos nacionales’] o a la población, sitio o centro histórico [‘declarados o no como áreas bajo régimen de administración especial’]” para impedir que las “nuevas construcciones” “restrinjan o alteren [la] visualidad, contemplación” de dichos bienes culturales (artículos 23 eiusdem y 4 de la Providencia Administrativa N° 017/10 del 1° de septiembre de 2010); **(iii)** “establecerá los criterios de protección y resguardo” de los barrios, urbanizaciones o sectores específicos de la ciudad con un reconocimiento global del conjunto,¹⁶⁶ así como “en los casos de restauración” de las zonas de protección “o” áreas circundantes a los monumentos nacionales (artículos 10 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 y 4 in fine de la Providencia Administrativa N° 017/10 del 1° de septiembre de 2010, respectivamente); y **(iv)** dictará “normas y procedimientos... conjuntamente con las oficinas municipales de patrimonio” a los cuales “deberán ajustarse” las “obras nuevas a realizarse en terrenos sin construcción contenidos en [las] poligonal[es]” que delimiten los centros históricos (artículo 9 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005).

Asimismo, se exige la autorización previa del Instituto del Patrimonio Cultural para las “intervenciones”: **(i)** “que pongan en peligro la integridad física general... la de sus componentes estructurales, de cerramientos, de pisos y cubiertas, ornamentales y de revestimientos” de: **a)** “las edificaciones contenidas en los centros históricos” y **b)** “las edificaciones, monumentos, estatutarias e hitos urbanos, inscritos en el Registro General del Patrimonio Cultural... así como el entorno ambiental o paisajístico necesario para su visualidad o contemplación adecuada” (artículos 9 y 12, respectivamente, de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005); **(ii)** que pudieran afectar la “permanencia del valor coral”¹⁶⁷ de los barrios,

¹⁶⁶ El artículo 10 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 precisa que estos criterios de protección y resguardo se deberán establecer “coordinadamente con el municipio competente”.

¹⁶⁷ El artículo 10 destaca que esa “permanencia del valor coral es el objeto de protección”.

urbanizaciones o sectores específicos de la ciudad con un reconocimiento global del conjunto (artículo 10 de la misma Providencia Administrativa); **(iii)** que pudieran comprometer la “integridad o visualización” de las áreas públicas -a saber, calles, avenidas, plazas y parques-¹⁶⁸ (artículo 11 eiusdem); y **(iv)** “de los espacios urbanos y rurales circundantes a los monumentos” (artículo 12, in fine de esa normativa de rango sublegal).

Igualmente, al Estado se le reconoce un derecho de paso “perpetuo” sobre los inmuebles declarados monumento nacional (artículo 18, único aparte de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural).

A la vez, cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 121, reconoce -entre otros- el derecho de los pueblos indígenas “a mantener y desarrollar... sus lugares sagrados y de culto”. En un claro desarrollo de esa disposición constitucional, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas atribuye expresamente a los pueblos y comunidades indígenas la facultad para determinar “aquellos lugares que, por su significado cultural, espiritual e histórico, no pueden ser objeto de prácticas que profanen o alteren negativamente los referidos lugares” (artículo 99 in fine). Esto se reitera y amplía en el artículo 10 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas que de manera genérica le atribuye a los pueblos y comunidades indígenas la competencia -con la asistencia y participación del Instituto del Patrimonio Cultural- para “determinar los bienes tangibles e intangibles que constituyen su patrimonio cultural y a establecer las medidas de salvaguarda en el ámbito de sus tierras y hábitat, conforme con sus prácticas, usos y costumbres”. Al respecto se observa, por una parte, la determinación o delimitación del “lugar” (inmueble) que deberá ser inventariado o registrado por el Instituto del Patrimonio Cultural; y, por otra parte, la potestad regulatoria de los “pueblos” y comunidades indígenas que resulta -en criterio de quien escribe- similar a la competencia concurrente de los municipios para, “mediante ordenanza especial”, regular “las actividades a ejecutarse en los bienes a que se refieren los artículos 9 [centros históricos], 10 [sectores urbanos], 11 [áreas públicas], 12 [edificaciones, monumentos, estatutarias e hitos urbanos] y 13 [sitios arqueológicos]”, según lo contempla el artículo 16 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”.

¹⁶⁸ El artículo 11 precisa que esta categoría “la conforman todo lo que dentro de ellas se encuentre, como monumentos, estatutaria, mobiliario urbano, jardines, árboles y los edificios que bordean o limitan ese espacio, así como los diversos componentes de éstos, sean estructurales, de cerramientos, de pisos y cubiertas, ornamentales y de revestimientos”.

Por último, resulta necesario referir a la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983¹⁶⁹ que denominó como “áreas bajo régimen de administración especial” -popularizadas con sus siglas ABRAE- una noción omnicomprendensiva que abarcaba todos los sitios “que se encuentran sometid[o]s a un régimen especial de manejo conforme a leyes especiales” (artículo 15).¹⁷⁰ Además de las diferentes figuras mencionadas en los 10 numerales de dicha norma,¹⁷¹ el artículo 16 también incluyó dentro de esta expresión otro conjunto de espacios físicos del territorio nacional “que se sometan a un régimen especial de manejo”, entre los cuales se señalan “[l]os Sitios de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico, compuestos por aquellas edificaciones y monumentos de relevante interés nacional, así como las áreas circundantes que constituyen el conjunto histórico artístico y arqueológico correspondiente” (numeral 4).¹⁷² Sobre este particular, es relevante constatar cómo los diferentes inmuebles con características especiales -cualquiera que fuera la naturaleza de tales particularidades, como es el caso de aquéllos de interés cultural-, a pesar de ser muy distintos entre sí y de estar sujetos a condiciones y regulaciones considerablemente diferentes para fines diversos,¹⁷³ se insertan dentro de un régimen de planificación general que el Estado debe dirigir para lograr una armonía entre el bienestar de la población, la optimización de la explotación, el uso de los recursos naturales y la protección y valorización del ambiente, todo ello en la integridad del territorio nacional que debe responder al “Plan Nacional de

¹⁶⁹ Publicada en Gaceta Oficial de Venezuela, N° 3.238, el 11 de agosto de 1983.

¹⁷⁰ Cabe advertir que, sin perjuicio de lo indicado en el estricto sentido teórico -Vid., pp. 54-58-, el artículo 17, párrafo primero de esta ley orgánica precisa que “[n]o se considerará incompatible someter a un mismo espacio del territorio a dos o más figuras de Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, siempre y cuando ellas sean complementarias”.

¹⁷¹ Esto es, **1)** parques nacionales; **2)** zonas protectoras; **3)** reservas forestales; **4)** áreas especiales de seguridad y defensa; **5)** reservas de fauna silvestre; **6)** refugios de fauna silvestre; **7)** santuarios de fauna silvestre; **8)** monumentos naturales; **9)** zonas de interés turístico; y **10)** áreas sometidas a un régimen de administración especial consagradas en los tratados internacionales.

¹⁷² Aunado a éstas, se mencionan en sus numerales y literales: **1)** áreas de manejo integral de recursos naturales (categoría que a su vez se subclasifica en: **a)** zonas de reserva para la construcción de presas y embalses, **b)** costas marinas de aguas profundas, **c)** hábitats acuáticos especiales para la explotación o uso intensivo controlado, **d)** áreas terrestres y marinas con alto potencial energético, **e)** zonas de aprovechamiento agrícola y **f)** planicies inundables); **2)** áreas rurales de desarrollo integrado; **3)** áreas de protección y recuperación ambiental; **5)** reservas nacionales hidráulicas; **6)** áreas de protección de obras públicas; **7)** áreas críticas con prioridad de tratamiento; **8)** áreas boscosas bajo protección; **9)** reservas de biósfera; y **10)** áreas de fronteras.

¹⁷³ Dentro de esta misma denominación ABRAE, se encontraban espacios territoriales que la ley había determinado con vocación o fines de uso, otros de explotación, junto a otros con vocación a ser preservados, así como otros destinados a ser recuperados por razones ambientales.

Ordenación del Territorio”,¹⁷⁴ “en concordancia con la Estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la Nación” (artículo 1°).¹⁷⁵ En efecto, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural la facultad de: **(i)** “[a]utorizar la ejecución de los programas de planificación o de desarrollo que se presenten en las zonas de protección circundantes a los monumentos nacionales” (artículo 10, numeral 15);¹⁷⁶ y **(ii)** ser informado de los “programas de planificación y desarrollo que se proyecten” en las “poblaciones y sitios” declarados integrantes del Patrimonio Cultural patrio (artículo 34).¹⁷⁷

¹⁷⁴ El artículo 5° establece que éste es instrumento básico para la ordenación del territorio, junto con los “planes en los cuales éste se desagrega”, a saber, **a)** planes regionales de ordenación del territorio; **b)** planes nacionales de aprovechamiento de los recursos naturales y los demás planes sectoriales; **c)** planes de ordenación urbanística; **d)** planes de las áreas bajo régimen de administración especial; y **e)** demás planes de la ordenación del territorio que demande el proceso de desarrollo integral del país.

¹⁷⁵ Es menester mencionar que, según el artículo 46, numeral 2, literal i) de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, el “control de la ejecución de los planes de las áreas bajo régimen de administración especial, con las facultades previstas en la legislación especial, y las establecidas en el artículo 43, corresponderá... de la siguiente manera:... [l]os Sitios de Patrimonio Histórico Cultural o Arqueológico, por el Ministerio de Relaciones Interiores”. Ello responde a que, para la fecha de su promulgación, se encontraba vigente la Ley de Protección y Conservación de Antigüedades y Obras Artísticas de la Nación de 1945 que atribuía la competencia en dicha materia a la Junta Nacional Protectora y Conservadora del Patrimonio Histórico y Artístico de la Nación, órgano que estaba “adscrito” al mencionado ministerio. Por tanto, resulta incuestionable que el citado artículo de la ley orgánica en cuestión quedó derogada con la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993 que creó el Instituto del Patrimonio Cultural, órgano perteneciente al entonces Consejo Nacional de la Cultura, ente a su vez adscrito al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. Actualmente, el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, publicado en G.O., N° 39.037, el 14 de octubre de 2008, incluye en su Capítulo VII “De los órganos desconcentrados y los servicios autónomos sin personalidad jurídica”, Sección I “Del Instituto de [sic] Patrimonio Cultural”, a este órgano entre los que “forma[n] parte de la estructura organizativa del Ministerio del Poder Popular para la Cultura” (artículo 57).

¹⁷⁶ Cabe destacar que el encabezamiento del artículo 34 eiusdem atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural la elaboración del censo de las poblaciones y sitios declarados parte del patrimonio cultural, así como el levantamiento de los “planos de los mismos en los cuales deberá demarcar las zonas de protección”.

¹⁷⁷ De igual modo, el artículo 33 de esta ley medular en materia de patrimonio cultural establece que el órgano desconcentrado en cuestión “regulará, con la colaboración de las autoridades competentes, todo lo relativo a la colocación de anuncios, avisos o carteles... ubicación de garajes, estacionamientos de vehículos, expendios de gasolina y lubricantes, kioscos, templetos o cualesquiera otras construcciones... permanentes, temporales o provisionales”.

b. Bienes muebles

La Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, en su artículo 2, define el “patrimonio mueble” como los “objetos de carácter material o conceptual elaborados para un fin específico, como piezas útiles, obras artísticas o como recursos para el conocimiento. Son productos de las transformaciones realizadas por el hombre, incluyendo los instrumentos y utensilios de origen natural empleados en la transformación y que cuentan con un reconocimiento social”. La Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural menciona -además de los muebles declarados monumentos nacionales- en su artículo 6°: **(i)** los “bienes muebles de valor histórico o artístico, propiedad del Estado o de otras personas jurídicas de carácter público, que se encuentren en museos nacionales, estatales o municipales o en otros lugares o públicos o privados, incluidos los de valor numismático^[178] o filatélico^[179]” (numeral 3); **(ii)** los “bienes muebles de cualquier época que sea de interés conservar por su excepcional valor histórico o artístico” (numeral 4); **(iii)** el “patrimonio documental y bibliográfico, archivos, bibliotecas, fototecas, mapotecas, fonotecas, videotecas, cinematecas y demás instituciones de igual naturaleza” (numeral 8); **(iv)** los “objetos y documentos de personajes de singular importancia en la historia nacional, sus creaciones culturales trascendentes” (numeral 9); **(v)** las “obras culturales premiadas nacionalmente” (numeral 10); y **(vi)** la “estatutaria monumental y las obras de arte de los cementerios” (numeral 11).

Por su parte, la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales señala en su artículo 1 que los bienes culturales muebles son aquellos “expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”.¹⁸⁰ Entre otros, incluye específicamente: **a)** objetos relacionados con la historia científica, técnica, militar y social, “así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional”; **b)** elementos derivados de la desmembración de monumentos artísticos o históricos; **c)** antigüedades de

¹⁷⁸ Relacionado con las monedas y medallas, especialmente las antiguas.

¹⁷⁹ Relacionado con la colección de sellos, sobres y otros documentos postales.

¹⁸⁰ Cabe destacar lo ya señalado en cuanto a que esa normativa interestatal comprende dentro del patrimonio cultural de cada Estado parte, a los muebles: **a)** creados por sus nacionales, o creados dentro de su territorio por nacionales de otros países o por apátridas residentes en él; **b)** hallados en el territorio nacional; **c)** adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes; **d)** que hayan sido objeto de intercambios libremente consentidos; y **e)** recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente.

más de cien años; **d**) bienes de interés artístico (cuadros, pinturas, escultura, grabados y litografía originales, montajes artísticos, etc.); **e**) manuscritos raros, libros, documentos y publicaciones antiguos; **f**) sellos sueltos o en colecciones; **g**) archivos fonográficos, fotográficos; **h**) objetos de mobiliario e instrumentos de música antiguos.

Respecto a uno de los tipos de bienes muebles indicados, a saber, los documentos, es necesario referir a lo establecido en el artículo 156 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008, según el cual “[e]l Estado, a través del Archivo General de la Nación, ejercerá control y vigilancia sobre los documentos declarados de interés histórico cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado”. De dicho encabezamiento de la norma en cuestión puede destacarse que -al igual que respecto de los demás integrantes del Patrimonio Cultural venezolano en sentido estricto- es necesaria la declaratoria expresa para que documentos de interés histórico sean sometidos a este régimen jurídico especial.¹⁸¹ Al respecto, según el segundo aparte de la misma disposición normativa, se garantiza que “[t]oda persona que descubra documentos históricos, una vez acreditado el derecho que a ellos tiene la República, recibirá el resarcimiento correspondiente de conformidad con el reglamento respectivo”.

Además, es de observar que la Providencia Administrativa N° 10/11 del 14 de marzo de 2011, contentiva del “Instructivo que regula el procedimiento para la transferencia de activos que constituyan bienes culturales muebles propiedad del Fondo de Protección Social de Depósitos Bancarios de las Instituciones Bancarias o de las empresas relacionadas sometidas a liquidación administrativa” también “define” los bienes culturales muebles. No obstante, esa definición es sólo a los efectos de garantizarle al Instituto del Patrimonio Cultural el ejercicio de su potestad para identificar, inscribir en el Registro General del Patrimonio Cultural y, consecuentemente, incorporar dentro del Patrimonio Cultural venezolano, en sentido estricto, a los bienes que -estando sujetos a la liquidación administrativa prevista en el ordenamiento jurídico que regula el sector financiero- “guardan valores

¹⁸¹ El artículo 157 del mismo Decreto-Ley Orgánica calificó “de interés público los documentos y archivos del Estado” -lo cual indudablemente incluye a los que tienen valor histórico-, señalando expresamente que “[s]in perjuicio del derecho de propiedad y siguiendo el procedimiento que se establezca al efecto por el reglamento respectivo, podrán declararse de interés público documentos privados y, en tal caso, formarán parte del patrimonio documental de la Nación”.

artísticos, históricos, plásticos, ambientales, arqueológicos, paleontológicos o sociales”.¹⁸²

En relación con las particularidades de su régimen jurídico, se evidencian disposiciones destinadas a: (i) proteger los bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural, como la que señala que -so pena de “las sanciones que establezca la ley”- “[l]os documentos que posean valor histórico no podrán ser destruidos, aun cuando hayan sido reproducidos o almacenados mediante cualquier medio” (artículo 152 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública); y (ii) garantizar su disfrute efectivo, como el “derecho perpetuo de paso sobre los inmuebles de propiedad particular en los cuales se encuentren” bienes muebles de interés cultural “catalogados por el Instituto del Patrimonio Cultural” (artículos 36, en concordancia con el 29 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural). Sin embargo, resultan más frecuentes aquellas normas que establecen mecanismos -como resulta obvio- relacionados con la posibilidad de desplazamiento de esta categoría de bienes.¹⁸³

Entre estos mecanismos, existen, por un lado, regulaciones sobre la ubicación de los bienes muebles que integran el Patrimonio Cultural patrio, incluyéndose la potestad del Instituto del Patrimonio Cultural para aprobar o autorizar sus “cambios de ubicación” o de “sede” -incluso, de “destino”- (artículos 21, encabezamiento; 26; y 27 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural). Hay que advertir, en cuanto a los bienes muebles integrantes del patrimonio cultural indígena, que el artículo 89 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas establece que “[p]ara el traslado de bienes materiales del patrimonio cultural indígena deberá contarse con la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos y comunidades indígenas”.¹⁸⁴ En relación con esta norma especial, es

¹⁸² De igual modo se advirtió el error -en criterio de quien presenta este trabajo- de mantener la misma definición que incluye a los bienes no declarados patrimonio cultural en la Providencia Administrativa N° 25/11 del 20 de julio de 2011, dado que esta última no tiene igual finalidad a la de la anterior Providencia Administrativa N° 10/11 del 14 de marzo de 2011.

¹⁸³ Aunque -como sucede con la totalidad del régimen en materia de patrimonio cultural- estas normas también tienen como finalidad la protección, valoración y disfrute de los bienes culturales.

¹⁸⁴ En el mismo artículo, se reconoce expresamente el derecho de restitución de bienes materiales en caso de ser “alterados o trasladados fuera de su hábitat y tierras indígenas en violación de la ley”, junto con la correspondiente “indemnización por los daños y perjuicios ocasionados”. Lo anterior también se desprende claramente del artículo 36 de la Ley del Patrimonio Cultural Indígena que estableció la responsabilidad de “[t]oda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que cause un daño al patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, [en virtud de la cual] está en la obligación de repararlo, restituyendo los bienes a

incuestionable -a juicio de quien presenta este trabajo- que la exigencia del “consentimiento previo, libre e informado” de las comunidades indígenas para mover esta categoría de bienes culturales no sustituye la necesaria autorización por parte del Instituto del Patrimonio Cultural antes referida, sino que constituye un requisito adicional a éste, tanto por la ya mencionada corresponsabilidad del Estado y los pueblos y comunidades indígenas (artículo 5 de la Ley del Patrimonio Cultural Indígena), como por cuanto los bienes integrantes del patrimonio cultural indígena conforman, a su vez, el Patrimonio Cultural de la República (artículo 3 eiusdem).

Por otro lado, deben destacarse las disposiciones normativas que prevén la posible salida del territorio nacional de tal categoría bajo análisis, a saber, **(i)** la prohibición de “salida del país”, tanto de los bienes muebles “catalogados” por el Instituto del Patrimonio Cultural, como de los bienes muebles extranjeros “de excepcional valor histórico o artístico” ingresados al territorio nacional bajo permiso de dicho órgano administrativo “con la facultad de reexportarlos y hayan permanecido en el país por más de diez (10) años”, sin que antes se les ofrezca en venta al Estado (artículo 30 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural),¹⁸⁵ y **(ii)** la sanción por la “exportación... sin autorización del Instituto del Patrimonio Cultural, [el cual] será considerado como contrabando y penado... obligando su devolución al territorio de la República” (artículo 41 eiusdem). A estas últimas normas de origen interno, han de agregarse las contenidas en cuerpos regulatorios interestatales, como lo es la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales.

su estado original, si fuere el caso, e indemnizando al pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas afectadas, con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso”.

¹⁸⁵ Particularmente, en cuanto a los documentos de interés histórico -de modo muy similar al resto de los bienes muebles integrantes del patrimonio cultural de la República-, el artículo 156 señala que “[c]uando el ministerio de adscripción considere que se trata de documentos históricos sobre los que no exista constancia de que han sido ofrecidos en venta a la Nación y de que ha quedado copia en el Archivo General de la Nación, podrá ejecutar medidas tendentes a impedir su salida del país, aún [sic] cuando fuere de propiedad particular”. Asimismo, el artículo 157 prohíbe que “[l]as personas poseedoras o tenedoras de documentos declarados de interés público... [los] traslad[en] fuera del territorio nacional sin previa autorización del Archivo General de la Nación”.

c. Bienes arqueológicos y paleontológicos

En cuanto a los bienes que conforman el patrimonio arqueológico y paleontológico, se constata que si bien la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural no enuncia una definición propiamente dicha. Su artículo 35 establece que “[s]on propiedad del Estado todos los bienes culturales declarados Patrimonio Cultural de la República, relativos al patrimonio arqueológico, prehispánico, colonial, republicano y moderno, así como los bienes del patrimonio paleontológico que fuesen descubiertos en cualquier zona del suelo o subsuelo nacional, incluidas las zonas subacuáticas, especialmente las submarinas”. De la norma de rango legal antes citada, se desprende aunque sea una similitud y una diferencia con el resto de los integrantes del Patrimonio Cultural en Venezuela. Por una parte, respecto a los bienes arqueológicos y paleontológicos, se mantiene la regla general según la cual es indispensable su declaratoria. Por otra parte, esta especial categoría de bienes se definen como aquéllos “que fuesen descubiertos”, tanto del suelo como del subsuelo terrestre,¹⁸⁶ subacuático¹⁸⁷ y submarino.

A diferencia de la ley medular en materia de Patrimonio Cultural venezolano, la Providencia Administrativa N° 29/12 contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas” sí establece definiciones relacionadas con esta categoría de bienes culturales. En el artículo 2, numeral 10 de este cuerpo regulatorio de rango sublegal, se señala que los “Bienes Arqueológicos o Paleontológicos. Son los vestigios y los objetos, muebles o inmuebles, o cualesquiera otras trazas de animales o vegetales así como de manifestaciones humanas del pasado o de tiempos recientes cuyas principales fuentes de investigación científica son las recolecciones superficiales, las excavaciones, o el estudio sistemático de colecciones”. De la revisión de esta Providencia Administrativa, se constata que, en efecto, esta parte del Patrimonio Cultural

¹⁸⁶ Entre las manifestaciones culturales a inscribirse en el Registro General del Patrimonio Cultural, la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, se incluyen las “Ruinas y sitios arqueológicos o paleontológicos, históricos, conmemorativos y asociados a rituales”, definiéndolos en su artículo 13 como “aquellos lugares del suelo o del subsuelo, donde existen restos, evidencias o símbolos materiales o manifestaciones intangibles, de culturas pasadas o presentes, poseedores de valores que los caracterizan y los hacen significativos para un colectivo”.

¹⁸⁷ La mencionada Providencia N° 012/05 señala en su artículo 14 que los “Sitios subacuáticos” “Son los espacios acuáticos e insulares de la República que contienen bienes con valores arqueológicos”. El también referido Decreto-Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos establece en su artículo 66 que “[l]os bienes del patrimonio cultural y arqueológico subacuático que se encuentran en los espacios acuáticos e insulares de la República, son del dominio público”.

se distingue por la idea de “descubrimiento” o “hallazgo” tanto intencional¹⁸⁸ como casual¹⁸⁹ y sea que tales bienes se hayan encontrado “ocultos” o “expuestos”.¹⁹⁰

Más recientemente, la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013 definió por separado ambos tipos de bienes culturales. En su artículo 2, se señala que el “Patrimonio Arqueológico: Está constituido por los vestigios materiales heredados de nuestros antepasados, producto de la actividad humana a través del tiempo, y que forman parte de nuestra identidad y de nuestro acervo cultural. Lo constituyen objetos de uso cotidiano, religioso o simbólico, así como sitios y construcciones de piedra y tierra, restos de plantas, huesos de animales y humanos, petroglifos, geoglifos, pecios (hundimientos de barcos antiguos), que formaron parte de la vida cotidiana en tiempos pasados”. Igualmente, la misma norma dispone que el “Patrimonio Paleontológico: Está constituido por las evidencias de los seres vivos del pasado, es decir, restos fósiles de plantas (hojas, tallos, frutos, polen, etc), de vertebrados (peces, reptiles, aves y mamíferos) de invertebrados, así como los icnofósiles. En esta categoría se incluyen los fósiles mismos, los

¹⁸⁸ Esto sería lo preponderante, estando relacionado con las ciencias de arqueología y paleontología, como lo define la misma Providencia N° 29/12 en su artículo 2, numeral 1 “Investigación Arqueológica: Es la actividad científica que tiene por objeto, mediante el estudio y análisis de los restos culturales y naturales dejados por las sociedades del pasado y con el auxilio de otras ciencias, la reconstrucción de sus características particulares así como de los procesos de formación, desarrollo y transformación de las mismas, hasta su unión con las sociedades actuales”; y numeral 6 “Intervenciones Arqueológicas o Paleontológicas: Son las actividades científicas que tienen por finalidad el descubrimiento de bienes arqueológicos o paleontológicos, tanto muebles como inmuebles, ya sea que dichas investigaciones impliquen una excavación o exploración sistemática del suelo, incluyendo tanto la superficie, como el subsuelo; así como también cuando se realicen en el lecho o en el subsuelo de aguas interiores o territoriales de la República”. Son propias de esta actividad, la prospección (definida en el numeral 2 del mismo artículo); las catas y los sondeos (señalados en el numeral 5); y las excavaciones (descritas en el numeral 7) y exploraciones.

¹⁸⁹ El artículo 2 de la Providencia N° 29/12, en su numeral 9, regula los “Hallazgos casuales” definiéndolos como “aquellos descubrimientos de bienes que posean los valores propios del patrimonio histórico, que se producen por azar o como consecuencia de cualquier tipo de remoción de tierra, demolición u obras de cualquier índole.”; y en su numeral 12 define la “Arqueología comunitaria” como la que “permite que alguna comunidad por **encuentro fortuito** en la zona por acciones de trabajo de la tierra, dé con un hallazgo arqueológico o paleontológico, para lo cual debe comunicar al Instituto del Patrimonio Cultural, quien como ente rector procederá a la formación de la comunidad, a través de los talleres de arqueología comunitaria, donde se darán las herramientas para la preservación, protección y registro de los bienes o los sitios”.

¹⁹⁰ Al definir los yacimientos arqueológicos en sus numerales 3 y 4, el tantas veces referido artículo 2 de la Providencia N° 29/12 hace expresa referencia a que los bienes arqueológicos y restos fósiles de flora y fauna, respectivamente, pueden encontrarse “ocultos (en el subsuelo o sumergidos) o expuestos (en la superficie terrestre)”.

yacimientos y/o localidades que contienen fósiles, en cualquier contexto cronológico y geológico, además de las colecciones paleontológicas públicas y/o privadas que existen en el país”.¹⁹¹

No obstante, debe insistirse que resulta propia de la actividad arqueológica y paleontológica la noción de “descubrimiento” o “hallazgo”, por lo que se estima que tal circunstancia es definitoria de esta categoría de bienes, aunque la oportunidad de dicho descubrimiento o hallazgo no haya sido del conocimiento de la autoridad administrativa correspondiente. Por tanto, el que haya transcurrido mucho tiempo después de hallarse un bien arqueológico o paleontológico no impide su declaratoria -y consecuente incorporación- como parte del Patrimonio Cultural patrio.

Ahora bien, además de tener -necesariamente- continente corporal por las características antes indicadas, estas categorías integrantes del Patrimonio Cultural venezolano se distinguen de los demás bienes culturales primordialmente en vista que su declaratoria conlleva la adquisición de la propiedad por parte del Estado, según lo expresamente contemplado en el ya referido artículo 35 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural. Al respecto, quien escribe considera que dicha precisión sólo tendría sentido respecto del soporte material, lo que los diferencia de los demás tipos de integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, por cuanto es característico de éstos últimos que su sustento corporal pueda ser propiedad de particulares, como ya se ha reiterado a lo largo de este trabajo.

Por ende, si bien ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico patrio que los bienes relativos al patrimonio arqueológico y paleontológico “son propiedad del Estado”, el autor considera que en caso de tratarse de un bien perteneciente a un particular, esta característica de los bienes arqueológicos y paleontológicos implica necesariamente -por lo menos desde la entrada en vigencia de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de

¹⁹¹ Particularmente, en cuanto a los bienes de esta categoría que sean muebles, en el artículo 1 de la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, se incluye como integrantes del patrimonio cultural de cada Estado parte: (i) “colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía”, que puede ser del patrimonio paleontológico; (ii) el producto de excavaciones (autorizadas o clandestinas), o descubrimientos arqueológicos; (iii) elementos derivados de la desmembración de monumentos artísticos o históricos o de lugares de interés arqueológico; (iv) material etnológico; (v) objetos de mobiliario e instrumentos de música antiguos. Igualmente, en el artículo 4 eiusdem, se incluyen los bienes adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes.

2002, dada su expresa previsión¹⁹²- el ejercicio de la potestad expropiatoria mediante los mecanismos legalmente establecidos.¹⁹³ Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el artículo 13 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, en su segundo aparte señala que el Instituto del Patrimonio Cultural “tiene derecho perpetuo de paso sobre los sitios antes enunciados [a saber: las ruinas y sitios arqueológicos o paleontológicos, históricos, conmemorativos y asociados a rituales], lo cual no incide en la titularidad de la tierra, pudiendo la misma pertenecer a entes públicos o personas naturales o jurídicas de carácter privado”.

Sobre esta disposición normativa de rango sublegal, quien presenta este trabajo considera que su adecuada interpretación consiste en que la “titularidad de la tierra” -en caso de ser privada- se mantendrá en tanto que los bienes arqueológicos o paleontológicos hallados en él sean muebles, ya que si se tratara de inmuebles, su declaratoria como integrantes del Patrimonio Cultural de la República conllevaría su adquisición por parte del “Estado”, en términos del indicado artículo 35 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, a través de los medios legales, incluyéndose como uno de ellos: la expropiación. Vale añadir que -en opinión de quien escribe- la palabra “Estado” mencionado en dicho artículo 35 debe entenderse genéricamente, por lo que -a juicio del autor- la ratio de la norma consiste en que los bienes corporales contentivos de bienes culturales “relativos al patrimonio arqueológico... así como... del patrimonio paleontológico” que fuesen “declarados Patrimonio Cultural de la República” deben ser públicos, esto es, propiedad del Sector Público -en términos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2014-. Más aún, en vista que esta particularidad responde evidentemente a su afectación a un servicio público, queda claro que los bienes culturales en cuestión se usarían “para dar satisfacción a una necesidad pública y que no puedan ser fácilmente reemplazados en esa función”,¹⁹⁴ por lo que se estima que el carácter de tales bienes públicos -esto es, el soporte material de los bienes declarados integrantes del patrimonio arqueológico o paleontológico de la República- tiene que ser de dominio público, en oposición a aquellos de dominio privado.

¹⁹² Artículos 60 al 63.

¹⁹³ Esto responde a que la expropiación constituye en sí una verdadera garantía al derecho de propiedad, de la cual no puede prescindirse al momento de afectar de manera plena o terminante este derecho de un individuo en particular.

¹⁹⁴ Artículo 6°, numeral 2, in fine del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2014.

Ha de advertirse lo contemplado en el artículo 8, numeral 5 de la Providencia Administrativa N° 29/12 contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas”, el cual prevé que al “escrito de solicitud para obtener la autorización”¹⁹⁵ que presenten los “profesionales de la arqueología o paleontología, venezolanos o extranjeros, o las instituciones científicas, nacionales o extranjeras, que pretendan ejecutar trabajos de prospección, recolección superficial y excavaciones tendientes a descubrir o explotar el patrimonio arqueológico o paleontológico”,¹⁹⁶ debe acompañarse una “declaratoria de reconocimiento de que los inmuebles y demás objetos arqueológicos o paleontológicos que se descubran son propiedad de la República”. Por un lado, esta disposición parece inútil, toda vez que -siendo obvio que tal declaratoria tendría que emanar necesariamente del propietario de los inmuebles en cuestión- dicho “reconocimiento” no podría constituir una forma válida para transferir el derecho de propiedad sobre un bien. Por otro lado, ese requisito de la solicitud para obtener la autorización a objeto de descubrir o explotar bienes del patrimonio arqueológico o paleontológico venezolano mal podría significar la renuncia a la garantía constitucional del derecho de propiedad, cuya afectación amerita el consentimiento del titular, conforme al ordenamiento jurídico, o el uso de mecanismos legales como lo sería la expropiación, el cual -se insiste- encuentra previsión especial expresa para este tipo de bienes en el Título VIII de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social de 2002 (artículos 60 al 63).

En cuanto a las particularidades de la regulación sobre los “bienes culturales relativos al patrimonio arqueológico y paleontológico”, pueden destacarse: **i.** deberes del particular propietario de: **a)** notificar inmediatamente al Instituto del Patrimonio Cultural directamente o por medio de las autoridades locales cuando se descubran “restos arqueológicos o paleontológicos” (artículo 27 de la Providencia N° 29/12 contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas”); **b)** suspender la ejecución de obras en terrenos en los cuales se descubran fortuitamente “restos arqueológicos o paleontológicos” (artículo 27, Parágrafo Primero eiusdem); y **c)** permitir “los trabajos de exploración, levantamiento e inventario que el Instituto del Patrimonio Cultural autorice” en los terrenos de su propiedad “bajo los cuales se encuentren” tales bienes (artículo 37 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural)¹⁹⁷; **ii.**

¹⁹⁵ Artículo 7.

¹⁹⁶ Artículo 6.

¹⁹⁷ Cabe advertir que el artículo 18 de la Providencia Administrativa N° 29/12 “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas” contempla el deber de “exigir a la persona o institución autorizada, las garantías suficientes, para

derechos del Estado de: **a)** “propiedad” (artículo 35 de la ley); **b)** “perpetuo... paso sobre los sitios [arqueológicos o paleontológicos]” (artículo 13, segundo aparte de la Providencia N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”);¹⁹⁸ y **c)** “autorizar la publicación de... trabajos en versión castellana” con los resultados finales de los proyectos autorizados y ejecutados (artículo 23 de la Providencia Administrativa N° 29/12); **iii.** potestades del Instituto del Patrimonio Cultural para: **a)** “impedir, provisionalmente, y por un término no mayor de sesenta (60) días continuos, hasta tanto autorice los trabajos de exploración, la correspondiente ocupación de terrenos de propiedad particular, cuando debajo de ellos se descubran” dichos bienes (artículo 38 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural);¹⁹⁹ **b)** autorizar “sólo... a arqueólogos o paleontólogos profesionales, así como a renombradas instituciones científicas” los “trabajo[s] que tienda[n] a descubrir, explorar, estudiar o excavar yacimientos arqueológicos o paleontológicos” (artículo 39 de la ley);²⁰⁰ **c)** “designar custodio [de las colecciones u objetos obtenidos por estudiantes, investigadores o instituciones extranjeras no residentes] a la entidad nacional que avaló la investigación” (artículo 26 de la Providencia Administrativa N° 29/12); **d)** autorizar “[c]ualquier intervención de los sitios [arqueológicos o paleontológicos]” (artículo 13, primer aparte de la Providencia Administrativa N° 012/05); **e)** “tomar las medidas que consideren necesarias para la protección de los referidos sitios [arqueológicos o paleontológicos]” (artículo 13, último aparte eiusdem);²⁰¹ y **f)** “permitir la salida de colecciones de duplicados de objetos arqueológicos a favor de instituciones científicas extranjeras cuando no se juzguen útiles para los

responder por los daños que se puedan ocasionar al propietario del terreno” en el cual se autoricen trabajos de exploración.

¹⁹⁸ Si bien la norma le atribuye tal derecho de paso al Instituto del Patrimonio Cultural, puede entenderse que es del Estado, más aún en vista de la falta de personalidad jurídica propia de dicho representante de la Administración Pública Cultural.

¹⁹⁹ En desarrollo de esta facultad, el artículo 27, Parágrafo Segundo de la Providencia Administrativa N° 29/12 antes citada, establece que el Instituto del Patrimonio Cultural “deberá ocupar el lugar y tomar las medidas preventivas necesarias para evitar daños al sitio y a los objetos descubiertos... y organizar las labores de rescate arqueológico que sean necesarias”.

²⁰⁰ La Providencia Administrativa N° 29/12 establece específicamente los requisitos y condiciones de quienes pueden ejecutar actividades relacionadas con el patrimonio arqueológico y paleontológico, previendo expresamente en el artículo 14 la facultad del Instituto del Patrimonio Cultural de “suspender o revocar en cualquier momento la autorización”, previa comprobación de los casos allí previstos.

²⁰¹ Dicha disposición establece que tal competencia es concurrente con los Municipios, encomendándole específicamente a las autoridades de éstos últimos la demarcación adecuada de los sitios arqueológicos y paleontológicos.

museos o instituciones nacionales, estatales o municipales”, así como de “aquellas piezas que requieran tratamiento especial para su conservación, restauración o examen”²⁰² (artículo 40 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural); y *iv*. la pena de uno (1) a dos (2) años de prisión a “[q]uien en búsqueda de [dichos] bienes... realicen exploraciones o excavaciones no autorizadas” (artículo 46 *eiusdem*).

En relación con el patrimonio cultural indígena, se observa que, según el artículo 15 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, uno de los valores de los bienes tangibles e intangibles²⁰³ integrantes del Patrimonio Cultural de los pueblos y comunidades indígenas por el que “deben ser protegidos integralmente y conservados” es, precisamente, el arqueológico. Asimismo, el artículo 93 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas establece expresamente que “[e]l Estado, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas, protegerá y conservará los sitios arqueológicos ubicados en su hábitat y tierras, fomentando su conocimiento como patrimonio cultural de los pueblos indígenas y de la Nación”. Dicha disposición parece una simple consecuencia del reconocimiento de los derechos que tienen las comunidades indígenas sobre sus hábitats y tierras. De ahí que, tal como se señaló previamente respecto de las otras categorías de bienes integrantes del Patrimonio Cultural, resulta clara la indispensable participación -además de las diferentes autoridades públicas- de las respectivas comunidades indígenas en la determinación, registro, protección y conservación de los bienes arqueológicos o paleontológicos hallados o descubiertos dentro de sus tierras, así como de aquellos bienes arqueológicos pertenecientes a los pueblos indígenas debidamente representados.

d. Bienes inmateriales

Desde 1993, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural incluye entre los bienes que pueden declararse integrantes del Patrimonio Cultural venezolano al “patrimonio vivo del país, sus costumbres, sus tradiciones culturales, sus vivencias, sus manifestaciones musicales, su folklore, su lengua, sus ritos, sus creencias y su ser nacional” (artículo 6°, numeral 7). El mismo artículo 6° de la Ley también prevé las creaciones culturales trascendentes de personajes de singular importancia en la historia

²⁰² El artículo 28 de la Providencia Administrativa N° 29/12 exige dejar constancia de la institución que efectuará el tratamiento, el tiempo y las condiciones para ello requerido, así como las garantías para su retorno al país.

²⁰³ Debe insistirse que, por su definición, los bienes arqueológicos y paleontológicos son necesariamente tangibles, esto es, que tengan un soporte material.

nacional (numeral 9 in fine) y las obras culturales premiadas nacionalmente (numeral 10), las cuales pueden indudablemente consistir en bienes inmateriales.

Por su parte, en la clasificación de las manifestaciones culturales que hace la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran”, el artículo 8 subclasifica los bienes intangibles en: **a)** manifestaciones colectivas; **b)** creaciones individuales de carácter intangible; y **c)** tradición oral. Las primeras son definidas en el artículo 18 eiusdem como “todas aquellas expresiones ceremoniales, festivas o de procesos productivos de grupos de personas, comunidades o sociedades que comparten una historia y propósitos comunes”. Asimismo, el artículo 19 de ese instrumento de rango sublegal establece que las creaciones individuales de carácter intangible son “aquellas producciones inmateriales, realizadas por un autor conocido, que están asociadas a la literatura, la interpretación -sea música, baile, danza, cantatas y teatro- el cine o cualquier otro tipo de proyección audiovisual, que por su valor cultural o su significación colectiva es reconocida como un bien patrimonial”.²⁰⁴ Finalmente, la Providencia Administrativa N° 012/05, bajo análisis, define la tradición oral como “aquellos testimonios orales y discursivos sobre acontecimientos y conocimientos que tienen significación para un determinado colectivo y que han sido transmitidos de generación en generación mediante la narración oral, entre ellos, poemas, cuentos, cantos, rezos, leyendas y recetas curativas o culinarias” (artículo 20).

Más recientemente, la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, en su artículo 2, define el patrimonio cultural inmaterial como el que “[e]stá constituido por las tradiciones o expresiones vivas en constante evolución, heredadas de nuestros antepasados y que se transmiten de generación a generación, como las tradiciones orales, prácticas sociales, rituales, festividades, conocimientos y prácticas relativas a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculadas a la artesanía tradicional. Se desarrollan en función de su entorno, en interacción con la naturaleza y la historia, infundiendo sentimiento de identidad y contribuyendo a promover el respeto por la diversidad cultural y la creatividad humana”. Como evidente referencia para la elaboración de esa definición sublegal, se observa que -con anterioridad- el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del

²⁰⁴ En esa misma disposición normativa, se señala que “[l]os creadores e inclusive los intérpretes de estas producciones culturales se convierten en portadores de ese bien pasando ellos mismos a ser patrimonio cultural. Se trata no de los soportes donde ellas pudieran estar escritas, filmadas o grabadas sino a la obra en su misma ejecución”.

Patrimonio Cultural Inmaterial (aceptada por Venezuela el 12 de abril de 2007) señala que este tipo de bienes culturales se entiende como “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural... que se transmite de generación en generación... recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”. En particular, esa misma disposición del cuerpo normativo interestatal menciona: **a)** “tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial”; **b)** “artes del espectáculo”; **c)** “usos sociales, rituales y actos festivos”; **d)** “conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo”; y **e)** “técnicas artesanales tradicionales”.

Ahora bien, de la revisión de las definiciones antes transcritas, se constata que los instrumentos normativos más recientes, a saber, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial y la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, delimitaron la definición del patrimonio cultural inmaterial, circunscribiéndolo a una noción colectiva o social y excluyendo de su concepto las manifestaciones individuales. Dicha reducción de la noción prevista en los cuerpos normativos de promulgación anterior, esto es, la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural y la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005, resulta a todas luces inconveniente por cuanto deja por fuera expresiones culturales de origen no colectivo, las cuales sin lugar a dudas tienen considerable importancia. En efecto, la categorización contenida en la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 correspondiente al “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran” yuxtapone bienes culturales emanados de una pluralidad de personas o de cantidad indeterminada -id est: manifestaciones colectivas y tradición oral- precisamente con aquellos de procedencia particularizada, a saber: creaciones individuales.

De manera tal que, en vista que las normativas de más reciente data proponen una definición de patrimonio cultural inmaterial que no encuadra en la noción previamente construida, pareciera clara la intención de excluir las manifestaciones culturales inmateriales de origen individual de esta categoría. Sin embargo, un análisis del resto de las clases de bienes culturales -según la clasificación asumida en el presente trabajo- conllevaría a dejar estas

expresiones culturales particulares enteramente fuera del Patrimonio Cultural venezolano, lo cual resultaría absurdo por el simple hecho de estar previsto en normas de rango legal y sublegal las cuales, aunque anteriores, se mantienen vigentes.

A mayor abundamiento, de una revisión del instrumento tecnológico denominado Registro del Patrimonio Cultural de Venezuela (RPC-Venezuela), creado justamente mediante la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013 -cuyo texto excluyente ha sido destacado- se constata la incorporación en la base de datos de bienes culturales inmateriales de origen individual, bajo la categoría de patrimonio inmaterial.²⁰⁵ De ahí que quien escribe concluye que la definición expuesta en el mencionado acto normativo de rango sublegal -que contiene la más reciente clasificación de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano- no es más que una ligera repetición no meditada de lo contenido en el cuerpo regulatorio internacional -a saber, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, cuyo objeto evidentemente no es la clasificación de los tipos de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano- sin darse cuenta que con ella se estaba dejando por fuera de la categorización bajo estudio, las manifestaciones culturales inmateriales de origen individual.²⁰⁶ Por ende, otro de los ajustes necesarios de la clasificación asumida debe ser en

²⁰⁵ Exempli gratia: en la página de internet contentiva del mencionado sistema automatizado <<http://www.rpc-venezuela.gob.ve>> se ubica el tema musical “Alma Llanera” bajo la categoría “Patrimonio Inmaterial” y subcategoría “Creación artística”, siendo que dicha obra es de autor conocido, a saber, música de Pedro Elías Gutiérrez y letra de Rafael Bolívar Coronado, por lo que mal puede atribuírsele un origen colectivo o social, aunque su relevancia, sentido de pertenencia e identidad nacional trasciende notoria y difusamente por toda Venezuela.

²⁰⁶ Otra posible causa de esa delimitación de la definición de patrimonio cultural inmaterial en la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013 es que, dada la íntima relación entre las nociones de “creación individual de carácter intangible” y “creadores e inclusive... intérpretes de estas producciones culturales [que] se convierten en portadores de ese bien” asumida por la anterior Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005, se consideró que los bienes culturales inmateriales de origen particular configurarían más bien la categoría de portadores patrimoniales. Sin embargo, quien presenta este trabajo estima que -a pesar de su afinidad conceptual- las obras individuales, particularmente como son definidas en la Providencia Administrativa N° 012/05, se distinguen claramente de los portadores culturales, sobre todo según lo previsto en la Providencia Administrativa N° 025/13. En efecto, para quien escribe -contrario a lo que pudiera interpretarse de la redacción del artículo 19 de la Providencia Administrativa N° 012/05- parece claro que no todo autor (menos aún: intérprete) de una creación individual que se incorpore en el patrimonio cultural venezolano pasa a ser portador cultural integrante del mismo patrimonio, tal como se define en la Providencia Administrativa N° 025/13, aun cuando estos últimos sean creadores de obras intangibles que como tales formen parte del patrimonio cultural.

cuanto a la definición de esta categoría de bienes culturales, la cual ha de ampliarse para abarcar tanto las expresiones colectivas como las individuales.

En cuanto al régimen jurídico de esta categoría de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, cabe destacar lo contenido en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, según la cual es imperante la participación de las comunidades, grupos e “individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio” (artículo 15). Asimismo, entre las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar su salvaguardia, se indican: **(i)** identificar y definir los “elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio” (artículo 11), mediante la confección y actualización de uno o varios inventarios (artículo 12); **(ii)** fomentar su investigación y estudio científico, técnico y artístico, particularmente el que se encuentre en peligro (artículo 13, literal c); **(iii)** crear o fortalecer instituciones para su documentación, formación y transmisión en foros y espacios destinados a su manifestación y expresión (artículo 13, literal d); y **(iv)** promover la educación, valoración, sensibilización y difusión de información sobre dicho patrimonio en la sociedad “y en especial a los jóvenes” (artículo 14).

Por su parte y en consonancia con el mencionado cuerpo normativo interestatal, la ya referida Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran” atribuye -al igual que en cuanto al resto de las categorías de bienes culturales- la responsabilidad para salvaguardar los bienes culturales inmateriales a las autoridades municipales -con el apoyo del Ministerio del ramo y de organizaciones comunitarias-.²⁰⁷ En particular, en el artículo 18, se le encomienda a los municipios procurar “los correspondientes apartados presupuestarios para darle continuidad, permanencia y difusión, conformando proyectos socio-comunitarios que potencien la organización en redes populares y el encuentro de la diversidad cultural”, a los fines de “proteger la significación y originalidad que [las manifestaciones colectivas] tienen para [los] grupos sociales [de los cuales provengan], cuando le otorguen coherencia, cohesión y sentido de pertenencia”. De igual modo, el artículo 20 encarga a tales entes descentralizados territorialmente “establecer una política de registros, en los soportes más adecuados, de las voces, imágenes y sonidos de [los] testimonios [constitutivos de tradiciones orales] y darlos a conocer mediante diversas modalidades, fomentando esta actividad cultural como pilar fundamental en el fortalecimiento de la

²⁰⁷ Las disposiciones del instructivo en cuestión refieren de manera reiterada al apoyo en las “redes populares” y en la “plataforma patrimonial del Ministerio de la Cultura”.

identidad cultural, la autoestima y la autogestión de los pueblos indígenas, así como en el reconocimiento y valoración de las historias, culturas y conocimientos tradicionales y locales, la organización de las redes populares y el encuentro de diversas culturas”.

En relación con los bienes inmateriales de origen particular, el artículo 19 de la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 también establece que las autoridades municipales “procurarán establecer políticas dirigidas a dar a conocer [las] creaciones [individuales de carácter intangible], divulgándolas en medios de comunicación y convirtiéndolas en temas a ser incorporados en los contenidos docentes de las escuelas y liceos municipales”; y “canalizarán a través de las redes culturales establecidas por el Ministerio de la Cultura, conjuntamente con las gobernaciones, políticas dirigidas a abrir posibilidades para expresar y presentar públicamente [estas] obras”.

De la revisión de los mecanismos de protección mencionados, se observa que, aunque los bienes corporales integrantes del Patrimonio Cultural venezolano también se protegen -o, más bien, salvaguardan de modo integral- con su registro, investigación, fomento, estímulo, difusión, divulgación y promoción -además de mediante su conservación física-, los bienes culturales inmateriales sólo pueden ser preservados a través de estas medidas, entre las cuales se destaca su transmisión a los más jóvenes. Tal particular forma de resguardo no es más que una consecuencia lógica de su falta de corporeidad, la cual ya fue referida supra.²⁰⁸ Cabe advertir que la regulación de este tipo de bienes culturales -particularmente respecto de las creaciones individuales- se encuentra indudablemente enmarcada dentro del régimen jurídico de propiedad intelectual.²⁰⁹ Otra implicación -la cual, para quien escribe es de superlativa relevancia en el análisis de esta especial categoría- es que esta clase de bienes culturales se resguarda a través de medidas que no se limitan al Patrimonio Cultural strictu sensu, sino que obviamente se dirigen a todos los valores culturales patrios, por lo que es necesario mantener en cuenta que -dada su naturaleza- pueden confundirse, sobre todo por sus mecanismos de protección, aquellos bienes culturales inmateriales sometidos a un régimen jurídico especial por haberse incorporado expresamente al Patrimonio Cultural venezolano en sentido estricto con los demás valores culturales que

²⁰⁸ Vid., pp. 23-27.

²⁰⁹ Si bien el artículo 49 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural sólo refiere específicamente a la utilización lucrativa del nombre de artistas venezolanos sin la debida autorización, dicha norma reconoce expresamente la prevalencia de “la legislación protectora de derechos intelectuales”, al momento de “tipificar” ese supuesto de hecho como “delito contra el Patrimonio Cultural de la República”.

forman parte del patrimonio cultural desde una perspectiva amplia, y que no tienen una regulación propia que los distinga de otros bienes incorporeales.²¹⁰

En cuanto al patrimonio cultural inmaterial indígena, resulta ineludible empezar por el bien incorporal expresamente identificado y declarado como integrante del Patrimonio Cultural venezolano por la Carta Magna, esto es, los idiomas indígenas, según lo consagrado en su artículo 9, disposición ratificada en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, en el artículo 3 de la Ley de Idiomas Indígenas y 7° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Cultura. La específica consagración en la fuente de mayor jerarquía normativa demuestra su obvia importancia dentro del ordenamiento patrio. Asimismo, se constata la particularidad de los mecanismos jurídicamente establecidos para su protección, fomento y difusión, como lo es la creación de un instituto autónomo denominado Instituto Nacional de Idiomas Indígenas como ente rector en materia de investigación, estandarización, desarrollo, difusión y educación de estos bienes intangibles (artículos 9 y 12 de la Ley de Idiomas Indígenas).²¹¹ Otros ejemplos de bienes culturales inmateriales expresamente declarados por disposiciones de rango legal como integrantes del Patrimonio Cultural de los pueblos y comunidades indígenas -y, por ende, de la República Bolivariana de Venezuela- son los siguientes: **i)** “los elementos de diseño, distribución del espacio y materiales de construcción de la vivienda indígena” (artículo 91 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas); y **ii)** “toda manifestación cultural expresada mediante obra o producto artesanal elaborado por los artesanos y artesanas indígenas” (artículo 4 de la Ley del Artesano y Artesana Indígena²¹²).

²¹⁰ Ya se ha analizado esta distinción previamente (vid., pp. 39 y ss.)

²¹¹ Como la mayoría de las disposiciones en esta materia, ésta también es muestra de normas sin cumplir, al no haberse creado aún este ente público desde que fue ordenado por la ley en cuestión, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.981, el 28 de julio de 2008.

²¹² La referida norma advierte que dicha declaratoria como integrante del patrimonio cultural indígena “no limita el derecho de comercialización de los productos artesanales indígenas en los términos establecidos en la presente Ley y las disposiciones legales que rigen la materia”. Ahora bien, para quien escribe, el contenido de esa disposición legal parece llevar insito una confusión en cuanto a la naturaleza jurídica de los productos artesanales indígenas como bienes del patrimonio cultural, toda vez que -al igual que lo ocurrido con “saberes y técnicas vinculadas a la artesanía tradicional” que sean declarados integrantes del patrimonio cultural venezolano, en los términos previstos en el artículo 2 de la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013, así como en el artículo 2 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial- lo protegido por este régimen especial no es el producto en sí, sino su diseño, materiales y técnicas de elaboración, por cuanto se trata de bienes culturales inmateriales, no muebles. De ahí que resulta obvio que no exista -ni podría existir- limitación alguna respecto de los productos que deriven de la implementación de esta clase

Como ya se ha señalado supra, la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas clasifica los bienes que lo integran en tangibles e intangibles (artículo 9) y define a los últimos como “las expresiones, usos, tradiciones, representaciones, conocimientos, saberes, cosmovisión, creencias, técnicas y prácticas, que sin tener un sustento tangible o material, son transmitidas de generación en generación, oralmente, su interacción con la naturaleza y su historia, siendo reconocidas por los pueblos y comunidades indígenas como integrantes de su patrimonio cultural” (numeral 2 del mismo artículo). Esta clase de manifestaciones que carecen de corporeidad resulta preponderante, tanto cuantitativa como cualitativamente, en el Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, cuestión que se verifica al revisar la lista -claramente enunciativa- contenida en el artículo 4 eiusdem. En particular, dicha disposición menciona los siguientes bienes intangibles: **a)** medicina tradicional y prácticas o terapias complementarias, conocimientos ancestrales y tradicionales asociados a los recursos genéticos y biodiversidad, y demás conocimientos originarios de interés vital; **b)** técnicas de elaboración, procesamiento y combinación de elementos naturales; **c)** diseños y símbolos; **d)** música, danzas y formas de ejecución de instrumentos; **e)** cosmovisión, espiritualidad y creencias; **f)** conocimiento tradicional sobre las propiedades de la tierra, flora y fauna, sus usos y prácticas; **g)** manifestaciones y expresiones de arte; **h)** pedagogía indígena, deportes, recreación y juegos tradicionales; **i)** tecnologías e innovaciones científicas y artísticas; **j)** todos aquellos conocimientos, saberes y tradiciones ancestrales que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural, oral o escrita.²¹³

Entre las medidas de protección contenidas en esta ley especial, el artículo 17 establece que las “manifestaciones o expresiones culturales... que se encuentren en amenaza o peligro de extinción, previa consulta a los pueblos y comunidades indígenas involucradas, serán recopiladas y salvaguardadas en soportes materiales, literarios, audiovisuales o propios de las nuevas tecnologías que garanticen su transmisión, difusión y revalorización, promoviendo la investigación, documentación, uso activo y protagónico por los pueblos y comunidades indígenas para garantizar su

de bienes inmateriales incorporados en el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, en sentido estricto, salvo que se trate de mecanismos para proteger, no los productos como cosas corporales, sino el bien inmateral por ellos representados, como ocurre con el deber de “identificar con un símbolo autóctono la prestación de bienes y servicios, que indique el pueblo y comunidad indígena de origen” (artículo 23 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas).

²¹³ De la lista completa contenida en este artículo 4, puede constatarse que además de los supuestos aquí mencionados, únicamente quedan por fuera dos -en razón de tratarse de bienes materiales-, a saber, instrumentos musicales y lugares sagrados o de culto.

conocimiento a las presentes y futuras generaciones". Por las características de dicho mecanismo, parece claro que resulta propio de los bienes intangibles, al ser éstos los únicos cuyo soporte material sirve de vehículo de transmisión, como ya ha sido analizado supra. Asimismo, el artículo 18, in fine de la ley bajo revisión contempla que "[e]l resultado de la investigación o documentación" de toda investigación o actividad que afecte directa o indirectamente al Patrimonio Cultural de los pueblos y comunidades indígenas -la cual amerita ser previamente consultada a tales grupos "respetando sus idiomas, espiritualidad, organización propia, autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados"- debe quedar "resguardado y custodiado, conjuntamente, por el Estado y los pueblos y comunidades indígenas".

Otro mecanismo de protección que también resulta claramente aplicable a los bienes inmateriales es el contenido en el artículo 20 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, según el cual se "deben diseñar planes, programas, proyectos y actividades para ser incluidos en los niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional, que contengan las expresiones culturales indígenas, como parte integrante de la cultura nacional". Además de esta forma de protección y difusión -el cual se encuentra dirigida propiamente a los ciudadanos dentro del país-, el artículo 19 del mismo cuerpo de rango legal establece el deber de incluir "elementos constitutivos de las manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades indígenas" en "las exposiciones o presentaciones locales, regionales, nacionales e internacionales de la cultura venezolana", cuyo alcance excede a los nacionales.²¹⁴

El artículo 12 eiusdem prevé como medida el deber del Estado de "fomentar la transmisión y difusión de las manifestaciones culturales indígenas en los medios de comunicación social, públicos, privados y comunitarios, televisivos, radioeléctricos, informáticos, satelitales e impresos", así como "la creación de medios de comunicación social indígena, en el ámbito local, regional, nacional e internacional"; sin embargo, establece que los "pueblos y comunidades indígenas determinarán las expresiones culturales que no puedan ser divulgadas en los medios de comunicación social". Lo anterior resulta, al menos, paradójico en vista que, por una parte, como ya se ha señalado, es fundamental para la protección de los bienes

²¹⁴ Se reitera que también es necesaria la implementación de estas medidas respecto de las demás clases de integrantes del patrimonio cultural, en aras de preservar en el tiempo y difundir aquellos valores que tienen los bienes corporales, dada la inmaterialidad que caracteriza todo bien cultural.

culturales inmateriales su difusión y la masificación del conocimiento sobre ellos, mientras que, por otra parte, la potestad que dicha norma atribuye a los pueblos y comunidades indígenas, sin duda, disminuye considerablemente el acceso de las personas a tales bienes culturales.²¹⁵ A pesar de lo antes indicado, si bien esta facultad de los pueblos y comunidades indígenas limita la divulgación de bienes culturales inmateriales, ella no impide que perduren en el tiempo como sí lo causan -en opinión de quien escribe- las disposiciones de la misma ley especial, según las cuales deben reservarse “aquellos bienes que, por su naturaleza y valor, no deban ser objeto de inventario” (artículo 27) o “de registro” (artículo 31).²¹⁶

En otro orden de ideas, cabe destacar la prohibición de registro de propiedad intelectual de los “usos, prácticas, costumbres, tradiciones, expresiones, saberes ancestrales, tecnologías e innovaciones, conocimientos asociados a los recursos genéticos y la biodiversidad y demás conocimientos tradicionales que forman parte del patrimonio cultural colectivo de los pueblos y comunidades indígenas”; precisándose que únicamente “podrán ser objeto de registro, por el Instituto del Patrimonio Cultural de común acuerdo con los pueblos y comunidades indígenas, quienes conservarán la propiedad intelectual colectiva de los mismos” (artículo 7 *eiusdem*). En este sentido, el artículo 33 establece que el “registro de los bienes del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas otorga al pueblo o pueblos y comunidad o comunidades indígenas, la exclusividad en la utilización o aprovechamiento de un bien perteneciente al patrimonio cultural [respectivo] así como su salvaguarda”.²¹⁷ De igual modo, en el artículo 24 se prohíbe

²¹⁵ Por su parte, el artículo 22 de esta ley contempla que los “pueblos y comunidades indígenas determinarán según sus usos, tradiciones y costumbres, las actividades, bienes y servicios constitutivos de su patrimonio cultural que no pueden ser susceptibles de comercio”.

²¹⁶ Resulta confuso lo señalado, tanto en el artículo 27 como en el artículo 31, en cuanto a que los pueblos o comunidades indígenas pueden “reservarse aquellos bienes que, por su naturaleza y valor, no deban ser objeto de inventario” o “de registro”, respectivamente, toda vez que la incorporación de bienes tangibles -y mucho menos de los intangibles- en el inventario o en el registro correspondiente, no afecta ni menoscaba la titularidad de su propiedad ni su posesión, por lo que tales criterios de “naturaleza y valor” no parecen en modo alguno una justificación para dejar de inscribir o registrar ciertos bienes del patrimonio cultural indígena. Más aún -contrario a la finalidad misma del régimen especial en materia de patrimonio cultural- excluir bienes culturales de inventarios y registros conlleva el desconocimiento -por lo menos “oficial”- de su existencia y hasta imposibilita su protección y salvaguardia.

²¹⁷ El artículo 34 contempla que el Instituto del Patrimonio Cultural debe, a través del Registro General del Patrimonio Cultural, otorgar “la certificación de registro al pueblo y comunidad indígena interesado”. Un bien cultural con estas características es el símbolo autóctono mediante el cual se identifique el pueblo y comunidad indígena de origen de “la prestación de bienes y servicios”; dado que dicha imagen debe estar inscrita en el Registro General del Patrimonio Cultural (artículo 23).

expresamente el uso o aprovechamiento con fines comerciales de los “nombres y denominaciones pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas... sin la previa consulta y aprobación de los pueblos y comunidades indígenas involucrados”.

Finalmente, cuando en el artículo 37 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas se tipifica “como agravante” en los delitos de “hurto, robo, apropiación indebida o sustracción a cualquier título, destrucción dolosa o exportación no autorizada” de bienes constitutivos del patrimonio cultural indígena, “a los fines del cálculo y aplicación de las penas o sanciones civiles, penales y administrativas previstas en las leyes”, llama la atención que -además de referirse a bienes tangibles- se incluyan expresamente los intangibles, toda vez que dichos hechos sancionables difícilmente -si no imposiblemente- pueden perpetrarse respecto de cosas incorporales. En todo caso, la aplicación de esta disposición para tales casos ameritaría -en opinión de quien presenta esta investigación- una interpretación de lo que significa “apropiarse indebidamente... o [la] exportación no autorizada” de bienes inmateriales; lo que resultaría en extremo delicado -o, más bien, jurídicamente cuestionable- dado que se trata de materia punitiva o sancionatoria, en la cual rige como principio la interpretación restrictiva. Por ende, más bien, parece claramente un error legislativo haber incluido en el contenido de esa norma a los bienes intangibles.

e. Portadores patrimoniales

La Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural no refiere expresamente a la posibilidad de incorporar dentro del Patrimonio Cultural venezolano a las personas propiamente dichas; sin embargo, sí hace mención, entre los bienes que pueden ser declarados como integrantes del Patrimonio Cultural, al “patrimonio vivo del país” (artículo 6º, numeral 7), noción que pudiera comprender individuos o grupos de personas.²¹⁸ También se ha señalado en el acápite anterior acerca de lo regulado en el artículo 49 de dicho cuerpo legal medular del ordenamiento jurídico en esta materia, relacionado con la tipificación de la utilización lucrativa del nombre de artistas venezolanos sin la debida autorización como “delito contra el Patrimonio Cultural de la República”, lo cual claramente pretende proteger -en cierta medida- el nombre de los artistas del Patrimonio Cultural de la República,

²¹⁸ Este planteamiento se ve reforzado -en opinión de quien escribe- por la redacción del artículo 8 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de 2009, en el cual se usa la misma frase “patrimonio vivo” cuando refiere a los ancianos y ancianas indígenas como integrantes de dicho patrimonio cultural especial.

aun post mortem, pudiendo constituir ello -aunque sea tangencialmente- otro fundamento legal para considerar que en el Patrimonio Cultural venezolano es posible incluir personas, en el claro entendido que se trata de lo que éstas - en su integridad como generadores de cultura- representan para la nación.²¹⁹

Pudiera considerarse contrario al anterior planteamiento, lo declarado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 239, del 14 de febrero de 2002, según la cual “la acepción de cultura anotada [como “fenómeno colectivo trasciende el individuo, aunque ella misma tenga cabida a partir de la expresión de éste (intelectual, artística, etc.) y su sostenida conjugación con las demás manifestaciones creativas del ser humano”], impide inferir que uno o varios sujetos puedan considerarse a sí mismos o a otros como un «bien cultural» -como pretendieron los actores respecto de los músicos destituidos-, pues la cultura es un fenómeno colectivo, mutable, conformado por la compleja interacción de los factores sociales en un determinado espacio, tiempo y lugar”. No obstante, debe advertirse que - además de haberse dictado con anterioridad a varios instrumentos normativos positivos que incorporan expresamente la figura bajo análisis, como se verá de seguidas- la decisión judicial parcialmente transcrita llegó a la referida conclusión tras considerar las afirmaciones que los accionantes en amparo realizaron subjetivamente respecto de otras personas naturales, por lo que no necesariamente implica una negación a que una autoridad competente pueda considerar y declarar a uno o varios sujetos como un bien cultural. De hecho, existen ejemplos de declaraciones de personas naturales y grupos de personas como integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, como lo son el “Cultor Popular Juan Esteban García, [declarado] Patrimonio Cultural Humano de la República Bolivariana de Venezuela”,²²⁰ “la producción musical literaria y ensayista del cantautor popular ALÍ PRIMERA, [declarado] patrimonio cultural de la República Bolivariana de

²¹⁹ El artículo en cuestión señala expresamente que “se considera delito contra el Patrimonio Cultural de la República, la utilización lucrativa del nombre de sus artistas, sin las autorizaciones suyas o de sus herederos o causahabientes, conforme a los previsto en esta Ley”. Al respecto, es necesario aclarar que de un análisis literal de la norma, por una parte, aquí el adjetivo posesivo “su” podría referirse a la “República” y no al “Patrimonio Cultural de la República”; y, por otra, aun con la interpretación de que se trate de artistas pertenecientes al patrimonio cultural nacional, quien presenta este trabajo estima válido asumir esa noción, tanto de manera lata como en sentido estricto, distinción planteada con anterioridad en este trabajo.

²²⁰ En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.220, del 1° de julio de 2005, se publicó el acuerdo del 30 de junio de 2005, mediante el cual la Asamblea Nacional llevó a cabo esta declaratoria, con ocasión del fallecimiento del mencionado representante del folklore patrio. No obstante, cabe enfatizar la ausencia de fundamento normativo para la presente declaratoria por parte del legislativo nacional, como ya se ha indicado.

Venezuela”²²¹ y “la obra y trayectoria de la agrupación Serenata Guayanesa”, “[e]n su carácter de Patrimonio Cultural de la Nación”,²²² entre otros.

Ahora bien, cuando la Providencia Administrativa N° 012/05 del 30 de junio de 2005 contentiva del “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran” define en su artículo 19 las creaciones individuales de carácter intangible, señala de manera expresa que “[l]os creadores e inclusive los intérpretes de estas producciones culturales se convierten en portadores de ese bien pasando ellos mismos a ser patrimonio cultural... Las autoridades municipales canalizarán a través de las redes culturales establecidas por el Ministerio de la Cultura, conjuntamente con las gobernaciones, políticas dirigidas a abrir posibilidades para expresar y presentar públicamente las obras de estos creadores como parte de la tarea de divulgación pero también como medio de vida que le otorgue un mínimo de seguridad y estabilidad económica”. Dicha disposición es la primera previsión normativa expresa de esta figura que -se insiste- consiste en lo que representa el individuo o grupo de personas como generadores de cultura; incluye, además, mecanismos para su protección, los cuales evidentemente se distinguen del resto de las medidas de salvaguarda de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, dada la gran diferencia de esta categoría jurídica.

Parece claro que la anterior construcción conceptual motivó que en la más reciente Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013 se

²²¹ En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.128, del 16 de febrero de 2005, se publicó el acuerdo del 15 de febrero de 2005, mediante el cual la Asamblea Nacional realizó esta declaratoria, en conmemoración del “20° Aniversario de la desaparición física del cantautor ALÍ RAFAEL PRIMERA ROSSEL”. Se reitera que no existe fundamento jurídico positivo para que el legislativo nacional declare bienes como integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, toda vez que -a nivel nacional- ello es competencia del Instituto del Patrimonio Cultural, del Ejecutivo Nacional y -en lo circunscrito al patrimonio cultural de los pueblos indígenas- de las comunidades indígenas, como ya ha sido estudiado.

²²² En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.803, del 18 de noviembre de 2011, se publicó el Decreto N° 8.608 del 18 de noviembre de 2011, mediante el cual el Presidente de la República ordenó la realización de medidas para garantizar la “preservación para las generaciones futuras y... más amplia difusión, conocimiento, reconocimiento y disfrute, nacional e internacionalmente” de este bien cultural, considerando expresamente que fue expresamente incorporado como “parte del Patrimonio Cultural de la Nación, reconocidas por el Instituto del Patrimonio Cultural a través de la Declaratoria N° 003-2005, de fecha 20 de febrero de 2005”, referida a la declaratoria como “BIEN DE INTERÉS CULTURAL, cada una de las manifestaciones culturales tangibles e intangibles registradas en el I Censo del Patrimonio Cultural Venezolano, y reflejadas en los catálogos elaborados con ocasión al mismo, salvo aquellas que hayan sido declaradas como Monumento Nacional”, acto administrativo que a su vez fue publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.234, del 22 de julio de 2005.

configurara y denominara como categoría autónoma al “Portadora/Portador Patrimonial”, definiéndola como “aquella compuesta por las personas poseedoras de conocimientos y destrezas esenciales para la continuidad de las expresiones culturales del venezolano”, que “representan nuestra identidad, dan impulso a una particular forma de ver y de sentir basándose en nuestras raíces” (artículo 2, in fine). En ese mismo artículo, se precisa que tales personas “[s]on hombres y mujeres que tienen más de 30 años en el oficio y que han logrado un reconocimiento en la comunidad donde viven, o a nivel regional o nacional”, incluyéndose “personas vivas o muertas”.

De la revisión de estas disposiciones regulatorias, se observa la evolución que ha sufrido la noción de esta clase integrante del Patrimonio Cultural patrio -la cual ya ha sido referida y relacionada con los bienes inmateriales de origen particular-.²²³ En lo que respecta a los mecanismos de protección destinados a esta categoría jurídica, resulta evidente que, además de fomentar, estimular, sostener y colaborar con los portadores patrimoniales para que continúen su labor de crear y pregonar cultura patria -que, dadas sus características, no podría ser reemplazada plenamente por alguna otra persona-, se amerita asegurar que perdure en el tiempo, y más allá de lo que duren de sus propias vidas, la producción de tales individuos o grupos de personas. Sobre este particular, es notorio que la referida producción debe resguardarse de acuerdo con su propia naturaleza jurídica, bien sea que se trate de bienes inmuebles, muebles, inmateriales, entre otros. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que se enfatice en gran medida el significado que para la cultura venezolana tiene -o tuvo- el sujeto en cuestión, desde una perspectiva integral, por ser precisamente esto lo que motiva la declaratoria del portador patrimonial como tal y su consecuente incorporación al Patrimonio Cultural venezolano.

Por su parte, en materia indígena, el artículo 8 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas indica que “[s]e reconoce y protege como patrimonio vivo de la nación a los ancianos y ancianas indígenas, que transmiten sus idiomas, voces, cantos, leyendas, creencias, cuentos, ritos y otras expresiones, enseñanzas culturales e históricas”. Dicha norma establece como mecanismo de protección de tales integrantes del patrimonio cultural indígena su “inclu[sión] en el Sistema Educativo Nacional, a través de la educación intercultural bilingüe mediante los planes, programas, proyectos y actividades, que a tal efecto dicte el ministerio competente”; así como ordena que se “estable[zc]an los beneficios socioeconómicos a los ancianos y ancianas indígenas que enseñen o transmitan la herencia histórica y cultural en los centros, planteles e

²²³ Vid., nota al pie N° 206.

instituciones educativas de carácter público, como incentivo e intercambio de la enseñanza cultural y ancestral”. Cabe destacar que, aunque el artículo 26 eiusdem prevé “un Registro de Artesanos y Artesanas Indígenas” (que deberá ser llevado por el Instituto del Patrimonio Cultural, conjuntamente con los pueblos y comunidades indígenas), no puede determinarse si ello constituye propiamente un reconocimiento de tales individuos como portadores culturales y, por tanto, conformantes del Patrimonio Cultural, entendido strictu sensu.

f. Bienes naturales con significación cultural

El artículo 2 de la Providencia Administrativa N° 025/13 de fecha 2 de agosto de 2013 define el “Patrimonio Natural con Significación Cultural” como los “lugares, paisajes o monumentos naturales que además de sus relevantes valores científicos, medioambientales o su belleza, están relacionados con las manifestaciones culturales de una comunidad. Lo constituyen las reservas naturales y parques nacionales, montañas, cuevas, playas, ríos y caídas de agua, lagunas, etc., o elementos naturales como árboles centenarios, rocas y especímenes de animales asociados a leyendas, mitos o historias, a creencias, ceremonias, rituales o festividades de un pueblo en particular del pasado o del presente”. Un antecedente de la figura bajo análisis -en la cual se vincula el valor natural con el cultural- al que puede referirse es el artículo 6° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, específicamente, en su numeral 5, entre cuyos supuestos se incluyen los “sitios que por sus valores... naturales, históricos, ambientales... sean dignos de protección y conservación”; así como en su numeral 12, correspondiente al “entorno ambiental o paisajístico -rural o urbano- requerido por los bienes culturales, muebles o inmuebles para su visualidad o contemplación adecuada”.

Con anterioridad a la ley medular en materia de patrimonio cultural, se observa que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural -cuya ley aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial de la República, N° 4.191 Extraordinario, del 6 de julio de 1990- versa sobre bienes, tanto de valor cultural²²⁴ como natural,²²⁵ lo cual resulta evidente de su misma denominación. Además de regularlos de forma propia, esa convención internacional también relaciona la noción natural con la cultural, cuando en

²²⁴ En su artículo 1, se define lo que, según ese instrumento normativo, debe considerarse patrimonio cultural, a saber, los monumentos, los conjuntos y los lugares.

²²⁵ El artículo 2 también precisa aquello que “[a] los efectos de [esa] Convención se considerarán ‘Patrimonio natural’”, esto es, los monumentos naturales, las formaciones geológicas y fisiográficas y los lugares o zonas naturales.

su artículo 1 incluye, entre los elementos integrantes del “patrimonio cultural”, a los “lugares” que abarcaban las “...obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

Ahora bien, los bienes naturales constituyen en sí mismos categorías jurídicas según el ordenamiento jurídico patrio. En cuanto a tales figuras, si bien se habían ejecutado con anterioridad medidas aisladas para la conservación ambiental -como la declaratoria de parques nacionales y monumentos naturales-²²⁶ y a pesar de lo rudimentario del régimen normativo en esa materia,²²⁷ un sector estima que una política de protección de áreas naturales, con una sistematización propia, comenzó a estructurarse en el país a partir de 1958.²²⁸ En efecto, si bien la Ley Forestal, de Suelos y Aguas de 1955²²⁹ -que derogó la Ley Forestal y de Aguas de 1942- declaró como de utilidad pública las: **(i)** reservas forestales, **(ii)** parques nacionales, **(iii)** monumentos naturales y **(iv)** zonas protectoras, se limitó a regular de forma particular éstas últimas; en tanto que la posterior Ley Forestal de Suelos y de Aguas de 1966²³⁰ desarrolló de manera específica -además de las zonas protectoras- el régimen jurídico de los parques nacionales y las reservas forestales.²³¹

²²⁶ Por una parte, el primer parque nacional formal de Venezuela, denominado Rancho Grande (actualmente conocido como Parque Nacional Henri Pittier), fue declarado como tal mediante Resolución N° 102 publicada en Gaceta Oficial de la República, N° 19.188, el 13 de febrero de 1937. Por otra parte, la primera declaratoria de monumento natural fue mediante Decreto N° 180 del 15 de julio de 1949, correspondiente a la Cueva del Guácharo, denominado Monumento Natural Alejandro de Humboldt.

²²⁷ La Ley aprobatoria de la Convención sobre la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (usualmente llamada Convención de Washington) fue publicada en Gaceta Oficial, N° 20.643, el 13 de noviembre de 1941, con la cual se incorporaron al ordenamiento jurídico venezolano, diferentes tipos de zonas naturales protegidas, a saber, **(i)** parque nacional, **(ii)** reserva natural; **(iii)** monumento natural; y **(iv)** reserva de región virgen. Por su parte, la Ley Forestal y de Aguas, publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, N° 20.885, el 27 de agosto de 1942, facultaba al Ejecutivo Nacional para declarar espacios como: **(i)** reservas forestales, **(ii)** parques nacionales; y **(iii)** zonas protectoras.

²²⁸ Mario Gabaldón: Parques Nacionales de Venezuela, Parques Nacionales y Conservación Ambiental N°1. Caracas. © Stephan y Thora Amend, 1992, pp. 13 y ss.

²²⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República, N° 24.872, el 13 de octubre de 1955.

²³⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República, N° 1.004 Extraordinaria, el 26 de enero de 1966.

²³¹ A su vez, esta Ley de 1966 fue casi totalmente derogada por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Bosques y Gestión Forestal, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 38.946, el 5 de junio de 2008.

Cabe reiterar lo antes analizado en cuanto a que, con la entrada en vigencia de la ya mencionada Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio en 1983, se modificó el tratamiento jurídico de las diferentes áreas particularmente importantes para el colectivo por sus características y los elementos o recursos naturales en ellos contenidos -razón por la cual tienen un régimen propio y diferente a la regulación común- para entrar dentro del proceso de ordenación del territorio que, en concordancia con la estrategia nacional, se establecía a largo plazo para el desarrollo económico y social del país. Por ende, dicha ley orgánica insertó el régimen de estos espacios físicos en una estructura general que tenía como objeto la planificación geográfica o territorial del Estado a nivel nacional, dejando de estar aislados para concebirse como unos elementos más dentro de un conjunto que debían ser tratados coordinada y sistematizadamente.²³²

Además de las diferentes áreas naturales mencionadas en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio bajo análisis y de “[l]os Sitios de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico, compuestos por aquellas edificaciones y monumentos de relevante interés nacional, así como las áreas circundantes que constituyen el conjunto histórico artístico y arqueológico correspondiente” (artículo 16, numeral 4 eiusdem), este cuerpo normativo define una figura que, en forma particular, relaciona el aspecto natural con el cultural, a saber, las reservas de biósfera. Esa categoría corresponde a “aquellas zonas en la que se combinan la presencia de biomasa naturales que deben ser preservadas por su alto valor científico y biológico, con la existencia de poblaciones locales caracterizadas por modos de vida en lo económico, social y cultural, que configuran un especial sistema de relaciones hombre - espacio” (artículo 16, numeral 9).

Como ya se ha afirmado, por cuanto esta categoría de bienes vincula los elementos del patrimonio natural con el ámbito cultural, resulta indispensable -para quien escribe- que el bien natural que ha de incorporarse al Patrimonio Cultural venezolano haya sufrido la intervención del hombre o influido de manera particular en la correspondiente sociedad, siendo lo característico de este tipo jurídico, la referencia a lo humano. Una clara explicación de esta idea -que además de ser una expresión muy ilustrativa de uno de los juristas de mayor importancia en materia de patrimonio cultural, resulta de gran

²³² Entre las diferentes áreas bajo régimen de administración especial, según lo definido por la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983, se constatan aquellas categorías propias del patrimonio natural, a saber, (i) parques nacionales, (ii) zonas protectoras, (iii) reservas forestales, (iv) reservas de fauna silvestre, (v) refugios de fauna silvestre, (vi) santuarios de fauna silvestre y (vii) monumentos naturales (artículo 15); así como: (i) áreas de protección y recuperación ambiental, (ii) áreas críticas con prioridad de tratamiento; (iii) áreas boscosas bajo protección y (iv) reservas de biosfera (artículo 16).

significado particularmente para Venezuela- se encuentra en el antes mencionado trabajo de Máximo Severo Giannini: "I beni culturali", publicado originalmente en Rivista Trimestrale di diritto pubblico, año 26, N° 1, 1976, cuya traducción se cita a continuación:

"La tesis que parece más extendida se puede decir que es la de la inexistencia de los bienes ambientales puramente naturales... En la realidad natural dichos objetos no existen como «bienes» ambientales, y haciéndolos accesibles los incorpora a la propia civilización como fuente de emociones. Por mostrar un ejemplo conocido, la cascada del Ángel, en Venezuela, antes de su descubrimiento acaecido hace unos decenios, no era un «bien» ambiental; no era nada, porque se ignoraba su existencia. Una vez que fue casualmente descubierta, tampoco era un «bien», porque era inaccesible. Era sólo una cosa de la naturaleza; ni siquiera hoy se ha convertido en un «bien», aunque es visible desde lo alto, mediante avionetas que se elevan por el estrecho cañón por el que cae, o alcanzable después de algunos días de marcha desde lugares accesibles sólo por vía aérea: éstos no son hechos de fruición de grupo, sino sólo hechos de fruición muy privilegiada, que no tienen interés alguno como hechos de la civilización, siendo ésta por definición un hecho de grupo. El ejemplo muestra, por tanto, que bien «puramente natural» es sólo una forma de hablar: es un bien respecto al cual la intervención del hombre no ha operado sobre la sustancia, pero ha operado sobre la estructura, transformándolo de cosa que no es posible disfrutar a cosa sometida a la fruición de grupo: que el grupo que la disfruta sea, de hecho, poco numeroso o lo sea mucho, no importa. Lo que importa es que es potencialmente universal, o sea, que comprende a todos los que pertenezcan al universo de una determinada civilización".²³³

No obstante lo anterior, un sector de la doctrina propone la unificación de las nociones de patrimonio cultural y patrimonio natural.²³⁴ En este sentido, se ha planteado servirse de una denominación propia, tal como "patrimonio integral" que abarca al "cultural" y "natural" como "un todo que va indisociablemente unido";²³⁵ y aun el uso de la voz "patrimonio", solo, sin agregar adjetivo alguno, en el entendido que existe una "transferencia semántica" de los adjetivos "cultural" y "natural", al sustantivo "patrimonio".²³⁶

Por último, en cuanto a la materia indígena, como resulta evidente, los bienes del patrimonio natural con significación cultural se circunscriben a los

²³³ M. Giannini: "Los bienes culturales..." op. cit., p. 20.

²³⁴ Y. Pérez P.: "La protección del patrimonio cultural..." op. cit., p. 249.

²³⁵ F. Hernández H.: "La conservación integral del patrimonio..." op. cit., p. 255.

²³⁶ I. Rodríguez T.: "Sobre el patrimonio cultural..." op. cit., p. 80.

antes referidos “lugares sagrados y de culto”, según se encuentra reconocido expresamente en los artículos 121 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 99 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y 10 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas, normas que ya han sido previamente analizadas; en el entendido que -en opinión de quien presenta este trabajo- tales lugares entrarán en la categoría de “naturales con significación cultural” o en la de “inmuebles”, dependiendo de lo primordial que sea el aspecto natural, propio de ese bien, frente a la manifestación o expresión cultural plasmado en dicho inmueble. Cabría agregar que, por tratarse de bienes de esta naturaleza, es obvio que en lo referente a esta categoría será importante la adicional injerencia de la Administración Pública con competencia en materia de los recursos naturales, como consecuencia de su propio régimen jurídico.

E. Declaratoria del bien cultural

De la revisión del ordenamiento positivo venezolano se desprende que la incorporación de diferentes bienes al Patrimonio Cultural patrio amerita - como regla general- su determinación o individualización mediante declaratoria expresa. En efecto, tal circunstancia se constata de lo contenido en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (artículos 6°, encabezamiento,²³⁷ numerales 5²³⁸ y 14,²³⁹ 10, numeral 1,²⁴⁰ 13,²⁴¹ 24,²⁴² 31,²⁴³

²³⁷ “El Patrimonio Cultural de la República a los efectos de esta Ley, está constituido por los bienes de interés cultural *así declarados*... conforme a lo señalado seguidamente”.

²³⁸ “Las poblaciones y sitios que por sus valores típicos, tradicionales, naturales, históricos, ambientales, artísticos, arquitectónicos o arqueológicos, *sean declarados* dignos de protección y conservación...”.

²³⁹ “Cualquier otro bien de interés cultural que amerite *ser declarado como tal*”.

²⁴⁰ “El... Instituto del Patrimonio Cultural, ejercerá las siguientes atribuciones: 1. Determinar las obras, conjuntos y lugares que forman parte del Patrimonio Cultural de la República. *Tal determinación se hará mediante resolución, debidamente motivada, la cual se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA...*”.

²⁴¹ “La declaratoria de un bien de interés cultural como monumento nacional corresponderá al Presidente de la República en Consejo de Ministros. *Los demás bienes* del artículo 6° de esta Ley *serán declarados tales* por el Instituto del Patrimonio Cultural”.

²⁴² “Quedan sometidos a la inspección y vigilancia del Instituto del Patrimonio Cultural, a los fines de su protección y conservación, las edificaciones de cualquier época perteneciente a nuestra arquitectura civil, militar o religiosa, con todo lo que contengan, en los cuales el Instituto del Patrimonio Cultural *por declaración expresa, reconozca determinados valores históricos, artísticos o ambientales...*”.

²⁴³ “El Instituto del Patrimonio Cultural *podrá declarar* que determinadas poblaciones, sitios y centros históricos, en su totalidad o en parte, por sus valores típicos, tradicionales, naturales, ambientales, artísticos, arquitectónicos o arqueológicos y demás bienes establecidos en el artículo 6° numeral 7 de esta Ley, queden sometidos a la preservación y defensa que esta Ley establece”.

35;²⁴⁴ y 42²⁴⁵); en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (artículos 156²⁴⁶ y 157²⁴⁷); y en la Providencia N° 012/05 “Instructivo que Regula el Registro General del Patrimonio Cultural Venezolano y el Manejo de los Bienes que lo Integran” (artículo 7²⁴⁸); entre otros.²⁴⁹ De igual modo, éste parece ser el criterio que ha asumido el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, ya que la Sala Constitucional dictó sentencia N° 2670 del 6 de octubre de 2003, mediante la cual calificó como “condición fundamental” para que proceda la protección judicial de bienes tutelados por el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el que éstos sean “declarado[s], mediante resolución motivada publicada en Gaceta Oficial, patrimonio cultural de la República, conforme a lo establecido en el artículo 10, numeral 1, de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural”; e indicó que, en ese caso particular que versaba sobre un bien posiblemente integrante del patrimonio cultural de un municipio, “es imprescindible, [que hayan sido] formalmente declarados por la autoridad municipal competente, como bienes del patrimonio cultural de la ciudad de Caracas (es decir, revelados al público mediante un acto expreso, más allá de su inclusión en inventarios...), de ser preciso, mediante la aplicación supletoria de la ley nacional, ante la aparente inexistencia de alguna normativa municipal que establezca la forma de dar publicidad a la declaratoria”.

Por lo antes planteado, quien presenta este trabajo estima que la declaratoria formal de bienes culturales tiene carácter constitutivo, en virtud del cual tales entidades: (i) son individualizadas o identificadas, “naciendo” como categoría jurídica creada por la ley; y (ii) pasan a integrar el Patrimonio Cultural del ente territorial correspondiente, con el consecuente sometimiento

²⁴⁴ “Son propiedad del Estado todos los *bienes culturales declarados Patrimonio Cultural de la República*, relativos al patrimonio arqueológico, prehispánico, colonial, republicano y moderno...”.

²⁴⁵ “Todos los bienes de interés cultural *declarados como tales*, cuya propiedad no pueda ser demostrada al requerirlo así el Ejecutivo Nacional, pasarán a la custodia y protección de la República”.

²⁴⁶ “El Estado, a través del Archivo General de la Nación, ejercerá control y vigilancia sobre los documentos **declarados de interés histórico** cuyos propietarios, tenedores o poseedores sean personas naturales o jurídicas de carácter privado...”.

²⁴⁷ “...Sin perjuicio del derecho de propiedad y siguiendo el procedimiento que se establezca al efecto por el reglamento respectivo, *podrán declararse de interés público* documentos privados y, en tal caso, *formarán parte del patrimonio documental de la Nación...*”.

²⁴⁸ “Los órganos estatales[sic] y municipales *podrán declarar determinados bienes como patrimonio cultural*, caso en el cual deberán notificarlo al Instituto del Patrimonio Cultural, para su posible inscripción en el Registro General del Patrimonio Cultural”.

²⁴⁹ Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que igualmente existen normas que -según pudiera considerarse- parecen reconocer a priori bienes culturales, como lo son, el artículo 10, numerales 10, 12 y 20 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

al régimen normativo especial.²⁵⁰ Cabe destacar que se arriba a esta conclusión en clara consonancia con la ya referida distinción entre el patrimonio cultural patrio considerado bajo una noción amplia y el Patrimonio Cultural en Venezuela en sentido estricto, de la que se deriva que a pesar de existir una cantidad indefinida -más bien indeterminable, dada la concepción dinámica que la Carta Magna tiene de la cultura-²⁵¹ de valores que configuran la identidad cultural venezolana, correspondiente a la primera de las dos nociones, son sólo ciertas manifestaciones culturales las que se deciden tutelar jurídicamente de forma especial, delimitándose así la última de las dos perspectivas.

Como fue analizado supra, esta diferenciación puede desprenderse del contenido del artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al consagrar que “[e]l Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación”, en tanto que una válida interpretación de dicha norma sería que por “la memoria histórica de la Nación” debe entenderse el patrimonio cultural en sentido amplio, mientras que el “patrimonio cultural, tangible e intangible” refiere al sentido estricto de la figura jurídica. De igual modo, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Cultura también parece asumir este deslinde cuando, a la vez que mantiene una amplia definición de “Patrimonio Cultural” en su artículo 3º, numeral 17, precisa en su artículo 11 que el “Patrimonio Cultural de la Nación” lo constituyen “las manifestaciones materiales o inmateriales... que se declaren formalmente por ante el registro general de patrimonio del ente nacional con competencia en Patrimonio Cultural”.²⁵² Continuando con la misma interpretación de dichas

²⁵⁰ Las sentencias Nros. 1817 del 28 de noviembre de 2008 y 597 del 26 de abril de 2011, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en las cuales se indicó que “cuando el ordenamiento jurídico delimita o individualiza el Patrimonio Cultural sometido a un régimen estatutario de derecho público, esas manifestaciones culturales de naturaleza tangible o intangible pasan a ser tuteladas por el contenido de la garantía consagrada en el artículo 99 de la Constitución, tal como ocurre en el supuesto regulado por el artículo 6 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural”.

²⁵¹ En las mismas sentencias Nros. 1817 del 28 de noviembre de 2008 y 597 del 26 de abril de 2011, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano también estableció que “la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asume una concepción dinámica de la cultura entendida como ‘(...) aquel todo complejo que incluye conocimiento, creencia, arte, moral, ley, costumbre y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de un [sic] sociedad (...)’ -Cfr. WITHE, LESLIE A. La Ciencia de la Cultura. Un estudio sobre el hombre y la civilización, Ed. Paidós, Buenos Aires, p. 97-...”.

²⁵² Vid. pp. 33 y ss.

disposiciones normativas igualmente se concluye de forma clara que el deber del Estado en esta materia no se limita a su Patrimonio Cultural, strictu sensu, sino que -se insiste- abarca a todos los valores que configuran su identidad cultural, esto es, su patrimonio cultural en sentido amplio también, aunque no necesariamente mediante la incorporación de manifestaciones culturales a un régimen jurídico estatutario especial.

Ahora bien, además de su carácter constitutivo, quien escribe considera que de las ya citadas disposiciones normativas también se constata que la declaratoria mediante la cual se incorpora un bien al Patrimonio Cultural venezolano, entra dentro de las denominadas facultades o potestades discrecionales de la Administración Pública, en virtud de las cuales, dadas las circunstancias legales correspondientes, la Administración Pública “puede” realizar “o no” una conducta determinada, “dictar o no” un acto administrativo específico.²⁵³ Al respecto, tomando en cuenta que la discrecionalidad administrativa debe desprenderse de una previsión legal expresa, dada la aplicación del principio de legalidad administrativa que en el presente caso consiste propiamente en la vinculación positiva a la norma,²⁵⁴ es necesario precisar cuáles aspectos de la declaratoria de bienes como integrantes del Patrimonio Cultural venezolano le fueron dejados a la voluntad de la Administración Cultural Pública por decisión del legislador. Por ende, ha de revisarse la redacción de los artículos mencionados, de la que pueden identificarse los elementos de dicha potestad discrecional a fin de delimitarlos adecuadamente.

En efecto, cuando en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural se señala que el Instituto del Patrimonio Cultural: **(i)** “[d]eterminar[á] las obras, conjuntos y lugares que forman parte del Patrimonio Cultural de la República” (artículo 10, numeral 1); **(ii)** declarará expresamente que “recon[oc]e determinados valores históricos, artísticos o ambientales” (artículo 24); y **(iii)** “podrá declarar que determinadas poblaciones, sitios y centros históricos... queden sometidos a la preservación y defensa que esta Ley establece” (artículo 31); resulta evidente la discrecionalidad en cuanto al poder o no declarar un bien como integrante del Patrimonio Cultural venezolano (elemento denominado por la doctrina italiana como *an*). Como se ha explicado, la competencia para incorporar

²⁵³ La Sala Política-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en sentencia N° 700 del 22 de mayo de 2002, reconoce que la declaratoria de un bien como integrante del Patrimonio Cultural venezolano se fundamenta en “... la facultad discrecional otorgada por ley al Instituto del Patrimonio Cultural para dictar la resolución”.

²⁵⁴ Al respecto de esta tesis del principio de legalidad, véase José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I. Colección de Estudios Jurídicos, N° 1. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 695-729.

bienes a los Patrimonios Culturales de los Estados y Municipios corresponderá a los órganos o entes que éstos determinen, en ejercicio de su potestad constitucional y legal en materia de patrimonio cultural.²⁵⁵

Asimismo, también fue estudiado anteriormente²⁵⁶ que es discrecional para la Administración Cultural Pública calificar e identificar al bien en cuestión como monumento nacional u otro de los demás integrantes del respectivo Patrimonio Cultural; con la salvedad de, por una parte, no poder calificar como el primero de los supuestos indicados aquellos bienes que carezcan de un soporte material, por cuanto el legislador precisó que los monumentos nacionales serían “bienes muebles e inmuebles” (artículo 14 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural) y, por otra parte, la distinción entre los órganos competentes para calificarlos como una u otra de las figuras, en tanto que la declaratoria como monumento nacional “corresponderá al Presidente de la República en Consejo de Ministros”, mientras que como otro integrante del Patrimonio Cultural venezolano la competencia es del Instituto del Patrimonio Cultural (artículo 13 eiusdem). De manera que, al establecerse en la norma legal que la determinación de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano puede consistir en declararlos monumentos nacionales u otro de los demás bienes de valor artístico, histórico o ambiental, se observa que el elemento del contenido de dicha declaración (denominado *quid*) -por lo menos, en parte- es también discrecional toda vez que existen dos posibles alternativas, ambas válidas, entre las cuales la Administración Cultural Pública puede escoger.

Sobre este particular, cabe añadir -a pesar de ser obvio- que independientemente de tratarse de monumentos nacionales u otro bien de valor cultural, la declaratoria también dependerá de las categorías de bienes culturales previstos legalmente, los cuales se distinguen en función de su naturaleza, tal como fue analizado supra.²⁵⁷ De ahí que la declaratoria de un bien arqueológico mal podría consistir en un inmueble o un bien inmaterial,

²⁵⁵ Se reitera que, en sentencia N° 2670 del 6 de octubre de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela señaló que “el cumplimiento de la obligación que el artículo 99 de la Constitución impone al Estado venezolano, le corresponde, en virtud de lo establecido en los artículos 156, numeral 32, y 178, numeral 1, de la propia Carta Magna... a los Municipios... en el ámbito local, mediante la actuación que desarrollen los entes desconcentrados o descentralizados que creen, de conformidad con las normas contenidas en las Ordenanzas sobre la materia o en otros actos de rango sub-legal... con objeto de proteger, conservar, rehabilitar, salvaguardar y consolidar, igualmente, el patrimonio cultural, histórico, de una determinada ciudad, localidad o parroquia, que para ello, no necesariamente debe revestir significación nacional y haber sido declarada patrimonio cultural de la República”.

²⁵⁶ Vid., pp. 44 y ss.

²⁵⁷ Vid., pp. 54 y ss.

por claras razones conceptuales que fueron previamente revisadas. Tal particularidad no guarda relación con el elemento discrecional del contenido de la decisión administrativa, sino con un asunto de categorías jurídicas legalmente establecidas y lógicamente diferenciadas.

Continuando con el análisis de los aspectos relativos a la declaratoria de bienes como integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, a diferencia de los anteriores dos elementos de la potestad bajo estudio, por cuanto la normativa legal revisada no confiere expresamente a la Administración Cultural Pública la facultad para efectuar dicha determinación en el momento en el que ésta considere oportuno, no debe considerarse que ello es discrecional (elemento denominado por la doctrina italiana como *quando*). Por el contrario, como ejemplo puede referirse al artículo 27, parágrafo segundo de la Providencia N° 29/12 del 24 de agosto de 2012, contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas” el cual señala que ante el descubrimiento intencional o fortuito de restos u objetos arqueológicos o paleontológicos, “cualquiera que sea la propiedad del terreno” en el cual se hallen, el Instituto del Patrimonio Cultural “deberá ocupar el lugar y tomar las medidas preventivas necesarias para evitar daños al sitio y a los objetos descubiertos... y organizar las labores de rescate arqueológico que sean necesarias”, todo ello dentro del lapso de sesenta días continuos, según lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

Finalmente, en el caso del último elemento de esta potestad, es decir, el modo en que debe realizarse tal determinación, se observa que la ley medular en cuestión establece que la declaración de un bien como integrante del Patrimonio Cultural venezolano “...se hará mediante resolución, debidamente motivada, la cual se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA” (artículo 10, numeral 1, in fine de la misma ley especial), por lo que se constata que tampoco existe discrecionalidad en cuanto a este elemento (*quomodo*). Así, se evidencia que por expresa disposición de la norma legal especial es indispensable la debida motivación de tal declaratoria (específicamente señalando que será una Resolución, en tanto que emane del Instituto del Patrimonio Cultural, ya que la declaratoria de monumentos nacionales correspondiente al Ejecutivo Nacional obviamente sería mediante Decreto, conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); además de establecer como requisito formal el que sea publicada en Gaceta Oficial, constituyendo tales exigencias garantías para los particulares.

Aunado a lo anterior, cabe añadir que, en cuanto a los monumentos nacionales, se amerita la consulta vinculante del Instituto del Patrimonio Cultural (artículo 10, numeral 7 de la Ley de Protección y Defensa del

Patrimonio Cultural). En relación con los bienes culturales del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas, son éstos, representados por las comunidades indígenas, a quienes les corresponde -con la debida colaboración de la Administración Cultural Pública (artículos 5 y 33 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas)- determinar los integrantes de sus respectivos Patrimonios Culturales (artículo 10 eiusdem), los cuales a su vez, constituyen parte integrante del Patrimonio Cultural de la República (artículo 3 eiusdem). Además, tal determinación debe hacerse mediante decisión por la asamblea respectiva la cual quedará asentada en un acta (artículo 32, numeral 2 eiusdem)²⁵⁸ y los bienes declarados como parte del Patrimonio Cultural de los Pueblos Indígenas también deben ser “denominados o identificados conforme al idioma originario del pueblo indígena de pertenencia” (artículo 11 eiusdem).

En suma, si bien resulta discrecional para la Administración Cultural Pública declarar o no un bien como integrante del Patrimonio Cultural patrio (an) y que mediante dicha declaratoria se califique como monumento nacional u otro de los bienes culturales (parte del quid), no es discrecional para aquélla el resto de la potestad administrativa en cuestión, particularmente, los otros dos elementos de esta potestad administrativa (quando y quomodo) por estar los mismos reglados, todo ello además de las formalidades descritas supra que legalmente deben cumplirse para que el acto en cuestión adquiera validez y eficacia en resguardo del debido procedimiento.²⁵⁹ En este mismo orden de ideas, como todas las potestades discrecionales de la Administración Pública, la actuación realizada por ésta debe guardar la debida congruencia entre el acto, los hechos determinantes del mismo (motivos) y los fines que se persiguen, conforme a lo genéricamente establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, según el cual: “Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia *deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma*, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia” (resaltado de quien transcribe).²⁶⁰

²⁵⁸ Tales declaraciones emanadas de las comunidades indígenas, como personas jurídicas no estatales, constituyen -en opinión de quien escribe- actos de autoridad que deben cumplir con las mismas exigencias legales de todo acto administrativo, para lo cual resulta esencial la participación de la Administración Cultural Pública.

²⁵⁹ J. Peña S.: Manual... vol. I... op. cit., pp. 729 – 757.

²⁶⁰ En la ya referida sentencia N° 700 del 22 de mayo de 2002, la Sala Política-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela aplicó al caso concreto -sin entrar a considerar lo acertado o no, fundamentado o no, de dicho juzgamiento- la revisión de “la debida adecuación y proporcionalidad, de acuerdo a lo previsto por el

Cabe traer a colación el criterio asumido por el jurista italiano Giannini reseñado previamente,²⁶¹ en relación a que, por una parte, la calificación de un bien cultural es de carácter declarativo, en vista de tratarse del reconocimiento del valor cultural que ya tenía el bien en cuestión y, por otra parte, que dicha decisión no podía calificarse como discrecionalidad administrativa sino discrecionalidad técnica, por cuanto no existen motivos por los cuales resulte oportuno o no hacerlo, dado que en caso de constatar, mediante la aplicación de ciencias humanas, la existencia de elementos que lo justifican, resulta obligatorio para la Administración Pública incorporar el respectivo bien al Patrimonio Cultural correspondiente. Al respecto, ya se ha planteado que del ordenamiento jurídico venezolano se observa una noción sumamente amplia de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, por lo que cualquier manifestación cultural es potencialmente incorporable a aquél, en tanto que sea relevante para la memoria de la sociedad, lo cual sin duda resulta ser un criterio dinámico o variable. Asimismo, es de gran importancia reiterar que la falta de incorporación de una determinada manifestación al Patrimonio Cultural venezolano no implicaría negar su valor cultural, así como tampoco conllevaría a dejar dicha expresión de la sociedad venezolana jurídicamente desamparada, sólo que no estaría sometida al régimen estatutario especial bajo análisis.

Por ende, quien presenta este trabajo insiste en que lo que delimita jurídicamente el concepto de bien integrante del Patrimonio Cultural venezolano, *strictu sensu*, distinguiéndolo de otras manifestaciones culturales patrias no es un criterio sustancial sino formal, que deriva de la voluntad del Estado -en cualquiera de sus manifestaciones territoriales, además de los pueblos indígenas- de “apropiarse” de un conjunto de elementos (en virtud de poseer ciertas características intrínsecas previamente exigidas) para relacionarlas entre sí y afectarlas a la promoción y preservación de “su cultura”. De ahí que esa declaratoria tenga carácter constitutivo, desde un punto de vista jurídico; y no pueda ser vinculante para la Administración Cultural Pública el criterio técnico que se pueda obtener, ya que aunque éste será indispensable para considerar que una manifestación tenga valor cultural, no existen actualmente elementos jurídicos de los que pueda desprenderse la única opción de la Administración Cultural Pública, ante ese escenario, de declararlo integrante del Patrimonio Cultural venezolano, ni de

artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” de la declaratoria de un bien como integrante del Patrimonio Cultural de la República. A mayor abundamiento de las implicaciones de las potestades discrecionales en la legislación venezolana ver: J. Peña S.: Manual... vol. I... op. cit., pp. 758-778.

²⁶¹ Vid., pp. 25 y ss.

decidir si deberá calificarse de monumento nacional u otro bien de valor cultural.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que, independientemente de los elementos discrecionales presentes en el ejercicio de esta potestad, los cuales -se reitera- sí deben tener como presupuesto necesario un juicio de tipo técnico consistente en la valoración que el órgano administrativo correspondiente realice acerca del aspecto cultural apreciable del bien en cuestión que, en tanto que apto para satisfacer necesidades culturales, pueda justificar su incorporación al Patrimonio Cultural venezolano y así someterlo a un régimen jurídico especial,²⁶² es incuestionable -para quien escribe- el posible control jurisdiccional de la congruencia o adecuación en la respectiva actuación administrativa, es decir, la potestad del juez competente para revisar la razonabilidad que debe existir en la obligatoria motivación que se exponga dentro de la declaratoria de un bien integrante del Patrimonio Cultural venezolano.

Por último, resulta relevante recordar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en su artículo 9 que “[l]os idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”, lo cual encuentra reiteración en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (artículo 94) y en la Ley de Idiomas Indígenas (artículo 3). De ahí que, a diferencia del resto de los bienes que integran el Patrimonio Cultural venezolano, los idiomas indígenas no ameritan declaratoria formal por parte de la Administración Cultural Pública, ya que su calificación como tal fue por voluntad del constituyente. De hecho, el legislador identificó cuáles eran -en principio- los 39 idiomas indígenas venezolanos (artículo 4 de la Ley de Idiomas Indígenas).²⁶³ Sin embargo, parece claro que, conforme a lo previsto en dicho artículo 4, único aparte eiusdem, son los pueblos y comunidades indígenas los que, en virtud de su “derecho a determinar los bienes tangibles e intangibles que constituyen su patrimonio cultural” (artículo 10 de la Ley de Patrimonio Cultural de los

²⁶² El artículo 10 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural atribuye al Instituto del Patrimonio Cultural el carácter de órgano de consulta (numerales 7 y 8) y prestatario de asistencia técnica (numeral 13), para lo cual está conformado por especialistas en las diversas materias relacionadas con su actividad (artículo 12, numeral 12 eiusdem).

²⁶³ El artículo indica como idiomas oficiales, junto con el castellano, los siguientes idiomas indígenas: “kapón (akawayo), amorúa, aña, aruako (lokono), ayamán, baniwa (baniwa), baré (báre), bari, chaima, kubo, kumanagoto, e’ñepá, jodi (jodü), jivi (jiwi), japreria, kari’ña, kurripako, kuiva, mako, makushi, ñengatú (jeral), pemón (kamarakoto, arekuna, taurepan), chase (piapoko), puinave, pumé, sáliva, sanemá, sapé, timote, uruak (arutani), wotjüja (piaroa), mopuoy (mapoyo), warekena, warao, wayuu, yanomami, yavarana (yawarana), ye’kuana (dhe’kuana) y yukpa”.

Pueblos y Comunidades Indígenas) y con la colaboración del Estado (de acuerdo a los artículos 5 y 33 eiusdem), pudieran identificar otro idioma indígena no reconocida en la ley e incluirla dentro del Patrimonio Cultural del respectivo pueblo indígena y, en consecuencia, del Patrimonio Cultural de la República.

F. Inmaterialidad de los bienes culturales

Corresponde ahora entrar a analizar la naturaleza jurídica de los bienes integrantes del patrimonio cultural, particularmente en cuanto a su carácter inmaterial, lo cual ha sido reconocido como un criterio pacífico de la doctrina comparada.²⁶⁴ Esta premisa, en criterio de quien presenta este trabajo, resulta neurálgica para cualquier análisis que se haga de las disposiciones normativas que versan sobre la materia en cuestión y determinante para una interpretación precisa de tales preceptos que permita su entendimiento y aplicación coherente desde un plano jurídico.

De modo preliminar, necesario es referir a los planteamientos que al respecto ha elaborado un sector muy reducido de la doctrina nacional ante el contenido de la regulación constitucional sobre los bienes del patrimonio cultural venezolano. Al efecto, se amerita reproducir -en lo circunscrito al patrimonio cultural y a los bienes que lo integran- lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la cual debe indudablemente partir cualquier construcción teórico-jurídica de esta figura dentro del ordenamiento patrio. La referida norma establece: "...El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes".

Al analizar dicho precepto, el reconocido jurista venezolano Turuhpial C. expone que "la norma constitucional no es clara en cuanto a si al referirse al 'patrimonio cultural de la Nación' está utilizando una noción propietarista y por tanto haciendo referencia a los bienes de titularidad pública, o se está refiriendo al conjunto total de los bienes culturales, de propiedad pública y privada, en cuyo caso la aplicación extensiva de las tres reglas del demanio [inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad] a bienes privados los habría o excluido del comercio, o los habría confiscado tácitamente, trasladando su titularidad al Estado o, en los términos que propugnamos precedentemente, habría redimensionado el contenido del derecho de

²⁶⁴ Vid., nota al pie N° 69.

propiedad privada, para incluir como un elemento constitutivo del mismo pero preservando su núcleo duro, la inmisión o intervención competencial del ente jurídico público competente para su regulación una vez calificado”.²⁶⁵ En este sentido, la tesis que plantea el consagrado autor consiste en que, si bien “no existe en la norma declaración expresa de la condición demanial de tal patrimonio... tal declaratoria subyace implícita en la enunciación de sus tres condiciones características en tanto exorbitantes del derecho privado [inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad], entonces pareciera que la demanialidad es entendida como un título de intervención que le permite incluir en el régimen exorbitante del derecho común a bienes culturales en general, de propiedad pública y privada... extendiendo tales reglas propias de los bienes demaniales a bienes privados que... no se encuentran excluidos del comercio ni bajo la titularidad pública, sino sometidos a un régimen especial de limitaciones y autorizaciones”.²⁶⁶ Sin embargo, concluye cuestionando “[¿]cómo debe, pues, entenderse la regla de la inalienabilidad aplicada tanto a los bienes de titularidad público como de titularidad privada? ¿Habría que desafectarlos primero no obstante no pesar sobre ellos una expresa calificación demanial, antes de proceder a la enajenación?... [¿]declarar en un momento determinado que un bien ha dejado de representar un valor cultural?, ¿o se acepta la idea de que la inalienabilidad para los bienes culturales sea una noción relativa, circunscrita a someter al bien a un régimen de autorizaciones administrativas que ‘activen su enajenabilidad’ previo cualquier acto negocial traslativo de la propiedad; y/o circunscrita también a excluir del patrimonio de los acreedores del Estado o de los particulares los bienes culturales y por tanto vuelva ineficaz las ejecuciones forzosas, pero admita las enajenaciones voluntarias que deseen realizar los particulares o el Estado, previa la autorización correspondiente?”.²⁶⁷

Por su parte, la autora Rodríguez L. plantea que, por cuanto “[e]l titular de [l] patrimonio [cultural] es el Estado... [lo cual] dará origen a la existencia de... el patrimonio cultural de la República... de los estados y... del Municipio... [e]sto conlleva a que los bienes una vez declarados como patrimonio cultural de la República sean afectados a un régimen demanial...”.²⁶⁸ Así, partiendo de entender como “bienes culturales: todas aquellas cosas de propiedad pública o privada, materiales e inmateriales, muebles o inmuebles creados por el hombre, y capaces de proporcionarle a éste el disfrute y acceso a la cultura en sus diversas manifestaciones” y “como

²⁶⁵ H. Turuhpial C.: *Teoría General y Régimen Jurídico...* op. cit., p. 210.

²⁶⁶ *Ibíd.*, p. 209.

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 211.

²⁶⁸ N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” op. cit., p. 12.

patrimonio cultural de la República: el conjunto de bienes culturales, representados por los monumentos, conjuntos y lugares de valor único desde el punto de vista artístico, etnológico y antropológico, afectados a un fin de uso y utilidad pública, y que por disposición de la ley están bajo la tutela y pertenencia del Estado”,²⁶⁹ la catedrática venezolana concluye que “los bienes que integran el patrimonio cultural de la República” constituyen “bienes del dominio público”, toda vez que “concurren en éstos los elementos que... integran la noción conceptual de dominialidad es decir, el elemento subjetivo (sujeto o titular del derecho de los bienes demaniales), el elemento objetivo (bienes o cosas susceptibles de integrar el dominio público[]), el elemento teleológico (fin que debe responder a la incorporación de una cosa al dominio público), y el elemento normativo”.²⁷⁰ En particular, respecto del “...carácter inalienable de los bienes del dominio público, [señala que] el artículo 4 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, establece el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes culturales, haciendo la salvedad, que esta limitación está referida a los bienes culturales declarados patrimonio cultural propiedad del Estado, los cuales dado su carácter de universalidad pública se encuentran fuera del comercio y están sometidos a las normas establecidas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, la cual además contiene los requisitos que deben cumplir los particulares propietarios de los bienes declarados monumentos nacionales, cuando, -en los casos permitidos- decidan enajenar dichos bienes”.²⁷¹

De lo antes reseñado se desprende que ambos doctrinarios parten de la necesaria distinción entre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de Venezuela de propiedad pública y aquéllos de propiedad privada. En tal sentido, resulta complejo explicar la aplicación del carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de estos bienes -sobre todo en cuanto a los últimos-, según expresa disposición constitucional, lo que -acompañando el planteamiento de Turuhpial C.- conlleva lógicamente a calificarlos como del dominio público.²⁷²

Particularmente, Turuhpial C. indica con precisión que si en la norma en cuestión, el constituyente incluye a los bienes culturales de propiedad privada, los cuales en su criterio también forman parte del Patrimonio Cultural de Venezuela -tal como lo ha establecido tradicionalmente el

²⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 12 y 13.

²⁷⁰ *Ibíd.*, p. 13.

²⁷¹ *Ibíd.*, p. 15.

²⁷² Parece claro que éste es el criterio asumido por el constituyente patrio, según se desprende -entre otros- de la redacción del artículo 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cuando indica que “...son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles...”.

ordenamiento positivo venezolano-, la calificación implícita de dominio público ahí efectuada tendría que significar: **i.** su exclusión del comercio, **ii.** su confiscación tácita y consecuente traslado de titularidad al Estado o **iii.** la generación de un título de intervención pública más intensa que la del régimen ordinario. Así, siendo evidente que las dos primeras tesis no guardan consonancia con el ordenamiento jurídico patrio vigente, tal como tampoco ha sido asumido en dichos términos por los operadores jurídicos, máxime luego de la entrada en vigencia de la Carta Magna actual, el distinguido jurista propugna la tercera, según la cual se amerita redefinir los elementos característicos de la demanialidad, particularmente en cuanto a los bienes culturales. De modo que el doctrinario debe reconocer el ineludible cuestionamiento cuando se enfrenta a “la regla de la inalienabilidad aplicada tanto a los bienes de titularidad público como de titularidad privada”, relacionado con la afectación y desafectación, hasta arribar a proponer la relativización de la noción de inalienabilidad cuando se trate de este tipo de bienes. En consecuencia, se constata cómo es que, para interpretar la mencionada norma constitucional partiendo de una concepción material de esta especial clase de bienes, debe dársele indefectiblemente un significado diferente a la inalienabilidad, lo que en definitiva conlleva negar tal característica de la institución del dominio público, regla ésta que se encuentra expresamente invocada por la norma fundamental específicamente para los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano.

En relación al planteamiento en la publicación doctrinaria de más reciente data de las dos citadas, al considerar que la norma constitucional refiere al “patrimonio cultural de la Nación”, la autora asume lo que Turuhpial C. denomina “una noción propietarista”. Incluso, Rodríguez L. mantiene el mismo criterio “propietarista” cuando afirma -sin mayor justificación- que lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, según el cual “[e]l Patrimonio Cultural de la República es inalienable e imprescriptible en los términos de esta Ley”, únicamente “está referida a los bienes culturales declarados patrimonio cultural propiedad del Estado” (subrayado añadido).²⁷³ Quien presenta este trabajo no comparte dicha interpretación, toda vez que varias disposiciones del referido cuerpo normativo, medular en esta materia (a saber, artículos 3°; 6°; 10, numeral 12; entre otros), refieren expresamente a bienes de propiedad privada que integran el “Patrimonio Cultural de la República”.

Asimismo, aunado a lo previamente advertido,²⁷⁴ debe agregarse lo confuso que parece la conclusión de la autora, según quien, por un lado, los

²⁷³ N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” op. cit., p. 15.

²⁷⁴ Vid., nota al pie N° 140.

bienes declarados “monumentos nacionales” y “patrimonio cultural de la República” “categorizan al bien objeto de la declaratoria como patrimonio cultural de la República”, siendo posible que tales clases de bienes sean de propiedad particular;²⁷⁵ y, por otro, el “patrimonio cultural de la República” es de “pertenencia del Estado”, debiendo interpretarse “que el legislador... pretendió adjudicarle dichos bienes a la República, previa declaratoria... como patrimonio cultural de la República y una vez efectuada la expropiación respectiva”,²⁷⁶ hasta el punto de defender su cualidad de dominio público por ser de la titularidad de la República.²⁷⁷ En todo caso, Rodríguez L. no analiza la situación jurídica de los bienes declarados “monumentos nacionales” y “patrimonio cultural de la República” de propiedad particular, en relación con la definición por ella planteada del Patrimonio Cultural de la República y, sobre todo, con la cualidad de ésta como de dominio público.

De modo que, la definición de Patrimonio Cultural de la República asumida por la citada doctrinaria parece no resultar cónsona con la posibilidad de que sus integrantes sean de propiedad particular, salvo que se concluya que necesariamente deberá procederse a su ulterior apropiación pública. Al respecto, en criterio de quien escribe, dicha conclusión no se desprende del régimen normativo en esta materia (a excepción de lo previsto en los artículos 60 al 63 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 2002, a lo cual no debería atribuirse el carácter de regla a seguir en el tratamiento de bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano), tal como tampoco concordaría con la posición tradicional del derecho patrio ni comparado, según se ha referido supra.

Ahora bien, para quien presenta este trabajo, la problemática en cuestión que deriva de analizar, por un lado, la naturaleza pública de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural patrio y, por otro, la posibilidad de que tales bienes sean de propiedad particular, se disipa al servirse de la construcción teórico-jurídica que planteó en la década de los setenta del siglo XX el gran jurista italiano Giannini y con la cual se superaron las explicaciones que inicialmente fueron utilizadas para estudiar el régimen jurídico de esta especial clase de bienes. Precisamente, tal como fue antes analizado,²⁷⁸ la teoría de dicho doctrinario extranjero logró el giro Copérnico con el que la titularidad del derecho de propiedad deja de ser el aspecto determinante para abordar jurídicamente este tipo de bienes, ubicándolos dentro de categorías jurídicas más generales, y, en cambio, se elabora un concepto jurídico unitario

²⁷⁵ N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” op. cit., p. 17.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 13 y 14.

²⁷⁸ *Vid.*, pp. 18 y ss.

para los bienes integrantes del Patrimonio Cultural independientemente de su propietario.

Partiendo de que los bienes culturales, tanto aquéllos entendidos *latu sensu* como los concebidos en sentido estricto, son per se de naturaleza inmaterial, dado que esta figura consiste en el valor cultural que pueda tener una cosa y no propiamente su soporte material, resulta mucho menos complicado -a juicio de quien presenta este trabajo- desarrollar una interpretación jurídicamente precisa de la disposición constitucional en cuestión y consecuencialmente del resto del ordenamiento jurídico patrio. Por ende, cuando el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra que los “bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables”, esta condición no se refiere al soporte material de aquellos bienes culturales que lo posean, sino al bien cultural propiamente dicho, es decir al elemento inmaterial consistente en su correspondiente valor cultural que trasciende y sobrepasa el soporte material que lo contenga, en caso de tratarse de bienes tangibles.²⁷⁹

De igual modo, si bien es incuestionable la interpretación que Rodríguez L. expone acerca de la norma constitucional en cuestión, al afirmar que cuando se menciona al Patrimonio Cultural “de la Nación” debe entenderse referida a cualquiera de sus manifestaciones territoriales, situación que “dará origen a la existencia de... el patrimonio cultural de la República... de los estados y... del Municipio...”, lo cierto es que esa pertenencia a la respectiva entidad pública tendría que ser concebida como elemento propio y hasta constitutivo del correspondiente ente territorial, en los términos ya explicados supra.²⁸⁰ Así, quien escribe considera que éste ha sido el criterio adecuado para el análisis jurídico de esta figura y la correcta aplicación del régimen normativo venezolano en esta materia, según lo tradicionalmente regulado en el ordenamiento positivo patrio (el artículo 4° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural ya establecía que “[e]l Patrimonio Cultural de la República es inalienable e imprescriptible en los términos de esta Ley”).²⁸¹ Más aún, dada la actual jerarquía constitucional de las mencionadas

²⁷⁹ Por la redacción de la norma constitucional contenido en el artículo 99, de igual modo ha de concluirse que este deber de “garantiza[r] la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración” también se extiende como regla general para “la memoria histórica de la Nación”, traduciendo en un amplísimo abanico de actividades que en materia cultural debe llevar a cabo el Estado para resguardar “su cultura” y, así, su identidad y existencia misma.

²⁸⁰ Vid., pp. 10 y ss.

²⁸¹ Por tal razón, quien escribe no comparte lo expuesto por Turuhpial C., según el cual “[e]n el caso de los bienes culturales de propiedad privada... nuestra Ley de Protección y Defensa del Patrimonio acogió la técnica de la limitación, estableciendo más bien fundamentalmente obligaciones de previa notificación antes de ejercitar alguno de los atributos fundamentales

reglas de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, que además pasaron a ser invocadas en términos absolutos,²⁸² quien presenta este trabajo considera entonces, aplicable la teoría de bienes separados desarrollada por Giannini, según lo expuesto anteriormente.²⁸³

A mayor abundamiento, parece inevitable asumir el criterio que se postula cuando se consideran ciertas figuras jurídicas establecidas expresamente en el ordenamiento positivo venezolano, como es el caso del “patrimonio vivo”, según lo denomina desde 1993 la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.²⁸⁴ Aun cuando a dicho término pueden atribuírsele diversos significados,²⁸⁵ quien escribe estima lo propio subsumir dentro de esa noción a las personas físicas o grupos de personas, tal como el artículo 8 de la Ley de Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas indica expresamente que “[s]e reconoce y protege como patrimonio vivo de la nación a los ancianos y ancianas indígenas, que transmitan sus idiomas, voces, cantos, leyendas, creencias, cuentos, ritos y otras expresiones, enseñanzas culturales e históricas...”; así como la categoría antes analizada de portadores patrimoniales, según la clasificación prevista en la Providencia Administrativa N° 025/13 del 2 de agosto de 2013.²⁸⁶ De ahí que, en criterio de quien presenta este trabajo, resulta incuestionable -particularmente por la configuración del régimen jurídico en Venezuela- que cuando las normas del ordenamiento positivo refieren a los bienes que integran el patrimonio cultural, deben entenderse en tanto entidades inmateriales y no como sus respectivos soportes corporales, en caso de contar con éstos, más aun por cuanto aquéllos los trascienden.

de tal derecho, como su disposición, gravamen o la constitución de derechos reales sobre el bien” (H. Turuhpial C.: Teoría General y Régimen Jurídico... op. cit., p. 215).

²⁸² Aunque pudiera considerarse que la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano “en los términos de esta Ley”, según el artículo 4° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, significaba que tales características debían entenderse en sentido relativo, en tanto que descritos sus contenidos y alcances por esa ley especial, quien escribe estima que con la actual redacción de la Carta Magna, es necesario concluir que dichas nociones tienen que interpretarse de modo pleno.

²⁸³ Vid., pp. 18 y ss.

²⁸⁴ El artículo 6°, numeral 7 refiere que, entre los bienes que sean declarados como integrantes el Patrimonio Cultural de la República, entendido strictu sensu, está “[e]l patrimonio vivo del país, sus costumbres, sus tradiciones culturales, sus vivencias, sus manifestaciones musicales, su folklore, su lengua, sus ritos, sus creencias y su ser nacional”.

²⁸⁵ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano concluye que la Carta Magna concibe a “los idiomas reconocidos por la Constitución [sobre todo los idiomas indígenas], como parte del patrimonio vivo de la República Bolivariana de Venezuela -Cfr. Artículo 6.7 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural” (sentencia N° 1784 del 30 de noviembre de 2011).

²⁸⁶ Al respecto, ver pp. 90 y ss.

Igualmente, puede constatarse lo necesario de asumir dicho criterio al considerar la regulación de figuras como la artesanía indígena que, por una parte, es declarada como “patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas” y, por otra, no se encuentra fuera del comercio, por expresa disposición legal (artículo 4 de la Ley del Artesano y Artesana Indígena), toda vez que lo contrario podría conllevar una posible contradicción entre la ley y la Constitución. No obstante, cabe advertir que más allá de partir de la tesis en cuestión para evitar incoherencias en el ordenamiento jurídico en esta materia, relacionados con la inalienabilidad de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, quien escribe reitera que la particular situación jurídica de la artesanía indígena se resuelve al entender que ésta entra enteramente dentro de la categoría de bienes intangibles y no en los corporales, toda vez que lo que se protege en realidad es la técnica, el uso de materiales, los procedimientos, conocimientos tradicionales, etcétera, y no el producto artesanal en sí, el cual se constituye en mero vehículo del valor cultural, tal como ha sido explicado supra.²⁸⁷

De lo antes planteado, aunque los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, entendido *strictu sensu*, -cada uno de ellos- son de naturaleza inmaterial, siendo únicamente éstos los que por declaración normativa expresa son de la titularidad del ente territorial respectivo -y no así sus continentes corporales, en caso de tenerlos-, quien escribe estima obvia la necesidad de distinguir -a los efectos de formular una clasificación para estudiar el régimen regulatorio sobre esta materia- entre los bienes culturales que efectivamente cuentan con un soporte material (patrimonio cultural tangible, en términos de la norma fundamental) y aquéllos que carecen de dicho continente físico (patrimonio cultural intangible, según la Carta Magna), ya que los primeros tienen una mayor vinculación con el sustrato material en comparación con los segundos. También, a pesar de no ser el continente corporal el que propiamente lo integra, resulta irrefutable que para “garantiza[r] la protección y preservación... conservación... del patrimonio cultural” (artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), en tanto que bienes inmateriales, el Estado debe regular de manera primordial los respectivos sustratos físicos. Por tal razón, quien presenta este trabajo comparte la conclusión a la que arriba el ilustrado autor Turuhpial C., en cuanto a que tales soportes materiales se encuentran “sometidos a un régimen especial de limitaciones y autorizaciones”, pero no

²⁸⁷ Vid., pp. 78 y ss. En consonancia con este análisis, puede referirse como analogía a la exclusión contemplada en el artículo 5º, in fine, numeral 1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos de 2014, según el cual, como regla general, no pueden ser “catalogados como Bienes Públicos” aquellos productos fabricados por el “Sector Público” “con destino a la venta”.

como consecuencia de constituir en sí mismos los bienes culturales, sino por contenerlos y -obviamente- ser fundamentales para resguardar esos valores.

Respecto de este particular, resulta claro que en razón del interés general en el bien cultural -que es de naturaleza inmaterial-, la tutela sobre éste por parte del Estado como garante de su resguardo, protección, fomento, valorización y difusión -lo cual, en términos de Giannini, se resume en su fruición colectiva- tendrá preponderancia o primacía frente a los intereses particulares que pudieran existir y que se encuentren relacionados con el soporte material que dicho bien tenga, en caso de contraponerse con aquél. Para quien escribe, en este razonamiento es que consiste la declaratoria de “utilidad pública e interés social la preservación, defensa y salvaguarda” de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural en Venezuela, cuya “defensa... es obligación prioritaria del Estado y de la ciudadanía” (artículo 2° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural). Asimismo, cabe destacar que esta contraposición del interés general en el bien cultural y el interés particular -o los intereses particulares- en cualquier otra utilidad o valoración vinculado con tal bien también pudiera presentarse en casos de bienes intangibles, cuestión que resulta palpable al referirse a los derechos de autor, por ejemplo.

En tal sentido, para quien presenta este trabajo, como regla general, los bienes culturales -siendo una categoría jurídica- deben deslindarse de otras valoraciones reguladas por el ordenamiento positivo que puedan relacionarse con los primeros, ejemplo de esto es lo que Giannini denomina “bien de pertenencia”. Así, a fin de realizar un ejercicio lógico, pudiendo coexistir, en el caso de bienes intangibles, el bien cultural (valor cultural de gran relevancia colectiva y, de ahí, significativa para la identidad del ente territorial correspondiente) con el “bien de pertenencia” (autoría de la manifestación cultural, que necesariamente sería particular), con regímenes jurídicos propios para cada uno, ¿cuánto más puede entenderse la confluencia de intereses de diferente naturaleza al tratarse de bienes tangibles?

Por ende, la cualidad de dominio público que pueda tener el bien cultural tampoco impide -prima facie- las afectaciones o modificaciones jurídicas de las cuales puedan ser objeto las demás utilidades jurídicas que coexistan con aquél. Empero, resulta claro que, dado el interés general en el bien cultural, el Estado puede limitar el ejercicio de derechos particulares sobre otros bienes que, aunque distintos al cultural, se vinculan con éste. Esto se traduce en todos los mecanismos jurídicos -limitaciones y autorizaciones- que afectan los intereses particulares -y aun públicos- que aunque no versan sobre el bien cultural, toda vez que éste es exclusivo de los sujetos susceptibles de ser su titular, se dirigen a las utilidades o valores jurídicamente reconocidos que confluyen o se vinculan con el bien cultural, pudiendo afectarlo, así como

impedir o mermar su “protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración”.

Sin embargo, con lo anterior, también cobra mayor significado el que la responsabilidad del Estado en materia de patrimonio cultural no puede agotarse con la mera conservación y resguardo del continente corpóreo respectivo, sino que debe ir mucho más allá para cumplir con “garantiza[r] la... preservación, enriquecimiento... y restauración del patrimonio cultural”, conservando las circunstancias que motivaron su reconocimiento, recopilando, profundizando, así como exhibiendo y difundiendo la información y el conocimiento relacionados con el bien cultural, sin lo cual el valor cultural se perdería, pudiendo quedar intacto un objeto físico, pero en completo desconocimiento de las razones por las cuales se habría mantenido así al transcurrir del tiempo.²⁸⁸ Es más, en criterio de quien escribe, estas medidas son de una superlativa importancia, toda vez que en el caso de los bienes intangibles, éstas son las únicas que pueden llevarse a cabo para protegerlos, siendo indudable la imposibilidad de servirse de mecanismos jurídicos para proteger soportes corporales de los cuales carecen.

Ahora, respecto a lo advertido por la jurista española Alonso I., según quien los bienes culturales inmateriales, a pesar de tener valor cultural y corresponderle protección jurídica, no entran dentro del concepto jurídico de patrimonio cultural al no constituir -en el ordenamiento español- una categoría legal de bien,²⁸⁹ como ya se ha planteado, parece evidente que en Venezuela no puede sostenerse tal criterio, dada la previsión -tanto de cuerpos normativos internos como internacionales directamente aplicables al país- de una extensa variedad de bienes inmateriales, incluyendo un gran cúmulo de mecanismos jurídicos de protección destinados a dichas categorías. Igualmente, se reitera que en el régimen jurídico patrio general sobre bienes públicos existe regulación expresa sobre bienes incorpóreos de propiedad pública que entran al dominio público (artículo 102 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos), por lo que éstos son per se una categoría jurídica en Venezuela. A lo anterior puede añadirse que, tal como lo avizó Gianni en cuanto a la posible necesidad de prever una “tutela pública” para bienes culturales sin soporte material,²⁹⁰ en el derecho patrio, en efecto, se han incorporado explícitas medidas de protección para bienes culturales intangibles -según lo estudiado a lo largo del presente trabajo-, quedando demostrado que -a diferencia de lo que

²⁸⁸ Vid., pp. 25 y ss.

²⁸⁹ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* op. cit. p. 140.

²⁹⁰ M. Gianni: “Los bienes culturales...” op. cit., pp. 37-38.

Alonso I. analizó sobre el caso español²⁹¹ en el ordenamiento venezolano estas categorías también constituyen “objeto autónomo de tutela jurídica”.

Tras las anteriores conclusiones, puede considerarse la aplicación de las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, debiéndose reconocer su mayor énfasis en relación a las entidades territoriales y pueblos indígenas, toda vez que son éstos a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce la aptitud de ser titulares de un Patrimonio Cultural, entendido en sentido estricto, como ya se ha insistido. Es decir, para quien presenta este trabajo, los mencionados principios característicos del dominio público incuestionablemente ratifican la ya estudiada imposibilidad tanto de los particulares como de las personas públicas no territoriales, para tener un Patrimonio Cultural propio, strictu sensu. Por esta razón se reitera que, al declararse como parte del Patrimonio Cultural de alguno de los sujetos susceptibles de ser su titular, el bien en cuestión, en tanto que inmaterial e integrante de la entidad política a la cual pertenece -formando parte de su identidad cultural²⁹²- adquirirá una relevancia jurídica por la que nace como categoría de derecho y pasa a someterse a una tutela normativa especial, en virtud de la cual no podrá ser adquirido -o, de cualquier modo, jurídicamente afectado- por un sujeto que carezca, de acuerdo al ordenamiento patrio, de la cualidad de ser su titular.

En consecuencia, los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, en sentido estricto, consistentes en la utilidad valorable culturalmente de ciertas cosas (sean éstas tangibles o intangibles), son de la titularidad, o bien de la República (pudiendo ser, a su vez, de un determinado pueblo indígena), o bien de un Estado, o bien de un Municipio, por lo que son indudablemente públicos. Cabe destacar que esta titularidad sobre el Patrimonio Cultural, entendido en sentido estricto, y así, sobre los bienes que lo integran, se encuentra intensamente vinculada a la competencia y el deber legales de “garantiza[r su] protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración” (artículo 99 de la Carta Magna), así como “su investigación, rescate, preservación, conservación, restauración, revitalización, revalorización, mantenimiento, incremento, exhibición, custodia, vigilancia, identificación y todo cuanto requiera su protección

²⁹¹ Vid., p. 17.

²⁹² Aplicando a esta noción, lo definido en el ya referido artículo 3º, numeral 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Cultura, se tratará entonces de “las múltiples formas... [en que la población de la respectiva entidad territorial o pueblo indígena se] conoc[e], reconoc[e], expres[a] y valor[a]; el sentido de pertenencia al pueblo... [del que se trate], la significación social y la persistencia del ser en la unidad, a través de los múltiples cambios sociales, económicos, políticos e históricos...”.

cultural, material y espiritual” (artículo 1° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural).

Del razonamiento bajo análisis también deriva que, en aplicación de las reglas características de la demanialidad, los referidos bienes no pueden ser enajenados entre los sujetos susceptibles de ser sus titulares, estando también jurídicamente prohibido, por ende, que integrantes del Patrimonio Cultural de un nivel político territorial (o de un pueblo indígena) pudiesen dejar de serlos, pasando a formar parte del Patrimonio Cultural de otro nivel político territorial (u otro pueblo indígena) por el transcurso del tiempo y la conjunción de las otras condiciones a que hubiere lugar, tratándose de la figura de la prescripción. Así, la imposibilidad de transferencia de titularidad sobre los bienes integrantes del Patrimonio Cultural significa que -en principio- la competencia y el deber de garantizar la fruición colectiva de los bienes -entre otros de los contenidos de la protección y defensa del patrimonio cultural- no pueden pasarse de una persona jurídica territorial a otra. Tampoco resulta factible en circunstancia alguna, embargar un bien integrante de un Patrimonio Cultural -entendido como tal el apreciable valor cultural de una cosa- traduciéndose ello en la imposibilidad de adquisición exclusiva o excluyente del aprovechamiento o fruición por parte de un eventual acreedor en perjuicio de la fruición colectiva a la cual estaría sometida el respectivo bien cultural.

Tal situación se torna interesante al tomar en consideración que -como se ha insistido en el presente trabajo- la protección y defensa del Patrimonio Cultural es uno de los sectores en los cuales existen competencias concurrentes de las diferentes entidades político territoriales, tanto en su manifestación administrativa como legislativa, por lo que un mismo bien cultural puede ser declarado parte del Patrimonio Cultural de la República y, a su vez, parte del Patrimonio Cultural de un Estado o parte del Patrimonio Cultural de un Municipio, conforme a la legislación correspondiente a cada nivel territorial. Siendo ello así, resultaría factible entender que, respecto de un mismo bien cultural, pudiese existir una situación de multiplicidad de titulares o comunidad -tal como ocurre, en todos los casos de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de los pueblos indígenas, entre la República Bolivariana de Venezuela y el pueblo indígena respectivo-, lo que no sería más que la consecuencia de la incorporación independiente por parte de cada entidad territorial de un mismo bien al Patrimonio Cultural de cada uno, sin que ello equivalga al traslado de dicho bien de un Patrimonio Cultural a otro.

Sobre este particular, cabe explicar que lo dispuesto en el artículo 4, numeral 6 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público debe interpretarse de modo

que dentro de lo que el Poder Nacional “transferir[ra] progresivamente a los estados” en materia cultural, no se encontrará la titularidad sobre los integrantes del Patrimonio Cultural de la República sino, en cualquier caso, los “servicios que actualmente presta el Poder Nacional” en tutela de tales bienes, todo ello como necesaria derivación de la disposición constitucional. Asimismo, según lo analizado no existe impedimento alguno -más allá de los mecanismos autorizatorios respectivos- para que la titularidad de la propiedad sobre el soporte material -en el caso de bienes tangibles- o sobre el bien de pertenencia -de tratarse de intangibles- sí pueda trasladarse entre las entidades territoriales o entre éstas y particulares o viceversa, como ya ha sido mencionado, con la advertencia de que ello no podría implicar la salida del bien cultural del Patrimonio Cultural respectivo y tampoco conllevar la pérdida de la fruición colectiva a la cual está sujeto por ser éste un derecho colectivo.²⁹³

Ahora bien, como ya ha sido analizado supra,²⁹⁴ quien escribe estima que la previsión de la figura de la expropiación específicamente respecto de “bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico” necesariamente versa sobre los soportes corporales de bienes culturales, por cuanto el bien cultural -entendido como inmaterial- a partir de su nacimiento como categoría jurídica ya pertenecería al ente territorial respectivo, siendo incluso de dominio público. En particular, esta figura jurídico-pública resultaría indispensable en caso de tratarse de bienes arqueológicos o paleontológicos cuyos continentes físicos no fuesen, desde su descubrimiento, de propiedad pública. Finalmente, se insiste en que -a diferencia de esta figura de la expropiación- el conflicto entre el ejercicio de la fruición colectiva sobre los bienes culturales, de dominio público, y los intereses particulares sobre otras utilidades vinculados con aquéllos, específicamente el derecho de propiedad sobre el soporte material o la autoría, que pudiera “desnaturaliz[ar sus] atributos” genera el derecho del particular propietario afectado a ser indemnizado, sin que con ello se entienda trasladada la titularidad respectiva (artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993).

²⁹³ Cabe referir que esto resulta coherente con el que, si bien los bienes públicos del dominio público son imprescriptibles, los bienes patrimoniales del Estado “están sujetas a la prescripción, como los particulares”, según el artículo 1.960 del Código Civil venezolano.

²⁹⁴ Vid., nota al pie N° 98.

G. Limitaciones a la propiedad como consecuencia de la declaratoria de bienes culturales

En el último punto a desarrollar debe aclararse que, por cuanto las diferentes limitaciones a los derechos reales han sido ya mencionadas y descritas de forma particularizada, especialmente en el análisis, tanto de los bienes culturales²⁹⁵ como de la distinción entre sus diferentes categorías,²⁹⁶ en esta oportunidad se detendrá sólo para revisar en un modo general las implicaciones de aquellas limitaciones al derecho de propiedad que derivan de la declaratoria de bienes culturales. En tal sentido, queda claro que aquí lo que se trata es de la contraposición de valores protegidos constitucionalmente, a saber, por una parte, la institución jurídica de la propiedad, y por la otra, el derecho de acceso a la cultura.

Sobre este contraste, la ya citada autora Rodríguez L. resalta “la vinculación entre esta categoría de bienes [esto es, aquéllos que conforman el patrimonio cultural], el derecho de propiedad sobre los mismos y el acceso al derecho a la cultura, en cuanto que éstos forman parte de su contenido”.²⁹⁷ En ese sentido, la doctrinaria venezolana asevera que “[l]as limitaciones al derecho de propiedad sobre un bien declarado patrimonio cultural de la República, atendiendo a la función social que éste con base al derecho a la cultura está vinculado, operará de manera gradual y proporcional -de manera distinta en cuanto a los atributos del derecho de propiedad- desde el momento en que se dicte el acto de declaratoria hasta el momento que se operacionalice el procedimiento de expropiación, con su culminación en la sentencia definitiva y el pago de oportuno y justo precio”. Asimismo, cita al autor Ángel López y López cuando indica que las “limitaciones, obligaciones o cargas, en el caso de los bienes declarados patrimonio cultural de la República, deben atender a la especialidad del bien y a la función a la cual éste está afectado” y concluye que “[d]ado que la función social de un bien declarado patrimonio cultural es la de su afectación a los servicios culturales, el Instituto del Patrimonio Cultural debería evitar declaratorias sin la debida previsión presupuestaria para el pago del justo precio, ya que tal función social no sólo es... una limitación externa del derecho de propiedad, sino que recae en el interior del derecho subjetivo (López-López, p.69), con lo cual el perjuicio en el ejercicio del derecho de propiedad vaciaría su contenido, siendo en

²⁹⁵ Vid., 3.2.- Monumentos Nacionales y demás Bienes Culturales.

²⁹⁶ Vid., 3.4.- Categorías de Bienes Integrantes del Patrimonio Cultural.

²⁹⁷ N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” op. cit., p. 11.

consecuencia la actuación del Instituto del Patrimonio Cultural o del juez que así lo reconozca como procedente, inconstitucional”.²⁹⁸

No obstante, la mencionada autora advierte que “no [se] debería... entender como intervenciones no ablatorias, aquellas limitaciones en las que mediante las exigencias desbordadas de la legalidad son realizadas por el Instituto del Patrimonio Cultural o por los órganos titulares de actividades registrales o jurisdiccionales, desplazando el sentido del artículo 99 y de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, a un posible vaciamiento del derecho de propiedad, con lo cual la necesidad de proteger los bienes declarados patrimonio cultural se transforma en una vía de apoderamiento ilícito por parte del Estado, sobre la propiedad privada y sus atributos”. También añade que “la idoneidad sobre la procedencia de la medida de protección o defensa del patrimonio cultural ejercida a través del acto de declaratoria, como medio adecuado para salvaguarda[r] los bienes así declarados, se desvía de su justificación, al permitirse con ésta, abusos sobre la propiedad no contemplados en Constitución ni en la ley”.²⁹⁹ Por ello asevera que se debe “ponderar la configuración del derecho a la cultura con otros derechos constitucionales, como lo son el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica... [ya que s]u armonización y en consecuencia su plenitud y disfrute, sólo es posible, si la observancia de las normas que lo regulan, el ejercicio de las potestades administrativas destina[da]s a su satisfacción, y la emisión y ejecución de decisiones judiciales para garantizar su control jurídico, están justificadas por su necesidad(sic) e idoneidad en cuanto a los medios empleados o dispuestos para garantizar el acceso a los bienes y servicios culturales, en concordancia con los valores jurídicos que determinan los fines del Estado previstos en la Constitución”.³⁰⁰

Ahora bien, se reitera que la autora en cuestión parece partir de la idea según la cual la declaratoria formal de un bien como integrante del patrimonio cultural implica la apropiación de la titularidad del derecho de propiedad sobre dicho bien, posición que -como ya se ha indicado- no se asume en el presente trabajo. Sin embargo, quien escribe estima acertado que ante la contraposición de valores y, por ende, de derechos fundamentales,³⁰¹

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 19. La doctrinaria también declara de forma tajante que “[n]o es posible pretender sacrificar un derecho constitucionalmente establecido, al extremo de su posible negación, por la supervivencia de otro derecho o bienes constitucionales” (*Ibíd.*, p. 28).

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 19.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 28.

³⁰¹ Seguimos la precisión de Casal, quien utiliza la acepción del término “derecho fundamental” referido a los “derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o todo ciudadano como en su condición de tal, por ser considerados primordiales para el pleno desarrollo del individuo (...) [por ser] en principio inherentes al ser humano (...) [pudiendo]

ciertamente se amerita usar los mecanismos³⁰² de la ponderación o proporcionalidad así como de la intangibilidad del contenido esencial.³⁰³ De

sumarse otros que respondan a las peculiaridades de la evolución institucional y de la cultura jurídica de un país, que la Constitución correspondiente proclame”, destacando como aspecto: (i) formal, su garantía constitucional; y (ii) material, por la significación sustantiva de los derechos protegidos. En tal sentido, el citado autor advierte que si bien la Constitución venezolana no alude a esta expresión, la jurisprudencia la ha incorporado, utilizándola “para denominar a los derechos garantizados por la Constitución” (Jesús María Casal: *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Caracas. Editorial Legis Legislación Económica, C.A., 2010, pp. 11-26).

³⁰² Casal aclara que, por cuanto “los derechos fundamentales son en principio limitables”, deben distinguirse como diversas manifestaciones de la “limitabilidad” de dicha categoría de derechos la: (i) “Delimitación” o “definición” del contenido de un derecho fundamental, realizada por la Constitución cuando consagra ese derecho y establece los contornos generales y determinar el bien jurídico o libertad protegida; circunscribiéndose a la apreciación individual o aislada del respectivo derecho, sin relacionarlo o considerarlo sistemáticamente con otros derechos o bienes de igual rango; (ii) “Limitación” de dicho derecho, cuando la propia Constitución, expresa o implícitamente, reduce el alcance de la facultad o libertad previamente definida o lo coordina con otros derechos o bienes jurídicos igualmente protegidos por el mismo sistema constitucional; para lo cual el legislador debe concretar esas limitaciones por medio de la ley, las cuales tendrían un carácter declarativo y no constitutivo, ya que fueron directamente establecidas por la norma constitucional; (iii) “Restricción” del derecho fundamental mediante la ley que, aunque con base constitucional, impone condicionamientos al goce o ejercicio del derecho de manera constitutiva o -más bien- cuasi constitutiva y no simplemente declarativa (como en el caso de las limitaciones); de modo que prohíbe o condiciona algunas acciones o facultades que, en principio, se encuentran amparadas por la libertad constitucionalmente reconocida; o bien, autoriza una injerencia en el bien jurídico garantizado; derivado ello de la facultad propia del legislador conferida por la Constitución que establece las reservas legales generales -al conjunto de derechos fundamentales- y específicas -a derechos individualizados-; y (iv) “Configuración” del derecho fundamental por parte del legislador, el cual “completa” o “precisa” su contenido, dado que sólo puede derivarse “en esencia” de la norma constitucional; existiendo derechos que requieren de una configuración jurídica por parte de la ley para obtener “plena realización” (Ibíd., pp. 28-33; 56; también: Jesús María Casal: *Los Derechos Humanos y su Protección*, Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 68-69; 71-72).

³⁰³ Casal clasifica las condiciones o requisitos generales para comprobar la licitud de la restricción a un derecho fundamental entre: **1. Formales:** (i) Reserva legal: garantía de los derechos fundamentales, según la cual, en principio, corresponde a la ley formal -entendida como aquélla emanada del órgano constitucionalmente competente para producir dichas normas, siguiendo el procedimiento de formación de leyes- establecer la restricción; aunque no se excluya una posible intervención del Ejecutivo, actuando bien como legislador primario o secundario, “siempre que ninguna de éstas supongan una abdicación por el legislador de la tarea reguladora que constitucionalmente debe desempeñar”; (ii) Precisión de la regulación: consecuencia lógica del principio de seguridad jurídica, por el cual el ciudadano -titular del derecho- debe tener pleno conocimiento previo de las posibles medidas restrictivas o de intervención en el ámbito de su derecho fundamental; así como una amplia disponibilidad de medios para controlar judicialmente la licitud de las eventuales medidas administrativas o judiciales que apliquen la regulación legal que limite su derecho; y **2. Materiales:** (i) Observancia del principio de proporcionalidad, ponderación o prohibición de

hecho -aunque dejando de lado la aparente opinión de ser indispensable la expropiación cuando se declara un bien como integrante del patrimonio cultural, en sentido estricto- lo recientemente citado es muy ilustrativo para constatar cuándo las medidas de protección y defensa del patrimonio cultural que afectan bienes de propiedad particular resultarían inconstitucionales por implicar el desconocimiento del derecho fundamental de la propiedad.

Sobre lo anterior, claro está que lo analizado sería a los efectos de constatar si las restricciones al derecho de propiedad por parte de la actividad legislatadora -esto es: de rango legal- del Estado, en esta materia, no contrariaría la norma constitucional. De modo que, en caso de concluir que la ley en cuestión se traduce en un verdadero desconocimiento de la institución jurídica de la propiedad, el cual tiene fundamento constitucional, quedaría demostrada su inconstitucionalidad y, por ende, la disposición o las disposiciones de las que se trate deberían ser desaplicadas o anuladas, al no poder integrar el ordenamiento jurídico positivo, tal como fue aseverado por la autora en el texto citado supra.³⁰⁴

exceso: consistente en la ilicitud de un sacrificio o acortamiento gratuito o innecesario de la libertad, esto es, que la introducción de una restricción tiene que justificarse en una razón de peso (a. licitud de la finalidad legislativa; b. idoneidad de la ley restrictiva; c. necesidad de la ley restrictiva; d. proporcionalidad en sentido estricto de la ley restrictiva o ponderación de bienes jurídicos); (ii) Intangibilidad del contenido esencial: barrera última de las libertades individuales que de ninguna manera puede ser vulnerada por el legislador al momento de restringir un derecho fundamental; siendo el “núcleo duro” del respectivo derecho fundamental el límite final hasta donde pudiera llegar -aun cuando se cumpla con el resto de los requisitos indicados- la restricción del derecho en cuestión; sin lo cual se desnaturalizaría dicho derecho, al desdibujarlo, resultando irreconocible o convirtiéndose en un derecho diferente; (iii) Consideración del principio democrático: derivado del valor que individual y colectivamente le han dado los Estados al sistema democrático, por lo cual -particularmente en casos de derechos fundamentales reconocidos y garantizados en cuerpos normativos comunitarios e internacionales- es necesario cerciorarse que la restricción del derecho fundamental apruebe el “test democrático”, al encuadrar en el contexto jurídico político y no afecte la democracia (J. M. Casal: *Los Derechos Fundamentales...* op. cit., pp. 139-149; 187-275; también: Luis Prieto Sanchís: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid. Editorial Trotta, 2003, pp. 199-202).

³⁰⁴ La autora Rodríguez L. también declara que “[l]a ponderación del derecho a la cultura previsto en los artículos 98, 99 y 100, constitucionales, conlleva al desarrollo de una legislación e interpretación constitucional en la cual se dé cabida de manera óptima, a... : i) considerar los convenios, pactos, tratados, y demás normas contenidas en el Derecho comparado sobre el desarrollo del derecho a la cultura; ii) considerar de manera rigurosa la regulación y efectos jurídicos del acto de declaratoria de un bien como patrimonio cultural y las formalidades, procedimiento, ámbito, efectos y su ejecución; iii) observar con la necesidad e idoneidad de cada caso los repartos competenciales en la materia, y la descentralización y gestión del patrimonio cultural, observando al revisar este aspecto la dimensión económica del patrimonio, la actividad administrativa y la gestión de patrimonio en cuanto a su planificación, organización, comunicación, control y evaluación, la gestión pública y

En un sentido diferente, si lo que se trata es de determinar la procedencia de una indemnización, tal como lo establece expresamente el artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural -como ya se ha enfatizado³⁰⁵- no cabe aplicar, en criterio de quien presenta este trabajo, los mencionados mecanismos para verificar la licitud de la afectación al derecho de propiedad, toda vez que acordar una indemnización en aras de reparar el daño a este derecho fundamental sufrido por su titular, con base en la referida norma legal implica necesariamente que dicho perjuicio, en efecto, es lícito en tanto que su materialización debería ser reparada, no impedida, esto es, sin que ello implique anular o modificar la actuación ablatoria que la causó. En otras palabras, la mencionada regla jurídica de rango legal se ubica dentro del ámbito denominado por la doctrina como “responsabilidad patrimonial del Estado sin falta o por sacrificio particular”, por cuanto el daño al que se refiere dicha norma, generado en contra de la esfera jurídica del particular individualmente afectado, no derivaría de violaciones al ordenamiento jurídico por parte del Estado sino, más bien, consistiría en consecuencias de actuaciones conforme a derecho. De ahí se constata la aplicabilidad del fundamento lógico de este régimen indemnizatorio: igualdad ante las cargas públicas.³⁰⁶

Desde esta perspectiva, cabe referir a las ideas plasmadas -en una oportunidad mucho más remota pero, según quien escribe, con gran acierto- por el reconocido jurista español Eduardo García de Enterría, quien fundamentándose en la construcción teórica formulada por Giannini -la cual

participación privada, los vínculos ente el patrimonio cultural y la educación, así como entre el patrimonio cultural y la comunicación; iv) considerar que el régimen sancionatorio aplicable a la gestión del derecho a la cultura corre igual suerte y regulación que la actividad sancionadora de la Administración Pública, de allí la exigencia de respetar los principios de aplicación de las infracciones administrativas y los principios de aplicación de las sanciones administrativas -a efecto de no vulnerar otros derechos fundamentales-; v) procurar como actividad de fomento un modelo fiscal en materia de bienes culturales y en especial de los bienes declarados patrimonio cultural de la República y de aquellos que integran las llamadas industrias culturales, en lugar de un régimen de máxima intervención y dirigismo estatal, contrario al pluralismo cultural y a la libertad” (N. Rodríguez L.: “Derecho a la Cultura...” op. cit., p. 28).

³⁰⁵ Vid., pp. 30 y ss.

³⁰⁶ Ortiz Álvarez explica el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en el cual, además de la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, el otro régimen indemnizatorio coexistente y complementario con aquél es el de la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal (Luis A. Ortiz Álvarez: *El Daño Cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira, N° 3, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1995, pp. 16-17; también vid., Luis A. Ortiz Álvarez: *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Colección Estudios Jurídicos, N° 64, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 115-129).

fue profusamente tratada en este trabajo-, reflexionó sobre las implicaciones de entender que una misma cosa sea, tanto sustrato físico o material de un bien cultural -que “pertenece” a la colectividad- como de un bien patrimonial -que sea propiedad de un particular.³⁰⁷ El ilustre autor español llama la atención al “conflicto potencial” entre las dos utilidades de la misma cosa, entiéndase: la utilidad privada del propietario del bien patrimonial y la utilidad general o colectiva del bien cultural. Específicamente, por causa de la interferencia del derecho de fruición colectiva con el derecho de pertenencia económica individual del propietario, García de E. reconoce que el ordenamiento jurídico español consagra como regla general que, mientras dichas utilidades o derechos de la cosa sean compatibles, las mismas deben mantenerse. Sin embargo, en última instancia, ante una incompatibilidad entre las dos utilidades o derechos, debe prevalecer la fruición colectiva por ser ésta del interés general.³⁰⁸

Tal discordancia entre ambos intereses, de acuerdo al citado autor, no se presenta normalmente con el deber de conservación, mientras que eventualmente ocurre con la obligación de restauración y, aún más, con el derecho de acceso por parte del colectivo.³⁰⁹ Por ende, analizando la relatividad de la propiedad privada, así como su función social, a pesar de reconocer su importancia como institución jurídica fundamental, el referido jurista advierte que si la tutela de la fruición colectiva exige al propietario tolerar un uso de la cosa contentiva del bien cultural que sea contra naturam iuris al derecho de propiedad en sentido “económico-pertenencial”, sería entonces cuando resultaría inevitable deshacerse del derecho de propiedad particular del “bien patrimonial” en cuestión, materializándose en esas circunstancias mediante el mecanismo de la expropiación.

Ahora bien, con lo mencionado pueden contrastarse estas dos posiciones en cuanto a la relación o vinculación entre la tutela del patrimonio cultural y el derecho de propiedad. No obstante, en opinión de quien presenta este trabajo la situación planteada ha de entenderse más bien como estados o momentos diferentes en el análisis del régimen jurídico que versa sobre el

³⁰⁷ E. García de E.: “Consideraciones sobre una nueva legislación...” op. cit., pp. 575-594.

³⁰⁸ Esta contraposición no es más que la aplicación de la teoría atribuida al jurista holandés Hugo Grocio (1583-1645) sobre la noción del dominium eminens, concebida como una expresión funcional de la soberanía propia del Estado, diferente al derecho de propiedad de los particulares (id est: dominium vulgaris), que hacía valer el Estado por causa de utilidad pública, restringiendo y hasta extinguiendo en ciertas condiciones el derecho de propiedad de los ciudadanos (H. Turuhpial C.: Teoría General y Régimen Jurídico... op. cit., pp. 55-57).

³⁰⁹ En relación con esta tercera institución, el autor considera que la Constitución española lo consagra como un principio capital y derecho fundamental, a pesar de ser un derecho de segundo grado (E. García de E.: “Consideraciones sobre una nueva legislación...” op. cit., pp. 575-594).

patrimonio cultural y el tratamiento que desde esta materia se le da al derecho de propiedad. Así, la primera etapa ameritaría determinar la constitucionalidad de las restricciones legales a la propiedad por causa de la protección y defensa del patrimonio cultural, para posteriormente -de aceptar la licitud del régimen jurídico contentivo de tales limitaciones vistos en un sentido global y sistémico³¹⁰- evaluar en cada caso particular si las limitaciones de las cuales se trate entran dentro de las tolerables o si, por el contrario, darían lugar al uso de los mecanismos integrantes de ese régimen lícito para canalizar la prevalencia del interés general frente al particular con la correspondiente reparación de dicho sacrificio individual.

Sin embargo, previo a ello resulta necesario considerar las características de las respectivas categorías de bienes, la delimitación y contenido del derecho de propiedad respecto de éstas, así como tomar en cuenta su función social. En este respecto, la ya citada autora Alonso I. afirma que las afectaciones sufridas por los particulares en virtud del patrimonio cultural constituyen parte integrante de la noción que del derecho de propiedad debiera asumirse.³¹¹

En tal sentido, la jurista española asevera que en la propiedad de esta categoría de bienes confluyen dos grandes elementos: la utilidad individual

³¹⁰ Esto guarda gran correspondencia con las nociones de la dimensión o vertiente objetiva del derecho de propiedad, como elemento constitutivo del ordenamiento jurídico; en contraposición a la dimensión subjetiva de todo derecho fundamental, como derecho subjetivo individualmente concebido. Esta diferenciación consiste en que, si bien pueden verse de manera particularizada o individualizada, los derechos fundamentales tienen una relevancia trascendental a los casos concretos, en virtud de formar parte de la esencia misma del ordenamiento jurídico respectivo. Algunos autores relacionan la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales con la idea de verlos como instituciones jurídicas. En concordancia con ello, se afirma que la referida categoría de derechos le resulta aplicable la denominada teoría de la garantía institucional, en el entendido que ésta tiene una - aparentemente clara- vinculación con la dimensión objetiva. Al respecto, Antonio-Luis Martínez-Pujalte: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 63, 1997, pp. 33-34; Peter Häberle: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid. Editorial Dykinson, S.L., 2003, pp. 76-78 y 104-111; Luciano Parejo Alfonso: "Problemas Actuales del Derecho de Propiedad". *Revista de Derecho Urbanístico*, N° 1. enero-abril. Caracas. Editorial Urbanitas, 1993, pp. 7-48; y "Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Vol. II, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 2, 2001, pp. 267-311; Carlos García Soto: "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". *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas. Caracas. FUNEDA, 2010, pp. 213-235.

³¹¹ M. Alonso I.: *El Patrimonio Histórico...* op. cit., pp. 234-240.

de quien tiene la titularidad de dicho derecho respecto del bien patrimonial o de pertenencia; y la potencialidad de que dicho derecho de propiedad pueda cumplir con la satisfacción del interés general, es decir, su función social. De modo que es imprescindible asumir que la injerencia en el derecho de propiedad por parte del Estado no es más que la expresión misma o el propio despliegue del derecho de propiedad en sí, específicamente determinadas por un régimen estatutario con el que la ley fija o define el contenido mismo de ese derecho fundamental.³¹² Así, concluye que al no existir un modelo unitario de propiedad plenamente concebido en abstracto sino diferentes propiedades estatutarias -así como tampoco puede interpretarse el interés general como algo abstracto sino que se traduce en un contenido concreto dependiendo de cada caso-, en el ámbito del patrimonio cultural, su regulación disocia el uso del derecho de propiedad para someterlo a un régimen jurídico público que le hace perder la tradicional exclusividad en el disfrute de la cosa, en tanto que bien cultural; pérdida ésta “que no hace irreconciliable al mismo derecho ni impide su ejercicio”.³¹³

En el ordenamiento positivo venezolano, esta noción de delimitación del contenido del derecho de propiedad y vinculación al destino fijado por los mismos -su funcionalidad social- encuentra expresa previsión, en el caso de los inmuebles, en materia de ordenación territorial y urbanística, según los artículos 66³¹⁴ de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; 52³¹⁵ y 53³¹⁶ de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Esto, en opinión de quien

³¹² *Ibíd.*, pp. 228-230.

³¹³ *Ibíd.*, p. 240.

³¹⁴ “Los planes de ordenación urbanística delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por los mismos.

Las actuaciones que se realicen en el suelo con fines urbanísticos, requieren la previa aprobación del respectivo plan de ordenación urbanística, a los fines de la asignación de uso y su régimen correspondiente, así como de la fijación de volúmenes, densidades y demás procedimientos técnicos, sin que puedan otorgarse autorizaciones de uso del suelo en ausencia de planes. Serán nulas las autorizaciones de uso otorgadas en contravención del plan.”

³¹⁵ “La propiedad urbana tiene una función social, y en tal virtud estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en esta Ley y en cualesquiera otras que se refieran a la materia urbanística, y en los reglamentos, planes y normas complementarias que dicten las autoridades urbanísticas competentes.”

³¹⁶ “Los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes.

Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización. Ésta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto actual, individualizado, y cuantificable económicamente. En estos casos, a los

escribe, demuestra la operatividad del carácter elástico del derecho de propiedad.³¹⁷

En definitiva, dentro de esta primera fase del análisis, por la revisión del ordenamiento positivo llevado a cabo en el presente trabajo -en criterio de su autor- puede concluirse que, en efecto, existe un reconocimiento de la institución jurídica de la propiedad. Esto sobre la base, por una parte, del mecanismo de la expropiación de bienes de propiedad particular específicamente destinado a bienes integrantes del patrimonio cultural, así como a adyacentes o vecinos de aquéllos (artículos 60 al 63 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social); y, por otra, del tantas veces indicado reconocimiento expreso del derecho en cabeza de los particulares propietarios a ser indemnizados cuando la limitación a su derecho desnaturaliza la institución jurídica de la propiedad (artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural).

Por ende, del estudio sistémico llevado a cabo respecto de los correspondientes cuerpos normativos, el reconocimiento del derecho de propiedad dentro de este régimen jurídico en materia de protección y defensa del patrimonio cultural se desprende -para quien presenta este trabajo- desde el expreso establecimiento de sus diferentes restricciones -situación que implica establecer el contenido y alcance de este derecho individual dependiendo de cada categoría de bienes-, pasando por la previsión de reparaciones que corresponderían frente a limitaciones que dejen al titular de la propiedad un uso contra naturam iuris de su derecho, hasta lo ineludible de la utilización de la garantía jurídica en la que consiste el proceso de expropiación, sin el cual no podría extinguirse lícitamente el derecho de propiedad de un particular, aun cuando existiera un interés general para que el Estado lo adquiriera. En este mismo orden de ideas, tan reconocido se encuentra el derecho de propiedad dentro del régimen jurídico en materia de patrimonio cultural, que incluso en el caso de los integrantes del patrimonio arqueológico y paleontológico, los cuales -como ya se ha concluido- deben ser

efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la presente Ley y en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.”

³¹⁷ Aunado a los otros caracteres o atributos distintivos del derecho de propiedad: (i) plenitud; (ii) exclusividad; (iii) independencia; (iv) perpetuidad; y (v) funcionalidad social; la (vi) elasticidad, deriva de la susceptibilidad de su contenido -conjunto de facultades- para reducirse o “comprimirse” hasta un mínimo compatible con su existencia, sin deformar su esencia; recobrando su extensión “normal” luego de cesar la causa de su limitación o restricción. Así, las manifestaciones de potestad que el propietario puede ejercer respecto de la cosa objeto de su titularidad -a saber: uso, goce y disposición-, por una parte, no agotan el propio contenido de la propiedad -en vista de su carácter pleno-; y, por otra, tampoco deben encontrarse inexorablemente en todos los casos para que pueda existir este derecho -dada su elasticidad-

necesariamente de propiedad pública, es obligante que, cuando sean de propiedad particular, el Estado los adquiriera sirviéndose del mecanismo de la expropiación, dada la expresa previsión en los mencionados artículos de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social respecto de “bienes con valor... arqueológico”.³¹⁸

Luego, en un segundo estadio, se observa que ante el abanico de circunstancias en las que puede afectarse de diferentes modos e intensidades el derecho de propiedad, como consecuencia de las medidas de protección, conservación, restauración y garantía a la fruición de los bienes del patrimonio cultural -entendido tanto en sentido amplio como estricto³¹⁹-, resulta esencial tener en cuenta la proporcionalidad e idoneidad de la respectiva restricción que se aplique en relación con su finalidad para así garantizar la efectividad de su licitud constatada “en abstracto”.³²⁰ Por lo tanto, si la afectación en cuestión resulta encontrarse entre las restricciones tolerables al derecho de propiedad, no ameritarían reparación, tal como se encuentra expresamente establecido para los inmuebles, en materia de ordenación territorial y urbanística, según los mencionados artículos 63³²¹ y

³¹⁸ Vid., p. 73. Por ello, resulta inútil o ilegal -por no decir inconstitucional- lo previsto en el artículo 8, numeral 5 de la Providencia N° 29/12 del 24 de agosto de 2012, contentiva de “Las Normas y Procedimientos que Regulan las Actividades Arqueológicas y Paleontológicas”, el cual refiere a la declaratoria por parte del investigador del “reconocimiento de que los inmuebles y demás objetos arqueológicos o paleontológicos que se descubran son propiedad de la República”.

³¹⁹ Parece obvio afirmar que las intervenciones o afectaciones por causa de bienes culturales que no formen parte del patrimonio cultural, strictu sensu, son de menor intensidad que aquéllas dirigidas a los que sí lo integren. Es más, lo contrario demostraría, precisamente, una inaceptable merma de la esfera jurídica particular supuestamente fundamentada en la protección del derecho a la cultura que se traduciría en una inconstitucionalidad.

³²⁰ Esto, a su vez, también se corresponde con la noción de la dimensión o vertiente subjetiva del derecho de propiedad, aunque sin aras de verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las limitaciones.

³²¹ “Los usos regulados y permitidos en los planes de ordenación del territorio, se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en consecuencia, no originan, por sí solos, derecho a indemnizar. Ésta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente.

En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.”

64³²² de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio; 52³²³ y 53³²⁴ de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Por el contrario, si de la evaluación de la merma del derecho de propiedad, en el caso concreto, se concluye que ésta impide al particular su uso -aun como se encuentra dentro de ese régimen jurídico, configurada la propiedad sobre bienes integrantes del patrimonio cultural- dicho resultado intolerable por parte del particular conllevaría la aplicación de los mecanismos previstos dentro del mismo ordenamiento positivo en esta materia para hacer prevalecer el interés general mediante el sacrificio individual que sería lícitamente reparado o garantizado, con lo cual se estaría reconociendo ese derecho fundamental.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo del régimen jurídico venezolano en materia de patrimonio cultural puede dividirse en tres etapas: **(i)** Previo a la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 1993, correspondiendo a una legislación exigua y limitada de la materia; **(ii)** Posterior a la entrada en vigencia de dicha ley de 1993, aún vigente, caracterizada por un tratamiento más amplio -aunque confuso- de esta materia; y **(iii)** A partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la cual se redimensionó el valor “cultura” con un énfasis en la idea de una sociedad

³²² “Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio implique la extinción del derecho de propiedad, las autoridades respectivas competentes deberán proceder a decretar la expropiación, conforme a la ley especial.

A tal efecto, en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. Cuando el lapso sea superior a tres años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada.

Único: Vencido el lapso para la ejecución de la expropiación previsto en el Decreto respectivo, sin que los entes públicos competentes hubieren procedido consecuentemente, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo.”

³²³ “La propiedad urbana tiene una función social, y en tal virtud estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en esta Ley y en cualesquiera otras que se refieran a la materia urbanística, y en los reglamentos, planes y normas complementarias que dicten las autoridades urbanísticas competentes.”

³²⁴ “Los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes.

Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización. Ésta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto actual, individualizado, y cuantificable económicamente. En estos casos, a los efectos de determinar la indemnización, se seguirán los criterios establecidos en la presente Ley y en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.”

“multiétnica y pluricultural”, manifestándose especialmente mediante la incorporación expresa de una regulación de bienes culturales indígenas.

2. De acuerdo al ordenamiento jurídico patrio (derecho positivo, jurisprudencia y doctrina), se distinguen tantos patrimonios culturales como entes político territoriales, mas no puede hablarse de un patrimonio cultural -propiamente dicho- a nivel mundial o internacional. Asimismo, si bien existen patrimonios culturales por cada pueblo indígena -los cuales a su vez forman parte del patrimonio cultural de la República- no resulta lógico ni viable atribuirle un patrimonio cultural a cada comunidad indígena, tal como erradamente lo afirma el artículo 3 de la Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas.
3. El régimen jurídico patrio da plena cabida a la diferenciación doctrinaria entre el patrimonio cultural en sentido amplio frente al de sentido estricto y tutela a ambos, por lo que se concluye que el primero versa sobre los “valores culturales” genéricamente concebidos, mientras que el segundo consiste en el conjunto de manifestaciones culturales que, mediante declaratoria formal y expresa, son reconocidas, determinadas o individualizadas como bienes representativos de su cultura, a los fines de su concreta y efectiva incorporación al Patrimonio Cultural de la entidad político territorial -o pueblo indígena- correspondiente y, por ende, sometiéndolos a un régimen normativo especial.
4. Por cuanto los bienes integrantes del patrimonio cultural, strictu sensu, se encuentran definidos en el ordenamiento jurídico de modo amplísimo, pudiendo incorporarse virtualmente cualquier manifestación cultural, en tanto se compruebe que tiene un relevante valor cultural para la memoria de la sociedad respectiva, se concluye que la declaratoria de bienes culturales tiene carácter constitutivo y deriva de un juicio de valor, por cuanto resulta discrecional para la Administración Cultural Pública declarar o no el bien como integrante del patrimonio cultural patrio (an) y calificarlo como monumento nacional u otro de los bienes culturales (parte del quid); estando reglados los demás elementos de esta potestad administrativa (quando y quomodo), además del deber de cumplir con las formalidades que legalmente para que el acto en cuestión adquiera validez y eficacia en resguardo del debido procedimiento. No obstante, como todas las potestades discrecionales de la Administración Pública, la declaratoria de bienes integrantes del patrimonio cultural debe guardar la debida congruencia entre el acto, los hechos determinantes del mismo (motivos) y los fines que se persiguen, conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

5. El monumento nacional es una figura jurídica que traslapa cualquier clasificación que se asuma de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano -con la salvedad de que aquéllos se definen expresamente como bienes muebles e inmuebles, quedando excluidos los bienes intangibles-, por lo que se concluye que la intención del legislador al contraponer la figura de monumento nacional frente a la del resto de los bienes de interés cultural es sólo para poder incrementar -por razones de mérito y conveniencia- la protección de algunos de los bienes que ya integren el Patrimonio Cultural nacional, en sentido estricto, aunado a la preponderancia metajurídica de “elevar” un bien de interés cultural a la categoría de “monumento nacional”, dada su mera denominación y la superioridad jerárquica del órgano administrativo competente para su declaratoria.
6. Se concluye que el ordenamiento jurídico venezolano se corresponde con la teoría de bienes separados -construcción teórico-jurídica planteada por Giannini- por cuanto los bienes integrantes del patrimonio cultural, strictu sensu, del que se trate, son de naturaleza inmaterial en tanto que éstos consisten en el valor cultural que pueda tener una cosa y no propiamente su soporte corpóreo, por lo que su pertenencia al ente público respectivo resulta independiente del derecho del propietario titular del continente físico o de su autoría -dependiendo de si se trata de bienes tangibles o intangibles. Por ende, las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural venezolano, previstos expresamente en el artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no podría referirse al soporte material de aquellos bienes culturales que lo posean o a la autoría -de ser una cosa incorporal-, sino al bien cultural propiamente dicho, es decir al elemento inmaterial consistente en su correspondiente utilidad valorable culturalmente que trasciende y sobrepasa el continente físico que lo contenga, en caso de tratarse de bienes tangibles.
7. Por lo anterior, las reglas características de la demanialidad deben aplicarse en relación a las entidades territoriales y pueblos indígenas, siendo éstos a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce la aptitud de ser titulares de un Patrimonio Cultural, entendido en sentido estricto, por lo que tales bienes -que son indudablemente públicos- no pueden ser enajenados entre los sujetos susceptibles de ser sus titulares ni dejar de ser integrantes del Patrimonio Cultural de un nivel político territorial (o de un pueblo indígena), pasando a formar parte del Patrimonio Cultural de otro nivel político territorial (u otro pueblo indígena) por el transcurso del tiempo y la conjunción de las otras condiciones a que hubiere lugar,

significando ello que -en principio- la competencia y el deber de garantizar la fruición colectiva de los bienes -entre otros de los contenidos de la protección y defensa del patrimonio cultural- no pueden pasarse de una persona jurídica territorial a otra. Tampoco resulta factible en circunstancia alguna, embargar un bien integrante de un Patrimonio Cultural, traduciéndose en la imposibilidad de adquisición exclusiva o excluyente del aprovechamiento o fruición por parte de un eventual acreedor en perjuicio de la fruición colectiva a la cual estaría sometida el respectivo bien cultural.

8. Se concluye igualmente que la previsión de la expropiación de “bienes con valor artístico, histórico, arquitectónico o arqueológico” en los artículos 60 al 63 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Interés Social versa necesariamente sobre los soportes corporales de bienes culturales, ya que cuando el bien cultural nace como categoría jurídica ya pertenecería al ente territorial respectivo, siendo incluso de dominio público. En particular, resultaría indispensable valerse de esta figura jurídico-pública en caso de tratarse de bienes arqueológicos o paleontológicos cuyos continentes físicos no fuesen, desde su descubrimiento, de propiedad pública. Asimismo, se concluye que lo contemplado en el artículo 3° de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural difiere de la figura de la expropiación, en tanto que el conflicto entre el ejercicio de la fruición colectiva sobre los bienes culturales, de dominio público, y los intereses particulares sobre otras utilidades vinculados con aquéllos, específicamente el derecho de propiedad sobre el soporte material o la autoría, que pudiera “desnaturaliz[ar] sus atributos” genera el derecho del particular propietario afectado a ser indemnizado, sin que con ello se entienda trasladada la titularidad respectiva.
9. Al analizar cómo es tratado el derecho de propiedad dentro del régimen jurídico del patrimonio cultural se concluye, en una primera etapa, que sí existe un reconocimiento de la institución jurídica de la propiedad, en virtud: **(a)** del expreso establecimiento de sus diferentes restricciones -lo que implica establecer el contenido y alcance de este derecho individual, dependiendo de cada categoría de bienes, demostrando así su carácter elástico-; **(b)** de la previsión de indemnizaciones ante limitaciones que dejen al titular de la propiedad un uso contra naturam iuris de su derecho; y **(c)** de lo ineludible de la utilización del mecanismo de la expropiación -que constituye una garantía jurídica- sin el cual no podría extinguirse lícitamente el derecho de propiedad de un particular, aun cuando existiera un interés general para que el Estado lo adquiriera -tanto bienes integrantes del patrimonio cultural como adyacentes o vecinos de

aquéllos. En un segundo estadio -teniendo en cuenta la proporcionalidad e idoneidad de la respectiva restricción que se aplique en relación con su finalidad para así garantizar la efectividad de su licitud constatada "en abstracto"- se concluye que debe evaluarse en cada caso particular si las limitaciones de las cuales se trate entran dentro de las tolerables al derecho de propiedad -no ameritando así reparación alguna- o si, por el contrario, la merma del derecho de propiedad impide al particular su uso -aun como se encuentra dentro de ese régimen jurídico, configurada la propiedad sobre bienes integrantes del patrimonio cultural- resultando intolerable por parte del particular y dando lugar al uso de los mecanismos integrantes de ese régimen jurídico -ya comprobado como lícito- para canalizar la prevalencia del interés general mediante el sacrificio individual que sería lícitamente reparado o garantizado, con lo cual también se estaría reconociendo ese derecho fundamental.

