

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

3

Estudios

“Forma y Tiempo” de la potestad administrativa de investigación
Serviliano Abache Carvajal

Sobre el rango del Decreto N° 525 mediante el cual se dicta
el Reglamento General de Alimentos
Miguel Ángel Basile Urizar

“Incluso por desviación de poder”. Notas acerca
de los orígenes de una parte de la norma constitucional
sobre la jurisdicción contencioso-administrativa
Carlos García Soto

La educación en Venezuela como derecho de libertad
y como derecho prestacional
Carlos Eduardo Herrera M.

Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia
en una sociedad globalizada
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Actualidad

Notas sobre la Ley Orgánica de Precios Justos
Carlos Reverón Boulton

Documentos

Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes
del Ciudadano en Relación con la Administración Pública
CLAD

Código Iberoamericano de Buen Gobierno
CLAD

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

**Revista Electrónica de
Derecho Administrativo Venezolano**

N° 3 mayo - agosto 2014



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,
Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9

www.uma.edu.ve
www.redav.com.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal

Esta publicación no puede ser reproducida en todo o en parte,
salvo permiso escrito de los autores.

REVISTA ELECTRÓNICA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Publicación cuatrimestral

Consejo de Redacción

José Ignacio Hernández G.

Director

Carlos García Soto

Subdirector

Miembros del Consejo de Redacción

Antonio Silva

Claudia Nikken

Cosimina Pellegrino

Daniela Urosa Maggi

Flavia Pesci-Feltri

José Valentín González

Fabiola Tavares

Miguel Ángel Torrealba

“Porque hemos creído que la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad, porque el individuo tiene un fin propio y la sociedad es un medio de realizarlo”.

Federico Urbano

Exposición de Derecho administrativo venezolano

1910

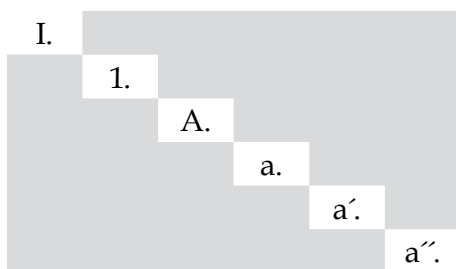
Normas de publicación

Las colaboraciones serán solicitadas por el Consejo de Redacción o serán recibidas por éste, para su evaluación a los efectos de su publicación, a las siguientes direcciones de correo electrónico: info@redav.com.ve. Las colaboraciones, solicitadas o recibidas, deben ser inéditas. REDAV no está en la obligación de publicar la colaboración solicitada o recibida. Los autores que publican colaboraciones en REDAV ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así como el derecho de explotar y usar la colaboración para posteriores publicaciones. Si el autor decide publicar su colaboración posteriormente, debe comunicarlo a REDAV.

Las colaboraciones recibidas, bien sea porque hayan sido solicitadas por REDAV, o porque hayan sido recibidas sin haber sido solicitadas, serán sometidas al arbitraje de dos miembros del Consejo de Redacción, quienes no conocerán la identidad del autor de la colaboración sometida a arbitraje. Si el dictamen de los dos miembros del Consejo de Redacción no coincidiera, se someterá al dictamen de un tercer miembro del Consejo de Redacción.

En todo caso, las colaboraciones deben cumplir con las siguientes políticas editoriales:

1. Deben presentarse a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, 12, en hoja tamaño carta. Si el trabajo ha de ser publicado en la sección “estudios”, la extensión no debe sobrepasar las cuarenta cuartillas. Si ha de ser publicado en la sección “actualidad”, la extensión no debe sobrepasar las veinte cuartillas.
2. Utilizar los siguientes tipos para la división del texto según la jerarquía de sus partes:



3. Las notas bibliográficas deben ajustarse a las siguientes reglas. Para libros: nombre y apellidos del autor o compilador, en el caso que sea obra colectiva; título del libro (en letra *cursiva*); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número de la (s) página (s) citada (s). Para revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor; título del trabajo (entre comillas); nombre de la revista o de la obra colectiva (en letra cursiva); volumen y/o tomo; editorial; lugar de publicación; fecha de publicación; número (s) de la (s) página (s) citada (s). Todas las notas bibliográficas deben realizarse al pie de la página correspondiente.
4. Antes del texto de la colaboración debe colocarse en un solo párrafo un resumen de la colaboración, en idiomas español e inglés, junto con cinco palabras claves, en idiomas español e inglés.
5. En texto aparte de la colaboración, deben señalarse todos los datos necesarios para ubicar al autor, además de un breve resumen de su información académica y profesional.

ESTUDIOS

Serviliano Abache Carvajal, *“Forma y Tiempo” de la potestad administrativa de investigación*

Miguel Ángel Basile Urizar, *Sobre el rango del Decreto N° 525 mediante el cual se dicta el Reglamento General de Alimentos*

Carlos García Soto, *“Incluso por desviación de poder”. Notas acerca de los orígenes de una parte de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*

Carlos Eduardo Herrera M., *La educación en Venezuela como derecho de libertad y como derecho prestacional*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada*

ACTUALIDAD

Carlos Reverón Boulton, *Notas sobre la Ley Orgánica de Precios Justos*

DOCUMENTOS

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*

ESTUDIOS

“FORMA Y TIEMPO” DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE INVESTIGACIÓN

Serviliano Abache Carvajal

*Profesor de pregrado y postgrado, Universidad Central de Venezuela
y Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de postgrado, Universidad
Metropolitana y Universidad Católica del Táchira*

Resumen: Desde la perspectiva de la institución del procedimiento administrativo, se estudia el ejercicio de la potestad administrativa de investigación fiscal.

Palabras clave: Procedimiento Administrativo. Potestad administrativa. Investigación fiscal.

Summary: From the perspective of the institution of the administrative procedure, the author studies the exercise of administrative authority of tax investigation.

Key words: Administrative procedure. Administrative authority. Tax investigation.

Recibido: 15 de julio de 2014 Aceptado: 17 de agosto de 2014

SUMARIO

- I. La forma de las potestades administrativas
- II. La forma de la potestad de investigación fiscal
- III. El tiempo de las potestades administrativas
y de la potestad de investigación fiscal
- IV. El tiempo para dictar el Acta Fiscal

I. LA FORMA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

A diferencia de la libertad que disponen los particulares para ejercer –o no– sus derechos, la Administración no sólo está obligada a ejercer sus potestades, sino que además debe hacerlo limitando su actuación a ciertos rigores formales, de lo que se entiende su obligatoria aplicación¹ y eventual responsabilidad –tanto de la Administración cuanto del funcionario– ante su no tramitación².

Así lo expresa textualmente el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública³, que si bien se refiere a la competencia, basta con recordar que ésta no es más que la “medida” de la potestad⁴:

Artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública: “Toda competencia atribuida a los órganos y entes de la Administración Pública será de *obligatorio cumplimiento* y ejercida bajo las condiciones, límites y *procedimientos establecidos*; será irrenunciable, indelegable, *improrrogable* y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos

1 Cf. Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis Editores, Bogotá, 2003, p. 19.

2 Cf. *Ibíd.*, p. 21.

3 Publicada en Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario, del 31-07-2008.

4 Al respecto, vid. Fraga Pittaluga, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición, Caracas, 2007, p. 21.

expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos”⁵ (Cursivas nuestras).

Al respecto, Blanquer afirma que “[l]as Administraciones Públicas que son titulares de potestades exorbitantes *deben ejercerlas con arreglo a un procedimiento fijado por la Ley*”⁶ (cursivas del autor), de lo que se desprende, al unísono con la legislación venezolana, la *obligatoriedad* –no sólo de su ejercicio–, sino del seguimiento irrestricto por parte de la Administración del *cauce legalmente establecido*, para realizar su actividad y emitir su voluntad en apego al principio de legalidad.

En similares términos Brewer-Carías se ha referido a la “[n]ecesaria adecuación de la formación de la voluntad al procedimiento legalmente pautado”⁷, resaltando también el apego que debe seguir la Administración al cauce formal en el ejercicio de la *función administrativa*, sus potestades y constitución de su voluntad, entendiéndose, así, que el procedimiento –y obviamente, sus fases– está concebido para guiar la actuación administrativa y, simultáneamente, delimitar el establecimiento de las garantías de los particulares ante la Administración⁸.

Como puede observarse, no es posible hablar del ejercicio de las potestades administrativas, sin –forzosamente– hacer

5 Así también lo entiende José Ignacio Hernández: “[l]a potestad no sólo constituye un título habilitante sino que es, también, una auténtica obligación, en tanto las potestades son de preceptivo ejercicio, tal y como refiere el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública”. Hernández González, José Ignacio, “Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos», Actualización en procedimiento administrativo, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición revisada, Caracas, 2008, p. 78.

6 Blanquer, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 236.

7 Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Colección Estudios Jurídicos, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 157.

8 Cf. Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 14.

lo propio sobre el medio *formal* a través del cual éstas deben *transitar*, esto es, la institución del “procedimiento administrativo”⁹. Después de todo, la Administración *debe* conducir su *función* y sujetar su actuación a ciertos requisitos y formalidades “antes” de la exteriorización de su voluntad¹⁰, siendo que ésta sólo puede constituirse a través de la sustanciación del procedimiento administrativo¹¹.

A tales prescripciones se encuentra atada la *actividad* de la Administración Pública venezolana, de acuerdo al artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹², según el cual:

Artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: “La Administración Pública Nacional y la Administración Descentralizada, integradas en la forma prevista en sus respectivas leyes orgánicas, *ajustarán su actividad a las*

9 Que encuentra dentro de las razones históricas de su aparición, la reacción natural del Estado Liberal de Derecho a la asunción por parte de la Administración Pública de potestades autoritarias. Cf. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., tercera edición, Madrid, 2000, pp. 55 y ss.

10 En igual sentido, José Araujo Juárez: “[l]a formación de la voluntad de los órganos de la Administración Pública no se produce en el orden interno, ni por lo tanto, de la misma manera en que opera en el individuo o persona física, sino que de ordinario requiere de un “iter” procedimental, es decir, de una serie de ritos-forma, sin los cuales aquélla no puede producirse». Araujo Juárez, José, “La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública», *Estudios de Derecho administrativo. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2, Caracas, 2001, p. 56.

11 Cf. Leal Wilhelm, Salvador, *Teoría del procedimiento administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 2008, p. 40.

12 Al punto que Allan Brewer-Carías habla, en términos que compartimos, de un derecho al formalismo, de la siguiente manera: “En primer lugar, puede decirse que hay un derecho al formalismo. La Ley Orgánica, en efecto, es un texto que regula el procedimiento, estableciendo trámites, lapsos y requisitos y la Administración está obligada a cumplir esas formalidades necesarias para la validez y eficacia de sus actos. Este derecho al formalismo, se deduce, ante todo, del Artículo 1° de la Ley, que establece como obligación de la Administración, ajustar su acción a las prescripciones de la Ley». Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho administrativo...* cit., p. 122.

prescripciones de la presente Ley.// Las administraciones estatales y municipales, la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, ajustarán igualmente sus actividades a la presente Ley, en cuanto les sea aplicable” (Cursivas nuestras)

Así también ha quedado plasmado –desde varias décadas atrás– en nuestra jurisprudencia, en relación a la canalización de la *función administrativa*:

“La función pública no puede ser ejercida de manera discrecional sino que está limitada por la Constitución y las leyes y éstas exigen que en el ejercicio de las atribuciones se realice conforme a unas formas determinadas o de acuerdo con un procedimiento constitutivo”¹³.

En este sentido, el procedimiento administrativo consiste, a decir de Esguerra¹⁴, en el conjunto de trámites regulares de naturaleza jurídica, que la Administración y los particulares deben cumplir para lograr el desarrollo normal de la *función administrativa* o con ocasión a ella. Por su parte, el procedimiento administrativo es concebido por Araujo Juárez¹⁵, precisamente como ese *cauce formal, jurídico y necesario* para el ejercicio de la actividad de la Administración, en otras palabras, el “vehículo formal” a través del cual se ejercita la *función administrativa*, al punto de afirmar que, comoquiera que toda actividad estatal-administrativa se debe manifestar a través del procedimiento administrativo, existe, entonces, una *identidad total* entre el concepto de la función administrativa con

13 Sentencia del 11-11-1962, de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, consultada en *Gaceta Forense*, N° 38, Órgano de Publicidad de la Corte Suprema de Justicia, Caracas, 1962, p. 137.

14 Cf. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, “La formalidad y la informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 125.

15 Cf. Araujo Juárez, José, *Principios generales del Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1989, pp. 39, 46 y 48..

el propio procedimiento administrativo, cuyo *objeto o finalidad* consiste en alcanzar, por una parte, la legalidad de la actividad administrativa (la faz de eficacia), y por la otra, la garantía de los derechos e intereses de los particulares (la faz garantística).

En efecto, y como es sabido, es el cauce formal del procedimiento administrativo, el que constituye, en primera instancia, una *garantía en sí mismo* de los derechos del administrado¹⁶. A esto se refiere Araujo Juárez, al expresar que:

“Es sabido que el procedimiento administrativo no sólo constituye un instrumento de garantía de la corrección del obrar administrativo, sino que también cumple la importante función de constituir un medio de garantía que la Administración Pública respete los derechos de los administrados. Finalidad de garantía que es la esencia misma del procedimiento administrativo y una exigencia ineludible del Estado de Derecho”¹⁷.

Por otro lado, el transcurso del procedimiento conforme a Derecho constituye una garantía de la propia legalidad y eficacia de la actividad administrativa, por cuanto al respetarse los derechos de los administrados dentro del cauce formal simultáneamente se garantiza la legalidad misma de la actuación que desarrolla la Administración en el ejercicio eficaz de sus potestades¹⁸. De ahí que Brewer-Carías afirme con razón, que “[d]e eso se trata la estructuración de un procedimiento administrativo: por una parte, garantizar la eficacia de la actividad

16 Cf. Abache Carvajal, Serviliano, “De la teoría a la práctica: análisis del ‘procedimiento de determinación oficiosa’ regulado en la Ordenanza General de Procedimientos Tributarios del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui (e indirecto del Código Orgánico Tributario)”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 122, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009, p. 111.

17 Araujo Juárez, José, “La teoría de la forma...” cit., pp. 60 y 61.

18 Cf. Abache Carvajal, Serviliano, “De la teoría...” cit., p. 111..

administrativa; pero por la otra, garantizar los derechos de los particulares”¹⁹.

Sobre la “necesidad” que representa la *formalidad procedimental* en la actuación administrativa, y la garantía que constituye del interés público, resultan esclarecedoras las palabras de González Pérez:

“La sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre –y sigue siéndolo– una de las más firmes garantías del interés público. El procedimiento administrativo podrá cumplir otras finalidades –como la garantía de los derechos de los ciudadanos–. Pero es, ante todo, garantía de que la actuación de los administradores va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético. El Derecho administrativo impone a las Administraciones públicas seguir los trámites de unos procedimientos, tanto en sus funciones de provisión de medios como en las de realización de fines. No puede actuar libremente, como actúan los particulares”²⁰.

En similar sentido se pronuncia Santamaría Pastor, quien haciendo remisión –nada más y nada menos que– al logro del Estado de Derecho a partir del procedimiento administrativo, enseña que:

“El procedimiento constituye una técnica capital al servicio del Estado de Derecho: pocos instrumentos son tan eficaces en orden a garantizar la libertad de los ciudadanos y el respeto a la legalidad por parte de la Administración en sus relaciones con terceros: la actuación con sometimiento a

19 Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América...* cit., p. 265. En igual sentido, vid. Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, volumen I/1, Editorial Tecnos, duodécima edición, Madrid, 1998, pp. 237 y 238.

20 González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Cuadernos Civitas, segunda edición, Madrid, 2000, p. 103.

formas posee un indiscutible efecto racionalizador y pacificador de los conflictos, y que disuade en gran medida las tendencias al arbitrio y a la arbitrariedad de los gobernantes”²¹.

Lo anterior se ve complementado, con lo que García de Enterría y Fernández²² explican sobre la “esencia última” del procedimiento administrativo en su *triple dimensión*, entendido, bajo esa óptica, como (i) el medio de participación de los administrados en la conformación de la voluntad administrativa, (ii) el mecanismo que garantiza los derechos de los administrados, y (iii) el cauce que dirige la célere y eficaz satisfacción de los intereses generales. De lo anterior podemos concluir con Araujo Juárez²³, el carácter *instrumental* (y principio de instrumentalidad²⁴) del procedimiento en relación a la exteriorización de la voluntad administrativa, por cuanto el mismo no es más que el medio –fundamentalmente pragmático– a través del cual se logran los señalados *fines*.

En este sentido, resulta importante la opinión de Hernández, quien vincula, en términos que suscribimos enteramente, la legalidad administrativa con el procedimiento que sirve de vehículo para el ejercicio de las potestades de la Administración, explicando que:

21 Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., volumen II, p. 58.

22 Cf. García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, volumen II, Editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1993, p. 452.

23 Cf. Araujo Juárez, José, *Principios generales...* cit., p. 84..

24 “El principio de instrumentalidad exige interpretar el procedimiento administrativo no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar un fin. De manera que lo que importa en la interpretación y en el tratamiento del procedimiento, es la finalidad perseguida”. Brewer-Carías, Allan R., “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, pp. 60 y 61.

“La idea del procedimiento administrativo entronca con la noción de legalidad administrativa y, por ende, con el rasgo distintivo de la actividad administrativa, cual es su carácter sub-legal. La actividad de la Administración ha de subordinarse a la Ley, no sólo en lo que atañe al ejercicio sustantivo de las potestades públicas que le han sido conferidas, sino también, en lo que respecta al cauce formal a través del cual esas potestades son ejercidas”²⁵ (Cursivas del autor).

En efecto, el ejercicio de las potestades públicas cuenta con el procedimiento administrativo como una de sus más aptas herramientas²⁶. Se aprecia, así, que la exteriorización de la voluntad administrativa —al igual que cualquier manifestación de actuación administrativa—, que no es otra cosa que el resultado del despliegue de la potestad de la Administración, representa la secuela lógica del íter procedimental, a otras voces, el desenlace del cabal cumplimiento del apuntado cauce formal. Sin procedimiento, no podrían ejercerse —en apego al principio de legalidad administrativa, ex artículo 137 de la Constitución²⁷— las potestades administrativas, de ahí su importancia. No desprovisto de razón, Hernández califica al procedimiento administrativo como «forma de las potestades administrativas»²⁸, forma —o formalismo— a la cual sabia-

25 Hernández González, José Ignacio, *Algunas notas...* cit., p. 66.

26 Cf. Araujo Juárez, José, *Principios generales...* cit., p. 47.

27 Artículo 137 de la Constitución: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

28 Hernández González, José Ignacio, *Algunas notas...* cit., p. 65. Esta posición es ratificada por Hernández en una obra reciente [Hernández González, José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2012, p. 99: “[e]l procedimiento es la **forma de la actividad administrativa**, y en concreto, la **forma de la potestad administrativa**”. (Resaltado del autor)]. Por otro lado, y en un reciente trabajo sobre asuntos prácticos de investigaciones [Hernández González, José Ignacio, “Introducción general a las inspecciones y fiscalizaciones administrativas”, *Manual de práctica forense en inspecciones y procedimientos administrativos especiales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Práctica Forense, N° 2, Caracas, 2010], explica Hernández que: “[l]as inspecciones y fiscalizaciones pueden llevarse a cabo antes o durante el procedimiento administra-

tivo. Así://.-Antes del procedimiento, las inspecciones y fiscalizaciones permiten a la Administración valorar hechos determinantes de cara al eventual inicio, de oficio, de un procedimiento administrativo.//.- Durante el procedimiento, la Administración, de oficio o a solicitud de parte, puede llevar a cabo, igualmente, inspecciones o fiscalizaciones.// Es muy importante que la Administración comunique a los ciudadanos en cuál de estos dos supuestos se enmarca la inspección, a fin de salvaguardar sus derechos e intereses”. *Ibid.*, p. 9. Esa idea también la sostiene en sus Lecciones... [“Antes del inicio del procedimiento administrativo, sin embargo, suele haber una fase previa de investigación, conocida también como **inspección administrativa**”. (Resaltado del autor). Hernández González, José Ignacio, *Lecciones...* cit., pp. 137 y 138. Léase, sobre este planteamiento, pp. 137-159]. Ahora bien, analizando estas opiniones, si se sostiene que el procedimiento administrativo es el “cauce formal” de la potestad administrativa de investigación, en los términos que el autor lo afirma [“El procedimiento alude, así, al cauce a través del cual discurre la voluntad de la Administración en ejercicio de potestades administrativas, y él ha de asegurar el derecho a la defensa de los particulares, así como la adecuada tutela del interés general”. Hernández González, José Ignacio, *Algunas notas...* cit., p. 68.], vale la pena preguntarse, entonces, ¿cómo puede ejercerse la potestad de inspección o fiscalización al margen (antes) de un procedimiento administrativo? Debe tenerse en cuenta que la forma de salvaguardar los derechos del administrado frente a la Administración es a través del procedimiento previo, instrumento —como pocos— eficaz para garantizar la libertad de los individuos [Cf. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., volumen II, p. 58] y para proscribir la arbitrariedad [Cf. von Jhering, Rudolph, *L’Esprit du Droit Romain*, tomo III, Librairie Marescq Ainé, París, 1937, p. 164, en Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, op. cit., p. 119], y no indicándole la Administración al ciudadano en cuál de los supuestos (antes o durante) se enmarcará su actuación, en tanto que el primero se distancia del debido proceso (i. e. derecho a la defensa, derecho a alegar y probar, etc.), ex artículo 49 de la Constitución. En efecto, “[e]l derecho a la defensa es una garantía del procedimiento previo, por lo cual las actuaciones posteriores no pueden tener incidencia sobre las irregularidades preliminares a la adopción del acto” [Hernández González, José Ignacio, *Algunas notas...* cit., p. 72.], lo que deja ver que el posterior inicio y sustanciación del procedimiento (la garantía del procedimiento previo) no valida ni tiene incidencia en la inspección o fiscalización anteriormente realizada (la irregularidad preliminar). Tales “inspecciones” se traducen en actuaciones administrativas que pretenden ejecutar —y que, de hecho y por vías de hecho, ejecutan— los distintos órganos fiscalizadores (e. g. SENIAT, SUNDEE, CENCOEX, entre otros), dejando de lado la imprescindible forma o formalidad, esto es, el “[c]auce formal a través del cual esas potestades son (deben ser) ejercidas”. (Paréntesis nuestros). *Ibid.*, p. 66. En el marco de estas «inspecciones extra-procedimentales», Hernández considera que la Administración puede recabar información y hechos (pruebas), a través de, por ejemplo, inspecciones oculares, así como adoptar medidas cautelares o provisionales. [Cf. Hernández González, José

mente Jhering²⁹ se refirió como enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad.

Ignacio, *Lecciones...* cit., pp. 149-159]. Centrándonos en la recopilación de información y hechos, esto es, en la obtención de pruebas por parte de la Administración, ello no luce constitucionalmente viable al margen de un procedimiento legalmente establecido (artículo 49.1 de la *norma normarum*), pues, como explica Fraga Pittaluga en el marco de las investigaciones tributarias: “[e]sa labor recolectora debe ejecutarse a través de los cauces formales previstos en el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, y debe hacerse sin menoscabo de los derechos constitucionales del interesado o de terceros. En consecuencia, toda prueba obtenida por la Administración Tributaria sin cumplir los procedimientos administrativos previstos en el Código Orgánico Tributario o en otras leyes adjetivas que resulten aplicables al caso concreto o con violación o relajamiento de alguna formalidad esencial de los mismos, es absolutamente nula y, por ende, no puede ser apreciada ni valorada por autoridad alguna, careciendo de todo valor para los fines de la decisión que haya que adoptarse, ni siquiera en calidad de indicio”. Fraga Pittaluga, Luis, «Las garantías formales de los contribuyentes en la Constitución de 1999», La tributación en la Constitución de 1999, Foro Nacional de Ciencias Económicas-Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Banco Central de Venezuela-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Financiero-Colegio de Economistas de Venezuela, Caracas, 2001, p. 58. Finalmente, aunado a todo lo anterior, está la cuestión del *expediente administrativo*. En efecto, la reproducción física de estas «inspecciones o fiscalizaciones extra-procedimentales» se genera a través de los requerimientos que dirige la Administración al particular, lo cual implicaría, en principio, la formación de un expediente a tenor del 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; de lo contrario cabría preguntarse, ¿dónde reposa, de no ser así, la constancia física-documental de ese actuar administrativo? De igual manera, y en caso de que efectivamente se forme dicho expediente administrativo, se estaría entonces frente a la paradójica situación de la *existencia de un expediente sin procedimiento administrativo*, estando obligados a recordar con Entrena Cuesta, que el expediente administrativo no es más que —precisamente— la «materialización del procedimiento». Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., p. 237.

29 “*Ennemie jurée de l’arbitraire, la forme est la soer jumelle de la liberté*”. von Jhering, Rudolph, *L’Esprit du Droit Romain*, tomo III, Librairie Marescq Ainé, París, 1937, p. 164, en Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, op. cit., p. 119.

II. LA FORMA DE LA POTESTAD DE INVESTIGACIÓN FISCAL

En primer lugar, tenemos que la potestad administrativa de investigación, a través de la cual se ejerce una de las actividades y funciones fundamentales de la Administración (la actividad de *control* o, en su denominación clásica, «de policía»³⁰), la habilita para indagar hechos, recabar informaciones, así como comprobar situaciones, de ahí que esta potestad en sentido *amplio* comprenda dos modalidades de actividades en sentido estricto: (i) la actividad de *investigación* propiamente dicha, mediante la cual se descubren hechos anteriormente ignorados o desconocidos; y (ii) la actividad de *comprobación*, a través de la cual se constata la existencia de hechos conocidos pero inciertos³¹.

Esta potestad, a diferencia de lo que pareciera en ocasiones entenderse, no constituye una actividad instrumental de la actividad sancionadora, si bien con bastante frecuencia desemboca en ella. Por el contrario, la potestad —y actividad— de investigación tiene sus propios fines, dirigidos, principalmente, a velar por la garantía y efectiva satisfacción de la legalidad, esto es, la obediencia del Derecho. Tan es así, que la actividad investigadora —que por demás exige altos niveles de tecnificación— no se frustra por el hecho de que, luego de concluida la misma, no se inicie un procedimiento sancionador. Su función es dejar constancia de los hechos *descubiertos* o *constatados*, según el caso, los cuales pudieran o no dar lugar al inicio y eventual sustanciación formal de un expediente sancionador, sin convertir —claro está— tal circunstancia, al acta documental resultante de la investigación en un trámite preparatorio o medida previa del procedimiento sancionador³².

30 Cf. Bermejo Vera, José, “Los principios ordenadores de la facultad de inspección de las Administraciones Públicas” en Hernández-Mendible Víctor (Coord.), *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo 1, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, p. 551.

31 Cf. Blanquer, David, op. cit., tomo I, pp. 325 y 326.

32 Cf. *Ibíd.*, p. 327.

Ahora bien, dentro de la potestad *general* de investigación administrativa, se ubica la potestad *especial* de investigación —y comprobación³³— fiscal, que consiste, en opinión de Díaz, en aquélla dirigida a “comprobar y verificar los hechos, actos, situaciones, explotaciones y demás circunstancias que integren o condicionen el hecho imponible, como la integración de las bases imponibles o en su defecto la realización de actuaciones de información siempre referidas a una situación tributaria concreta”³⁴. Por su parte, Villegas³⁵ considera que la potestad estatal de investigación está dirigida a averiguar la existencia de hechos generadores materializados pero ignorados por el fisco, con la consecuente falta de individualización de los sujetos pasivos tributarios.

Comentando el *objetivo* de la investigación fiscal —o inspección, como también se le denomina—, Ziccardi³⁶ señala que si bien la Administración Tributaria debe velar por el cumplimiento de las normas de Derecho tributario sustantivo, así como por la satisfacción de los parámetros de recaudación establecidos, no es menos cierto que en el cumplimiento de tal objetivo, no puede perseguir a quien desee, a cualquier precio ni de cualquier modo, sino que debe cumplir con el principio de equidad fiscal conforme a las normas constitucionales, afir-

33 “La función comprobadora es el poder o potestad que la Administración tiene para comprobar los hechos determinantes de la aplicación de un tributo, es decir, constatar la existencia de dichos hechos y calificarlos jurídicamente”. Pérez Arraiz, Javier, *La liquidación y comprobación tributaria. Su titularidad y alcance en el procedimiento de gestión*, Tirant Lo Blanch, Colección Financiero, Valencia, 2000, p. 117, parafraseando a Sánchez Serrano, L., “En torno a la función comprobadora de la Administración pública en la gestión de los tributos”, R.E.D.F., N° 3, 1974, p. 581.

34 Díaz, Vicente Oscar, *Límites al accionar de la inspección tributaria y derechos del administrado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 37.

35 Cf. Villegas, Héctor B. *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, octava edición, Buenos Aires, 2002, p. 415.

36 Cf. Ziccardi, Horacio, “Derecho tributario administrativo o formal” en García Belsunce, Horacio A. (Dir.), *Tratado de tributación. Derecho tributario*, tomo I, volumen 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 200.

mación ésta última que versa sobre la limitación del modo o forma de la actuación administrativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta las amplias facultades que posee en su haber la Administración Tributaria por mandato del artículo 127 del Código Orgánico Tributario³⁷, a tra-

- 37 Artículo 127 del Código Orgánico Tributario: *“La Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización y determinación para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pudiendo especialmente:* 1. *Practicar fiscalizaciones las cuales se autorizarán a través de providencia administrativa. Estas fiscalizaciones podrán efectuarse de manera general sobre uno o varios períodos fiscales, o de manera selectiva sobre uno o varios elementos de la base imponible.* 2. *Realizar fiscalizaciones en sus propias oficinas, a través del control de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y responsables, conforme al procedimiento previsto en este Código, tomando en consideración la información suministrada por proveedores o compradores, prestadores o receptores de servicios, y en general por cualquier tercero cuya actividad se relacione con la del contribuyente o responsable sujeto a fiscalización.* 3. *Exigir a los contribuyentes, responsables y terceros la exhibición de su contabilidad y demás documentos relacionados con su actividad, así como que proporcionen los datos o informaciones que se le requieran con carácter individual o general.* 4. *Requerir a los contribuyentes, responsables y terceros que comparezcan ante sus oficinas a responder a las preguntas que se le formulen o a reconocer firmas, documentos o bienes.* 5. *Practicar avalúo o verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte, en cualquier lugar del territorio de la República.* 6. *Recabar de los funcionarios o empleados públicos de todos los niveles de la organización política del Estado, los informes y datos que posean con motivo de sus funciones.* 7. *Retener y asegurar los documentos revisados durante la fiscalización, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, y tomar las medidas necesarias para su conservación. A tales fines se levantará un acta en la cual se especificarán los documentos retenidos.* 8. *Requerir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos, así como información relativa a los equipos y aplicaciones utilizados, características técnicas del hardware o software, sin importar que el procesamiento de datos se desarrolle con equipos propios o arrendados, o que el servicio sea prestado por un tercero.* 9. *Utilizar programas y utilidades de aplicación en auditoría fiscal que faciliten la obtención de datos contenidos en los equipos informáticos de los contribuyentes o responsables, y que resulten necesarios en el procedimiento de fiscalización y determinación.* 10. *Adoptar las medidas administrativas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija conforme las disposiciones de este Código, incluidos los registrados en medios magnéticos o similares, así como de cualquier otro documento de prueba relevante para la determinación de la Administración Tributaria, cuando éste se encuentre en poder del contribuyente, responsables o terceros.* 11. *Requerir informaciones de terceros relacionados con los hechos objeto de la fiscalización, que en el ejercicio de sus actividades hayan contribuido a realizar o hayan debido conocer, así*

vés de las cuales materializa en casos concretos el ejercicio de la potestad abstracta de investigación fiscal, cobra, entonces, radical importancia para el despliegue de esta función administrativa³⁸, la «forma» en que aquélla se lleva a cabo, como instrumento al servicio de la garantía de legalidad y de la interdicción de la arbitrariedad.

Entra aquí en juego, la imprescindible correspondencia entre la “función” y el “procedimiento” que le sirve de conducto transmisor, en palabras de Araujo Juárez “lo que el acuerdo al agua”³⁹, sobre la cual Pérez Arraiz ha expresado que “[l]a relación entre función y procedimiento consiste en que el procedimiento es la forma en que se ejercita la función, considerando a ésta como la actividad que en su conjunto tiene relevancia jurídica”⁴⁰, mientras que Pérez de Ayala y González⁴¹, en similares términos y hace ya algún tiempo, afirmaron con toda precisión que el concepto de función dirige a la considera-

como exhibir documentación relativa a tales situaciones, y que se vinculen con la tributación. 12. Practicar inspecciones y fiscalizaciones en los locales y medios de transporte ocupados o utilizados a cualquier título por los contribuyentes o responsables. Para realizar estas inspecciones y fiscalizaciones fuera de las horas hábiles en que opere el contribuyente o en los domicilios particulares, será necesario orden judicial de allanamiento, de conformidad con lo establecido en las leyes especiales, la cual deberá ser decidida dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes de solicitada, habilitándose el tiempo que fuere menester para practicarlas. 13. Requerir el auxilio del Resguardo Nacional Tributario o de cualquier fuerza pública cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones y ello fuere necesario para el ejercicio de las facultades de fiscalización. 14. Tomar posesión de los bienes con los que se suponga fundadamente que se ha cometido ilícito tributario, previo el levantamiento del acta en la cual se especifiquen dichos bienes. Estos serán puestos a disposición del tribunal competente dentro de los cinco (5) días siguientes, para que proceda a su devolución o dicte la medida cautelar que se le solicite. 15. Solicitar las medidas cautelares conforme a las disposiciones de este Código”.

38 Para un análisis detallado de la aplicación del concepto de función administrativa al Derecho tributario, vid. Pérez de Ayala, José Luis y González, Eusebio, *Curso de Derecho tributario*, tomo II, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1976, pp. 1-12.

39 Araujo Juárez, José, *Principios generales...* cit., p. 46.

40 Pérez Arraiz, Javier, op. cit., p. 28.

41 Cf. Pérez de Ayala, José Luis y González, Eusebio, *Curso de Derecho tributario*, tomo II, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1976, p. 2.

ción de las nociones de potestad y procedimiento, expresando a letra que éste último, es decir, el procedimiento administrativo “[e]l cauce formal para la realización de las funciones administrativas”⁴².

Como puede observarse, la potestad de investigación fiscal debe, precisamente porque su ejercicio tiene como finalidad averiguar —a través de una comprobación o de una investigación en sentido estricto⁴³— la «situación tributaria» del contribuyente, necesariamente encauzarse a través del procedimiento administrativo correspondiente, esto es, el procedimiento tributario⁴⁴, cuyas principales modalidades investigativas —en

42 Ibid., p. 30.

43 Cuya diferenciación, y en similar forma a la que hemos expuesto con base en los desarrollos de David Blanquer, en relación a la potestad administrativa general de investigación, ha sido abordada por Roberto Ignacio Fernández López, en los términos siguientes: *“No es fácil, en la práctica, precisar dónde termina la comprobación y dónde empieza la investigación, pero la primera puede distinguirse de la segunda por la circunstancia de que en la comprobación se investiga para corroborar la existencia y la exactitud de algo que ha sido previamente declarado a la Administración, es decir, la comprobación incide sobre lo conocido para confirmar o descartar su ajuste a la legalidad vigente, en tanto que en la pura investigación las averiguaciones y pesquisas se encaminan al descubrimiento de hechos o datos extraños a una previa declaración, o sea, afecta a extremos desconocidos o no declarados”*. Fernández López, Roberto Ignacio, “Evolución y perspectivas de las facultades administrativas de comprobación tributaria” en García Novoa César y Hoyos Jiménez Catalina (Coord.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI (En homenaje al L aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, tomo II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 1388.

44 Que de acuerdo a Javier Pérez Arraiz, parafraseando a Rodríguez Berejo, A., *Introducción al estudio del Derecho financiero. Un ensayo sobre los fundamentos teóricos del Derecho financiero*, I.E.F., Madrid, 1976, p. 294, consiste en el “[c]onjunto de actos concatenados entre sí y ordenados funcionalmente para la consecución de un efecto jurídico unitario como es la exacción tributaria, que va a suponer una cierta participación del contribuyente en el sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con una capacidad contributiva expresada en la realización de determinados presupuestos de hecho definidos legalmente”. Pérez Arraiz, Javier, op. cit., p. 11.

sentido amplio— son en nuestro sistema los conocidos procedimientos de fiscalización⁴⁵ y verificación⁴⁶.

En efecto, y si como bien indica el encabezado del artículo 127 del Código Orgánico Tributario: “La Administración Tributaria dispondrá de amplias facultades de fiscalización y determinación para comprobar y exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias”, es apreciable, entonces, que la “finalidad” misma del ejercicio de tales facultades concretas —que materializan la potestad abstracta de investigación—, no es otra que la de comprobar y exigir el debido cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes que surgen por la consumación de hechos jurídicos fiscalmente relevantes, lo cual

45 “Uno de dichos cauces es el procedimiento de fiscalización y determinación previsto en el Código Orgánico Tributario, el cual —además de encaminar la actuación de la Administración Tributaria— obra como garantía frente a los particulares afectados por la actividad que ésta desenvuelve”. Sánchez González, Salvador, *El procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición, Caracas, 2012, p. 12, parafraseando a Sayagués Lazo, Henrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, 1959, T. I., p. 462.

46 Nuestras críticas a este “procedimiento”, en: Abache Carvajal, Serviliano, “Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001” en *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006; Abache Carvajal, Serviliano, “La responsabilidad patrimonial del Estado “Administrador, Juez y Legislador” tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación” en *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo II, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010; Abache Carvajal, Serviliano, “Praxis (administrativa y judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual”, *Anuario de Derecho Público*, N° 3, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010; Abache Carvajal, Serviliano, “La ley como parámetro evaluativo en el test de constitucionalidad y el derecho a la defensa en materia tributaria. Comentario crítico a la sentencia N° 00531/2011”, Cátedra libre de derechos humanos UCV, abril 2012, en <http://clvddhhucv.wordpress.com/>; y Abache Carvajal, Serviliano, “El procedimiento de verificación de declaraciones y cumplimiento de deberes formales” en Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira y Fermín, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, entre otros.

debe —forzosamente— realizarse a través del procedimiento tributario.

Lo anterior encuentra pleno sustento, por un lado, en la garantía que representa el procedimiento administrativo como cauce formal, de los derechos del contribuyente, y por el otro, en la garantía de la legalidad —y eficacia— de la actuación de la Administración Tributaria conforme al procedimiento legalmente establecido, en los términos anteriormente expuestos. De allí que, como ya lo hemos sostenido⁴⁷, el procedimiento tributario constituye —simultáneamente— una garantía de la actuación fiscal y de los derechos del contribuyente⁴⁸.

Esta concepción de la función-garantía del procedimiento administrativo, se encuentra recogida en el propio Código Orgánico Tributario, específicamente en la Sección Sexta, del Capítulo III-De los Procedimientos, del Título IV-De la Administración Tributaria, comprensivo de las disposiciones normativas (artículos 177 al 193) que regulan el positivamente denominado «procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria», cuya pluralidad de actos guardan entre sí una relación de coordinación⁴⁹, y permiten al contribuyente controlar la actuación administrativa⁵⁰, recordando, así, que el procedimiento además de ser el medio de actuación del cual dispone la Administración, también constituye el instrumento que sirve para que ésta se someta plenamente a la ley⁵¹. Con ello luce evidente, que el procedimiento tributario es el cauce o continente de la forma de la potestad de investi-

47 Cf. Abache Carvajal, Serviliano, *De la teoría...* cit., p. 112.

48 Así también lo ha entendido Javier Pérez Arraiz, en relación al procedimiento administrativo español de gestión tributaria: “[I]a existencia de un procedimiento a la hora de gestionar los tributos responde a la necesidad de, por una parte, garantizar el buen funcionamiento de la propia Administración en su servicio a los intereses generales; y, por otra, a la necesidad de servir de garantía al administrado frente a posibles actuaciones abusivas de la Administración”. Pérez Arraiz, Javier, op. cit., p. 12.

49 Cf. Sánchez González, Salvador, op. cit., p. 12.

50 Cf. Pérez Arraiz, Javier, op. cit., p. 17.

51 Cf. Ibid., p. 12.

gación fiscal, sin el cual ésta no es ejercible legal y constitucionalmente.

Lo anterior permite igualmente afirmar, que la actividad de la Administración Tributaria —como actividad administrativa que es— debe desempeñarse observando los rigores formales sobre los requisitos y trámites de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para, por un lado, poder ejercer la función administrativa, y por el otro —y de ser el caso—, estar habilitada para manifestar su eventual voluntad determinadora o sancionadora. Esta atención a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a la que debe ceñirse la Administración Tributaria, se pondrá especialmente de relieve en el particular siguiente, sobre la sujeción temporal de su actuación a esa norma.

III. EL TIEMPO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y DE LA POTESTAD DE INVESTIGACIÓN FISCAL

A este respecto, la doctrina ha señalado que una de las características esenciales del procedimiento administrativo, como mecanismo de garantía de los administrados frente a la acción administrativa, es —precisamente— la finitud del procedimiento, i. e., que el administrado debe estar en conocimiento, con carácter previo, de la duración máxima del procedimiento administrativo, de forma que éste pueda saber con precisión el alcance y extensión del cabal ejercicio de la actividad administrativa que, de una u otra forma, se instruye en su contra.

Así, Brewer-Carías indica que el derecho del administrado a la celeridad administrativa tiene especial relación con el derecho al respeto, por parte de la Administración, de los plazos para la emisión de las decisiones correspondientes:

“El derecho a la celeridad se manifiesta, ante todo, en el derecho del interesado a que la Administración respete los

lapsos y decida en los términos legales. Por ello, el artículo 41, establece que los términos y plazos establecidos en la Ley obligan, por igual y sin necesidad de apremio, a las autoridades y funcionarios competentes para el despacho de los asuntos. Por tanto, el interesado, puede decirse que tiene un derecho a que la Administración se atenga a los plazos, derecho que, por otra parte, se precisa en las diversas normas que establecen lapsos para decidir [...] y luego, en los procedimientos que requieren sustanciación, el Artículo 60, establece un lapso de cuatro meses, con posibilidad de dos meses más de prórroga (6 meses). En esta forma, hay una certeza del particular de obtener una decisión en estos lapsos consagrados en la Ley; además del silencio administrativo negativo como una sanción indirecta a la no decisión rápida de los asuntos en los lapsos prescritos. Por tanto, transcurridos esos lapsos, sin que la Administración decida, se entenderá, de acuerdo al Artículo 4 de la Ley, que la Administración ha resuelto negativamente el asunto o recurso, por lo que, el silencio equivale, al vencimiento de los lapsos, a una decisión denegatoria del recurso o de la solicitud introducida, para beneficio del particular y de su defensa”⁵².

Por su parte, De Pedro Fernández ha puesto de relieve la importancia del derecho a la terminación normal y oportuna del procedimiento administrativo, en los siguientes términos:

“La duración del procedimiento, su tramitación y resolución clara está en el caso de terminación normal, está limitada legalmente. El plazo establecido en la LOPA es de cuatro (4) meses, que puede ser prorrogado, cuando medien causas excepcionales dejándose constar las mismas en el expediente, hasta por dos (2) meses más (art. 68). La Ley ha puesto así fin a aquellas actuaciones de la Administración indefinidas, a menudo constantemente y que, en el fondo, lesionaban a los administrados. Pensamos que el incum-

52 Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho administrativo...* cit., pp. 118 y 119.

plimiento del lapso de tramitación y resolución genera las sanciones establecidas en la Ley (arts. 100 y ss) para el funcionario responsable”⁵³.

Lo anterior implica, igualmente, una *limitación temporal* a la posible intromisión administrativa en la actividad del particular, especialmente en el caso del procedimiento de fiscalización tributaria, en el cual y como ha sido precisado anteriormente, la Administración Tributaria tiene las más amplias facultades de intrusión en la esfera jurídico subjetiva del contribuyente para *aprehender* en su justo alcance la existencia y cuantía de la obligación tributaria. Después de todo, y como enseña García Novoa, “[l]a caducidad de los procedimientos tributarios es (...) consecuencia ineludible del principio de seguridad jurídica”⁵⁴.

Resulta manifiesto que la idoneidad del procedimiento de fiscalización como procedimiento administrativo, en el marco de las garantías que para este tipo de procedimientos consagra el artículo 49 de la Constitución, implica necesariamente que la Administración dé término a los procedimientos administrativos en el plazo legalmente establecido para ellos; de lo contrario: (i) o bien debe entenderse *terminado* el procedimiento, ya que no obtuvo el resultado para el cual fue iniciado, que en el caso de la determinación tributaria oficiosa es declarar la existencia o inexistencia de la obligación tributaria y, en caso de existencia, fijar su cuantía; o (ii) debe entenderse entonces declarada la obligación tributaria *inexistente*, toda vez que –como “*el recurso o la solicitud introducida*”, en palabras de Brewer-Carías, son inexistentes en el procedimiento determinativo oficioso, que por su esencia es incoado de oficio por parte de la Administración– es *imposible* para la Administración en estos casos declarar en forma positiva la existencia o cuantía de una obligación tributaria que, por el incumpli-

53 De Pedro Fernández, Antonio, *El procedimiento administrativo en Venezuela*, Editorial M&H, Caracas, 1994, pp. 155 y 156.

54 García Novoa, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 237.

miento de sus deberes, no conoce ni puede apreciar en un todo su extensión y efectos. De otro modo, tal como señala García Novoa, la lesión a la seguridad jurídica del contribuyente y, en consecuencia, a su derecho a la defensa, son indiscutibles.

Adicionalmente, la propia naturaleza de la competencia ejercida por los funcionarios fiscales en el procedimiento de fiscalización da sobrada cuenta de la necesidad de un lapso para que éstos la ejerzan; pues si en estos casos para que el funcionario fiscal pueda entenderse plenamente habilitado para el ejercicio de las competencias que el ordenamiento jurídico le otorga para la investigación fiscal es indispensable que el superior jerarca de la Administración Tributaria le confiera un acto habilitante, que remueve la traba legal para el ejercicio de la competencia, como lo es la Providencia Administrativa a la que se refiere el artículo 178 del Código Orgánico Tributario⁵⁵, que por expresa disposición legal contiene toda una serie de limitaciones al ejercicio de la competencia por el funcionario, pues con mayor razón debe tal actuación administrativa limitarse en el tiempo, especialmente por la invasión a la esfera particular que la caracteriza, máxime en procedimientos en que, como el de fiscalización, la Administración Tributaria tiene la posibilidad de acceder a información sumamente delicada.

Así lo ha entendido Fraga Pittaluga, quien ha expresado lo siguiente:

55 Artículo 178 del Código Orgánico Tributario: *“Toda fiscalización, a excepción de lo previsto en el artículo 180 de este Código, se iniciará con una providencia de la Administración Tributaria del domicilio del sujeto pasivo, en la que se indicará con toda precisión el contribuyente o responsable, tributos, períodos y, en su caso, los elementos constitutivos de la base imponible a fiscalizar, identificación de los funcionarios actuantes, así como cualquier otra información que permita individualizar las actuaciones fiscales.”* La providencia a la que se refiere el encabezamiento de este artículo, deberá notificarse al contribuyente o responsable, y autorizará a los funcionarios de la Administración Tributaria en ella señalados al ejercicio de las facultades de fiscalización previstas en este Código y demás disposiciones de carácter tributario, sin que pueda exigirse el cumplimiento de requisitos adicionales para la validez de su actuación”.

“Si la Constitución o la ley han definido un espacio temporal dentro del cual los órganos dotados de potestades administrativas deben actuar, toda actuación realizada antes o después del señalado límite, se estima ejecutada por un órgano incompetente”⁵⁶.

Debe tenerse en cuenta, a estos fines, que la terminación cierta del procedimiento administrativo encuentra pleno fundamento en, más allá de las reglas propiamente procedimentales, en las correspondientes al régimen funcional o actividad de la Administración Pública en general, y dentro de ella, la tributaria. Considerar lo contrario, atentaría contra el ejercicio eficiente, eficaz, célere y transparente⁵⁷ de las potestades administrativas dentro de un lapso o período racional, recordando la necesidad del mismo, toda vez que, como es sabido, la seguridad jurídica excluye el establecimiento y ejecución de procedimientos sin plazos⁵⁸.

IV. EL TIEMPO PARA DICTAR EL ACTA FISCAL

Lo expuesto en el punto anterior, permite afirmar que el procedimiento de fiscalización debe necesariamente tener un momento determinado legalmente de culminación. No obstante ello, lo cierto es que el Código Orgánico Tributario no establece en toda la Sección Sexta del Capítulo III del Título IV un lapso para la culminación del procedimiento de fiscalización.

56 Fraga Pittaluga, Luis, *La incompetencia...* cit., p. 83.

57 Este conjunto de principios o cuerpo principista se encuentra dispersamente regulado en los artículos 141 de la Constitución; 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; 10, 19, 20 y 22 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica de Administración Pública; y 5 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Simplificación de Trámites Administrativos.

58 Cf. García Novoa, César, op. cit., p. 237.

En este sentido, ante el silencio del Código Orgánico Tributario sobre el tiempo durante el cual se puede extender la fase investigativa de la fiscalización, comprendida entre la emisión y notificación de la providencia autorizatoria hasta la emisión y notificación del Acta Fiscal, se han desarrollado tres posiciones al respecto: (i) la primera, de acuerdo a la cual al no indicar el Código Orgánico Tributario algo al respecto, dicha omisión equivale a inexistencia de límite temporal, que significa que la fiscalización tendría como tiempo máximo de extensión el correspondiente a la prescripción de la obligación tributaria (cuatro o seis años, respectivamente)⁵⁹; (ii) la segunda, que consiste en aplicar como límite temporal de la fiscalización, el lapso de caducidad contenido en el artículo 192 del Código Orgánico Tributario, regulador del período de un año que dispone la Administración Tributaria para dictar y notificar la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo⁶⁰; y (iii) y la tercera posición, que se centra en la aplicación supletoria del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por mandato del artículo 148 del Código Orgánico Tributario, que establece como lapso máximo en la tramitación de cualquier

59 Al respecto, vid. Fraga Pittaluga, Luis, “Breves notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 83, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1999, p. 35; y Sánchez González, Salvador, op. cit., pp. 45-49.

60 Sobre esta posición, que en nuestra opinión desconoce el aspecto teleológico del lapso en cuestión, así como la debida proporcionalidad del ejercicio de las facultades fiscalizadoras, hemos expuesto en otra oportunidad lo siguiente: “Comentando en primer lugar la posición del a quo, se aprecia que en la misma no se toma en cuenta el aspecto teleológico del lapso en cuestión, cual es la emisión en la propia sede de la Administración del acto definitivo en primer grado, esto es, sin afectar en lo absoluto el desarrollo de la actividad del contribuyente. Ese criterio también deja de lado la debida proporcionalidad en el ejercicio de la facultad administrativa de investigación, por el prolongado período de un año que le pretendió reconocer, que, sumado al año correspondiente a la emisión de la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo, resultaría en un lapso total de dos años para la sustanciación del procedimiento constitutivo de la voluntad administrativa, equivalente a la mitad del período ordinario de prescripción de la obligación tributaria, careciendo, en consecuencia, de sustento funcional racional, y así, dimanando en una cuestionable aplicación normativa”. Abache Carvajal, Serviliano, *De la teoría a la práctica...* cit., p. 120.

procedimiento administrativo un período de seis meses (con prórroga incluida), por virtud del principio constitucional de seguridad jurídica⁶¹.

En efecto y como lo hemos manifestado⁶², la tercera posición señalada, conforme a la cual el artículo 148 del Código Orgánico Tributario suministra la respuesta a la necesidad de lapso para el ejercicio de la facultad fiscalizadora, nos parece la correcta. De acuerdo con la norma en cuestión:

“Las normas contenidas en esta sección serán aplicables a los procedimientos de carácter tributario en sede administrativa, sin perjuicio de las establecidas en las leyes y demás normas tributarias. En caso de situaciones que no puedan resolverse conforme a las disposiciones de esta sección, se aplicarán supletoriamente las normas que rigen los procedimientos administrativos y judiciales que más se avengan a su naturaleza y fines”.

De tal manera, ante la ausencia de norma expresa en el Código Orgánico Tributario que regule el lapso de duración de la primera fase del procedimiento constitutivo ordinario de los actos de determinación tributaria oficiosa en el caso de fiscalizaciones, debe acudir-se supletoriamente a las normas del procedimiento administrativo general –mecanismo que de antaño encuentra apoyo en la propia doctrina⁶³–, en tanto y en cuanto es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la que más se aviene a la especial naturaleza y fines del proce-

61 Cf. Abache Carvajal, Serviliano, “La potestad fiscalizadora” en Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira y Fermín, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, p. 556.

62 Cf. Abache Carvajal, Serviliano, *De la teoría a la práctica...* cit., p. 120.

63 Sobre la procedencia de la aplicación de los lapsos de los procedimientos *administrativos generales* a los procedimientos *tributarios especiales*, para suplir los inconstitucionales vacíos normativos que atentan abiertamente contra el *principio de seguridad jurídica*, vid. García Novoa, César, op. cit., pp. 222 y ss.

dimiento determinativo oficioso en materia tributaria, en cuyo artículo 60 establece lo siguiente:

“La tramitación y resolución de los expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales, de cuya existencia se dejará constancia, con indicación de la prórroga que se acuerde.// La prórroga o prórrogas no podrán exceder, en su conjunto, de dos (2) meses”.

La norma en cuestión, que resulta de obligatoria aplicación a la fase de investigación previa al levantamiento del Acta Fiscal, en aras de poner un *coto temporal* al ejercicio de la potestad administrativa de investigación fiscal, como herramienta indispensable al servicio de la seguridad jurídica, complementada con lo dispuesto en el artículo 61 *eiusdem*, de acuerdo con el cual “[e]l término indicado en el artículo anterior correrá a partir del día siguiente del recibo de la solicitud o instancia del interesado o a la notificación a éste, cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio”, solicitud que en materia tributaria se subsume en la notificación de la providencia administrativa que autoriza el inicio de la fiscalización ex artículo 178 del Código Orgánico Tributario, significan que como garantía de seguridad jurídica para el administrado, el procedimiento de fiscalización no puede exceder, en ningún caso, del máximo de 6 meses que permite el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, incluyendo en dicho lapso todas las prórrogas que por *causas excepcionales* sean acordadas por la Administración, en actos debidamente motivados; de lo contrario, el acto administrativo que resulte del mencionado procedimiento estará radicalmente viciado de nulidad absoluta por razones de manifiesta incompetencia temporal, tal como lo hemos sostenido anteriormente⁶⁴.

64 “Así las cosas, resulta entonces que cualquier actuación de investigación fiscal realizada con posterioridad al vencimiento de dicho lapso, se deberá entender viciada de nulidad absoluta por incompetencia temporal, a tenor del artículo 19, numeral 4º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, precisamente porque, al ejercerse en los procedimientos

Sobre esta cuestión se ha referido Alberto Blanco-Uribe, como el *derecho a la finalización de la fiscalización por razones de seguridad jurídica*, explicando la terminación del procedimiento administrativo de fiscalización a partir de la emisión del acta de conformidad o de reparo fiscal, según el caso, o por el transcurso del lapso establecido en el señalado artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶⁵.

Como consecuencia de lo anterior, tampoco podrá el ente administrador dejar constancia de los hechos descubiertos o comprobados con posterioridad al transcurso del lapso legal de 6 meses, porque tales pruebas se habrán obtenido de manera *ilegal*, al infringir las normas procedimentales del Código Orgánico Tributario (art. 140) y de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (art. 60), e *inconstitucional*, por ausencia del debido procedimiento administrativo, a tenor del artículo 49.1 de la Constitución⁶⁶, y en franca violación del principio de legalidad administrativa, ex artículos 137 y 141 *eiusdem*⁶⁷, calificando, entonces, como *pruebas ilegítimamente*

tributarios potestades de intervención que, en definitiva, pueden afectar negativamente la esfera jurídico-subjetiva de los contribuyentes, debe entenderse de manera restringida la dotación facultativa y el señalado límite por razón del tiempo ha de ser fatal". Abache Carvajal, Serviliano, *De la teoría a la práctica...* p. 122.

65 Cf. Blanco-Uribe, Alberto, "Hacia un estatuto del contribuyente durante la fiscalización", *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 13, Caracas, 2004, pp. 145 y 146.

66 Artículo 49.1 de la Constitución: "La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley".

67 Artículo 137 de la Constitución: "La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen". Artículo 141 de la Constitución: "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparen-

obtenidas, y por tal razón, carentes de todo valor y efecto jurídicos, como acertadamente lo ha expresado Fraga Pittaluga⁶⁸.

Finalmente, no podemos pasar por alto que la actividad que despliega la Administración Tributaria en el marco del procedimiento de fiscalización, como ya lo señalamos, representa una intensa intrusión en el ámbito jurídico-subjetivo del contribuyente. En efecto, teniendo en cuenta que el sujeto pasivo tiene el deber de colaborar con la Administración Tributaria, razón por la cual en el marco del procedimiento de fiscalización debe atender oportunamente los requerimientos de los fiscales actuantes para que éstos puedan realizar la investigación, y dicho procedimiento necesariamente debe poseer, en los términos precisados, un *límite temporal* que *previamente conozca* el contribuyente, dentro del cual se desplegará la potestad de investigación fiscal con la *mínima intervención* posible en la esfera jurídico-subjetiva del particular, entonces, es apreciable que la emisión de requerimientos de manera *indefinida*, así

cia, rendición de cuenta y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

- 68 “La Constitución de 1999, se alinea con una de las tendencias procesales más avanzadas del mundo, al excluir de todo proceso o procedimiento, aquellas pruebas que han sido obtenidas con violación de trámites esenciales o en ausencia total del debido proceso. Así, el artículo 49, numeral 1, de la Constitución dice que será (sic) nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Ahora bien, qué significa obtener una prueba violando el debido proceso en el ámbito de la tributación. Como antes hemos señalado, la Administración Tributaria tiene la potestad de recolectar datos, información, documentos y demás recaudos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. No obstante, como también hemos expresado, esa labor recolectora debe ejecutarse a través de los cauces formales previstos en el Código Orgánico Tributario, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, y debe hacerse sin menoscabo de los derechos constitucionales del interesado o de terceros. En consecuencia, toda prueba obtenida por la Administración Tributaria sin cumplir los procedimientos administrativos previstos en el Código Orgánico Tributario o en otras leyes adjetivas que resulten aplicables al caso concreto o con violación o relajamiento de alguna formalidad esencial de los mismos, es absolutamente nula y, por ende, no puede ser apreciada ni valorada por autoridad alguna, careciendo de todo valor para los fines de la decisión que haya que adoptarse, ni siquiera en calidad de indicio”. Fraga Pittaluga, Luis, *Las Garantías Formales...* cit., p. 58.

como la no culminación formal del procedimiento en el tiempo indicado, entorpece a todas luces la actividad y gestión ordinaria del contribuyente, afectando, en consecuencia, sus derechos fundamentales a la seguridad jurídica y a la libertad empresarial por la severa *limitación* que les genera.

Caracas, julio 2014.

Bibliografía

Abache Carvajal, Serviliano, “La potestad fiscalizadora” en Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira y Fermín, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

Abache Carvajal, Serviliano, “El procedimiento de verificación de declaraciones y cumplimiento de deberes formales” en Sol Gil, Jesús, Palacios Márquez, Leonardo, Dupouy Mendoza, Elvira y Fermín, Juan Carlos (Coord.), *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

Abache Carvajal, Serviliano, “La ley como parámetro evaluativo en el test de constitucionalidad y el derecho a la defensa en materia tributaria. Comentario crítico a la sentencia N° 00531/2011”, Cátedra libre de derechos humanos UCV, abril 2012, en <http://clvddhhucv.wordpress.com/>

Abache Carvajal, Serviliano, “Praxis (administrativa y judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual”, *Anuario de Derecho Público*, N° 3, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2010.

Abache Carvajal, Serviliano, “La responsabilidad patrimonial del Estado ‘Administrador, Juez y Legislador’ tributario venezolano. Especial referencia al paradigmático caso del procedimiento de verificación”, *Memorias de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, tomo II, Instituto Latinoamericano de Derecho

Tributario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Buenos Aires, 2010.

Abache Carvajal, Serviliano, “De la teoría a la práctica: análisis del ‘procedimiento de determinación oficiosa’ regulado en la Ordenanza General de Procedimientos Tributarios del Municipio Simón Bolívar del Estado Anzoátegui (e indirecto del Código Orgánico Tributario)”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 122, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2009.

Abache Carvajal, Serviliano, “Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 111, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006.

Araujo Juárez, José, *Principios generales del Derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1989.

Araujo Juárez, José, “La teoría de la forma y el derecho fundamental de defensa ante la Administración Pública”, *Estudios de Derecho administrativo. Libro homenaje Universidad Central de Venezuela*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, N° 2, Caracas, 2001.

Bermejo Vera, José, “Los principios ordenadores de la facultad de inspección de las Administraciones Públicas” en Hernández-Mendible, Víctor (Coord.), *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, tomo 1, Ediciones Paredes, Caracas, 2007.

Blanco-Uribe, Alberto, “Hacia un estatuto del contribuyente durante la fiscalización”, *Ensayos de Derecho administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*. Volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 13, Caracas, 2004.

Blanquer, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomos I y II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis Editores, Bogotá, 2003.

Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento adminis-*

trativo, Colección Estudios Jurídicos, N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

Brewer-Carías, Allan R., “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

De Pedro Fernández, Antonio, *El procedimiento administrativo en Venezuela*, Editorial M&H, Caracas, 1994.

Díaz, Vicente Oscar, *Límites al accionar de la inspección tributaria y derechos del administrado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, volumen I/1, Editorial Tecnos, duodécima edición, Madrid, 1998.

Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, “La formalidad y la informalidad en el procedimiento y las relaciones jurídico-administrativas”, *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo ‘Allan Randolph Brewer-Carías’. La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

Fernández López, Roberto Ignacio, “Evolución y perspectivas de las facultades administrativas de comprobación tributaria” en García Novoa, César y Hoyos Jiménez, Catalina (Coord.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI (En homenaje al L aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario)*, tomo II, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

Fraga Pittaluga, Luis, *La incompetencia en el Derecho Administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición, Caracas, 2007.

Fraga Pittaluga, Luis, “Las garantías formales de los contribuyentes en la Constitución de 1999”, *La tributación en la Constitución de 1999*, Foro Nacional de Ciencias Económicas-Academia de Ciencias

Políticas y Sociales-Banco Central de Venezuela-Asociación Venezolana de Derecho Tributario-Asociación Venezolana de Derecho Financiero-Colegio de Economistas de Venezuela, Caracas, 2001.

Fraga Pittaluga, Luis, “Breves notas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 83, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1999.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, volumen II, Editorial Civitas, cuarta edición, Madrid, 1993.

García Novoa, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

González Pérez, Jesús, *La ética en la Administración pública*, Cuadernos Civitas, segunda edición, Madrid, 2000.

Hernández González, José Ignacio, *Lecciones de procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2012.

Hernández González, José Ignacio, “Introducción general a las inspecciones y fiscalizaciones administrativas”, *Manual de práctica forense en inspecciones y procedimientos administrativos especiales*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Práctica Forense, N° 2, Caracas, 2010.

Hernández González, José Ignacio, “Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos”, *Actualización en procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición revisada, Caracas, 2008.

Leal Wilhelm, Salvador, *Teoría del procedimiento administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 2008.

Pérez Arraiz, Javier, *La liquidación y comprobación tributaria. Su titularidad y alcance en el procedimiento de gestión*, Tirant Lo Blanch, Colección Financiero, Valencia, 2000.

Pérez de Ayala, José Luis y González, Eusebio, *Curso de Derecho tributario*, tomo II, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1976.

Sánchez González, Salvador, *El procedimiento de fiscalización y determinación de la obligación tributaria*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, segunda edición, Caracas, 2012.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volúmenes I y II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., tercera edición, Madrid, 2000.

Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Astrea, octava edición, Buenos Aires, 2002.

Ziccardi, Horacio, “Derecho tributario administrativo o formal” en García Belsunce, Horacio A. (Dir.), *Tratado de Tributación. Derecho tributario*, tomo I, volumen 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

SOBRE EL RANGO DEL DECRETO Nº 525 MEDIANTE EL CUAL SE DICTA EL REGLAMENTO GENERAL DE ALIMENTOS

Miguel Ángel Basile Urizar

Abogado

Resumen: El presente estudio tiene como objeto determinar cuál es el rango del Decreto Nº 525 mediante el cual se dicta el Reglamento General de Alimentos emitido bajo el gobierno de la Junta Militar de Gobierno de la República de Venezuela de 1958, a los fines de poder concluir si vulnera o no la garantía de la Reserva de Ley y en consecuencia si adolece de inconstitucionalidad o no, en vista de que establece restricciones a la manufactura y comercialización de alimentos y materiales que entran en contacto con alimentos, sin que hubiese, para el momento de su publicación en Gaceta Oficial, una norma de rango legal que previera esas restricciones, siendo, en apariencia una norma de rango sub legal, y por cuanto la jurisprudencia ha afirmado, en casos análogos, que esos Reglamentos tienen rango legal y por ende no estarían viciados de inconstitucionalidad.

Palabras clave: Reglamento General de Alimentos; Junta Militar de Gobierno de la República de Venezuela de 1958; salud; alimentos.

Abstract: *This study aims to determine the range of Decree No. 525 whereby the General Food Regulations is issued under the rule of the military government of the Republic of Venezuela in 1958, in order to conclude whether it infringes the guarantee of the Act Reserve and therefore if it is unconstitutional or not, given that it establishes restrictions on the manufacture and marketing of food and materials that come in contact with food, without any, for the time of its publication in the Official Gazette, a legal rule providing for such restrictions, being apparently a regulation of sub legal range, and because the Court has stated,*

in such cases, these regulations have legal status and therefore would not be tainted with unconstitutionality.

Keywords: *General Food Regulations; military government of the Republic of Venezuela in 1958; health; food.*

Recibido: 16 de julio de 2014 **Aceptado:** 19 de agosto de 2014

SUMARIO

Introducción

1. Sobre el contexto histórico en el cual se dictó el RGA
2. Sobre el fundamento a partir del cual se dictó el RGA
3. Sobre el criterio jurisprudencial según el cual se podría afirmar que el RGA cumple con las garantías constitucionales
4. Conclusión

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto determinar cuál es el rango del Decreto N° 525 mediante el cual se dicta el Reglamento General de Alimentos¹ (en adelante “RGA”), publicado bajo el gobierno de la Junta Militar de Gobierno de la República de Venezuela de 1958 (en adelante “Junta de Gobierno”) a los fines de poder concluir si vulnera o no la garantía de la Reserva de Ley y en consecuencia si adolece de inconstitucionalidad o no.

Ello por cuanto el RGA establece restricciones a la manufactura y comercialización de alimentos y materiales que entran en contacto con alimentos², sin que hubiese, para el

1 Gaceta Oficial N° 25.864 Ordinario de 16 de enero de 1959.

2 Artículo 7. Se prohíbe la importación, depósito y venta de alimentos adulterados, entendiéndose por tales, aquellos que por hechos imputables a sus fabricantes, importadores, almacenistas, expendedores o a cualquier otra persona, no presenten características idénticas a las que sirvieron de base para la autorización sanitaria, si se trata de alimentos registrados, o no reúnen los requisitos exigidos por el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, si se trata de alimentos no registrados.

Artículo 12. Los establecimientos, expendios y vehículos a que se refiere el artículo anterior no podrán funcionar sin el correspondiente permiso de la autoridad sanitaria local. Este permiso deberá ser renovado cada año.

Artículo 22. Todas aquellas personas empleadas en la elaboración, depósito, expendio o transporte, y en general todas las que tengan contacto directo con los alimentos, sin ser los consumidores de ellos, deberán estar provistas del Certificado de Salud expedido por la autoridad sanitaria.

Véase Polanco Alcántara, Tomás, *Derecho Administrativo Especial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 45-47.

momento de su publicación en Gaceta Oficial, una norma de rango legal que previera esas restricciones, siendo, en apariencia una norma de rango sub legal. Lo anterior, sería suficiente para afirmar que se vulnera la garantía de Reserva de Ley a los efectos de limitar el derecho de libertad económica o de empresa³, sin embargo el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa ha sostenido, en casos similares al RGA y que comentaremos con mayor detenimiento en el presente estudio, que aquellas normas reglamentarias que hayan sido dictadas por la Junta de Gobierno y otros gobiernos de facto tienen rango de ley y en consecuencia no violarían la garantía de Reserva de Ley relativa a las limitaciones al derecho a la libertad económica o de empresa, por lo que no adolecerían de inconstitucionalidad.

Ahora bien, sin perjuicio de que a partir del criterio jurisprudencial antes mencionado se pudiese afirmar que el RGA no está viciado por inconstitucionalidad, consideramos pertinente analizar con detenimiento si en efecto cumple o no con la garantía constitucional antes referida y si el criterio jurisprudencial antes mencionado se puede aplicar válidamente al caso de la RGA o si en todo caso no es sostenible.

Consideramos pertinente realizar el análisis antes expuesto ya que, aun cuando se trata de una norma de vieja data y ya hay un pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, para un caso análogo, tiene una importancia fundamental desde una perspectiva jurídica y práctica. En efecto, a partir del RGA derivan normas⁴ que a su vez desarrollan sus limita-

3 En tal sentido Gustavo Grau Fortoul ya ha planteado las mismas consideraciones que motivan el presente trabajo (Grau Fortoul, Gustavo, "Normas Covenin, Codex Alimentarius y reglamentaciones técnicas", trabajo inédito).

4 Resolución N° 14.651 de 27 de octubre de 1976 mediante el cual se determinan las características que deben tener los alimentos para regímenes especiales (Gaceta Oficial N° 31.106 Ordinario de 9 de noviembre de 1976). Resolución N° SG-081 de 11 de marzo de 1996 mediante el cual se dictan las Normas Complementarias del Reglamento General de Alimentos

ciones en materia de salud de los alimentos y se han dictado actos en ejercicio de las potestades que establece. Por lo tanto, en caso de que concluyéramos que se trata de una norma que vulnera la garantía constitucional de la Reserva de Ley una de las posibles consecuencias, desde una perspectiva jurídica, sería que el RGA adolece de inconstitucionalidad y se deba declarar su nulidad⁵.

Precisado el objeto y la pertinencia del presente estudio, para poder lograr el cometido antes explicado analizaremos (i) el contexto histórico en el cual el RGA fue publicado en Gaceta Oficial; (ii) el fundamento a partir del cual se dictó el RGA y si es cónsono con la garantía constitucional de la Reserva de Ley; y (iii) el precepto jurisprudencial según el cual se podría afirmar que el RGA cumple con las garantías constitucionales.

1. SOBRE EL CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE DICTÓ EL RGA

Según Álvarez Feo para los inicios del siglo XX la intervención del Estado venezolano en las actividades de los particulares con el fin de lograr, conservar y mejorar la salud se limitaba

(Gaceta Oficial N° 35.921 Ordinario de 15 de marzo de 1996); Resolución N° SG-403-96 de 9 de septiembre de 1996, mediante el cual se dictan los Requisitos para el Otorgamiento de Permiso Sanitario de los Establecimientos y Vehículos para Alimentos (Gaceta Oficial N° 5.097 Extraordinario de 18 de septiembre de 1996); Resolución N° SG-457-96 de 4 de noviembre de 1996 mediante el cual se dictan las Buenas Prácticas de Fabricación, Almacenamiento y Transporte de Alimentos para Consumo Humano (Gaceta Oficial N° 36.081 Ordinario de 7 de noviembre de 1996).

5 Escapa al objeto del presente estudio determinar si una vez concluido que el RGA adolece de inconstitucionalidad deba declararse su nulidad con efectos hacia el pasado o no. En todo caso, ese cuestionamiento amerita un estudio aparte.

principalmente a prevenir y controlar las enfermedades, sean o no contagiosas⁶.

Tal circunstancia se debió a que la regulación sanitaria de alimentos en Venezuela tuvo poco desarrollo hasta mediados del siglo XX, tal y como Myrla Linares Alemán expone en los siguientes términos:

(...) “en 1916 se dicta un Reglamento de Sanidad Nacional”
(...) que se consideró “muy avanzado para su época; entre sus previsiones estaba” (...) “el punto de partida sobre el control de los alimentos”.

(...)

“No fue sino hasta muy entrado el siglo XX, en 1941, cuando aparece en Venezuela el primer estatuto jurídico específico para regular los alimentos, con la aprobación del Reglamento sobre Alimentos y Bebidas, de fecha 17 de marzo de 1941. Dicho texto vino a derogar las disposiciones sobre la misma materia contenidas en el Reglamento de Sanidad Nacional de 1916. Durante los 25 años de vigencia de este último, fue completado con otros tres Reglamentos y quince Resoluciones especiales, de la fusión de este arsenal se tomaron las bases del Reglamento sobre Alimentos y Bebidas”⁷.

(...)

“El Reglamento sobre Alimentos y Bebidas de 1941 representaba a nuestro juicio un verdadero código bromatológico. En sus 348 artículos se hacen minuciosas especificaciones sobre todos los aspectos y procesos inherentes a lo que acertadamente se ha llamado cadena alimentaria”⁸.

6 Álvarez Feo, Federico, “Curso de Derecho Administrativo”, *Textos Fundamentales del Derecho Administrativo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 216-216

7 Véase además a Vegas, Germán, *La Higiene y el Derecho en Venezuela*, Editorial Elite, Caracas, 1942, p. 158.

8 Linares Alemán, Myrla, *Los Fraudes en los Alimentos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, pp. 26-27.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico venezolano a los mediados del siglo XX sí contaba con una previsión normativa que restringiera el comercio de alimentos con fines de mantener la salud. Sobre el particular Hernández Ron describe la actividad de policía administrativa que se ejercía en tal sentido, en los siguientes términos:

“Deberá también la policía sanitaria intervenir en la cuestión de alimentos, cuyo principal objeto es evitar que el deseo del lucro haga que los mercaderes puedan alterar las materias primas necesarias para la existencia de los habitantes. En este policía la misión de la Administración tiene un doble carácter: de un lado procurar la salubridad pública y de otro impedir el fraude. De aquí que sobre todo en la policía de mercados públicos y en los sitios de producción, ejerza una intervención directa y tenga facilidades para contrastar las pesas y medidas, vigilar las ventas y, por tanto, garantizar al vecindario de que le dan lo que pide y en la cantidades que pide. Téngase además presente que la adulteración de materias alimenticias, medicinas u otros efectos destinados al comercio, constituye un delito contra la conservación de los intereses públicos y privados”⁹.

Es en el contexto antes descrito en el cual el 23 de enero de 1958 el General Marco Pérez Jiménez huye de Venezuela y se constituye, mediante Acta Constitutiva¹⁰ publicada en Gaceta Oficial, la Junta de Gobierno.

La Junta de Gobierno estaba inicialmente constituida por Wolfgang Larrazábal, como su Presidente, Carlos Luis Araque, Pedro José Quevedo, Roberto Casanova y Abel Romero Villate. Sin embargo, inmediatamente Roberto Casanova y Abel Romero Villate abandonan su cargo en razón de que estaban

9 Hernández Ron, José, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Las Novedades, Caracas, 1944, p. 240-241.

10 Gaceta Oficial N° 25.567 Ordinario de 23 de enero de 1958.

vinculados con el régimen anterior y en su lugar se incorporan Blas Lamberti y Eugenio Mendoza.

Posteriormente, tal y como lo describe Brewer-Carías, la Junta de Gobierno fue “ampliada en su integración y transformada en Junta de Gobierno, con la participación de civiles”, (...) e incluso “en la «Ratificación de Principios»” (...) “se precisaron los términos del ordenamiento jurídico de la República y de su establecimiento en la siguiente forma” (...):

“Fue en principio esencial de la Constitución de la Junta de Gobierno enrumbar el país hacia un Estado democrático de derecho. A tal efecto, se mantuvo en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, el cual sólo sería modificado por las normas generales y particulares que aconsejare el interés de la República, mediante Decretos refrendados por el Gabinete Ejecutivo.

Conforme al espíritu del Acta Constitutiva, ha sido criterio unánime de la Junta de Gobierno y del Consejo de Ministros el usar con discreción de las facultades de carácter legislativo...”¹¹

El entorno existente para la época y el papel que cumplió la Junta de Gobierno se puede resumir en los siguientes términos:

“La Junta de Gobierno deberá sortear, como todo régimen de facto, 2 obstáculos: el desbordamiento de la calle y las tentativas de reacción, mayormente militares. Lo primero no será demasiado difícil, puesto que los partidos políticos, resurgidos con un gran poder después de 2 lustros de clandestinidad, son respetados y acatados y sus líderes conservan intacto su prestigio. Por otra parte, el presidente de la Junta, el contraalmirante Wolfgang Larrazábal, goza de una

11 Brewer-Carías, Allan, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo II, Editorial Alfa, Caracas, 2008, pp. 20-21.

gran popularidad entre las masas caraqueñas y su sola presencia logra aquietarlas con facilidad" (...). Aun cuando ello no implicara que no hubiesen sus dificultades. "Al alejarse los peligros golpistas, las fuerzas políticas recuperan, en cierta forma, su identidad. Se abandonan las ilusiones de un «candidato único» de todas las fuerzas políticas a la Presidencia de la República y se inicia una campaña electoral" (...). "Larrazábal debe abandonar la presidencia de la Junta para poder participar en la campaña electoral como candidato. Se posesiona entonces de la presidencia (13.11.1958) el secretario de la Junta, Édgar Sanabria, profesor de derecho romano en la Universidad Central de Venezuela, consultor de instituciones eclesiásticas y con fama de excéntrico". Las elecciones se celebran en diciembre de 1958 en las que gana Rómulo Betancourt "por un amplio margen"¹².

El 16 de enero de 1959, la Junta de Gobierno, bajo la presidencia de Edgar Sanabria, emite el RGA y lo publica en la Gaceta Oficial, derogando así el Reglamento sobre Alimentos y Bebidas¹³. Cabe destacar que, de acorde a Myrlla Linares Alemán, el RGA constituyó un desmedró en la regulación de los alimentos en Venezuela, en lo que respecta al derogado Reglamento sobre Alimentos y Bebidas¹⁴, ya que en términos técnicos era mucho más completo.

12 Fundación Empresas Polar, *Diccionario de Historia de Venezuela*, Tomo II, Exilibris, Caracas, 2010, p. 851-852.

13 Gaceta Oficial N° Extraordinario de 29 de abril de 1941.

14 "Pero, a pesar de tan elogiosos comentarios, el Reglamento fue derogado y reemplazado por un conjunto de normas sobre las cuales no existen, como veremos más adelante, las mejores opiniones. Sería interesante conocer las razones que llevaron al legislador a derogar en 1959 el Reglamento sobre Alimentos y Bebidas y sustituirlo por el actual, pero ninguna justificación o explicación hemos encontrado en las Memorias y Cuentas del Ministerio de Sanidad de los años 1958-59, cuando estaba en proceso la nueva reglamentación. Tampoco apareció en los diarios de mayor circulación de la época ninguna reseña sobre la reforma reglamentaria" (Linares Alemán, Myrlla, *Los Fraudes en los Alimentos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 28).

Un mes después de la publicación del RGA, en concreto el 13 de febrero de 1959, Rómulo Betancourt asume la presidencia de la República para el período 1959-1964.

2. SOBRE EL FUNDAMENTO A PARTIR DEL CUAL SE DICTÓ EL RGA

A los fines de dictar el RGA, la Junta de Gobierno se fundamentó, tal y como se desprende del encabezado de la norma comentada, en el:

(...) “uso de las atribuciones que le confiere su Acta Constitutiva y de conformidad con la atribución 2° del artículo 108 de la Constitución Nacional, y del artículo 10 de la Ley de Sanidad Nacional, en Consejo de Ministros” (Resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Si analizamos el extracto antes citado podremos observar que en *primer lugar* se fundamentó en las atribuciones establecidas en el Acta Constitutiva a favor de la Junta de Gobierno. En tal sentido, conviene hacer unos breves comentarios sobre las disposiciones contenidas en esa norma.

Al respecto, observamos que el Acta Constitutiva estipulaba, en el artículo 3, lo siguiente:

“Artículo 3. Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con la presente Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno, a cuyo efecto la Junta Militar dictará mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público” (Resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Del artículo antes transcrito observamos que como *primer punto* no hay ninguna derogación del ordenamiento jurídico

vigente para la fecha. En consecuencia las disposiciones contenidas en la Constitución de 1953¹⁵ y demás normas eran perfectamente aplicables y exigibles.

Entre las disposiciones contenidas y vigentes del ordenamiento jurídico venezolano de la época, nótese que el artículo 28 de la Constitución indicaba expresamente que *“todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la Ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba”* (resaltado, subrayado y cursiva nuestra). Esa disposición contemplaba lo que la doctrina denomina el principio de vinculación positiva a la Ley y que sigue estando reconocido en el artículo 137 de la Constitución de 1999¹⁶ según el cual los particulares pueden realizar cualquier tipo de actuación que no esté prohibida por la Ley, en contraposición al Estado que sólo puede actuar en la medida de que la Ley lo autorice.

Adicionalmente, la Constitución de 1953 establecía, en el artículo 35, el reconocimiento a lo que hoy se denomina la libertad económica o de empresa en los siguientes términos:

“Artículo 35. Se garantiza a los habitantes de Venezuela:

(...)

12. La libertad de industria y comercio, conforme a las leyes”.

Del extracto antes transcrito se deduce, que el ejercicio de ese derecho por parte de los particulares sólo podrá ser limitado por una Ley o al menos una norma de rango legal. Se trata de la consagración de la garantía de la Reserva de Ley que pesa sobre las limitaciones o restricciones a los derechos constitucionalmente reconocidos, sea por cualquiera de las vías que tiene a su disposición y en caso contrario se tendría como inconstitucional y acarrearía su nulidad. Cabe destacar que para que la garantía de la Reserva a la Ley se respete se ha

15 Gaceta Oficial N° 372 Extraordinario de 15 de abril de 1953.

16 Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

interpretado que basta con que la Ley establezca la restricción pudiendo delegar en la potestad reglamentaria su desarrollo, en tanto éste mantenga una relación de conformidad. Tal interpretación puede ser sostenida si tomamos en consideración que esa norma constitucional poco ha variado¹⁷ en el fondo y esa conclusión ha sido sostenida por doctrina¹⁸.

Como *segundo punto*, el Acta Constitutiva condiciona la vigencia del ordenamiento jurídico a que éste no colide con el contenido de la (i) misma Acta Constitutiva y (ii) y con la realización de los fines del nuevo Gobierno.

En este sentido, las potestades que el Acta Constitutiva atribuye a la Junta de Gobierno no colidan con aquellas establecidas en el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que esa Junta de Gobierno asume las atribuciones del Poder Ejecutivo por la Constitución de 1953. Entre ellas, como señalaremos más adelante, está la de reglamentar las Leyes.

Asimismo, en cuanto a los fines del nuevo Gobierno recordemos que la Junta de Gobierno tenía como fin principal permitir la transición entre el gobierno de Marcos Pérez Jiménez y uno elegido democráticamente, previniendo “*el desbordamiento de la calle y las tentativas de reacción, mayormente militares*”, y no la regulación de aspectos sanitarios y en concreto sobre alimentos.

17 Artículo 112: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

18 Hernández, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Caracas, 2006, pp. 186 y ss. Bassols Coma, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pp. 132 y ss.

Como *tercer punto* el Acta Constitutiva señala que la Junta de Gobierno dictará mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República.

Ahora bien, surge la duda si los Decretos contentivos de normas generales que sean dictados en ejecución de esa disposición tendrán rango de ley o por otra parte sub-legal. En todo caso, el Acta Constitutiva no comprende ningún tipo disposición que aclara tal circunstancia. Por tal motivo, debemos deducir que se deben aplicar los principios que se deducen de las distintas disposiciones contenidas en la Constitución, ya que el ordenamiento jurídico estaría vigente.

Por tal motivo, una primera posición que se podría sostener es que esos Decretos son dictados en ejecución directa de una norma de rango constitucional y por ende que tendrían rango de Ley. Una segunda posición sería que el rango de los Decretos dependerá en la medida de que sean dictados en virtud de una potestad desarrollada en la Constitución u otra norma de rango legal. En este orden de ideas, entendemos que si se dicta un Decreto contentivo de normas generales su rango dependería en atención al tipo de potestad normativa que se ejerza de acorde al Acta Constitutiva en consonancia con la Constitución. Por ejemplo, si se trata de un Decreto-Ley, ya comentado en el marco de la Constitución de 1953, se trataría de una norma de rango legal, mientras que si se trata de un Reglamento que desarrolla una Ley sería de rango sub-legal.

En *segundo lugar*, el RGA tiene como fundamento la atribución 2° del artículo 108 de la Constitución de 1953 que consiste en la potestad de reglamentar leyes, en los siguientes términos:

“Artículo 108. Son atribuciones del Presidente de la República:

a) En Consejo de Ministros:"

(...)

"2º Reglamentar las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón, y reformar parcialmente los reglamentos de las mismas".

En este sentido, se trata de una potestad que está sujeta a una Ley pre-existente y que, bajo ninguna forma, se podría subsumir en la posibilidad de dictar reglamentos independientes que no tengan sustento legal por su parte.

Ahora bien, partiendo de la conexión entre la disposición antes transcrita y el Acta Constitutiva, debemos entender que cuando la Junta de Gobierno hace uso de esa potestad dicta en definitiva normas de rango sub-legal y bajo ningún concepto de rango legal.

En *tercer lugar*, el RGA se fundamenta en el artículo 10 de la Ley de Sanidad Nacional¹⁹ que indica lo siguiente:

"Artículo 10: El Ejecutivo Federal dictará además los Reglamentos y Resoluciones que fueren necesarios para la mejor organización y el mejor funcionamiento del Servicio de Sanidad en el País".

Del anterior extracto debemos precisar que la potestad reglamentaria tiene como objeto únicamente el desarrollo organizativo del Servicio de Sanidad, pero no en cuanto a aspectos de fondo.

A todo evento, aclaramos que se debe entender que Servicio de Sanidad "*comprende todos los ramos de la Higiene Pública y de la Higiene Social*", de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Sanidad Nacional. No obstante, la Higiene Pública y la Higiene Social no se encuentran definidos en la referida Ley.

19 Gaceta Oficial N° 19.626 Ordinario de 22 de julio de 1938.

En ese orden de ideas, Germán Vegas ha definido ambos conceptos en los siguientes términos:

“La Higiene pública es la que enseña o estudia todas las causas directas que afectan la salud del hombre; trata de resolver el problema de abasto de agua potable, cloacas, hospitales, urbanismo, vivienda económica, obras de asistencia pública; y

La Higiene social estudia las causas indirectas que pueden afectar esa misma salud: la fatiga industrial, el salario insuficiente, el trabajo en ambientes mefíticos y la promiscuidad de sexos, de sanos y enfermos”²⁰.

Por otra parte, Hernández Ron ha señalado sobre la Higiene Pública lo siguiente:

“La higiene privada es la base de la salud particular, y la higiene pública, por tanto, la base de la salud colectiva. Hay quien diga que la higiene pública no es sino la serie de medidas adoptadas por las leyes y reglamentos, con el objeto de prevenir las enfermedades endémicas o epidémicas y conservar la salud de los habitantes del Estado”²¹ (Resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

De lo anterior se desprende que incluso en la doctrina no hay un concepto unívoco de la higiene pública y social, por lo cual no consideramos válido entender que comprende la restricción a la manufactura y comercio de alimentos.

Cabe destacar que en el contexto de la Ley de Sanidad Nacional no se restringe en ninguna de sus disposiciones la comercialización de alimentos. Regula a los establecimientos de servicio médico, los permisos sanitarios de construcción en general y las enfermedades. Por tanto el concepto de Higiene Pública y la Higiene Social desde una interpretación según la conexión entre sus disposiciones no estaría relacionado al

20 Vegas, Germán, Ob. cit... 1942, p. 21.

21 Hernández Ron, José, Ob. cit... 1944, p. 232.

comercio de los alimentos, sino únicamente en el control de enfermedades que deriven de su consumo, de conformidad con los artículos 12, 13, 14 y 15 de la referida Ley.

Precisado lo anterior, entendemos que, bajo las premisas en las que la Junta de Gobierno se fundamentó para dictar el RGA antes expuestas, el RGA es una norma de rango sub-legal y que además viola la garantía de la Reserva de Ley, por cuanto:

- El RGA se dictó sobre la base de la potestad de reglamentar leyes pre-existentes de la Junta de Gobierno, por lo cual está limitada a regular aspectos ya restringidos por una Ley, y de lo contrario violaría la garantía de Reserva de Ley y en consecuencia sería inconstitucional.
- El RGA se dictó sobre la base de la Ley de Sanidad Nacional cuyo objeto era la prevención y control de enfermedades y no la restricción del comercio de alimentos desde una perspectiva sanitaria, lo cual, a todas luces, escapa su objeto.

Cabe destacar que esa conclusión, no constituye ningún tipo de contradicción con los fines de esa Junta de Gobierno, ya que su fin principal era mantener la seguridad y el orden público, pero no regular los aspectos sanitarios de alimentos, que dicho sea de paso ya contaban con una regulación, además elogiada por la doctrina²².

22 Vale la pena destacar que el *Reglamento sobre Alimentos y Bebidas* también se fundamentó en el artículo 10 de la *Ley de Sanidad Nacional*, por lo cual tampoco cumpliría con la garantía de Reserva de Ley. Sin embargo, su análisis correspondería a un estudio aparte.

3. SOBRE EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL SEGÚN EL CUAL SE PODRÍA AFIRMAR QUE EL RGA CUMPLE CON LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Sin perjuicio de lo antes concluido el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa ha sostenido que las normas reglamentarias que hayan sido dictadas por un gobierno de facto tienen rango de ley y en consecuencia no violarían la garantía de Reserva de Ley relativa a las limitaciones al derecho a la libertad económica o de empresa, por lo que no adolecerían de inconstitucionalidad. En concreto nos interesa analizar los casos en que la jurisprudencia ha analizado el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 y el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

3.1. Sobre el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6

El Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 se dictó el pasado 31 de enero de 1949 bajo el gobierno de la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, bajo la Presidencia del General Marco Pérez Jiménez, sin que su cuerpo haya sido publicado en Gaceta Oficial hasta fecha muy reciente²³. En todo caso, el encabezado del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 se fundamenta *“por disposición de la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Ley de Publicaciones Oficiales”* y tiene como objeto establece las obligaciones y normas de carácter disciplinario del referido cuerpo militar.

En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 1028 de 9 de

23 Resolución del Ministerio de la Defensa mediante la cual se dispone que se tenga como oficial la edición del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 (Gaceta Oficial N° 37.507 Ordinario de 16 de agosto de 2002).

mayo de 2000, Caso Poncio Mogollón y otros Vs. Ministro de la Defensa, con Ponencia del Magistrado Carlos Escarra Malave, se indicó lo siguiente:

“El derecho a la defensa y al debido proceso aun en sede administrativa, son de rango constitucional. Mal puede dársele aplicación diferente a la terminología utilizada en el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, que además de ser una norma de carácter sublegal, no ha sido objeto de publicación en la Gaceta Oficial, lo que trae consigo su ineficacia frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos-administrados”.

A todo evento, se cambió de criterio abruptamente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 00467 de 27 de marzo de 2001, caso Adalberto Rivas y otros vs. Ministerio de la Defensa, con Ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa²⁴, de la siguiente forma:

“El Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 fue dictado el 31 de enero de 1949, bajo el imperio de un gobierno provisional surgido de un golpe militar que derrocara al entonces Presidente Constitucional Rómulo Gallegos. En efecto, según el Acta Constitutiva de fecha 24 de noviembre de 1948, publicada en Gaceta Oficial N° 22.778 del 25 del mismo mes y año, se constituye un Gobierno Provisional y la Junta Militar de Gobierno, integrada por los Tenientes Coroneles Carlos Delgado Chalbaud, Marcos Pérez Jiménez y Luis Felipe Llovera Paéz, decreta mediante esa misma Acta, que ‘las resoluciones, actos y decretos se tomarán por mayoría de votos’ y ‘que para todas las cuestiones de orden constitucional, recibirá aplicación la Constitución Nacional promulgada el 20 de julio de 1936, reformada el 05 de mayo de 1945, sin perjuicio de que la Junta dé acatamiento a aquellas disposiciones progresistas de la Constitución Nacional

24 Reiterada por Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 50 de 20 de enero de 2002, caso Gerardo Javier Arrieche, con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

promulgada el 05 de julio de 1947, que las Fuerzas Armadas Nacionales han prometido respetar en su citado manifiesto, y de dictar aquellas medidas que aconseje o exija el interés nacional, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público”.

Entre las medidas adoptadas por la Junta Militar, constituida en Gobierno Provisional de los Estados Unidos de Venezuela, específicamente destinadas a reorganizar el Poder Público, se encuentra la dictada mediante Decreto de fecha 04 de diciembre de 1948, publicado en Gaceta Oficial N° 22.786, entre cuyos considerandos se destaca que:

(Omissis...)

“mediante la cabal ejecución de esta nueva organización y como una de las finalidades inherentes a la naturaleza de los Gobiernos Provisorios, quedarán en definitiva regularmente constituidos los cuerpos deliberantes electivos que son expresión de la soberanía popular;

Que la subsistencia de los actuales cuerpos legislativos, establecidos bajo el imperio del régimen anterior, es incompatible con la etapa de transición que en el presente se desarrolla,

Decreta

Artículo 1° : Quedan explícitamente disueltos el Congreso Nacional, cada una de sus Cámaras, la Comisión Permanente de aquel y las Asambleas Legislativas de los Estados y sus Comisiones Permanentes”.

Posteriormente, mediante los decretos dictados el 08 de diciembre de 1948, publicado en Gaceta Oficial N° 22.789 y 13 de diciembre de 1948, publicado en Gaceta Oficial N° 22.793, la Junta Militar de Gobierno disuelve explícitamente al Concejo Municipal de Caracas y a todos los Concejos Municipales del país; y al Consejo Supremo Electoral, así como a las Juntas Electorales de cada Estado y Municipio, respectivamente.

En virtud de los referidos antecedentes, el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, dictado bajo el régimen del Gobierno Provisorio de la Junta Militar de Gobierno, no puede considerarse un reglamento tal y como se concibe al emanado del Poder Ejecutivo, cuando en un Estado de Derecho y con plena vigencia de las garantías y derechos fundamentales, complementa los textos de las leyes. Así, ante la inexistencia del Congreso Nacional por su disolución por un régimen de fuerza, los actos de naturaleza normativa dictados por éste adquieren rango de Ley, toda vez que dicho Gobierno Provisorio *ejerce su mandato mediante Decretos dictados en ejecución directa, si bien no de la Constitución, del Acta de Constitución de donde dimana su poder transitorio.* Así se declara.

Por otra parte, el referido Reglamento no tiene por función complementar una Ley, sino que de su estructura y contenido normativo se aprecia la autonomía inherente a todo acto dictado sin sujeción a normas de rango legal, téngase muy en cuenta que para el momento en que fue dictado, las referencias a las constituciones vigentes con anterioridad al régimen surgido del citado golpe militar, como son las de 1936, 1945 y 1947, así como sus posibles limitaciones a la legislación, eran sólo aplicables en este régimen sin perjuicio de lo que el mismo considerase como más conveniente al interés nacional. En consecuencia, se reitera, tanto por su origen histórico como por su estructura, contenido y finalidad, el Reglamento responde a las notas de un decreto ley, equiparable en el rango normativo actual con una ley formal y así se declara”.

De lo anterior, debemos destacar en primer lugar que el cuerpo normativo que rige la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela²⁵ si bien reconoce la aplicación de

25 Gaceta Oficial N° 22.778 Ordinario de 25 de noviembre de 1948.

la Constitución vigente para el momento, lo hace en términos más flexibles que el Acta Constitutiva antes comentada²⁶.

En segundo lugar, los términos en que se emitió el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 fueron distintos al de RGA, ya que el primero no se fundamentó en una potestad reglamentaria sobre una Ley existente, sino únicamente *“por disposición de la Junta Militar de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela”*, a diferencia del RGA, como ya habíamos señalado.

Precisado lo anterior es importante destacar que el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 fue emitido en un contexto histórico y en una forma distinta al del RGA, por lo que no sería válido utilizar el precedente antes transcrito para determinar que el RGA tiene rango legal²⁷.

3.2 Sobre el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial

El Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial se dictó el 17 de junio de 1965 sobre la base del artículo 11 del Decreto N° 48 por el cual se crea un Cuerpo Técnico de Policía Judicial²⁸, el cual a su vez se fundamentó *“en uso de las facultades que le acuerda su Acta Constitutiva, y en Consejo de Ministros”*.

En este sentido en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 1216 de 26 de junio de 2001, caso Porfirio Ruiz Leandres, con ponencia del

26 “Para todas las cuestiones de orden constitucional recibirá aplicación la Constitución Nacional” (...), “sin perjuicio de que la Junta dé acatamiento a aquellas disposiciones de carácter progresista”.

27 Advertimos que sólo concluimos en este punto sobre la inaplicabilidad de ese criterio jurisprudencial en el caso del RGA, pero no en cuanto al rango legal o sub-legal del Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, cuestión que ameritaría otro estudio más detenido.

28 Gaceta Oficial N° 25.591 Ordinario de 20 de febrero de 1958.

Magistrado Levis Ignacio Zerpa²⁹, que analizó el caso del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, se indicó lo siguiente:

“El 23 de enero de 1958 una Junta Militar de Gobierno asumió el control de los Poderes Públicos, que ese mismo día se pasó a denominar, en virtud de la modificación de su Acta Constitutiva, acordada por sus integrantes originales, “Junta de Gobierno”, en virtud de la incorporación de civiles a esa nueva estructura de autoridad.

En Gaceta Oficial N° 25.567 de esa misma fecha, 23 de enero de 1958, fue publicada el Acta Constitutiva y su modificación, y allí se estableció que la Junta de Gobierno asumía todos los poderes del Estado, hasta tanto se organizaran constitucionalmente los poderes de la República.

Por el artículo 3° de su Acta Constitutiva, la Junta de Gobierno acordó que: “Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con la presente Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno, a cuyo efecto la Junta Militar dictará, mediante Decreto refrendado por el Gabinete Ejecutivo, las normas generales y particulares que aconseje el interés de la República, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público”.

Ahora bien, con base en los poderes que dimanaron de su Acta Constitutiva, la Junta de Gobierno de la República de Venezuela dictó el Decreto N° 48, de fecha 20 de febrero de 1958, publicado en Gaceta Oficial N° 25.591 de la misma fecha, por el cual fue creado el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

En tal virtud, dadas las circunstancias históricas y atendiendo a la realidad jurídica imperante en el momento en el

29 Reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa N° 2807 de 21 de noviembre de 2001, caso Héctor Prince, con Ponencia del Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero.

cual fue dictado el Decreto de creación del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, se concluye que dicho órgano de policía *fue creado por un instrumento normativo equivalente, en cuanto a su rango y eficacia jurídica, al de una ley formal,* tal y como se la concibe actualmente en el vigente Estado de Derecho, una vez superada la situación de interrupción institucional durante el cual fue dictado, *por cuanto el mismo contiene normas generales, de obligatorio acatamiento, emanadas de un órgano del Poder Público investido transitoriamente de facultades legislativas*" (Resaltado, subrayado y cursiva nuestra).

Del extracto antes transcrito observamos en *primer lugar* se basa para afirmar que los Reglamentos dictados por la Junta de Gobierno tendrían rango de ley y en consecuencia las restricciones que estipula respecto a los derechos sin contar con una Ley previa que la establezca no constituirían su inconstitucionalidad "*dadas las circunstancias históricas y atendiendo a la realidad jurídica imperante en el momento en el cual fue dictado*".

En este sentido, debemos advertir que desde la perspectiva del positivismo no es válido sostener que una norma es válida si no se cumplen los elementos que el ordenamiento jurídico establece para ello y por ende que adolezca de inconstitucionalidad, sin que se pueda subsanar en virtud de las circunstancias políticas, jurídicas o sociales³⁰.

30 "Independientemente de los amplios estudios con respecto a las relaciones entre la moral y el derecho que ha ocupado parte de la polémica entre los positivistas y jusnaturalistas, con enorme dificultad podemos admitir esa separación. A veces la subjetividad del análisis es de tal grado que reducimos la moral a una manera de comportarse de acuerdo a ciertos pretendidos valores que son más culturales que permanentes en la esencia del ser humano ¿Cómo se justifica el derecho a sí mismo? La respuesta positivista es sencilla: no necesita justificarse la ley, es lo que es sin más elementos externos a ella que soporten su mandato" (Rodríguez Berrizbeitia, Julio, *Caminos de la Filosofía Jurídica Actual*, Academias de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 82-83).

No obstante, sin entrar en el detalle en el debate de la filosofía jurídica sobre el particular, debemos precisar que la Sentencia no define con detalle cuáles eran las circunstancias históricas que validarían que una norma reglamentaria que adolezca de inconstitucionalidad, deje de estarlo. Por el contrario sólo se limita a indicar de manera general que se formó una Junta de Gobierno en tal fecha como justificativo suficiente para subsanar una inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, recordemos que la Junta de Gobierno atendió a dos fines principales: (i) servir de transición del gobierno del General Marco Pérez Jiménez a uno electo democráticamente; y (ii) evitar *“el desbordamiento de la calle y las tentativas de reacción, mayormente militares”*.

Precisado lo anterior, no nos interesa determinar si en el caso del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, la Junta de Gobierno en efecto tuvo como finalidad resolver una situación íntimamente relacionada con los cometidos antes referidos.

Sin embargo, en el caso del RGA entendemos que la realidad jurídica imperante del momento justificara su inconstitucionalidad, en vista de que:

- El RGA se fundamentó no sólo en las facultades que acuerda el Acta Constitutiva sino además en la potestad reglamentaria establecida en la Constitución vigente para el momento y en la Ley de Sanidad Nacional.
- La materia que el RGA es muy distinta a la seguridad o el mantenimiento del orden público, que era en definitiva el fin primordial de la Junta de Gobierno.
- El RGA fue publicado en Gaceta Oficial faltando un mes antes de que culminara el ejercicio de la Presidencia de la Junta de Gobierno por parte de Edgar Sanabria y tomará lugar el ejercicio del gobierno por parte de Rómulo Betancourt, por lo que no había riesgo de que

acaeciera algún riesgo en Venezuela de carácter político o que justificara dictar o implementar medidas.

- La materia que el RGA vino a regular ya estaba estipulada en el ordenamiento jurídico, y según indica la doctrina de manera más completa, por lo que no había necesidad imperante de dictar ese reglamento.

En *segundo lugar*, ese criterio jurisprudencial señala que los Reglamentos dictados por la Junta de Gobierno son de rango legal por cuanto contienen “*normas generales, de obligatorio acatamiento*”. Sobre el particular, basta decir que todos los Reglamentos, independientemente de que sean ejecutivos, autónomos o dictados por un gobierno de facto, comprenden normas generales de obligatorio acatamiento, por lo cual no es un elemento definitorio que permita darle rango legal. Todo lo contrario, ese elemento de obligatoriedad es independiente de su rango, el cual, como ya indicamos, es de rango sub-legal en virtud de que está supeditado a una Ley.

En *tercer lugar*, la sentencia indica que los Reglamentos dictados por la Junta de Gobierno tienen rango de Ley en virtud de que están emanados “*de un órgano del Poder Público investido transitoriamente de facultades legislativas*”.

En ese sentido, es importante aclarar que el Acta Constitutiva no le confiere a la Junta de Gobierno una facultad legislativa expresamente, sino una potestad normativa a través de normas de distintos rangos, incluyendo Decretos. Tal circunstancia puede enmarcarse en la función administrativa de regulación, sin que se entienda como una función legislativa. En todo caso, si bien en la Ratificación de Principios de la Junta de Gobierno si se hizo mención de que ésta y el Consejo de Ministros detentaban “*facultades extraordinarias de carácter legislativo*” ello debe entenderse que opera únicamente cuando se afirma que ese es el fundamento de la norma. En el presente caso, la Junta de Gobierno ejercía una función principalmente

administrativa como, complemento si se quiere, de las instituciones ya establecidas en la Constitución de 1953, es decir de la potestad de reglamentar leyes.

Ahora bien, podría interpretarse que la Junta de Gobierno podía en efecto dictar Decretos sobre materia que no haya sido regulada por una Ley o un acto de rango legal, en virtud del Acta Constitutiva³¹. Sin embargo, debemos tomar en consideración que se mantuvo la vigencia del ordenamiento jurídico, por lo cual esa circunstancia necesariamente violaría la garantía de la Reserva de Ley y acarrearía su inconstitucionalidad.

En consecuencia, de cara a una interpretación armónica de esas dos normas constitucionales, se debería entender que las normas que la Junta de Gobierno dictaba eran en el marco del ejercicio de una función administrativa, pero no legislativa.

Por tal motivo, entendemos que el criterio jurisprudencial antes referido no es válido y por tanto los Reglamentos dictados por la Junta de Gobierno, y en especial en el caso del RGA, no tendrían rango de ley y en consecuencia las restricciones que estipula respecto a los derechos sin contar con una Ley previa que la establezca constituirían su inconstitucionalidad.

4. CONCLUSIÓN

Hechas todas las consideraciones que anteceden podemos concluir que el RGA es una norma de rango sub-legal y al establecer restricciones a la manufactura y comercialización de alimentos y materiales que entran en contacto con alimentos, sin que hubiese, para el momento de su publicación en Gaceta

31 A todo evento, insistimos que en el caso del Acta Constitutiva, interpretada armónicamente con la Constitución de 1953 y sobre la base de su finalidad de estabilidad política y de transición, no otorga esa potestad expresamente.

Oficial, una norma de rango legal que previera esas restricciones, podemos afirmar que se vulneró la garantía de Reserva de Ley a los efectos de limitar el derecho de libertad económica o de empresa, sin que ello pueda ser subsanado bajo los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político Administrativa antes referidos, por lo cual adolece de inconstitucionalidad y lo correcto, desde una perspectiva jurídica, es que se declare su nulidad.

“INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER”.
NOTAS ACERCA
DE LOS ORÍGENES DE UNA PARTE
DE LA NORMA CONSTITUCIONAL
SOBRE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Carlos García Soto

*Director de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas de la Universidad Monteávila*

Resumen: El artículo estudia el modo como la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956 se mantiene en la Constitución de Venezuela, a partir de la perspicacia que en su momento tuvieron profesores españoles y venezolanos.

Palabras clave: Desviación de poder, influencia del Derecho francés, jurisdicción contencioso-administrativa.

Summary: The article examines how the formula on the misuse of power of the law of December 27 1956, is maintained in the Venezuela's Constitution, from the insight that once had Spanish and Venezuelan professors .

Key words: Misuse of power, influence of French law, administrative courts.

Recibido: 23 de agosto Aceptado: 30 de agosto de 2014

SUMARIO

Introducción

- I. La fórmula del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España: "Incluso la desviación de poder" y su reiteración en otras normas
- II. La fórmula del artículo 206 de la Constitución de 1961: "Incluso por desviación de poder" y su reiteración en la Constitución de 1999

Conclusión

INTRODUCCIÓN

La norma sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de la Constitución de 1999 (artículo 259) es, sustancialmente, la misma que contenía la Constitución de 1961 (artículo 206), con algún aditamento sobre "reclamos por la prestación de servicios públicos". Como en tantas otras instituciones, la Constitución de 1999 no alteró en lo sustancial el régimen de la Constitución de 1961.

Esa continuidad en la fórmula constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha implicado que persista un curioso anacronismo. Este trabajo quiere llamar la atención sobre cómo una frase que tuvo su sentido en un momento de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa española, hoy se mantiene como Derecho positivo en Venezuela, cuando ya se ha perdido el sentido que le justificaba.

Cuando el artículo 259 de la Constitución de 1999 señala como parte del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa el anular los actos administrativos generales o individuales, inmediatamente se cuida de precisar: "incluso por desviación de poder", en los mismos términos del artículo 206 de la Constitución de 1961. En el mismo sentido, el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Conten-

cioso Administrativa, al señalar la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, advertirá que serán competentes para conocer de “Las impugnaciones que se interpongan contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, incluso por desviación de poder”.

¿Por qué tanto el artículo 206 de la Constitución de 1961 como el artículo 259 de la Constitución de 1999, y ahora el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se preocupan de esa precisión?¹.

1 Al regular la responsabilidad derivada del ejercicio del Poder Público, el artículo 139 de la Constitución de 1999 hará referencia a la misma fórmula sobre la desviación de poder: “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”. En la Exposición de Motivos de la Constitución se señalaría sobre esa norma: “En cuanto a la responsabilidad individual consecuencia del ejercicio del Poder Público, se abarca tanto el abuso de poder, la *desviación de poder*, así como la violación de la Constitución y la Ley. Esta disposición es una de las que ha adolecido de ineficacia, por lo cual su consagración en esta Constitución implica generar los mecanismos legales para su aplicación efectiva”. Por otra parte, al señalar las atribuciones del Defensor del Pueblo, el numeral 2 del artículo 281 de la Constitución de 1999 también señalará: “2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, *desviaciones de poder* y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que les sean ocasionados con motivo del funcionamiento de los servicios públicos” (resaltados nuestros).

I. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 83.2
DE LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956, REGULADORA
DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
DE ESPAÑA: “INCLUSO LA DESVIACIÓN DE PODER”
Y SU REITERACIÓN EN OTRAS NORMAS

1. La inclusión de la fórmula “Incluso la desviación de poder” en la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

En 1956 sería dictada una Ley determinante para el contencioso-administrativo de España, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa². Cuando regula la Sentencia, dice en el numeral 2 de su artículo 83:

“la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

Para luego advertir en su numeral 3:

“constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Para recalcar aún más la importancia que se le otorgaba a ese vicio del acto administrativo, al señalarse cuáles Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales serían susceptibles de recurso de apelación, se dirá muy rotundamente en el numeral 2 del artículo 94:

“Las sentencias que versaren sobre desviación de poder serán susceptibles siempre de recurso de apelación”.

2 Boletín Oficial del Estado N° 363 de 28 de diciembre de 1956.

2. Los antecedentes de la fórmula “incluso la desviación de poder” en el Derecho español y en el Derecho francés

Esa fórmula acogida por el artículo 83.2 de la Ley tenía un antecedente en la Constitución de España de 1931, en cuyo artículo 101 se advertiría que “la Ley establecerá recurso contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma, constitutivos de exceso o desviación de poder”.

Como una consecuencia de esa norma de la Constitución de 1931, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933, señaló el modo como debía regirse el recurso de inconstitucionalidad de las leyes en “los pleitos de ilegalidad y exceso o desviación de poder a que se refiere el artículo 101 de la Constitución”. Como señaló Sebastián Martín-Retortillo Baquer, para la época, “Esta era la única referencia que con categoría legal se hizo del recurso de desviación de poder, y propiamente como queda claro, no para regularlo en ningún sentido, sino para establecer la forma de resolver previamente en un recurso por desviación de poder la cuestión referente a una posible inconstitucionalidad legal”³.

Sin embargo, el origen en el Derecho Comparado de la consideración de la desviación de poder como institución para controlar la actividad de la Administración, no se encuentra en la fórmula del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. Tampoco se encuentran en la fórmula de la Constitución de 1931 citada. El origen de esta institución, como tantas otras del Derecho Administrativo, será francés: de la jurisprudencia

3 “La desviación de poder en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, N° 22, enero-abril, 1957, pp. 157-158. Véase igualmente Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 35-36.

y doctrina francesa⁴. Lo advirtió Carmen Chinchilla Marín: “Como tantas otras categorías jurídico-administrativas, la desviación de poder tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés de finales del siglo XIX. Irrumpe como una especie dentro del género *exceso de pouvoir* para someter los actos administrativos discrecionales al control judicial”⁵. A seis años de haberse dictado la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa recalcaría Eduardo García de Enterría: “Es una aportación técnica que viene del Derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro Derecho”⁶.

En España, a diferencia de lo que ocurrió en Francia e Italia, donde la construcción de la desviación de poder había sido producto de la jurisprudencia, se reconoció expresamente, a través de una Ley, que la desviación de poder era una “infracción del ordenamiento jurídico”; y tal infracción debía ser objeto del control de la jurisdicción contencioso-administrativa (numeral 2 del artículo 83 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa)⁷.

4 Sobre el proceso que lleva a la elaboración jurisprudencial de la institución de la desviación de poder en Francia, véase Alfonso Masucci, “Formación y evolución del Derecho Administrativo en Francia y Alemania”, en *Revista de Administración Pública*, N° 184, enero-abril, 2011, pp. 9-19.

5 *La desviación de poder*, cit., p. 29. Véase igualmente Rosibel Grisanti de Montero, “La desviación de poder como un vicio del acto administrativo difícil de probar”, en Allan R. Brewer-Carías y Víctor Rafael Hernández-Mendible (Directores), *El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 403.

6 “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 38, 1962, p. 169.

7 Cfr. Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, cit., p. 37.

3. La peculiaridad que suponía la inclusión en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de la fórmula “incluso la desviación de poder” y su justificación. La intervención de Manuel Ballbé y Jesús González Pérez

La primera doctrina que interpretó esa norma, por supuesto, hizo referencias a esa peculiaridad que suponía que una infracción del ordenamiento jurídico como la desviación de poder se señalara expresamente en una Ley⁸. Eduardo García de Enterría se referiría a esa curiosidad: “La Ley de lo Contencioso Administrativo de 1956 por vez primera ha introducido, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro Derecho por vía legal y no jurisprudencial”⁹.

La justificación que la doctrina encontró fue la ausencia de desarrollo jurisprudencial en España sobre el vicio de la desviación de poder. Se advertía que antes que fuera expresamente recogida en el artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la desviación de poder era una infracción del ordenamiento jurídico que podía ser observada por la jurisprudencia, lo cual sin embargo no ocurrió con la frecuencia que se estimaba necesaria¹⁰. En consecuencia, se señalaba que en la medida en la que la jurisprudencia española no había aplicado suficiente-

8 Aun varias décadas luego de dictada la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalaría Carmen Chinchilla Marín: “En primer lugar, cabría preguntarse por qué una ley reguladora del proceso contencioso-administrativo vino a consagrar y definir específicamente uno de los vicios en que puede incurrir la Administración Pública” (*La desviación de poder*, cit., p. 43).

9 “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de Gobierno, poderes normativos)”, cit., p. 169.

10 Véase Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., p. 134.

mente sus poderes para corregir la desviación de poder, había tenido que venir la Ley a suplir tal carencia, recogiéndola expresamente en su texto. Recalcaría por ello Sebastián Martín-Retortillo Baquer que “en una línea lógica, la desviación de poder sólo podía aparecer elaborada por la jurisprudencia, y por tal camino debía estructurarse; frente a este principio, que es regla general, la nueva Ley española ha tenido que recogerla expresamente ante la falla de una configuración previa del mismo realizada por los Tribunales”¹¹.

Esa ausencia de desarrollo jurisprudencial sobre la desviación de poder en España sería explicada por Sebastián Martín-Retortillo Baquer en los siguientes términos: “Primero, por la falta de un criterio unitario, de una línea directriz que hubiese llevado a los Tribunales la consciencia de su función de control y de restablecimiento del orden jurídico; segundo —razones de análoga naturaleza—, por la fuerte vinculación a una concepción normativa del Derecho, prescindiendo de aquel otro aspecto sociológico-institucional del ordenamiento jurídico, que impone de suyo que, en cuanto existe una unidad evolutiva, no puede evolucionar una parte del mismo —el poder administrativo—, sin la respectiva correlación en la garantía frente a aquél, vale decir, en la jurisdicción contenciosa¹². Sin embargo, sin que tratemos por ello de justificar, sino muy al contrario, la falta de elaboración por nuestra jurisprudencia, sí se puede explicar fácil y razonablemente desde su perspectiva exegética, a cuyo desarrollo aquélla estuvo limitada: la prohibición general sobre los actos discrecionales¹³, la expli-

11 “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., p. 134.

12 En el mismo sentido, Carmen Chinchilla Marín, *La desviación de poder*, cit., p. 45.

13 Señala en este sentido Carmen Chinchilla Marín que “A todo ello hay que añadir que frente a la Ley de Santamaría de Paredes que excluía del conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo los actos discrecionales, la Ley de 1956 extendió el control de esta jurisdicción a dichos actos. Siendo ello así, no es de extrañar que en su articulado se hiciese mención expresa a la desviación de poder, tan estrechamente relacionada —aunque no exclusivamente, como se verá— con el control de la discrecionalidad administrativa” (*La desviación de poder*, cit., p. 47).

cita exclusión de la desviación de poder en la elaboración de la ley municipal de 1935, por ejemplo, son argumentos decisivos para fundamentar una no elaboración de la misma si partimos, como en líneas generales lo ha hecho nuestro Tribunal Supremo, de un entendimiento de la función judicial reducido a lo meramente aplicativo: la obra realizada se explica así y es congruente con la perspectiva adoptada, siendo precisamente en ésta donde hay que localizar el defecto fundamental”¹⁴.

Es sabido que los redactores del anteproyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa fueron Manuel Ballbé y Jesús González Pérez, por encargo que les realizara Antonio Iturmendi en su condición de Ministro de Justicia del Gobierno español para la época¹⁵. Jesús González Pérez, como corredactor de la Ley, justificaría la inclusión de la desviación de poder en el texto del artículo 83.2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa:

“Ante la timidez con que la jurisprudencia anterior a la LJ acogía la desviación de poder como motivo de anulación del acto administrativo la LJ, al disponer que la sentencia estimaría el “recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriese en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico», creyó oportuno añadir: “incluso la desviación de poder». Para dejar constancia de que este era un motivo real de anulabilidad, que existía en el Ordenamiento jurídico, que un acto que incurriese en tal infracción era anulable. Y el legislador llegó a más. Aun excediéndose de lo que era el ámbito de una Ley procesal, aun consciente de que aquello no era propio de una regulación del proceso

14 “La desviación de poder en el Derecho español”, cit., pp. 134-135.

15 Véase, por ejemplo, el testimonio del propio Jesús González Pérez en “Laureano López Rodó, *in memoriam*”, en *Anales*, N° 77, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2000, p. 697 y en “Segismundo Royo-Villanova (En el centenario de su nacimiento)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, septiembre-diciembre, 2009, p. 318.

administrativo, definió la desviación de poder. El art. 83, ap. 3, dice: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico»”¹⁶.

Como se observa, fue por la preocupación de advertir que la desviación de poder era también un modo de infracción del ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, un “motivo real de anulabilidad”, que Manuel Ballbé y Jesús González Pérez incluyen la expresa referencia a la desviación de poder en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la ausencia de un desarrollo jurisprudencial en España sobre ese vicio, al contrario de lo que había sucedido en Francia.

4. La reiteración de la fórmula en otras Leyes del Derecho español y su reflejo en la Constitución de 1978

A dos años de haberse dictado la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se reiteraría la fórmula, ahora en la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo¹⁷. En su artículo 48 se decía: “son anulables (...) los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. El artículo 115.1 de esa Ley reiteraría: “los recursos de alzada y reposición previo al contencioso podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁸, que derogarí la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, repetiría la fórmula, para señalar en su artí-

16 *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1978, p. 1029.

17 Boletín Oficial del Estado N° 171 de 18 de julio de 1958.

18 Boletín Oficial del Estado N° 285 de 27 de noviembre de 1992.

culo 63.1 que “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”¹⁹.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰, que deroga a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el numeral 2 de su artículo 72, al regular la Sentencia, repetirá la alusión a la desviación de poder:

“2. La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

También la definirá:

“Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

La Constitución de España de 1978 recogería la institución de la desviación de poder, si bien no aludiría expresamente a ella, como en las normas legales reseñadas. Su artículo 106, al regular el ámbito de la jurisdicción conten-

19 Concluiría por ello Carmen Chinchilla Marín que “El legislador de 1992 consideró, pues, oportuno, seguir incluyendo esta alusión específica a la desviación de poder al definir la anulabilidad de los actos administrativos y lo hizo además, al igual que lo hiciera el legislador de 1958 (art. 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), con ese tono de advertencia que se deriva de la expresión “incluso» la desviación de poder. No conocemos, pues no trascendieron al debate parlamentario, cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a seguir destacando la desviación de poder de entre todos los vicios que pueden causar la anulabilidad de los actos administrativos (“cualquier infracción del ordenamiento jurídico»), pero no hay que descartar que en su mente estuviera la intención de insistir en la importancia de este motivo de anulabilidad. Importancia que sin embargo se ve contradicha por el hecho de que la desviación de poder siga estando relegada a la condición de causa de anulabilidad, cuando es obvio que en determinadas manifestaciones puede ser un motivo de nulidad de los más graves que puedan darse” (*La desviación de poder*, cit., p. 40).

20 Boletín Oficial del Estado N° 167 de 14 de julio de 1998.

cioso administrativa, se cuidará igualmente de hacer referencia al elemento fin de la actuación administrativa, cuyo vicio es, precisamente, el de la desviación de poder: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”²¹.

Tal es, en síntesis, la evolución de la inclusión expresa de la desviación de poder, en tanto vicio de la actividad administrativa, específicamente del acto administrativo, en el Derecho positivo de España. La ausencia de desarrollo jurisprudencial de ese vicio dio lugar a que en España, a diferencia de Francia, se hiciera la advertencia en la propia Ley a que el juez contencioso administrativo era competente para conocer de ese vicio del acto administrativo. Preocupación que se tenía en España en 1956 y que, como veremos, curiosamente hoy todavía se manifiesta de modo expreso en el ordenamiento constitucional venezolano vigente.

II. LA FÓRMULA DEL ARTÍCULO 206

DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961:

“INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER”

Y SU REITERACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. La fórmula “incluso por desviación de poder” en la Constitución de 1961

La fórmula sobre la desviación de poder la volveremos a encontrar cinco años después ya no en España, sino en Venezuela, esta vez en el artículo 206 de la Constitución de

21 Téngase en cuenta que el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en su condición de senador de las Cortes Constituyentes, propondría una variación a esa redacción, que la mejoraba en mucho, pero que lamentablemente no prosperaría: “Los Tribunales controlan, sin excepciones, la potestad reglamentaria, así como las actuaciones y omisiones administrativas juzgando de su legalidad y adecuación a sus fines” (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, III, Cortes Generales, 1980, p. 2669).

1961²². Cuando en esa norma se señala la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos generales o individuales contrarios a Derecho, el constituyente precisará: “incluso por desviación de poder”. Señalará en ese sentido Allan R. Brewer-Carías: “En la Constitución vigente de 1961, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico positivo se ha empleado el término ‘desviación de poder’ para indicar un vicio del acto administrativo. Sin embargo, ya había aceptado la jurisprudencia administrativa de la Corte este vicio, tal como se desprende en los fallos anteriormente señalados”²³.

De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 haría referencia expresa a la inclusión de la fórmula, citando la experiencia de otros países:

“Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa podrán anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. La fórmula ‘contrarios a derecho’ es una enunciación general que evita una enumeración que puede ser peligrosa al dejar afuera algunos actos administrativos.

22 Si bien el vicio de desviación de poder ya había sido advertido por la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte Federal de 28 de septiembre de 1954: “Como lo enseña la doctrina, la ley atribuye a la autoridad administrativa el ejercicio de cierta facultad, pero se la atribuye para obtener un fin determinado, si la autoridad administrativa se servía poder que le ha sido conferido para obtener un fin distinto de aquel buscado por la ley, desvía la finalidad de ésta, y por ello se dice que hay ‘desviación de poder’”. La Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 14 de febrero de 1991 advertiría la inclusión de la desviación de poder en la Constitución: “La desviación de poder que, con sentido de modernización del derecho público, incluyera en forma expresa el artículo 206 de la Constitución como vicio capaz de producir su nulidad a través del control del Juez contencioso-administrativo, es la irregularidad que lesionaría el fin del acto administrativo, que de estar afectado por ella dejaría de perseguir los intereses que le han sido asignados al órgano para su tutela para satisfacer intereses de otra índole”.

23 *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 71.

A título simplemente aclaratorio se agregan las palabras ‘incluso por desviación de poder’. En realidad, esto último es innecesario porque el acto producido con desviación de poder es también contrario a derecho, pero parece conveniente ponerlas para evitar las dudas que se han producido en otros países”.

En todo caso, queda claro que la inclusión de la fórmula sobre la desviación de poder en la propia norma constitucional respondía a experiencias del Derecho Comparado.

2. La experiencia del Derecho español como fuente inmediata de la inclusión de la desviación de poder en la Constitución de 1961

La experiencia inmediata a la cual parece responder la inclusión de la desviación de poder en el artículo 206 de la Constitución de 1961, es la derivada del ordenamiento jurídico de España, la cual ingresó a ese ordenamiento según arriba fue explicado. Como se vio, en la medida en la que la jurisprudencia española no había dado especial atención al vicio de desviación de poder, la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa consideró necesario reseñarla en su propio texto, cuando se refería al alcance de la Sentencia en el ámbito de lo contencioso administrativo. Pareciera, pues, que ese cuidado que se quiso tener en la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, también fue sentido al momento de redactarse la norma sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1961. A la similitud entre la norma española y la norma venezolana se referirá en términos generales Antonio Moles Caubet:

“Ahora bien, la clave del sistema contencioso administrativo venezolano, cuyo núcleo se encuentra en el artículo 206 de la Constitución, es una traslación del modelo español, tal como resulta configurada en la Ley Reguladora de la juris-

dicción contencioso administrativa de 27 de Diciembre de 1956”²⁴.

Advertencia que luego será precisada por Daniela Urosa Maggi:

“El contraste de las normas españolas de la época demuestra claramente su influencia no solo en el contenido, sino incluso en la redacción y semántica del artículo 206 de la Constitución de 1961, norma que, debe concluirse, lo que establecía era un catálogo de posibles pretensiones a ser planteadas ante el juez contencioso administrativo, y no,

24 “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho Comparado”, en *Contencioso Administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, p. 21. Y por ello concluye: “En suma, el artículo 206 de la Constitución venezolana contiene en germen todo el sistema del contencioso de actos español, adoptando inclusive su propia terminología” (p. 22). Para Daniela Urosa Maggi “La afirmación de Moles es no sólo enfática, sino además absolutamente irreproachable, si se toma en cuenta la talla jurídica del autor y su condición de co-redactor, precisamente de ese artículo 206 de la Constitución de 1961. De esta manera, su opinión se confunde con el espíritu mismo del legislador, en este caso del constituyente” (“Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, 2009, p. 127). Ya al referirse específicamente a la fórmula sobre la desviación de poder, Carmelo De Grazia Suárez concluiría que “La recién derogada Constitución de 1961 introdujo la noción de ‘desviación de poder’ en el derecho positivo venezolano. La influencia de la doctrina española, que para la época en que se discutió la Constitución se hallaba representada en esta tierra por el Profesor MOLES CAUBET, fue determinante en la redacción del artículo 206 Constitucional, el cual –en términos similares a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de 1956– facultó a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para anular los actos administrativos contrarios a derecho, *‘incluso por desviación de poder’*. En la misma forma, el vicio de desviación de poder aparece reconocido en el artículo 259 de la vigente Constitución” (El vicio de desviación de poder en el Derecho venezolano”, en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Los requisitos y vicios de los actos administrativos*, Funeda, Caracas, 2000. p. 353).

como parte de la doctrina entendió, una dicotomía entre recurso de anulación y recurso de plena jurisdicción”²⁵.

Quien luego recalcará:

“De manera que la influencia del sistema contencioso administrativo español, ha sido evidente y afortunada en el sistema contencioso administrativo venezolano no solo en su origen en 1961, sino incluso en la Constitución de 1999. Precisamente por ello, y en atención a las bondades del modelo ibérico, es necesario tener en cuenta el alcance de ese sistema en el marco de la imperante y urgente aprobación de una Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela”²⁶.

3. La persistencia de la fórmula en la Constitución de 1999

Inmediatamente habrá que decir que la norma sobre la jurisdicción contencioso administrativa de la Constitución de 1999, el artículo 259, mantendrá exactamente la misma fórmula sobre la desviación de poder de la Constitución de 1961 (artículo 206), al hacer referencia a la contrariedad a Derecho de los actos administrativos generales o individuales²⁷. Ello implica que se mantenga la influencia de la Ley de 27 de diciembre

25 “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 129.

26 “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 131.

27 Sobre la redacción del artículo 259 de la Constitución de 1999, véase lo que señalaba el constituyente Allan R. Brewer-Carías a la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del 6 de octubre de 1999, en *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II (9 de septiembre-17 de octubre), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 249-250.

de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁸.

Eso hará que todavía en 2001, cuarenta años luego de redactarse el artículo 206 de la Constitución de 1961, sea pertinente el cuestionamiento que sobre nuestra curiosa fórmula se hace Henrique Meier E.:

“Esa expresa mención de la ‘desviación de poder’ no debe pasar inadvertida. El Constituyente, al ‘formalizar’ la potestad de los tribunales de lo contencioso-administrativo para controlar la legalidad de la actuación de la Administración Pública utiliza un vocablo de carácter genérico: la anulación de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho. Y este vocablo comprende, abarca, las posibles causales de nulidad absoluta o relativa previstas en la propia Constitución y en las leyes. Pero, ¿por qué se refiere de esa manera especial a la desviación de poder?, ¿cuál es el significado de esa expresión ‘incluso por desviación de poder’? ¿Es que acaso la desviación de poder no constituye una ‘contrariedad a derecho’?”

La frase tiene un sentido evidente: ante las posibles dudas relacionadas con las características del vicio del elemento teleológico del acto administrativo: la desviación de poder, y de sus consecuencias jurídicas, el Constituyente ha prevenido a los tribunales de lo contencioso-administrativo para que declaren la nulidad de los actos administrativos afectados por esa irregularidad.

La desviación de poder se convierte así, por mandato del propio Constituyente, en un supuesto especial de ‘contrariedad a derecho’. En tal contexto, no veo cómo el vicio del elemento teleológico del acto administrativo se puede calificar de irregularidad menor, no sustancial, susceptible de afectar la anulabilidad del acto, y no su nulidad absoluta

28 Cfr. Daniela Urosa Maggi, “Origen y evolución del contencioso administrativo en Venezuela ¿Influencia francesa o española? Repercusiones en la situación actual de la justicia administrativa venezolana y en sus perspectivas de cambio”, cit., p. 130.

de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 21 de la LOPA”²⁹.

4. El itinerario desde la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España a la Constitución de 1961 y luego a la Constitución de 1999 de Venezuela, y aún al numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Pero, ¿cómo llega la fórmula sobre la desviación de poder de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España a la Constitución de 1961 y luego a la Constitución de 1999 de Venezuela, y aún al numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Los hechos y sus actores serán narrados por el profesor Tomás Polanco Alcántara:

“Llegamos así a la Constitución de 1961. Afortunadamente, al momento de discutir los temas relativos a la Corte Suprema de Justicia, estaba en Caracas el Dr. Enrique Sayagués Lazo, el eminente jurista uruguayo a quien tantos servicios importantes debe la ciencia de derecho administrativo.

Hubo entonces un cruce de ideas sobre la posibilidad de llevar al texto de la Constitución unas normas relativas al contencioso administrativo. Quienes estábamos interesados en ello logramos que el Congreso aceptara que le fuere presentada una ponencia o proyecto sobre el particular. Nos ocupamos de ello el Dr. Antonio Moles, el Dr. Manuel García Pelayo y yo. Decidimos entonces invitar a Sayagués para oír su opinión y pensamos que una presentación del tema

29 *Teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Alva, S.R.L., Caracas, 2001, pp. 367-368.

por tan eminente profesor daría paso definitivo a la idea hacia el texto constitucional. La reunión fue efectuada en mi casa, en mi biblioteca y, después de una larga conversación, fue redactado el texto de lo que Sayagués proponería a la Comisión del Congreso. La redacción básica fue de Sayagués, con variantes de importancia que aconsejó el Dr. Moles. Alguna que otra coma me correspondió anotar. Personalmente pasé en limpio el proyecto y el día 29 de enero de 1960 la Comisión nos recibió a Sayagués, al Dr. Moles, al Dr. García Pelayo y a mí. Así consta en el acta respectiva. Estaban presentes Raúl Leoni, Rafael Caldera, Arturo Uslar Pietri, Martín Pérez Guevara, Ambrosio Oropeza, Gonzalo Barrios, Orlando Tovar y Jesús Faría.

Recibido por la comisión el proyecto que expuso Sayagués, los doctores Caldera y Pérez Guevara le dieron una nueva redacción, aprobada el día 1 de febrero de 1960.

Hubo un intento por parte de los miembros de la Corte de Casación para dar una distinta orientación a la materia y así fue conocido por la Comisión el 1 de junio de 1960. Una afortunada intervención del Diputado Orlando Tovar, el 2 de junio de 1960, convenció a la Comisión de no aceptar la propuesta de los magistrados de Casación, sino la que habían presentado los doctores Caldera y Pérez Guevara, usando como base la propuesta original de enero de ese año. Finalmente, el 23 de noviembre de 1960, la Comisión aprobó el texto final, que incluyó el cambio de tiempo del verbo en futuro serán, usado en la redacción preparada por los doctores Caldera y Pérez Guevara, por el presente son y el haberse suprimido la referencia a que el pago de dinero fuere por cualquier concepto, pues parecía implícito ese añadido en la simple expresión pago de cantidades de dinero. Tales ajustes fueron recomendados por el Dr. Moles y el Dr. Enrique Pérez Olivares.

Así cobró vida el texto del actual Artículo 206 de la Constitución.

Ya se había comenzado a notar el efecto de la labor constante de las cátedras universitarias de Derecho Constitucional y Administrativo”³⁰.

Esa Acta del 29 de enero de 1960 de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución a la que hace referencia en su relato el profesor Tomás Polanco Alcántara será la N° 122³¹, en la que se registrará lo siguiente:

“En Caracas, a los veintinueve días del mes de Enero de 1960, siendo las 12:15 p.m., se reunieron en sesión conjunta en su salón de sesiones del Congreso Nacional las Comisiones de Reforma Constitucional nombradas por las Cámaras de Senadores y Diputados bajo la Presidencia de los docto-

30 “Origen y Evolución Histórica del Contencioso-Administrativo”, en *Revista de Control Fiscal*, N° 129, 1995, pp. 20-21. En otra ocasión había señalado Tomás Polanco Alcántara, al referirse a Antonio Moles Caubet: “Estuve a su lado en muchos momentos importantísimos de su eximia colaboración a la vida jurídica del país, como cuando, en unión de Manuel García Pelayo, los acompañé a presentar al Congreso el borrador que sirvió de base para varias de las normas constitucionales vigentes sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público y junto con Enrique Sayagués Laso en la redacción del artículo que consagró el contencioso administrativo en la Constitución” (“Palabras de Presentación del Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Dr. Tomás Polanco Alcántara”, en *Acto homenaje a la memoria del Profesor Antonio Moles Caubet*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1990, p. 7. Por su parte, Hildegard Rondón de Sansó, al hacer referencia a la importancia del contencioso administrativo y la atención que le prestaría Antonio Moles Caubet, señalará: “La importancia de su redacción quedó en forma imperecedera plasmada en la redacción y el espíritu de su norma creadora, el artículo 206 de la Constitución. En esa disposición básica de la cual fuera coautor conjuntamente con Sayagués Laso, se condensa su postura fundamental ante las potestades administrativas: la necesidad de someterla a todos los controles necesarios para garantizar no sólo su legitimidad formal, sino el logro de los fines para lo cual fue acordado” (“Discurso de Orden con motivo del Homenaje a la Memoria de Antonio Moles Caubet, pronunciado por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó el 20 de febrero de 1990”, en *Acto homenaje a la memoria del Profesor Antonio Moles Caubet*, cit., p. 22).

31 Véase en *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Tomo I-Volumen I, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1971, pp. 448-449. Agradezco al profesor Rafael Tomás Caldera haberme ayudado a ubicar esta importante referencia.

res Raúl Leoni y Rafael Caldera respectivamente y con asistencia de los Senadores Arturo Uslar Pietri, Martín Pérez Guevara, Ambrosio Oropeza y Jesús Faría y de los Diputados Gonzalo Barrios y Orlando Tovar.

La Comisión recibió al doctor Enrique Sayaguéz Laso, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo, quien vino acompañado de los doctores Antonio Moles Caubet y Tomás Polanco.

La Presidencia concedió la palabra al doctor Sayaguéz quien expresó que el primer intento de contencioso-administrativo debe ser atribuido al Poder Judicial. La jurisdicción contencioso-administrativa debe estar a cargo de jueces especializados. Consideró que la competencia de la Corte en materia contencioso-administrativa debe establecerse de una vez para evitar que el legislador retarde la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa. En una disposición transitoria debe permitirse al Poder Ejecutivo para que distribuya entre los jueces ordinarios la competencia administrativa. Presentó a la consideración de la Comisión los siguientes artículos:

1) La jurisdicción contencioso-administrativa del Poder Judicial comprende todos los juicios en que la Nación, los Estados, las Municipalidades, los Institutos Autónomos y toda otra entidad pública sea parte.

La jurisdicción contencioso-administrativa compete a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales y Juzgados en la forma que determine la ley.

2) Los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa podrán anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero por cualquier concepto y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y a disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto puede concluirse razonablemente que el origen de la fórmula "incluso por desviación de poder" en el artículo 206 de la Constitución de 1961, repetida en el artículo 259 de la Constitución de 1999, y ahora en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela se encuentra en esa previsión que tuvieron Manuel Ballbé y Jesús González Pérez al redactar el anteproyecto de Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España, ante la timidez que en ese país había mantenido la jurisprudencia para observar ese vicio del acto administrativo, según fue explicado por el mismo profesor Jesús González Pérez. Por su parte, en Venezuela, según el relato del profesor Tomás Polanco Alcántara, esa previsión también quiso destacarse al redactarse la norma de la Constitución de 1961, cuyos proponentes de seguro conocerían la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España. Se trata, por ello, de una referencia explícita a uno de los vicios del acto administrativo que permanece en la propia norma de la Constitución de 1999 (artículo 259) que establece el ámbito de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa y en el numeral 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, producto de la perspicacia de unos profesores españoles hace cincuenta y ocho años y de unos profesores venezolanos hace cincuenta y cuatro años.

Septiembre de 2014, en la Universidad Monteávila, cuyo primer rector fue el profesor Enrique Pérez Olivares, en la que se resguardan los libros de la biblioteca del profesor Tomás Polanco Alcántara, en cuya biblioteca de su hogar se redactó el primer borrador de la norma constitucional sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, de la que ellos serían dos de los correddactores.

LA EDUCACIÓN EN VENEZUELA COMO DERECHO DE LIBERTAD Y COMO DERECHO PRESTACIONAL

Carlos Eduardo Herrera M.

*Ex profesor de Derecho Constitucional y Derechos y Garantías
Constitucionales de la Universidad Yacambú*

Resumen: Este trabajo estudia el Derecho a la Educación en Venezuela en su doble dimensión: prestacional y libertad de enseñanza. Se analiza la educación como derecho humano consagrado en los Tratados y Pactos Internacionales, así como en la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica de Educación del 2009. Igualmente se estudia las diversas posiciones doctrinales en cuanto a la educación como servicio público y a la Administración fundamentada en la centralidad del ciudadano.

Palabras clave: Derecho a la educación, Administración, Libertad de Enseñanza, Servicio Público.

Summary: This paper discusses the Right to Education in Venezuela under two aspects: performance based and academic freedom. It examines education as a human right enshrined in international treaties and covenants, as well as the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela and the Education Act 2009. Also, examines the various doctrinal positions regarding education as a public service and the administration based on the centrality of the citizen.

Key words: Right to Education, Administration, Freedom of Education, Public Service.

Recibido: 14 de agosto de 2014 **Aceptado:** 29 de agosto de 2014

SUMARIO

- I. Introducción
- II. El contenido del derecho a la educación
- III. El derecho a la educación en la legislación venezolana
 - 1. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y la Ley Orgánica de Educación de 2009
- IV. La Administración y la actividad educativa en Venezuela
 - 1. Consideraciones generales
 - 2. La educación como servicio público de carácter prestacional
 - 3. Posiciones divergentes en cuanto a la educación como servicio público en Venezuela
 - 4. La educación como una actividad de interés general
- V. A manera de conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda el derecho a la educación ha ocupado un lugar preponderante en la agenda legislativa nacional, ya en la Constitución de 1947 se encuentra establecido en el artículo 53¹. El constituyente venezolano se adelantó 17 meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 que estableció en el artículo 26 “toda persona tiene derecho a la educación”. Declaración Universal adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de las de la Organización de las Naciones Unidas como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el

1 Artículo 53 de la Constitución de 1947: “Se garantiza a todos los habitantes de la República el derecho a la educación. La educación es función esencial del Estado, el cual estará en la obligación de crear y sostener instituciones y servicios suficientes para atender a las necesidades educacionales del país y proporcionar al pueblo venezolano los medios indispensables para la superación de su nivel cultural”. *Las Constituciones de Venezuela*. Universidad Católica del Táchira/Instituto de Estudios de Administración Local/Centro de Estudios Constitucionales. Estudio preliminar A. R. Brewer-Carías. Madrid, 1985, p. 891.

respeto a estos derechos y libertades, y aseguren , por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...”². El contenido de esta Declaración Universal fue desarrollado posteriormente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966.

El tema que se estudiará en la presente monografía trata de cómo el Estado venezolano asume el derecho a la educación desde sus dimensiones prestacional y de libertad de enseñanza dentro de una perspectiva constitucional y legal.

II. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Los derechos humanos son garantías frente a los posibles abusos de los gobiernos. Tomasevski quien fue Relatora Especial para el Derecho a la Educación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU expresó con acierto: “En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la educación obligatoria se combinó con garantías frente a los abusos gubernamentales de la educación. La libertad de los padres a elegir la educación de sus hijos tenía origen en el conocimiento de que el monopolio del Estado niega la libertad humana. La libertad es componente esencial de todo derecho humano”³. La citada autora expresa que el derecho a la educación obliga a los Estados a hacer que la educación sea asequible, accesible, aceptable y adaptable. En relación a la **asequibilidad** engloba dos obligaciones gubernamentales: el derecho a la educación como derecho civil y político requiere que el gobierno permita el establecimiento de instituciones educativas distintas a las públicas, mientras que el derecho a la educación como derecho social económico y cultural requiere que el gobierno asegure

2 *Código de Derecho Constitucional*. Biblioteca de Textos Legales, Editorial TECNOS, Madrid, 5ª edición 2011, p. 84.

3 Tomasevski K. *El asalto a la educación*. Intermón Oxfam, Barcelona, España, 2004, p. 15.

que la educación gratuita y obligatoria sea asequible a todos aquellos en edad escolar. **Accesibilidad**, se define de acuerdo al nivel educativo. Los gobiernos se obligan a asegurar el acceso y gratuidad a la educación a todos aquellos en edad escolar obligatoria, pero no el acceso al secundario o superior (en el caso venezolano la obligatoriedad y gratuidad llega hasta el ciclo diversificado). **Aceptabilidad**, supone la garantía de calidad para la educación, estándares mínimos de salud y seguridad, o requisitos profesionales para los maestros, que deben ser estipulados, dirigidos y controlados por el gobierno. **Adaptabilidad**, exige que las escuelas se adapten a los niños (as), de acuerdo al principio del interés superior del niño incluido en la Convención de los Derechos del Niño. Este cambio revirtió la costumbre de forzar a los niños a que se adapten a cualquier escuela que se les ofrezca⁴.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales va establecer las obligaciones de los Estados Partes en relación al derecho a la educación. En ese sentido el párrafo 1 enuncia el derecho de toda persona a la educación, igualmente contiene los objetivos o fines de la educación: a. Orientación hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad; b. Fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; c. Capacitación de toda persona para participar en una sociedad libre; d. Favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, grupos raciales, étnicos o religiosos; e. Promover las actividades de la ONU en pro del mantenimiento de la paz. El párrafo 2 establece las obligaciones de los Estados Partes para alcanzar el pleno ejercicio de este derecho: a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria, asequible y gratuita; b. La enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sea apropiados y, en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. La enseñanza superior debe hacerse accesible a todos

4 *Ibíd.*, pp. 77-78

sobre la base de la capacidad de cada uno y en particular con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d. Debe fomentarse la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado la instrucción primaria; e. Proseguir el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar sistemas de becas y mejorar las condiciones materiales de los docentes.

El párrafo 3 contempla que los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas cumplan las normas prescritas por el Estado, y de hacer que sus hijos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Finalmente el párrafo 4 establece que nada de lo dispuesto en este artículo debe interpretarse como una restricción de la libertad de los particulares o entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, siempre que se respeten los principios enunciado al comienzo del artículo y que se ajusten a las normas mínimas que prescriba el Estado⁵.

Este amplio contenido del artículo 13 del Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se va a reproducir palabras más palabras menos en los textos constitucionales y en las legislaciones nacionales de la post guerra. Sin embargo debe precisarse que en virtud del principio de progresividad de los derechos humanos el derecho a la educación ha ido incorporando nuevos contenidos, es así como en el Protocolo de San Salvador⁶ (Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales), se incluye al plu-

5 *Código de Derecho Constitucional*. Biblioteca de Textos Legales. Editorial TECNOS. Madrid, 5ª edición 2011. P. 114

6 Venezuela suscribió este Protocolo en enero de 1989, en marzo de 2005 la Asamblea Nacional sancionó este Instrumento. A la fecha el Presidente de la República no lo ha promulgado, por tanto no se ha completado el proceso de ratificación.

ralismo ideológico y la capacitación a todas las personas para vivir en una sociedad libre como fines del derecho a la educación.

Puede afirmarse que el derecho a la educación tiene dos dimensiones una de carácter objetivo o prestacional, que contiene las obligaciones del Estado a prestar un servicio educativo gratuito, asequible y obligatorio a todas las personas en edad escolar y por la otra una dimensión subjetiva o de libertad educativa, que conlleva el respeto del Estado a los padres y representantes de escoger para sus hijos escuelas distintas a las oficiales y la posibilidad de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza. Esta dimensión de la libertad en materia educativa conlleva necesariamente a la existencia de distintas opciones como expresión del pluralismo educativo y constituye un freno a la tentación hegemónica del Estado en una materia tan sensible a las sociedades democráticas.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

1. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y la Ley Orgánica de Educación de 2009

La Constitución de 1999 se considera con razón un texto de contenido garantista, donde la preeminencia de los derechos humanos es uno de los valores fundamentales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 constitucional. Dentro de los fines del Estado se encuentra “la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”. Si a esto se agrega que el “Estado garantizará a toda persona, conforme el principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos...” (Art. 19 CRBV)

y que los tratados, pacto y convenciones sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República...” (Art 23 CRBV), se puede concluir que la vigente Constitución asume los derechos humanos como la “aspiración más elevada del hombre” en la construcción de una sociedad liberada del temor y de la miseria como bien lo proclama el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El derecho a la educación de acuerdo a la vigente Constitución “es un derecho y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática...” (Art. 102 CRBV); el artículo 103 constitucional establece que “toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones”, continúa desarrollando este artículo la dimensión prestacional del derecho a la educación en sus características más resaltantes: la obligatoriedad, la gratuidad, la inversión oficial, la igualdad en cuanto a la atención a personas con necesidades especiales, con discapacidad o privados de libertad. Sin embargo finaliza este artículo con una grave discriminación hacia proyectos y programas educativos de carácter privado, pues solamente serán reconocidos como desgravámenes del impuesto sobre la renta las contribuciones de particulares a proyectos y programas educativos de carácter público a nivel medio y universitario. De esta manera proyectos de largo aliento socio-educativos como Fe y Alegría, como

Fundación La Salle, Asociación Venezolana de Educación Católica y muchos otros quedaron excluidos de tal beneficio.

Las condiciones subjetivas de los docentes, su ingreso, promoción y permanencia dentro del sistema educativo son desarrollados en el artículo 104 constitucional. El artículo 105 se refiere a las profesiones que requieren titulaciones y las condiciones que deben cumplir para ejercerlas. El artículo 106 constitucional enuncia la otra dimensión del derecho a la educación: la libertad de enseñanza. En tal sentido dispone que “Toda persona natural o jurídica previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste.”

La consagración constitucional de la educación como servicio público, se convertirá en Venezuela en la mayor justificación por parte de la Administración para lograr un intervencionismo progresivo en materia educativa.

La Ley Orgánica de Educación⁷ del 15 de agosto de 2009 desarrolla “...los principios y valores rectores, derechos, garantías y deberes en educación, que asume el Estado como función indeclinable y de máximo interés...” (Art 1 L.O.E). Sin embargo la Ley no se queda en la enunciación de los principios y valores rectores en materia educativa, va mucho más allá cuando en el artículo 5 consagra al “Estado docente” como “la expresión rectora del Estado en Educación, en cumplimiento de su función indeclinable y de máximo interés como derecho humano universal y deber social fundamental, inalienable, irrenunciable, y como servicio público que se materializa en las políticas educativas...” Esta concepción del “Estado docente” ha inspirado las políticas públicas educativas en Venezuela desde

7 Ley Orgánica de Educación publicada en la Gaceta Oficial N° 5.929 Extraordinario del 15 de agosto de 2009.

1947 en adelante y sin duda fue una respuesta acertada en un país desarticulado, atrasado y analfabeta. En aquel entonces se requería de acciones que solo el Estado podía asumir para democratizar la educación nacional. Sin embargo el Estado, de acuerdo a la tradición política venezolana, ha visto la educación como un campo reservado casi exclusivamente a su dominio. La Ley Orgánica de Educación de 2009 es sin duda la más clara expresión de esa concepción estatizante y centralista en materia educativa, basta leer el artículo 6 para darse cuenta que el legislador venezolano hizo un esfuerzo para no dejar materia alguna fuera del alcance oficial. Lo que olvidó el legislador venezolano es que esa concepción monopolizadora de la educación es hoy la causa principal de que los venezolanos no tengan “una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones” tal como lo expresa el artículo 103 constitucional.

Puede afirmarse que la legislación educativa de comienzos del siglo XXI se fundamenta sobre dos conceptos: “El Estado docente” y el “servicio público”, ambos se conjugan para privilegiar la dimensión prestacional u objetiva del derecho a la educación, en claro detrimento de la dimensión de la libertad educativa. Muestra de esta afirmación es el fracaso del proyecto de Ley Orgánica de Educación del año 2001. Dicho proyecto resultó aprobado en la Asamblea Nacional por consenso en la primera discusión en agosto de 2001. En mayo de 2005 el sector oficial presentó un nuevo proyecto donde se sustituyó casi en su totalidad los contenidos “del laboriosamente trabajado proyecto común aprobado, por las nuevas definiciones que interesaban al gobierno, de las cuales, aunque algunas nos pudiesen parecer aceptables, otras son francamente inconvenientes o perversas”⁸.

8 Carvajal, L., y Pantin, M. J., *La Educación en riesgo 1999-2006*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello / Asociación Civil Asamblea de Educación, 2007, p. 25.

IV. LA ADMINISTRACIÓN Y LA ACTIVIDAD EDUCATIVA EN VENEZUELA

1. Consideraciones generales

El artículo 3 de la Constitución de 1999 establece los fines esenciales del Estado venezolano y entre ello menciona la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Para alcanzar estos fines el Estado desarrollará diversas funciones jurídicas: legislativa, administrativa, judicial y agrega el maestro Sayagués Laso la función constituyente por considerarla desde el punto de vista de formal como la actividad de creación de la norma constitucional y desde el punto de vista material por formular las normas de creación y organización de la entidades estatales.

En tal sentido el Estado para desarrollar la función administrativa entendida como “la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos –que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición– y operaciones materiales”⁹. Va a requerir de la Administración. Con razón afirma Baena del Alcázar, citado por José Ignacio Hernández, que la Administración constituye una concreción del Estado “ya que de por si el Estado carece de realidad en la vida práctica a no ser como idea superior y abstracta”^{10 11}.

9 Sayagués-Laso, E. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Montevideo, 1974. 4ª edición., p.46

10 Hernández, José I. *Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 2011., p. 32

11 Hernández explica la íntima relación entre Estado, Administración y Derecho Administrativo de la siguiente manera: “La Administración presupone al Estado y éste, por ende, es el verdadero presupuesto del Derecho Administrativo. Reduciendo más el concepto, el presupuesto de ese Derecho Administrativo sería, como vimos, el advenimiento del Estado Liberal de Derecho, luego transformado en Estado social y Democrático de Derecho. Por último, precisando todavía más los conceptos, el Dere-

En consecuencia si la Administración es la concreción del Estado, resulta imperativo conocer qué tipo de Estado consagra la Constitución de 1999. El artículo 2 indica que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. De allí que tales características deben reflejarse nítidamente en la Administración venezolana, siendo esto una clara muestra de la Constitucionalización del Derecho Administrativo. Gordillo citado por Araujo-Juárez señala las razones de este proceso: “La Constitución contiene disposiciones que afectan directamente a la posición constitucional de la Administración Pública, los límites de su actividad y la configuración positiva de la misma y, en fin, a su control; y por cuanto el Derecho Administrativo tendrá una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes, según sea el sistema constitucional imperante, y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido el modelo de Estado”¹².

El principio de legalidad constituye uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y del Derecho Administrativo y es un excelente ejemplo del proceso arriba mencionado, con razón ha expresado el maestro García de Enterría que “Del cruce de esos dos principios, legalidad de la Administración y posición del ciudadano como sujeto de derecho y de libertades, surgirá el Derecho Administrativo”¹³. La Constitución de 1999 avanzó notablemente en el tratamiento del principio de legalidad. Así el artículo 7 al consagrar la suprallegalidad constitucional expresa que “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”. Más adelante en el artículo 137 establece que “La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. Y

cho Administrativo supondría la existencia de un régimen exorbitante al cual se somete la Administración, bajo el control de tribunales especiales”
Ibíd., p. 33.

12 Araujo-Juárez, J. *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*. Caracas: Ediciones Paredes. 2009., p. 32

13 García de Enterría, E. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. Madrid: Editorial Civitas, S.A. 1992. 2ª Ed. P. 45

por si esto fuera poco el artículo 141 va a consagrar que **“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas** y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, **con sometimiento pleno a la ley y al derecho”** (Negrilla agregada).

La Administración además de estar sujeta a este principio de legalidad que la obliga a operar dentro de un marco normativo para evitar que su actuación vicarial pueda lesionar o afectar derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos, también está al servicio de los ciudadanos. Aspecto que ha sido estudiado por el profesor José Ignacio Hernández quien coloca al ciudadano en el centro de la Administración. Afirma que esta visión supera la tesis liberal del Derecho Administrativo que se dirige fundamentalmente a la protección de la libertad de los ciudadanos. Expresa que la Administración aparte de proteger “el ejercicio efectivo de la libertad” tiene además una “función de transformación social que la Administración debe llevar a cabo mediante prestaciones orientadas a garantizar el *mínimo vital*, asegurando la existencia de condiciones mínimas de igualdad de oportunidades, todo lo cual, como puede entreverse, es resultado de la directa aplicación de la cláusula del Estado social de Derecho”¹⁴.

Esta visión de la Administración centrada en el servicio de los ciudadanos permite abordar, desde una óptica actualizada, el tema del servicio público en materia educativa.

2. La educación como servicio público de carácter prestacional

Como se afirmó al comienzo de esta monografía el tema educativo ha estado siempre presente en la agenda legislativa.

14 Hernández. Op. Cit., p. 50.

La concepción del “Estado docente” y del “servicio público educativo” ha orientado la política pública en tan importante materia desde mediados del siglo pasado. La doctrina venezolana mayoritariamente ha considerado a la educación como un servicio público¹⁵, entendido como una actividad de titularidad pública, gestionada por el Estado o por particulares bajo la “estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste” (Art. 106 CRBV).

Lares Martínez ubica a la educación como un servicio público de origen constitucional, Brewer-Carías sitúa a la educación como un servicio público constitucional vinculado a los fines del Estado, Araujo-Juárez por su parte señala que junto a las acciones regulatorias y de fomento, aparece la acción de prestación o de garantía prestacional, en tal sentido afirma “El Estado deja de ser un Estado abstencionista, y las exigencias políticas e ideológicas no se contentan con ese liberalismo a ultranza, sino que requieren del Estado la intervención por la vía del suministro o la prestación de bienes y servicios hacia la colectividad, bien directamente, bien por delegación”¹⁶. La educación sería uno de esos servicios dirigidos a la colectividad. Sayagués Laso por su parte ubica a la educación dentro de los servicios sociales “lo cual justifica considerarlos como una categoría especial y permite distinguirlos de los servicios públicos, a pesar de tener con éstos algunos elementos comunes”¹⁷. Hernández-Mendible expresa que en algunos casos el Estado asume el control de actividades y servicios sin cons-

15 Lares Martínez en relación a los diferentes sentidos de la expresión “servicios públicos” ha expresado: “Conviene recordar que la expresión ‘servicios públicos’ es empleada tanto en sentido material como en sentido orgánico. Se denomina servicio público en sentido material, toda actividad asumida por una entidad pública territorial con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad de interés general. En sentido orgánico o formal, el servicio público es el aparato administrativo u organismo estatal encargado de realizar o controlar actividades de la naturaleza expresada.” Op. Cit, p. 227.

16 Araujo-Juárez, J. *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Caracas: Vadell hermanos Editores. 2003., p. 34

17 Sayagués Laso. Op. Cit., p. 78

tituir formalmente un monopolio público, dejando abierta la posibilidad de la participación privada bajo el control y supervisión del Estado. En tal sentido afirma: “En fin, se trata de una actividad de titularidad pública (se refiere a la educación), que conforme a las políticas públicas diseñadas sobre la misma pueden ser gestionadas de manera pública o de manera privada, pero bajo la supervisión, control y dirección del Estado”¹⁸.

Esta concepción de la educación como servicio público ha sido igualmente recogida por la jurisprudencia nacional, en tal sentido numerosas decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala Político Administrativa han fundamentado sus fallos en este concepto: *“Así pues, en el propio texto constitucional que consagra la educación como ‘servicio público’, el cual dado el interés general que reviste, corresponde al Estado, en ejercicio de tal función docente, regular todo lo relativo a su cumplimiento, garantizando el derecho que tiene toda persona a una educación integral, de calidad, permanente `sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones` (art. 103)”* Extracto de la decisión de la Sala Constitucional N° 299 del 06.03.2001, Expediente 00-1672¹⁹.

El Tribunal Supremo de Justicia lejos de profundizar en el contenido del derecho a la educación en su doble dimensión prestacional y de libertad de enseñanza, ha preferido enfatizar en el concepto de servicio público para justificar la regulación y la intervención muchas veces abusiva de la Administración. Le corresponde a la Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución, cumplir una tarea inaplazable

18 Hernández-Mendible, V. *La Nacionalización de los Servicios Públicos en Venezuela*. www.juridicos.unam.mx

19 A tales efectos puede revisarse la Decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 02503 del 06.11.2001; Decisión de la Sala Político Administrativa del T.S.J. N° 01405 del 07.08.2007, Decisión de la Sala Político Administrativa del T.S.J. N° 829 del 10.08.2010; Decisión de la Sala Político Administrativa del T.S.J. N° 316 del 04.03.2009; Decisión de la Sala Político Administrativa del T.S.J. N° 01425 del 08.10.2009.

cual es precisar el contenido esencial²⁰. del derecho a la educación en Venezuela de acuerdo a los tratados, convenios y pactos internacionales que rigen la materia. En este sentido debe mencionarse el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional Español en la fijación del orden constitucional educativo o “Constitución educativa”, doctrina que responde a una visión democrática y plural de la educación en ese país²¹.

3. Posiciones divergentes en cuanto a la educación como servicio público en Venezuela

Si bien la mayoría de los administrativistas venezolanos comparten la tesis de la educación como servicio público, esta posición no es unánime. El profesor Linares Benzo ha sostenido la tesis que la Constitución de 1999 regula la educación en forma similar a la Constitución de 1961 al permitir la concurrencia entre el sector público y el privado. Sin embargo señala que el hecho de darle jerarquía constitucional a los tratados, pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos hace que el sistema educativo deba interpretarse “bajo una luz: la posición preferente de los padres y madres en la escogencia de la educación de sus hijos”. Además precisa que la Constitución en el artículo 102 incorpora a las familias y a la sociedad en el proceso educativo.

Plantea el autor que solo podrá cumplirse plenamente el derecho a la educación “si se permite la convivencia de varios modelos educativos” y esto será posible con la participación de los particulares en la educación. “Si el modelo educativo

20 Puede consultarse Decisión de la CSJ/SPA del 19.06.97, caso *Tiuna Tours C.A.*

21 Puede consultarse la Sentencia 5/1981 del Tribunal Constitucional Español al resolver el recurso de unos senadores contra la LOECE de 1980; igualmente puede consultarse la Sentencia 77/1985 del mismo Tribunal que anuló el artículo 222 y la disposición transitoria concordante de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE) y que vino a consolidar los límites administrativos normativos en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

público es el único existente y además es uniforme, es imposible “escoger”, seleccionar entre varias posibilidades.”

Al referirse a la calificación de la educación como servicio público expresa: “Si se entiende por servicio público toda actividad de interés general cuya gestión corresponde exclusivamente al Estado y sólo con concesión de éste a los particulares, parece evidente que una configuración técnica tal para la prestación de servicios educativos es contraria a los principios constitucionales que gobiernan la educación”.

Seguidamente afirma: “En efecto, entender que la educación es un servicio público no sólo en el caso en que sea impartida por el Estado –supuesto que no sería problemático– sino también cuando es ejercida por los particulares, significaría que impartir educación es una actividad reservada al Estado, la cual sólo podrían ejercer los particulares previa autorización o concesión estatal, de acuerdo con las técnicas al uso en ese tipo de limitaciones a los derechos particulares. Así, en principio sólo el Estado podría educar; para que a ello puedan acceder los particulares sería necesaria una concesión o, al menos, una autorización estatal”²².

El autor señala que esta tesis es abiertamente inconstitucional, pues la Constitución concede paridad de ámbito al derecho a acceder a la educación y a la libertad de educar y por otra parte someter el derecho a la educación a los “rígidos módulos” del servicio público es contrario al mismo derecho. Igualmente afirma que es inconstitucional entender “que el derecho a educar está reservado al Estado, y que por tanto solo mediante concesión puedan ejercerlo los particulares. Esa interpretación reconduciría de nuevo la educación al concepto

22 Linares Benzo, G. “Bases Constitucionales de la Educación”. *Derecho y Sociedad*. N° 2. Caracas: Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila. 2001, p. 226.

de servicio público en el sentido de exclusividad estatal de su prestación, salvo concesión o autorización”²³.

El profesor Linares Benzo parte de una concepción de la educación como derecho humano y en tal sentido de acuerdo al artículo 19 constitucional “su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las con las leyes que los desarrollen”. Colocar el acento sobre la dimensión prestacional o de servicio público es olvidar que el derecho a la educación tiene dos dimensiones claramente establecidas en el Derecho Internacional de Derechos Humanos y en la misma Constitución de 1999. De allí que no puede olvidarse que en la Declaración Universal de los Derecho Humanos “la educación obligatoria se combinó con garantías frente a los abusos gubernamentales de la educación.” Como lo afirmó Tomasevski ex Relatora Especial para el Derecho a la Educación de la Comisión de DDHH de la ONU²⁴.

4. La educación como una actividad de interés general

Los profesores Anzola Spadaro y Herrera Orellana al estudiar el tema de la educación privada en Venezuela y su garantía constitucional afirman que “las regulaciones legales y sub-legales aplicadas en Venezuela desde la década de los años 80 del siglo XX, no han estado en sintonía con esas ideas y fines (se refieren a la educación como un factor de progreso). El motivo central de esa suerte de divorcio entre ideas, fines y regulaciones, es que, por nuestra permanente tendencia al paternalismo y al populismo, se partió de una errada comprensión del rol del Estado y de sus potestades en lo que respecta a la actividad privada de prestación de servicios educativos”²⁵.

23 Ibid., p. 227.

24 Op. Cit., p. 15.

25 Anzola, K y Herrera, L. “La Educación Privada en Venezuela y su Garantía Constitucional: Críticas al Tratamiento de la Educación como servicio

Si bien reconocen el papel que las Constituciones han asignado al Estado en materia educativa, “no es menos cierta que la prestación de los servicios de educación (nos referimos a la básica y diversificada, excluimos la universitaria) en el país, ni antes ni ahora, han sido una actividad reservada al Estado. Por el contrario la regla ha sido que ese servicio también lo presten... los particulares con interés en ello, en tanto acrediten cumplir con las condiciones de calidad, capacidad, infraestructura y valores necesarios para ello...”²⁶.

De acuerdo a esta tesis la educación califica como una actividad privada de interés general²⁷, “entendida ésta como parte de aquellas actividades (sociales, económicas, etc.) que no están reservadas al Estado ni por la Constitución ni por una Ley Orgánica, en las que existe libre iniciativa de los particulares...”. En tal sentido por ser una actividad relevante de la sociedad, se explica que el Estado deba regular y supervisar para asegurar la calidad de la educación impartida, y apuntan acerbamente que “...se debe evitar que el contenido de las regulaciones y los efectos de la supervisión lesionen o vulneren los atributos esenciales de los derechos de quienes prestan el servicio, como la libre asociación, la libertad de pensamiento, al trabajo, a la libertad económica, la propiedad y, en especial, a educar en libertad”.

público reservado en las regulaciones legales y administrativas”. *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Caracas: Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. 2010., pp. 148-149.

26 Ibid., p. 149

27 El término “servicio de interés general” es un aporte del Derecho Comunitario Europeo, que se emplea para referirse a los servicios sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidas a obligaciones específicas de servicio público. Este concepto coincide con la noción tradicional de servicio público en su elemento material (prestaciones) y finalístico (interés general), pero sin coincidir en la característica subjetiva del servicio público, ya que la titularidad de la actividad no está reservada al Estado.

Al referirse a la calificación como servicio público de la educación afirman: “Más con la calificación “servicio público» a la actividad de prestación de servicios educativos en general, tanto la prestada por el Estado como por los particulares, se adoptó un enfoque según el cual las potestades que se atribuiría al Estado, y más en concreto, a la Administración Pública Nacional, serían las mismas que éste tiene y ejerce frente a servicios y actividades de servicio público, esto es frente a actividades reservadas mediante publicatio al Estado, que éste presta en forma exclusiva y excluyente y que los particulares sólo pueden realizar mediante concesión...”

Anzola y Herrera afirman “que ni la “función esencial del Estado” ni tampoco la de “servicio público prestado por el Estado”, implica una reserva al Estado de la prestación del servicio educativo. Sin embargo, esas calificaciones las ha interpretado el legislador nacional, la doctrina jurídica nacional y la jurisprudencia contencioso-administrativa, como si en efecto hubiese operado esa reserva de la actividad a favor del Estado...”

Bien puede observarse en este estudio la preocupación de los autores por un acelerado intervencionismo de la Administración en la educación venezolana que afecta sensiblemente el derecho a la educación en su dimensión de libertad (componente esencial de todo derecho humano).

El trabajo en cuestión fue realizado, como lo afirman los autores, antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Educación del 2009, a partir de entonces la intervención oficial se ha intensificado con la declaratoria del “Estado docente” como expresión rectora del Estado en materia educativa (Art 5 L.O.E).

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

La educación es un derecho humano, que por su riqueza de contenido y sus alcances individuales y sociales no puede encasillarse dentro de una clasificación rígida²⁸, de allí que sea un derecho civil, político, económico, social y cultural. Como derecho humano la educación tiene dos dimensiones claramente diferenciadas que deben equilibrarse para lograr su plenitud y observancia: una dimensión objetiva o prestacional, tarea fundamentalmente en manos de la Administración, para brindar a todos una educación obligatoria, gratuita y accesible y una dimensión subjetiva o de libertad educativa, que conlleva por una parte la escogencia de los padres y representantes de una educación distinta a la ofrecida por las autoridades públicas, donde sus hijos puedan recibir la educación religiosa o moral de acuerdo a sus convicciones y por otra parte la posibilidad de que los particulares puedan crear y dirigir instituciones de enseñanza. No debe olvidarse “que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos e hijas, y su consiguiente responsabilidad, protege el pluralismo en la educación y previene el monopolio estatal en el sistema educativo”²⁹.

La Constitución venezolana de 1999 consagra a la educación como un derecho humano y un deber social fundamental, de carácter democrático, gratuito y obligatorio. Establece que toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, voca-

28 Casal al referirse a la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales afirma: “Esta distinción es apropiada si se le asume de manera flexible, como expresión de una tendencia o rasgo preponderante. Pero es inexacta si es concebida rígida o dogmáticamente, pues son múltiples las facetas prestacionales de los derechos civiles y políticos y existen, por otro lado, dentro de los derechos sociales algunos que por su estructura se corresponden con los derechos de libertad” Casal, J.M. *Los Derechos Humanos y su protección*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello 2ª Ed., p. 239

29 Tomasevski., Op. Cit., p. 82

ción y aspiraciones. Igualmente consagra el derecho de toda persona natural o jurídica de fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y supervisión del Estado. La consagración de la educación como derecho humano tiene importantes consecuencias jurídicas, pues no debe olvidarse que uno de los valores superiores del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia es la preeminencia de los derechos humanos y que uno de los fines del Estado es la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, amén de que el Estado garantizará a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, así como que los tratados, pactos y convenciones, suscritos y ratificados por el país, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que contengan normas más favorables a las establecidas en el derecho nacional. Todo lo anterior debería ser el norte de la actuación de la Administración, de la legislación y de la jurisprudencia en materia educativa. Bastaría estudiar el contenido esencial del derecho a la educación para adecuar la actividad administrativa en sus función prestacional y de supervisión y control; bastaría estudiar el contenido del derecho a la educación para crear una legislación moderna, respetuosa de la iniciativa privada en materia educativa; bastaría estudiar el derecho a la educación para que la justicia administrativa fuera fiel garante de la legalidad y de los derechos subjetivos e intereses legítimos cuando sean violentados por actuaciones de la Administración.

En materia educativa una Administración centrada en el servicio de los ciudadanos, conlleva importantes consecuencias. Por una parte el cumplimiento de sus responsabilidades prestacionales como exigencia del Estado social, lo que debe reflejarse en una educación integral, de calidad, permanente y en igualdad de condiciones y oportunidades y por la otra en el respeto a la libertad de enseñanza, entendida como el

pluralismo de opciones educativas que deben surgir en una sociedad democrática¹.

Seguir colocando al “servicio público”, en su concepción decimonónica, como justificación para intervenir la educación como una actividad reservada al Estado atenta no solo contra un derecho humano, sino que violenta la propia Constitución de 1999.

El “Estado docente” como concepción educativa jugó un papel importante en una Venezuela pobre y desarticulada, permitió la democratización de la educación y llevarla a los más apartados regiones del país. Sin embargo en mundo de hoy, en la denominada “sociedad del conocimiento” esta concepción se ha convertido en la rémora más importante de la calidad de la educación venezolana. Lastimosamente la Ley Orgánica de Educación del año 2009 lejos de proponer nuevas derroteros en materia educativa la consagró en el artículo 5 como la expresión rectora del Estado en educación.

Una Administración centrada en la persona o utilizando la expresión del artículo 141 constitucional “al servicio de los ciudadanos o ciudadanas” permitirá entender que la función prestacional no debe conllevar a la arbitrariedad y a la ilegalidad si ésta es desarrollada dentro de los principios del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Finalmente una Administración centrada en la persona entenderá mejor el principio de subsidiaridad en materia educativa, entendida como la actitud de ayuda (*subsidium*) del Estado a iniciativas particulares en materia educativa. Este

1 Bien lo expresa J.I. Hernández: “La Administración, en fin, se vincula a todos los derechos fundamentales, tanto los llamados derechos de libertad como los denominados derechos prestacionales. El Derecho Administrativo debe dejar de centrarse en la potestad –y su incidencia en la libertad– para ampliar su espectro y encargarse del ciudadano, y de la atención de todos sus derechos fundamentales.” Op. Cit., p.204

principio conllevaría a un Estado democrático a brindar por una parte ayuda económica, institucional, legal a proyectos provenientes de la sociedad civil y por la otra obligaría al Estado a abstenerse de restringir el espacio institucional de las mismas.

Un Estado democrático y social como el venezolano debe reivindicar el principio de subsidiaridad como elemento esencial del derecho a la educación.

Nota: mi profundo agradecimiento a los promotores de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) por la invitación a participar en el número inaugural, deseándoles mucho éxito en tan importante iniciativa académica.

ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

Resumen: A partir de dos sentencias recientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el autor reflexiona sobre las implicaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada.

Palabras clave: Libertad de conciencia, religión, sociedad globalizada.

Summary: From Two recent judgments of the European Court of human rights, the author reflects on the implications of freedom of conscience in a globalized society.

Key words: Freedom of conscience, religion, globalized society.

Recibido: 15 de agosto de 2014 Aceptado: 16 de agosto de 2014

SUMARIO

- I. Introducción: un mundo de influencias recíprocas en el que aún no ha arraigado la tolerancia
- II. El uso de sustancias estupefacientes en los actos de culto (Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Alida Maria FRÄNKLIN-BEENTJES y CEFLU-LUZ DA FLORESTA c. Holanda”, 6 de mayo de 2014)
- III. Persecución por el cambio de religión, denegación de asilo y riesgo de malos tratos (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “N.K. c. Francia”, 19 de marzo de 2014)

I. INTRODUCCIÓN:

UN MUNDO DE INFLUENCIAS RECÍPROCAS EN EL QUE AÚN NO HA ARRAIGADO LA TOLERANCIA

Interesados por el rico tema de las creencias, en este mundo que se ha ido quedando pequeño, en el que las informaciones circulan a la velocidad del rayo y en el que las influencias e interferencias son sensibles por doquier, sigue sorprendiendo la prepotencia, intransigencia e, incluso, crueldad, con que algunas religiones afirman su imperio o pretenden, más aún, entrometerse en la vida de las personas, llegando en no pocos casos a marcar las pautas en el funcionamiento de los Estados¹. Sin margen para la elección de los ciudadanos, sancionando severamente el abandono de la religión “oficial”, cuando no con comportamientos cruelísimos que pueden llegar hasta la eliminación de quienes comparten otras creencias. Sin que se trate de supuestos aislados o coyunturales, sino reiterados y repetidos con cadencia diabólica. En un mundo que quiere avanzar hacia la convivencia y la tolerancia, aterra, en cambio, lo que sucede en no pocos países del ancho mundo. Y eso, a pesar de que ese encomiable modelo de vocación general, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), que hicieron las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, propusiera con fórmula inequívoca en su artículo 18 que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Precepto que es una auténtica joya en la historia de la humanidad y en la evolución del mundo de las creencias, con el más amplio respeto para las diversas religiones, unas y

1 Me remito a mi reciente trabajo, *Cuius regio, eius religio*, en los “Estudios en Homenaje al profesor Guillermo Fatás”, Zaragoza, 2014.

otras, la consagración de la rica variedad de manifestaciones de los creyentes –culto, enseñanza, individual, colectivamente, en privado, en público, etc.–, que asume con normalidad el cambio de religión –algo que ha jugado un importante papel en la historia–, y que se hunde en el tan heterogéneo universo de las creencias, con tantas y tantas alternativas, del que forma parte, sin duda, la opción de no decantarse por religión alguna. Insisto que se trata de un paso valiosísimo en la historia de la humanidad, que tantos esfuerzos ha costado alcanzar². Que ha tenido luego enorme influencia: luce así en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos” o, simplemente, CEDH), artículo 9, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10, o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, artículo 12, así como, en desarrollo de la propia DUDH, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), y que se ha proyectado por doquier en el constitucionalismo contemporáneo. Pero que, a pesar de todo, en su aplicación no ha alcanzado a todos los

2 Me gusta recordar cuando puedo el que considero párrafo paradigmático del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa: “Tal y como lo protege el artículo 9 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de cualquier sociedad democrática, en el sentido del Convenio. En su dimensión religiosa figura entre los más esenciales elementos de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es connatural al pluralismo, tan trabajosamente conquistado a través de los siglos, consustancial a dicha sociedad”. Está incluido en la primera de las sentencias que dedicó el Tribunal a la libertad religiosa, el asunto “Kokkinakis c. Grecia”, 25 de mayo de 1993, p. 31, y luego se repite con normalidad en los nuevos casos.

3 Muy interesante precepto, que además de reproducir el texto de la Declaración Universal, lo completa con afirmaciones tan relevantes como ésta del apartado 2, “Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”.

confines, con excepciones notables, tanto en territorios sometidos a situaciones de facto, pero también, lo que es más grave y sorprendente, en Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, señaladamente en algunos países de Asia y África.

La observación de tantos horrores, nos hace valorar la tan positiva situación de convivencia vigente hoy en Europa y en América, lo que hace recordar la postura pionera de los Estados Unidos, tan receptivos, como lo evidencia la muestra señera de la recepción de los puritanos que huían de la intransigencia de Inglaterra, lo que me lleva a evocar el episodio del Mayflower, así como la cálida y contundente proclamación de la primera gran declaración de derechos de la era moderna –la del Buen Pueblo de Virginia de 1776⁴–, así como la valiosa fórmula de la primera enmienda a su Constitución⁵ (enmienda aprobada el 25 de septiembre de 1789 y entrada en vigor el 15 de diciembre de 1791). Situación europea que me lleva a recordar el rótulo con el que abordaba el problema hace unos años cuando, al sintetizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el campo de la libertad religiosa, y al observar cómo se había evolucionado desde una situación de enfrentamiento y de lucha –similar a la que hoy se contempla en algunas partes del mundo–, me atrevía a titular un libro, “De guerras de religión a meras cuestiones administrativas”⁶. Es que hoy, en efecto, las diferencias y enfrenta-

4 Recuérdese la fórmula del artículo de cierre, el XVI, “Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo”.

5 A cuyo tenor, “El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas”.

6 En el que se recoge la que fue lección de inauguración de curso en la Universidad Complutense de Madrid, pronunciada el día 29 de septiembre de 2006. Una segunda edición apareció en los “cuadernos” de Editorial Civi-

mientos, se han convertido en litigios de guante blanco que resuelve un Tribunal.

En efecto, en la jurisprudencia del TEDH siguen abundando con cadencia intermitente los casos en que se debate acerca de problemas referentes a la libertad religiosa, desde las más diversas perspectivas, corriente a la que vengo dedicando especial atención desde hace años⁷. De ese rico venero, he elegido para las actuales reflexiones dos supuestos recientes en los que se trasluce la presencia de las influencias que pasan por encima de las fronteras y de esa interacción de bien diferentes culturas, alejadas y distantes, supuestos que selecciono convencionalmente y sin afán de sistemática, aunque con esa nota común y con el dato de ser actuales y contemporáneos, pues sólo pocas semanas separa uno de otro. En un caso se tratará del debate pacífico acerca de la corrección de un “acto” de culto, inspirado por prácticas de lejanas tierras, con sus costumbres y hábitos tan diferentes a los europeos, mientras que en el otro aparecerá esa vertiente patética a que me refería antes, de quien sufre la intransigencia de soluciones excluyentes practicadas con normalidad en un Estado alejado de nuestras fronteras y nuestras costumbres. Ambos casos, por supuesto, condujeron a un enjuiciamiento del TEDH y dieron lugar a la correspondiente decisión, bien interesante cada una de ellas y de gran valor, a pesar de su sencillez. De ahí mi afán por resaltarlas.

tas, Madrid, 2007. El título completo de la obra era el siguiente: “La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa”.

- 7 Además del libro citado en la nota anterior, y por prescindir de numerosos comentarios más sucintos, recordaré mi reciente libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, Editorial Reus, Madrid, 2011. Una reciente aportación en la doctrina española, en David MOYA, “El desarrollo de la libertad religiosa por el Tribunal Europeo y su recepción en España: cuestiones abiertas y evolución reciente”, en el volumen colectivo coordinado por Argelia QUERALT, *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Editorial Aranzadi, 2013, pp. 163-194.

II. EL USO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES
EN LOS ACTOS DE CULTO (DECISIÓN DEL TEDH “ALIDA
MARIA FRÄNKLIN-BEENTJES Y CEFLU-LUZ DA FLORESTA
C. HOLANDA, 6 DE MAYO DE 2014)

En el supuesto estudiado –debo adelantar que se trata de una decisión de inadmisión–, la segunda recurrente es una asociación religiosa con personalidad legal según el derecho holandés, siendo la primera una ciudadana de ese país con responsabilidad en la citada asociación. Para exponer las circunstancias del caso me atenderé lo más posible a las palabras que expresa el Tribunal Europeo en su decisión, especialmente los apartados 3 y siguientes.

La asociación recurrente se considera afiliada al “Centro Eclético de Fluente Luz Universal Raimundo Ireneu Serra” (“CEFLURIS”), radicado en Brasil. Tal y como se expresa en sus estatutos, el fin de la asociación consiste en tratar de “estudiar y practicar las enseñanzas del «Santo Daime» y provocar con sus actuaciones y rituales la chispa divina con vistas a su integración en lo divino”. Las doctrinas de la organización estarían basadas en las revelaciones de la Virgen María al fundador de la religión, Raimundo Ireneu Serra (1892–1971), al que sus seguidores denominan “el Maestro”. “CEFLURIS” sería fundado tras su muerte por Sebastián Mota de Melo (1920–1990), llamado “el Padrino” (p. 4). Me parece oportuno transcribir literalmente el párrafo siguiente, el 5: “Una parte esencial de los ritos de la asociación recurrente consiste en beber durante los servicios un particular brebaje alucinógeno, que se considera producido de acuerdo con los rituales religiosos prescritos. Sus ingredientes están tomados de plantas y vinos exclusivos de la región del Amazonas. La asociación recurrente lo describe como el “Santo Sacramento», que los creyentes denominan el “Santo Daime» (del portugués *dai me*, es decir, “dame»). Aunque en otros círculos es denominado como “ayahuasca» (voz de origen quechua, equivalente a “espíritu del vino»”.

Las plantas usadas para fabricar el ayahuasca, y por tanto la propia bebida, contienen, entre otras cosas, dimetiltripramine⁸, en abreviatura, “DMT” (p. 6). La sustancia puede causar alucinaciones, y cuando se consume en la forma del ayahuasca puede producir reacciones gastrointestinales, como náuseas y vómitos, aunque cabe la posibilidad de síntomas más graves de aguda toxicidad, como hipertensión, aumento de temperatura, aceleración del pulso, etc. (p. 7).

El problema se planteó cuando a consecuencia de una investigación en el domicilio de la recurrente la policía encontró y confiscó diez bidones conteniendo cada uno de ellos doce litros de un líquido desconocido –sería el ayahuasca–, que tras un análisis en el Laboratorio Forense, resultó contener DMT, una de las sustancias incluidas en el anexo a la Ley del Opio, y como tal, prohibida (p. 8).

Alida María sería condenada por el Tribunal Regional de Alkmaar como autora de un delito contemplado en la Ley del Opio. Apeló la sentencia, y el Tribunal de Apelación sólo resolvió cinco años después, lo que hizo que debido a la tardanza más allá de lo razonable, se considerara sobreesido el procedimiento penal.

Entonces, la recurrente se dirigió al Tribunal de Apelación de Ámsterdam solicitando la devolución de los diez bidones que le habían sido requisados. Alegaba ser miembro de la “Iglesia del Santo Daime”, en la cual el ayahuasca es el sacramento más importante, y que la confiscación violaba sus derechos según el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que la intromisión sufrida no era necesaria en una sociedad democrática. Entre sus argumentos señalaba que según informes de expertos científicos, la injerencia del ayahuasca no implicaba riesgos para la salud (p. 12). El Tribunal de Ape-

8 La versión inglesa de la decisión se refiere, en concreto, a “N,N-Dimethyl-tryptamine, descrito químicamente también como 3-[2-(dimethylamino)ethyl]indol”.

lación celebraría vista y en ella la recurrente sostuvo que la protección de la libertad religiosa debía pesar más que los intereses protegidos por la Ley del Opio. Aunque curiosamente, a una pregunta del Tribunal respondió que también podía practicar su religión sin necesidad del uso del ayahuasca. Con todo, el Ministerio Fiscal sostuvo que al estar el DMT incluido en el anexo a la Ley del Opio, no era procedente la devolución. Tal sería el criterio adoptado por el Tribunal de Apelación, entendiendo que dado que el ayahuasca, según los expertos, constituye un riesgo para la salud, se justificaba la intromisión en los derechos de la recurrente, necesaria sin duda en una sociedad democrática. Señalaba también el Tribunal de Ámsterdam que había tomado nota de la afirmación de la recurrente de que el uso del ayahuasca no era indispensable para la práctica de su religión (p. 14).

Pero no había concluido la batalla legal, aún quedarían dos nuevas etapas judiciales. Ante todo, la anterior decisión sería apelada ante el Tribunal Supremo. Insistiría la recurrente en que “el ayahuasca era utilizado en los servicios de la Iglesia del Santo Daime en tan pequeñas dosis, y en un ambiente del todo controlado, de forma que no existía riesgo para la salud” (p. 15). Pero el Tribunal Supremo rechazaría el recurso, añadiendo a los argumentos de las anteriores sentencias que al considerar la historia parlamentaria de la Ley del Opio, se comprobaba que ésta había sido promulgada especialmente para cumplir los compromisos internacionales asumidos por Holanda en relación con las sustancias psicotrópicas (p. 17). En efecto, al exponerse algo más adelante en la decisión las reglas jurídicas aplicables al caso, se recuerda el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, adoptado por Naciones Unidas en Viena, el 21 de febrero de 1971, y que Holanda habría ratificado el 8 de septiembre de 1993, y en el que se incluyen drásticas restricciones para las sustancias contempladas.

Pero aún hay que dejar constancia en el caso de un nuevo paso judicial, aunque de escasa trascendencia. Tres años des-

pués de la anterior decisión, las recurrentes instaron ante el Tribunal Regional de La Haya juicio declaratorio, pidiendo un triple reconocimiento: primero, que la asociación recurrente era una confesión religiosa de acuerdo con el código civil; segundo, que los miembros de la misma fueran excluidos de la aplicación de la Ley del Opio por la utilización durante los servicios religiosos del “Santo Daime (ayahuasca)”; y, tercero, que se prohibiera al Estado la persecución de los miembros de la asociación recurrente, de acuerdo con los derechos protegidos por el artículo 9 del Convenio. El Tribunal Regional rechazó las peticiones, la primera por entender que, sin perjuicio de reconocer que la asociación era una confesión religiosa, ella no tenía interés en dicho reconocimiento. Las otras dos, lo fueron en aplicación de la respuesta que había dado el Tribunal Supremo, en el recurso antes referido.

Es así como se llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se hará utilizando tres motivos para fundamentar el recurso: primero, por incumplimiento de las reglas del proceso equitativo, del artículo 6 del Convenio, cuando se solicitó la devolución del ayahuasca, así como por haberse excedido el tiempo razonable, incluso por incumplimiento de la regla del “ne bis in ídem”, al no devolver los bidones a pesar de que el procedimiento criminal había sido sobreseído; segundo, por violación del artículo 9, pues el rechazar la devolución de un sacramento esencial, constituía una injerencia injustificada en su libertad religiosa; y tercero, por el argumento de la discriminación del artículo 14 conjuntamente con el artículo 9, pues se les había discriminado en relación con otras religiones implantadas en Holanda que usan en sus ritos alcohol en la forma de vino y que son toleradas sin problemas.

A pesar del aspecto sorpresivo y pintoresco, el caso es en realidad sencillo, y va a ser resuelto por el Tribunal Europeo de manera bastante simple, dando aplicación a la reiterada doctrina consagrada en otros supuestos jurisprudenciales similares. En relación con el motivo de la libertad religiosa del artículo

9, el Gobierno cuestiona, ante todo, que la segunda recurrente constituya una auténtica confesión religiosa. Se apoya, además, en la declaración de la primera recurrente de que también podía practicar su religión sin el uso del ayahuasca. Argumentos que rechazan las recurrentes, recalcando, en relación con el primero de ellos, los encuentros periódicos de los fieles para practicar el culto religioso. El segundo argumento lo rebaten subrayando que el uso del ayahuasca resulta un elemento esencial de su práctica religiosa. En relación con este aspecto, el Tribunal aceptará que la prohibición de poseer ayahuasca para usarlo en sus ritos constituye una injerencia en el derecho de manifestar su religión a través del culto, tal y como lo garantiza el artículo 9 del Convenio.

No se duda de que tal injerencia “está permitida por la ley”, no obstante lo cual las recurrentes alegan la deficiencia de la ley al no permitir para usos sacramentales el uso en cantidades limitadas de sustancias prohibidas en general.

Se constata sin discusión la existencia de un “fin legítimo” para apoyar la prohibición, que sería la protección del orden y de la salud pública, expresamente contemplado en el apartado 2 del artículo 9 del Convenio.

El pequeño debate se centrará, sobre todo, en si la injerencia cuestionada era o no “necesaria en una sociedad democrática”, de acuerdo con el test que habitualmente realiza el Tribunal.

Al ocuparse del motivo del artículo 9 del Convenio, la libertad religiosa, el Gobierno llamaría la atención acerca de la cantidad tan pura de ayahuasca confiscada, así como de la necesidad de sacarla de la circulación al objeto de proteger el orden público y la salud pública. Subrayaría, a la par, la necesidad de contrarrestar el azote del tráfico de drogas y de la posibilidad de abuso que podría resultar de la permisibilidad del uso para el culto de dañinas sustancias ilegales (p. 42).

Las recurrentes insistirían en su planteamiento y harían ver que la utilización del ayahuasca forma parte del mundo de sus creencias, recalcando que el uso sacramental controlado en limitadas cantidades debería quedar al margen de la Ley del Opio, al igual de lo que sucede con los usos científicos o médicos. Traerían en su apoyo también tres sentencias de diversos Tribunales holandeses estimando que era equivocado considerar dañina la injerencia de ayahuasca para usos sacramentales en cantidad limitada. En cuanto a la gran cantidad de ayahuasca que se les había encontrado –recuerdo que eran 120 litros–, precisaban que ello era debido al precio y al tiempo necesario para importarlo del extranjero, y a la necesidad de tener aseguradas las cantidades necesarias para el funcionamiento del culto (ps. 43, 44 y 45).

El Tribunal de Derechos Humanos tiene las ideas muy claras, facilitada su tarea por una constatación jurisprudencial en supuestos si no coincidentes, al menos de gran similitud. Parte de la amplitud de oportunidades que garantiza el artículo 9, entre ellas, culto, enseñanza, práctica y observancia, para recalcar a continuación su consolidado criterio de que de que dicho precepto, “no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia”. En concreto, se recuerda la arraigada doctrina de que las convicciones religiosas no autorizan a oponerse a la legislación compatible con las previsiones del Convenio, siempre que se apliquen de manera neutral y general (p. 46). Es, como digo, enseñanza reiteradísima y del todo lógica y razonable: las amplias opciones de la libertad religiosa no pueden servir de excusa para exonerarse del cumplimiento de las leyes, cuando éstas son correctas y adecuadas y encajan con la filosofía del Convenio. Valga el ejemplo de la legislación urbanística⁹, sanitaria, fiscal, sobre incendios, sobre ruidos,

9 Me he referido con detalle a esta problemática en el primer capítulo de mi citado libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, que lleva por título precisamente, “Libertad religiosa, instalación de lugares de culto y respeto a la reglas urbanísticas”, pp. 13-67. Recuerdo allí en concreto, p. 43, la oportunidad con que el Tribunal Europeo se remite a las enseñanzas del Tribunal

etc., con significativos casos en la jurisprudencia del Tribunal. En concreto, se aportan en la decisión conocidos ejemplos de jurisprudencia que implican limitaciones de las opciones religiosas, como prohibición a un varón de la religión sij de llevar el turbante que prescriben sus creencias, dado que en cuanto motociclista, la ley le impone que lleve casco; o el prohibir a una enfermera cristiana que lleve una cadena de la que cuelga una cruz mientras esté en servicio.

Con los antecedentes señalados, el veredicto es tajante: “En el presente caso, el Tribunal llega a una conclusión similar. Considera que las recurrentes tienen que asumir que la prohibición de la posesión de DMT para poder usarlo, era necesaria en una sociedad democrática para la protección de la salud, a la vista de los conocidos efectos que quedaron descritos” (p. 48). Y aún añade otro argumento, el de los compromisos de Derecho internacional que vinculan al Estado, que prohíben la posesión de tal sustancia destinada al uso, salvo por motivos científicos y médicos muy limitados a personas debidamente autorizadas, en establecimientos médicos o científicos sujetos

Supremo de los Estados Unidos: éste –se dice– “distingue en su jurisprudencia relativa a la libertad de religión una categoría de leyes que son “aparentemente neutras” (“facially neutral laws”). Estas leyes no pretenden regular directamente una práctica religiosa pero pueden pese a todo, tener eventualmente consecuencias restrictivas al ejercicio de la libertad de culto. Según la jurisprudencia de la instancia americana, tales leyes pueden exigir un compromiso incompatible con una práctica religiosa o proscribir un comportamiento exigido según los ritos especiales de una religión. La postura en la materia del Tribunal Supremo es la siguiente: “Nunca se ha aceptado que las convicciones religiosas de alguien pudieran sustraerse a la aplicación de la legislación pertinente en vigor que proscribiera cierto tipo de comportamientos cuya regulación corresponde al Estado (...) La jurisprudencia admite con firmeza que el derecho al libre ejercicio de la religión nunca sustrae a un individuo de su obligación de acatar una ley válida y neutra de aplicación general debido a que dicha ley proscribiera (o prescribe) un comportamiento que su religión prescribe (o proscribiera)” (ver, División laboral, *Departamento de recursos humanos contra Smith*, 494 U.S. 872 [1990]; *Estados Unidos contra Lee*, 455 U.S. 252 [1982]; *Braundfeld contra Brown*, 366 U.S. 599 [1961]). Significado, así, de la doctrina de Las “leyes aparentemente neutras” (*facially neutral laws*).

a control directo del Gobierno o a aprobaciones específicas (p. 49). Lo que lleva a la conclusión de que este motivo de impugnación no tiene base suficiente, por lo que debe conducir a su inadmisión.

Había otro motivo –aparte del derivado del derecho a un proceso equitativo, al que no se le ve solidez–, que me lleva a pensar que el abogado de las recurrentes tuvo que estrujarse mucho el magín para dar con él. Así se describe literalmente la alegación: “Las recurrentes se comparan a sí mismas con las iglesias establecidas en Holanda, en particular la Iglesia Católica Romana y la Iglesia Protestante. Ambas realizan ritos que incluyen el uso sacramental de vino, descrito por las recurrentes como una bebida conteniendo una significativa proporción de la sustancia narcótica alcohol que crea adicción” (p. 52). Argumento con el que el abogado de las recurrentes se ha debido quedar muy descansado, aparte de demostrar sus profundos conocimientos. El Tribunal, tras recordar la doctrina consolidada de que para que haya discriminación debe haber una diferencia de trato en situaciones similares (p. 53), responde muy escuetamente a esta alegación, sin darle mayor importancia, señalando, ante todo, que el vino no está incluido en la regulación represiva de la Ley del Opio, pero que, además, los ritos referidos difieren notablemente del practicado por las recurrentes, de forma señalada en que los participantes ni intentan ni esperan compartir sustancias psicotrópicas hasta el punto de la intoxicación (p. 54). El Tribunal aprecia, también en relación con el presente motivo, que resulta carente de fundamento, por lo que, en una visión global del caso, por unanimidad, se declara inadmisibile el recurso, lo que da lugar a que se resuelva a través de esta sucinta declaración de inadmisibilidad.

Dentro de su carácter escueto, el asunto suscita interés como decía, lo que me lleva a formular algunas observaciones.

Uno. La mezcla de elementos propios de tradiciones culturales tan diversas, se deja sentir también en el terreno de lo religioso, produciendo a veces las inevitables tensiones, como que prácticas que acaso sean normales en Brasil¹⁰, choquen con el intento de países europeos, como Holanda en el supuesto, de protegerse contra el azote de las drogas, para lo que tienen establecidas severas prohibiciones. Prohibiciones que se refuerzan además por los compromisos internacionales, dado que la preocupación apuntada ha calado hondo en la sociedad internacional.

Dos. Prohibiciones que obviamente son de carácter general –ejemplo típico de “leyes neutrales”–, que tienen que incidir también sin duda en el mundo de lo religioso, dejando al margen muy contadas excepciones para facilitar la investigación científica o incluso para usos terapéuticos, siempre muy controlados.

Tres. Ante las peculiaridades del supuesto tan alejado de los hábitos religiosos tradicionales en nuestro entorno cultural, destacaré la postura del Gobierno holandés en sus alegaciones “cuestionando el estatus de la segunda recurrente como una genuina confesión religiosa afiliada a CEFLURIS” (p. 54). Nada más se dice, pero lo dicho es suficiente para testimoniar de la sensación de extrañeza ante la sorpresa de que esas prácticas y, señaladamente, lo que se define como el “Santo Sacramento”, el “Santo Daime”, se presenten como una auténtica religión. Y no es sólo un problema de extrañeza. Es, dicho de manera un tanto brusca, el consumo de estupefacientes, por más que en dosis reducidas, sustancias que tan honda preocupación han causado en los países de nuestro entorno cultural, dados los nocivos efectos para la salud, el hecho de crear adicción y, muy especialmente, el sin fin de tragedias individuales y sociales que han acompañado a la tan contundente aparición de las

10 Se señala, por ejemplo, que los pancurú de Pernambuco (Brasil), utilizan en las ceremonias mágico-religiosas, el “Vino de Jurumena”, cuyo alucinógeno principal es en realidad DMT.

drogas. Por eso su tráfico, tenencia y consumo están rigurosamente prohibidos y perseguidos, de ahí la Ley del Opio en Holanda, o normas similares en los demás países. El “Santo Sacramento” es ya una incitación difícilmente justificable en lo que tiene de “normalización” del uso, desconociéndose los efectos y situaciones a que puede conducir. Desde la mentalidad europea parece insólito que eso pueda estar propugnado por una religión.

Cuatro. Subyace, en efecto, el vivo problema de qué sea lo religioso. Sin duda, habría que pronunciarse, establecer su esencia y su alcance, y marcar algunos límites, en defensa precisamente de lo genuinamente religioso, para no ser devaluado por la mezcla de organizaciones que no llegan a alcanzar ese carácter, pero que se presentan como religiosas, y disfrutan de las ventajas a ellas atribuidas. Sabido es cómo el criterio que se ha impuesto consiste en no definir, en no inmiscuirse, en “fiarse” de las calificaciones que se auto otorguen las organizaciones que aparecen. Sé que se trata de un problema difícil, pensando sobre todo en un mundo globalizado, dada la diversidad de tradiciones y hábitos culturales, necesidades sociales y aspiraciones individuales y colectivas. Pienso, con todo, que al objeto de impedir usos disfuncionales o, incluso, abusos, algo habría que decir, aunque sólo fuera elaborando un elenco de conductas o particularidades que “descalifiquen”. De hecho, la lista de fines a proteger que enumera el apartado 2 del artículo 9 del Convenio, se ha utilizado en ocasiones para rechazar el reconocimiento de algunas organizaciones¹¹.

11 Me parece oportuno recordar el interesante asunto *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, con dos sentencias, la primera, de 31 de julio de 2001, de Sala, y la segunda, de 13 de febrero de 2003, de Gran Sala, en que se apostaba por la suspensión de un partido político que quería introducir fórmulas religiosas del todo incompatibles con los sistemas democráticos. Al tema he dedicado el capítulo tercero, de mi citado libro *Estudios sobre libertad religiosa*, titulado, “El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspica?”, pp. 93 y ss.

Cinco. El Tribunal no aborda el problema en el caso. Tal vez, por la simplicidad de la decisión, que probablemente le hizo ver desde el principio que habría que rechazar –o, incluso, inadmitir– el recurso. Pero, aunque nada se diga de manera expresa, la decisión alcanza un significado de gran interés. Al negar la devolución de la sustancia alucinógena, se está asumiendo la incorrección de su utilización. No hay más pronunciamientos, no hay juicio alguno acerca de si se alcanza o no el carácter religioso, pero queda meridianamente clara la descalificación de lo que es al parecer el núcleo de los ritos, es decir, el “Santo Sacramento” o, más en concreto, la práctica de ingerir ayahuasca, dado su contenido de DMT. Es claro el aviso de que ese rito no se podrá practicar en Holanda.

Seis. Otra conclusión de interés me lleva a destacar como en el caso se asume también la que es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo: la de que el ejercicio de la libertad religiosa, por muy amplio que resulte su contenido, tiene también sus límites; no todo cabe al amparo de la libertad religiosa o, por recordar de nuevo la afirmación del Tribunal, “el artículo 9 no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia” (p. 46).

Siete. Y para concluir, una observación de gran interés: la vocación de incidencia general que tiene la jurisprudencia del TEDH sobre todos los países del Consejo de Europa, lleva, de forma especial en estos tiempos de globalización y de mezcla de culturas, a advertir a todos que habrá que sacar lección de este caso, auténtica barrera a cualquier experiencia similar que se pretendiera introducir. Hace poco advertía lo mismo en relación con los partidos políticos que excedan los límites de lo democrático. La jurisprudencia del Tribunal Europeo marca unos estándares obligatorios para la sociedad democrática que se pretende afianzar, y que deben ser cuidadosamente respetados por todos.

III. PERSECUCIÓN POR EL CAMBIO DE RELIGIÓN, DENEGACIÓN DE ASILO Y RIESGO DE MALOS TRATOS (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “N.K. C. FRANCIA”, 19 DE MARZO DE 2014)

La presente sentencia contempla el asunto de un paquistaní residente en Francia, que oculta su nombre por razones de seguridad. Habría que decir de entrada, que el caso se presenta en dos fases temporales. La primera de ellas se desarrolla en el país de origen del recurrente, Paquistán. Es la que va a afectar al ejercicio de las opciones religiosas y a las reacciones que desencadenan. Es así como se introduce el elemento extra europeo del caso. Esto, como tal, no tendría por qué llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero hay una segunda fase que se desarrolla en Francia, donde N.K. va a solicitar asilo, y serán precisamente las secuelas de tal solicitud las que provoquen la llamada al Tribunal de Estrasburgo.

Comencemos por la primera fase. Resulta patética la descripción de los hechos, tal y como se dice ocurrieron en Paquistán, y que reproduciré de manera casi literal (ps. 6 ss.). N.K. provenía de una familia sunita residente en el distrito de Sheikhpura. Durante sus estudios secundarios intimó con numerosos estudiantes de la confesión ahmadia, movimiento religioso derivado del Islam –fundado en la India en 1889, y especialmente arraigado en Paquistán, denominado en España Comunidad Musulmana Ahmadia–, a la que pertenecía también la que sería su esposa. Sin que lo supiera su familia decidió convertirse a la religión ahmadia, se casó de acuerdo con los ritos de esta confesión, y se instaló con su mujer en casa de los familiares de ésta.

Nos parece sorprendente la reacción de su familia cuando se enteró: le rechazó del todo, le amenazó de muerte y le denunció a la policía acusándole de predicar la religión ahmadia. Se puso en marcha incluso una investigación judicial previa tras

la denuncia interpuesta por uno de sus primos, acusándole de haber intentado convertirle a la religión ahmadia. Temiendo por su seguridad, el recurrente abandonó el domicilio de sus suegros, refugiándose en casa de un amigo. Su familia se puso inmediatamente a buscarlo con la ayuda de la policía: tras acosar a su familia política, atacó a dos amigos del recurrente intentando saber dónde se encontraba. Logró escaparse del domicilio de su amigo antes de que llegaran, pero su amigo fue detenido y encarcelado.

N.K. acudió un día a la mezquita, donde se cruzó con un primo que rehusó saludarle. Y cuando se disponía a hacer las abluciones, fue agredido por diversos hombres que le raptaron. Así, secuestrado, torturado y golpeado, estuvo varios días, hasta que al fin, creyéndole muerto sus agresores, pudo escapar. Temiendo por su vida, y no esperando ayuda alguna de las autoridades en vista del apoyo que habían prestado a su familia, se abstuvo de denunciar los hechos. Pero mientras tanto, la denuncia que había interpuesto su primo salió adelante y dio lugar a que se emitiera una orden de detención, acusado de predicar la religión ahmadia. Decidió entonces escapar del país, refugiándose en Francia. Pero no acabaría ahí su vía crucis. Sigue describiendo la sentencia que fueron presentadas nuevas denuncias por blasfemia contra la religión musulmana, ataques a mano armada y profanación de tumbas, lo que determinó que se hicieran pesquisas por las autoridades intentando localizarle. Termina la descripción de los hechos en Paquistán, reseñando que la familia política del recurrente, con la que éste siguió en contacto, recibió numerosas visitas de la policía, y cada vez, los presentes fueron amenazados y violentados.

Esta sería, como dije, la transcripción casi literal de la primera parte de los hechos, tal y como los ofrece la sentencia. Estando claro, desde la perspectiva internacional que antes se recordaba, que la decisión de N.K. de cambiar de religión, o incluso de hacer proselitismo de sus nuevas creencias, encaja de lleno en las previsiones del artículo 18 DUDH, con su expresa

referencia a “la libertad de cambiar de religión”. Hechos que desde la mentalidad europea contemporánea, resultan impresionantes, y nos llevan acaso al recuerdo de los lejanos tiempos de las guerras de religión, con tantas historias de conversiones no queridas por la familia, no pocas de las cuales contribuyeron a nutrir el martirologio. Pero Europa está orgullosa de que la tolerancia haya arraigado con fuerza en su seno.

Me gusta encomiar el conocimiento de la jurisprudencia del TEDH, y siempre la he recomendado a mis alumnos en cuanto facilita el familiarizarse con la realidad social europea. Mérito especial de la presente sentencia es que proporciona, en prosa del propio TEDH, el conocimiento de la cruda realidad que impera en Paquistán, testimonio de lo que sucede en no pocos países en los que son una realidad viva los arduos enfrentamientos religiosos en los que campan los intransigentes capaces de todo.

Lo primero que hizo N.K. al llegar a Francia tras su huida fue solicitar asilo. Pero su demanda fue denegada al considerarse sus alegaciones poco creíbles y carentes de fundamento, por lo que se estimó que su petición estaba mal fundada (p. 12). Denegación que se mantuvo tras el correspondiente recurso (p. 13). Por lo que el prefecto del territorio rechazó la solicitud de residencia, ordenando el abandono del territorio francés. Se le retuvo administrativamente al objeto de proceder a su expulsión, presentando entonces una solicitud de reexamen de su inicial demanda de asilo, apoyando sus alegaciones en nuevas amenazas, en concreto, su imputación por blasfemia, ataque a mano armada y profanación de sepulturas; pero el organismo correspondiente rechazó de nuevo la solicitud.

Es entonces cuando se da el salto y se acude ante el TEDH, apoyándose en el artículo 3 del Convenio, desde el temor de sufrir malos tratos en caso de que regresara a su país. Recuérdese que dicho precepto prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Y en la demanda se incluyó, ante todo,

una solicitud de medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 39 del Reglamento del Tribunal. Ese mismo día, el Presidente de la Sala correspondiente se dirigió al Gobierno francés para que no procediera a la expulsión.

Como se verá enseguida, la sentencia es muy simple y escueta. Y es que se cuenta con consolidada doctrina del Tribunal al respecto, por lo que lo más importante ha de consistir en la simple operación de constatar los hechos. En la sentencia se aporta muy interesante documentación de carácter internacional, en la que, desde diversas perspectivas, se deja testimonio fehaciente de las amenazas y penalidades que sufren en Paquistán los convertidos al credo ahmadia, tanto desde el sector público, como desde la sociedad, y señaladamente desde la familia. Un informe del *Immigration and Refugee Board of Canada*, de 2009, habla de “extrema persecución”, de una *fatwa* que condena a muerte a los convertidos a la fe ahmadia, recalándose que bajo la ley islámica están justificadas dichas muertes, y que con frecuencia las autoridades les acusan de haber cometido blasfemia, violación de leyes y de otros delitos, así como que la violencia proviene “tanto de la familia inmediata como de los líderes religiosos” (p. 18). En otro informe más reciente, de 2013, el mismo organismo de Canadá informa de que “la persecución de los ahmadis ha sido legalizada y fomentada por el Gobierno paquistaní”. Se reconoce también que hay policías cómplices de acoso frente a los ahmadis, que se niegan a intervenir para protegerles de la violencia o que incluso les acusan falsamente de graves delitos (p. 19). Se recogen también dos informes de 2013 del Departamento de Estado de Estados Unidos donde se reconoce la persecución de los ahmadis en Paquistán, acusándoles de blasfemia, así como que son torturados con frecuencia y que han de sufrir condiciones de detención más severas que otros grupos de la población (p. 20). Desde otras coordenadas, muy interesante resulta también una larga y muy documentada sentencia, de 2012, de la Corte Suprema británica, refiriéndose igualmente a Paquistán. Insistiendo en los peligros referidos en los informes, se destaca que

la legislación no sólo les prohíbe la predicación u otras formas de proselitismo sino que se opone en concreto a que denominen “mezquita” a su lugar de culto, o que se califiquen a sí mismos de “musulmanes”. En caso de que se les aprecie “blasfemia”, se exponen a ser condenados a muerte, aunque hasta la fecha no habría habido ninguna ejecución, pero sí riesgo de duradera privación de libertad. Se reconoce también, diré para concluir, que se hallan sometidos en general a la violencia de los musulmanes sunitas, que son mayoría en Paquistán (p. 21).

El estudio del debate jurídico se inicia con una larga discusión sobre la admisibilidad, en cuanto el Gobierno sostendría que no se habían agotado las vías internas de recurso. Tal aspecto tiene un interés marginal a los efectos de este comentario por lo que prescindiré de él, advirtiendo tan sólo que el Tribunal no acepta la alegación del Gobierno, entendiendo que no hay inconveniente en pasar al fondo.

En cuanto a éste, el recurrente insiste en su temor a sufrir malos tratos en el supuesto de regresar a Paquistán, debido a su conversión a la religión ahmadia y a los procedimientos en marcha contra él.

El Gobierno francés, oponiéndose, alega que en numerosas ocasiones se ha reconocido la situación de refugiado a paquistaníes miembros de la comunidad ahmadia, a la vista de que los miembros de las minorías y, en concreto, los ahmadies, son víctimas en la práctica de violencias y acoso por parte de la comunidad sunita, así como que su Gobierno no los protege, aplicando en cambio la legislación sobre blasfemia para perseguirles. Pero en el caso concreto –se sostiene–, los argumentos aportados por el recurrente parecían manifiestamente carentes de fundamento, de ahí que ni siquiera se le convocara a la habitual entrevista (p. 36).

El Tribunal deja sentado, ante todo, con precisión, que de acuerdo con los principios de Derecho internacional, y sin per-

juicio de obligaciones asumidas, los Estados tienen el derecho de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Pero a renglón seguido se reconoce que el artículo 3 del Convenio puede generar la responsabilidad de los Estados miembros cuando haya motivos serios y comprobados de que la expulsión al país de origen pueda dar lugar a situaciones contrarias a dicho precepto.

Como principio general, el Tribunal establece que cuando un recurrente alega formar parte de un grupo expuesto sistemáticamente a la práctica de malos tratos, entra sin falta, en juego la protección del artículo 3, una vez que el interesado acredite que pertenece al referido grupo y que hay motivos serios y manifiestos de que esas prácticas se produzcan (p. 40).

En cuanto al caso se refiere, el Tribunal estima suficientemente acreditado que la situación general en Paquistán implica un riesgo de tratos inhumanos y degradantes para las personas de confesión ahmadia. Parece no haber duda de que dichas personas, de modo especial los conversos, son con frecuencia víctimas del rechazo social, pero incluso de agresiones, de tortura y aún de asesinato por parte de su familia, su entorno social o los grupos islamistas. Las autoridades no sólo no los protegen sino que participan frecuentemente de tales persecuciones, sobre todo desde la perspectiva de la legislación que prohíbe la blasfemia. Se han acreditado así –se reconoce igualmente–, en los supuestos de detenciones fundadas en tal motivo, numerosos casos de violencias y de tratos inhumanos y degradantes por parte de las autoridades (p. 42).

Cierto que, para que entre en juego la protección que ofrece el artículo 3, no es suficiente la simple acreditación de pertenecer a la confesión ahmadia: habrá que acreditar que se practica abiertamente dicha religión y que se actúa ejerciendo proselitismo, o al menos que como tal se es considerado por las autoridades paquistaníes.

En su enjuiciamiento, la sentencia ha ido lejos, así, “El Tribunal constata que el recurrente, al afirmar que ha huido a causa de las violencias y persecuciones sufridas por parte de su familia y de las autoridades por el hecho de su conversión a la confesión ahmadia, ofrece un relato preciso y reforzado por numerosas piezas documentales, como su certificado de conversión, al acta de matrimonio acreditando que cada uno de los esposos es de confesión ahmadia, una orden de detención y copias de los cargos presentados contra él. Lo que lleva al Tribunal a observar que los documentos aportados tienden a corroborar los hechos expuestos” (p. 45). Ante las reservas emitidas por los organismos franceses en cuanto a la credibilidad del relato del recurrente, el Tribunal advierte que los elementos aportados por dicho recurrente fueron descartados por las autoridades por medio de motivaciones sucintas sin haber llegado ni siquiera a oírle. Es decir, que el Tribunal no encuentra elementos suficientemente explícitos en las motivaciones de las autoridades francesas para rechazar las afirmaciones del recurrente; en suma, que el Gobierno no ha aportado informaciones pertinentes dando razones sólidas para dudar de la veracidad de las declaraciones de aquel, lo que lleva a la conclusión de que no hay base para dudar de su credibilidad (p. 45).

Quedaría por saber, según el razonamiento, si M.K. sufre el riesgo de sufrir malos tratos en caso de regreso a su país. A tal efecto, aporta los testimonios de la investigación preliminar puesta en marcha a consecuencia de las denuncias presentadas contra él. Y los documentos, cuya autenticidad no discute el Gobierno francés, atestiguan cuando menos que su confesión ahmadia es conocida por las autoridades, lo que ha dado lugar a persecuciones, de forma señalada bajo la imputación de blasfemia. Lo que le lleva al Tribunal a concluir que el recurrente es considerado por las autoridades paquistaníes no como un simple practicante de la religión ahmadia, sino como quien hace proselitismo, lo que supone un marcado perfil susceptible de llamar desfavorablemente la atención de las autoridades en caso de regreso a su país (p. 46). Tras estos razonamientos,

que he expuesto casi literalmente, se concluye en estos términos: “En consecuencia, el Tribunal, considera que, al no haber procedido el Gobierno a poner seriamente en duda la realidad de los temores del recurrente, y considerando el perfil de este último, así como la situación de los ahmadis en Paquistán, la expulsión a su país de origen, en vista de las circunstancias concretas, le expondría a un riesgo de malos tratos de los contemplados por el artículo 3 del Convenio” (p. 47).

Una vez que se ha alcanzado esta conclusión, no se aprecia, por mal fundado, otro de los motivos de recurso, el referido a la necesidad de un recurso judicial efectivo (artículo 13). En cuanto a la satisfacción equitativa del artículo 41, tampoco se hace pronunciamiento alguno, en vista de que nada se solicitó en el recurso.

Una pequeña referencia en cuanto a la medida cautelar: como cabe recurso frente a las sentencias, se le recuerda a Francia que debe mantener la medida de no expulsión hasta que la sentencia llegue a ser definitiva.

Y nada más. Se concluirá por unanimidad –es decir, con la anuencia del juez francés también–, adoptando una fórmula especial que proviene del primer asunto que se le planteó al Tribunal en la materia, el caso *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio 1989. En el fallo, se dirá, en efecto, “que en la eventualidad de que se produjera la ejecución de la decisión de reenvío a Paquistán, se incurriría en violación del artículo 3 del Convenio”. Es una pura hipótesis, pero lo suficientemente contundente. En suma, la sentencia se traduce en una clara prohibición, que conlleva la consecuencia de impedir la expulsión.

Muy interesante sentencia también, que suscita una serie de reflexiones. He aquí alguna de ellas, aunque sean expuestas de manera sucinta.

Uno. Empezaré quizá por la secuela última del caso. Esta jurisprudencia produce un importante trastrocamiento de la forma de actuar del Tribunal. En el sistema del TEDH, habitualmente, se trata de acciones a posteriori pues, según el precepto determinante del Convenio, el artículo 34, se precisa que haya una *víctima* de una violación, no siendo en principio una jurisdicción preventiva: para que actúe el Tribunal tiene que haberse producido ya la infracción. Pero en caso de las *expulsiones*, si no se procede previamente, se asistiría impasible a la producción de los efectos no queridos, es decir, ya nada se podría hacer prácticamente, de ahí que la jurisprudencia haya normalizado este significativo cambio de criterio.

Dos. El presente caso sigue confirmado una destacada trayectoria que el Tribunal *inventó*, y luego desarrolló con todo cuidado, y que se había iniciado con la citada sentencia *Soering c. Reino Unido*, en un supuesto con grandes similitudes, si no en cuanto al contenido –la participación en un doble asesinato–, sí al menos en cuanto a los efectos: de producirse la extradición de Soering a Estados Unidos –lugar del crimen–, se exponía a una condena a muerte con probable ejecución. Recuerdo con gusto que aquel caso tan novedoso fue propagado entre nosotros por el profesor García de Enterría que, entre otras cosas, sería un entusiasta de las medidas cautelares. Luego han seguido no pocos asuntos interesantes, en diversas circunstancias, revalidándose el significado del artículo 3 del Convenio. La línea jurisprudencial ha tenido especial trascendencia pues la regla ha sido codificada en el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el significativo rótulo de “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”. Su apartado 2 dispone, siguiendo de lleno la doctrina del TEDH, “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a torturas o a otras penas o tratos inhumanos y degradantes”. Contando con que las “Explicaciones” que complementan la aplicación de la Carta, reconocen explícitamente que el precepto proviene de la doctrina del TEDH. Es

decir, pura jurisprudencia que se convierte en norma¹². Es así como, de acuerdo con la sensibilidad de los tiempos, tan presente el fenómeno de la globalización y la idea de propagación de los derechos humanos, se dicta esta regla, que vincula a los Estados de la Unión, pero que está pensada para favorecer directamente a ciudadanos extranjeros.

Tres. Se decía que ante la firme línea doctrinal del Tribunal Europeo en cuanto al fondo, el quid del caso iba a radicar en la concreta situación fáctica. Pues bien, otra característica de la sentencia es la de comprobar como el Tribunal, aplicando las más conocidas técnicas del “Conseil d’Etat” y ahora de todos los Tribunales administrativos, ha llevado a cabo un riguroso control de los hechos determinantes, lo que le inducía a rectificar a las autoridades francesas, estimando desacertada su valoración.

Cuatro. No dejaré pasar la ocasión sin recalcar la aplicación decidida de la decisiva institución de las medidas cautelares, que el Tribunal utiliza certeramente en las situaciones necesarias. La medida conoció una aplicación espectacular, por su sorpresa inicial, en el supuesto “Soering”, y el Tribunal seguiría usándola en las ocasiones delicadas. No estaba prevista en el Convenio, ni después se ha llevado a él, pero sí ha sido incluida en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal. El presente caso acredita la utilidad de la medida, pues de no detenerse la expulsión, apenas de nada habría servido lo que pudiera decir el Tribunal. Y se observa la diligencia con que se pone en marcha: el mismo día que el TEDH recibió la demanda, el Presidente de la Sala correspondiente se dirigió al Gobierno francés, para que paralizara la expulsión (p. 16). Del

12 Recuérdese como los redactores de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dejaron testimonio de reconocimiento a los dos Tribunales Europeos, cuando en el párrafo quinto del preámbulo recalcan que los derechos que la Carta reafirma emanan, entre otras fuentes, “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

mismo modo que el fallo puntualiza (punto tercero), que se insista en instar al Gobierno que se mantenga la suspensión de la expulsión mientras la sentencia no sea definitiva.

Cinco. Se ha tratado del artículo 3 del Convenio, y ello me lleva a una constatación que puede parecer paradójica en un trabajo sobre la libertad religiosa: en la sentencia comentada no hay mención alguna al artículo 9 CEDH ni, en concreto, a la libertad religiosa. En efecto, lo único que se le planteó al Tribunal Europeo era si Francia actuaba correctamente expulsando a N.K. Pero no me cabe ninguna duda de que esta sentencia encaja de pleno derecho en el repertorio de casos referentes a la libertad de conciencia. En efecto, el litigio arranca de una genuina muestra de ejercicio de la libertad de conciencia, desde las amplias oportunidades que ofrecen, el artículo 18 DUDH y su equivalente artículo 9 CEDH, entre las cuales figura, con señero perfil propio, como se destacó, “la libertad de cambiar de religión o de convicciones”. Toda la parte dedicada a la exposición de los hechos en Paquistán es testimonio evidente de la opción religiosa y de las nocivas consecuencias que de la misma se han hecho derivar.

Seis. Destacaré también que resulta muy importante que una sentencia del TEDH recoja directamente el testimonio de la forma de actuar habitual en Paquistán, tanto de la familia como de las autoridades, cuando una persona cambia de religión, para abandonar las creencias y optar por la religión ahmadia. Hechos, que como el propio Tribunal acentúa, tienen visos de veracidad, como se deduce tanto de las afirmaciones del recurrente como de la documentación que aporta. Lo que no puede por menos de evocarnos la dura realidad de no pocos países.

Siete. Terminaré por eso recalcando la conclusión principal a que nos conduce la exposición del presente caso. La experiencia de vivir en un mundo globalizado, donde todo queda próximo, pone a la vista la fragilidad real de algo tan importante

como la libertad de conciencia, cuyo ejercicio en una determinada dirección puede dar lugar a los horrores que se describen en el caso. Volviendo al comienzo, y recordando el rico espacio de justicia y libertad que hoy se vive con normalidad en Europa –lejanos, aunque no olvidados, los horrores de antaño–, así como la generalizada situación de tolerancia de América, ello me lleva a hacer una enérgica llamada para que nos concienciamos de la gran relevancia de la libertad de conciencia y asumamos las posibles conductas positivas para defenderla a lo largo del ancho mundo. Importante es la batalla de la opinión, aunque habría que ir más allá, y pensando como dilapidamos tiempo y energías con tantas reivindicaciones estériles o secundarias que entretienen a nuestras sociedades en el día a día, me parecería decisivo que instemos a nuestros gobernantes, de España sin duda, pero también de la Unión Europea, a ser beligerantes en el tema de intentar hallar soluciones frente a la intransigencia. Donde la exigencia de reciprocidad puede resultar muy positiva. Serio compromiso, que aguarda a los jóvenes, llamados a diseñar el mundo futuro, pero no menos a la población adulta, que si quiere puede hacer valer el peso de su opinión y de su experiencia. Se trata, obviamente, de una llamada en pro de la libertad de conciencia, como valor general, solidario y tan positivo, con independencia de cuales sean las creencias de cada uno, no en balde se presenta como una de las grandes aspiraciones de todos los tiempos. El recuerdo de cuando carecíamos de ella, podrá servir de acicate, sin duda, para, agradecidos, pensar en los que no la disfrutaban.

Redes, 10 de agosto de 2014

ACTUALIDAD

NOTAS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

Carlos Reverón Boulton

Abogado Especialista en Derecho Administrativo egresado de la Universidad Católica Andrés Bello de pre y post grado

Resumen: El estudio tiene como propósito analizar y destacar los aspectos más relevantes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, dada su transcendencia e importancia, en virtud del marcado acento regulador de esa ley.

Palabras clave: Regulación, precios justos, libertad económica.

Abstract: This article intends to analyze and highlight the most relevant elements of the following law "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos", given its significance and general impact, as a result of the heavy regulatory burden of the foregoing law.

Keywords: Regulation, fair prices, economic freedom.

Recibido: 15 de agosto de 2014 Aceptado: 30 de agosto de 2014

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Cácter orgánico de la ley
- III. Contenido de La LOPJ
- IV. Recapitulación

I. INTRODUCCIÓN

En la Gaceta Oficial N° 40.340 del 23 de enero de 2014, se publicó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos (en adelante “LOPJ”) cuyo objeto, entre otros, es la fijación del porcentaje máximo de ganancia y la fiscalización de la actividad económica y comercial de toda persona nacional o extranjera que haga vida en nuestro país.

Como se observa, se trata de una ley que limita la libertad económica de quienes desarrollan actividades comerciales en Venezuela, cuestión que es perfectamente posible tal y como ha sido contemplado en el artículo 112 constitucional, según el cual toda persona puede dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, encontrando como límite lo que establezcan las leyes. Ese límite lo encontramos, en el caso concreto de la ley bajo análisis, en los márgenes de ganancia que impone la referida normativa y en la posibilidad de que se determine el “precio justo” de un bien o un servicio.

La libertad económica se inscribe dentro de la libertad general de los ciudadanos, pero desde una óptica meramente económica, por lo que al margen de las limitaciones que puede establecer la ley, esa libertad comprende entrar, permanecer y salir del mercado de su preferencia, lo cual incluye el derecho a la explotación de la actividad que se ha emprendido.

De allí que la LOPJ, si bien es cierto podrá limitar la permanencia y explotación de la actividad económica que se ha escogido desarrollar, ésta no podrá desnaturalizar la libertad económica hasta el punto en que la regulación desconozca el contenido esencial de ese derecho, haciéndolo impracticable o dificultándolo más allá de lo razonable¹.

1 Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 403 del 24 de febrero de 2006 (caso: *Municipio Baruta del Estado Miranda*)

Sobre la limitación a la libertad económica para la protección del consumidor y el usuario, ya la Sala Constitucional en sentencia N° 2641 del 01 de octubre de 2003 (caso: *Inversiones Parkimundo, C.A.*) precisó que es posible la regulación de los precios en el marco de una economía social de mercado siempre y cuando se respete la *reserva legal*, cuestión que no sucede en el caso de la LOPJ, pues fue dictada en el marco de una Ley Habilitante.

También reconoce esa decisión que el derecho se desnaturalizaría si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción, lo cual es importante en cada caso particular, pues como se verá más adelante la ley tiene por objeto establecer el porcentaje máximo de ganancia según la estructura de costos de cada proveedor de bienes y servicios.

Las siguientes notas sobre la LOPJ tienen por objeto hacer una introducción que sirva al lector como una guía del contenido real y concreto de la ley.

II. CÁRACTER ORGÁNICO DE LA LEY

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 203 establece que las leyes que han sido calificadas como orgánicas por parte de la Asamblea Nacional, previo a su promulgación, sean remitidas a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que ésta declare acerca de la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley.

El mecanismo para darle el carácter orgánico a la ley que se analiza, es inconstitucional ya que es el artículo 2 de la Ley Habilitante² –con base a la cual se dictó la LOPJ– el que ordena

2 Que autorizó al presidente de la República a dictar decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que le fueron delegadas (publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.112 del 19 de noviembre de 2013).

que los decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley a los cuales se les confiera carácter orgánico, sean remitidos a Sala Constitucional para que previo a su publicación en la Gaceta Oficial, se pronuncie sobre la constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto-Ley que se trate, cuestión que escapa de lo verdaderamente establecido en la norma constitucional, pues ello no se encuentra previsto en la referida norma, razón por la cual no se le debió otorgar el carácter orgánico a la LOPJ.

En el caso concreto de la LOPJ, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esa ley mediante la decisión N° 1 del 23 de enero de 2014.

Uno de los criterios sostenidos por la Sala Constitucional para declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de la LOPJ, es por cuanto su objeto *se corresponde con el precepto constitucional según el cual el Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social*, aun cuando la ley coadyuve a la consolidación del orden económico socialista productivo.

Recuérdese que según el artículo 299 constitucional el régimen socioeconómico de la República debe seguir los principios de la libre competencia (libre mercado). Así, la consolidación del orden económico socialista productivo viola el régimen en referencia al tener por objeto estandarizar y limitar los márgenes de ganancia, cuestión que podría eliminar la economía privada de tratarse de una limitación que desmotive que las personas entren al mercado de su preferencia o que haciéndolo se les impida permanecer en éste.

Continúa la sentencia argumentando sobre el carácter constitucional de la LOPJ por cuanto a su decir, se protege el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de

calidad, así como en que las sanciones han sido previstas contra conductas que *alteran el normal funcionamiento de la actividad y estabilidad económica del Estado*. Estas conductas sancionables como ilícitos en la LOPJ, pueden afectar el derecho de las personas –según la Sala– a *obtener una vida digna y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales*, y por ello tanto la Superintendencia de Protección de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), como la ley, son instrumentos para lograr el cabal cumplimiento de los fines y cometidos del Estado.

Finaliza la Sala justificando el carácter orgánico de la ley bajo análisis afirmando que mediante esta ley se controla el desenvolvimiento de la economía y del sector comercial para mayor beneficio del pueblo venezolano.

Esa así como la Sala Constitucional otorgó el carácter orgánico a la ley bajo análisis atendiendo en primer lugar, a referencias inconstitucionales como es el referido orden económico socialista productivo; y en segundo lugar, sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados que poco demuestran el merecimiento de la mención de orgánica y por ende, la especial relevancia que obtiene dentro del sistema de jerarquía de las leyes y su posición preeminente frente a otros textos normativos, lo cual debe atender a criterios técnicos³ y no discrecionales sobre la base de razonamientos sin justificación real como sucede en el caso concreto.

III. CONTENIDO DE LA LOPJ

A continuación se indicará lo que en concreto regula la LOPJ, de modo de conocer su real y verdadero contenido. Al respecto, tenemos lo siguiente:

3 Ver sentencia N° 2573 de fecha 16 de octubre de 2002 (caso: *Ley Orgánica Contra la Corrupción*)

1. Objeto y fines

El artículo 1 define el objeto de la ley, el cual es determinar el precio justo de los bienes y servicios a través del análisis de las estructuras de costos, fijando para ello un porcentaje máximo de ganancia para la protección del ingreso de los ciudadanos y el salario de los trabajadores para la consolidación del orden económico socialista productivo.

Téngase en cuenta que la LOPJ deroga la mencionada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁴, y la Ley de Costos y Precios Justos⁵, por lo que en principio el objeto de la LOPJ unificaría el objeto de ambas leyes derogadas. Sin embargo, no sucede así pues –por ejemplo– no se regula el resarcimiento de daños sufridos por los ciudadanos por los prestadores de servicio o proveedores de bienes⁶.

Aun cuando la LOPJ afirma que tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades, ésta no contempla un elenco de normas tendentes a describir los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al acceso a los bienes y servicios, como sí lo hacía la derogada Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. Ley que en el título II de manera concreta regulaba precisamente los derechos a las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad.

Los fines han sido descritos en el artículo 3 de la LOPJ, en los que se vuelve a hacer énfasis a la consolidación del orden económico socialista consagrado en el Plan de la Patria, aun

4 Gaceta Oficial N° 39.358 del 01 de febrero de 2010.

5 Gaceta Oficial N° 39.715 del 18 de julio de 2011.

6 Si bien es cierto, que el numeral 3 del artículo 49 de la LOPJ prevé una sanción de multa por no resarcirse un daño sufrido por parte de un proveedor de bienes o servicios, la ley no establece ningún mecanismo de conciliación u otro procedimiento para el resarcimiento de los daños o la reposición de un bien defectuoso.

cuando vimos que ese orden económico es contrario a la Constitución. Además, el Plan de la Patria es un plan de gobierno cuya finalidad es establecer un modelo económico socialista como modelo único y excluyente, diferente a los principios que informan la constitución económica prevista en nuestra Carga Magna.

La cláusula del Estado Social de Derecho y Justicia contenida en el artículo 2 constitucional permite –de manera amplia– establecer cualquier sistema económico, mientras que el Plan de la Patria y el orden económico socialista al excluir de manera absoluta otro régimen económico contrarían la Constitución.

Es de hacer notar que las disposiciones de la ley son de orden público y, en consecuencia, irrenunciables. Salvo aquellas que sean de interés particular y que no afecten el interés colectivo (art. 4)⁷.

2. Ámbito subjetivo

Los sujetos a los cuales les aplica la LOPJ son las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades económicas en el país, incluidas las que se realizan a través de medios electrónicos (art. 2).

Los sujetos a los cuales les aplica la LOPJ deberán inscribirse y mantener sus datos actualizados en el Registro Único de Personas que Desarrollan Actividades Económicas (RUP-DAE) ante la SUNDDE. La inscripción es un requisito indispensable a los fines de poder realizar actividades económicas y comerciales en el país (art. 22).

⁷ Ello también lo establecía el artículo 2 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

Una vez que haya entrado en funcionamiento dicho registro, las personas naturales o jurídicas sujetos de aplicación de la ley, tendrán un lapso de 180 días para inscribirse (disposición transitoria octava). Desde el 31 de marzo de 2014, es posible inscribirse ante el RUPDAE en la página web de la SUNDDE⁸.

3. Asignación de divisas

Las divisas que sean asignadas serán estrictamente supervisadas y controladas para garantizar que cumplan el objeto para el que fueron otorgadas. Para tales efectos se deberá suscribir un contrato de fiel cumplimiento.

Para informar al consumidor que los bienes han sido adquiridos o producidos con divisas otorgadas por la República se deberá identificar esta circunstancia en las etiquetas (arts. 5 y 6).

Para gestionar la adquisición de divisas se deberá demostrar ante la SUNDDE el cumplimiento de los precios justos establecidos en la ley a los efectos de que se les otorgue el certificado correspondiente (art. 33).

4. Declaratoria de utilidad pública e interés social

Se declaran y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes y servicios requeridos para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios. Por tanto, el Ejecutivo Nacional podrá iniciar un procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administrativos. Pudiendo adoptar la ocupación temporal e incautación de bienes mientras dure el procedimiento expropiatorio (art. 7).

8 <http://rupdae.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/usuarios/login>

Téngase en cuenta, que al igual que sucedía con el artículo 6 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, se hace una declaratoria general sobre los bienes de propiedad privada que sean destinados a una actividad económica. De esa forma, la ley establece la expropiación como una sanción –al margen de lo establecido en el artículo 115 de la Constitución–, pues la expropiación se utilizará para sancionar ilícitos económicos y administrativos, en el que la apropiación anticipada se realizará sin intervención del juez y las consabidas garantías procesales que ello conlleva.

5. Órgano rector

Para el cumplimiento de la LOPJ se crea la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), como un órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera, adscrita a la Vicepresidencia Económica de Gobierno (art. 10).

Adicionalmente, se crea la Intendencia de Costos, Ganancias y Precios Justos que realizará: (i) el estudio, análisis, control, regulación y seguimiento de las estructuras de costos; (ii) determinará los precios justos en cualquiera de los eslabones de las cadenas de producción o importación, distribución y consumo desarrolladas y aplicadas en el país; y (iii) determinará las ganancias máximas de los sujetos objeto de la aplicación de la LOPJ (art. 15).

También se crea la Intendencia de Protección de los Derechos Socio Económicos, quien se encargará de: (i) las funciones de inspección, fiscalización e investigación establecidas en la LOPJ; y (ii) tramitar los procedimientos administrativos correspondientes e imponer las sanciones contempladas en la ley (art. 16).

6. Margen máximo de ganancia

El margen máximo de ganancia será establecido anualmente, atendiendo criterios científicos, por la SUNDDE, tomando en consideración las recomendaciones emanadas de los Ministerios del Poder Popular con competencia en las materias de Comercio, Industrias y Finanzas. En ningún caso, el margen de ganancia de cada actor de la cadena de comercialización excederá de treinta (30) puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio. A tales efectos, la SUNDDE podrá:

- a) Establecer la categorización de bienes y servicios, o de sujetos, pudiendo establecer distintos regímenes para bienes y servicios regulados, controlados o no y en beneficio y protección de las personas que acceden a estos (art. 25).
- b) Disponer de distintos regímenes de regulación, requisitos, condiciones, deberes o mecanismos de control, en función de las características propias de los bienes o servicios, del sector que los produce o comercializa, o a los que accedan las personas (art. 25 *in fine*).
- c) Establecer lineamientos para la planificación y determinación de los parámetros de referencia utilizados para fijar precios justos. Dichos lineamientos pueden tener carácter general, sectorial, particular o ser categorizados según las condiciones vinculantes o similares entre grupos de sujetos. (art. 26).
- d) Sobre la base de la información aportada por los sujetos de la LOPJ proceder a determinar el precio justo del bien o servicio, o efectuar su modificación en caso

de ser necesario, de oficio o a solicitud del interesado (art. 27)⁹.

- e) Cuando alguno de los sujetos regulados por la LOPJ deba incorporar nuevos bienes o servicios, en adición a aquellos que hubiere informado previamente a la SUNDDE.; deberá seguir el procedimiento que a tales fines establecerá ésta para la determinación del precio justo del bien o servicio, previo a su distribución y comercialización en el territorio nacional (art. 31).
- f) Determinar márgenes máximos de ganancia por sector, rubro, espacio geográfico, canal de comercialización, actividad económica o cualquier otro concepto que considere (art. 32).

7. Procedimiento de Inspección y Fiscalización

La ley regula un procedimiento de inspección y fiscalización en materia de precios y márgenes de ganancia, el cual podrá iniciar de oficio o previa denuncia y se llevará a cabo aún en ausencia del interesado o sus representantes.

En efecto, la ley en el artículo 35 contempla que la notificación podrá realizarse aun en ausencia del interesado o sus representantes. Incluso se contempla que la imposibilidad de efectuar la notificación, no impedirá la ejecución de la inspección ordenada, dejándose constancia por escrito de tal circunstancia y se entregará copia del acta y la notificación al que se encuentre en dicho lugar.

En toda inspección se levantará un acta que será suscrita por el funcionario actuante y las personas presentes en la inspección a cargo de las actividades o bienes objeto de la inspec-

9 Se debe destacar que en la actualidad la SUNDDE en su página web ya ha procedido a determinar y señalar el “precio justo” de algunos bienes (<http://www.superintendenciadepreciosjustos.gob.ve/?q=listas-de-precios>).

ción. Si se verificara que no existe violación a la ley se dará por concluido el procedimiento (arts. 37 y 38).

Dentro de las medidas preventivas previstas se encuentran: (i) el comiso; (ii) la ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad; (iii) el cierre temporal del establecimiento; (iv) la suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE; (v) el ajuste inmediato de los precios; y (vi) todas aquellas que sean necesarias para impedir la vulneración de los derechos de los ciudadanos (art. 39).

Sobre la medida de comiso, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 201 del 13 de febrero de 2014 (caso: *Moliendas Papelón, S.A.*), estableció que esa medida (prevista en el artículo 112 en la derogada Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, ahora establecido en el artículo 39 de la LOPJ) no viola las garantías establecidas en los artículos 49 (debido proceso) y 116 (prohibición de ejecutar confiscaciones de bienes) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El fundamento de la anterior afirmación, a juicio de la Sala, es que al tratarse de bienes de primera necesidad, el extinto Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS) tenía la atribución legal para llevar a cabo el comiso.

Las medidas se sustanciarán en cuaderno separado. La ejecución de las medidas se harán constar en actas y la oposición se realizará a los 5 días hábiles siguientes a aquél al que ha sido dictada la medida o ha sido notificada. La oposición deberá ser decidida a los 5 días hábiles siguientes a su realización (arts. 40 al 42).

8. Sanciones y Procedimiento Administrativo Sancionador

La ley contempla un elenco de sanciones que van desde las multas hasta penas de prisión. Las penas de multa están previstas en los artículos 49 al 51 y se impondrán por infracciones genéricas, expendio de alimentos o bienes vencidos y por la especulación.

Adicionalmente la SUNDDE podrá: (i) imponer la sanción de suspensión del RUPDAE (art. 50 in fine); (ii) ocupación temporal con intervención de almacenes, depósitos, industrias, comercios, transporte de bienes, por un lapso de hasta ciento ochenta (180) días; (iii) cierre temporal de almacenes, depósitos o establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes, por un lapso de hasta ciento ochenta (180) días; (iv) clausura de almacenes, depósitos y establecimientos dedicados al comercio, conservación, almacenamiento, producción o procesamiento de bienes; (v) confiscación de bienes; y (vi) revocatoria de licencias, permisos o autorizaciones, y de manera especial, los relacionados con el acceso a las divisas (art. 45).

Dentro de las sanciones que podrán imponerse además de las multas, se establecieron penas privativas de libertad por los siguientes delitos: (i) especulación; (ii) acaparamiento; (iii) boicot; (iv) contrabando de extracción; (v) usura; (vi) condicionamiento; (vii) importación de bienes nocivos para la salud; (viii) quienes alteren bienes y servicios; (ix) alteración fraudulenta; y (x) quienes realicen corrupción entre particulares (arts. 44 al 64).

De conformidad con el artículo 69 de la LOPJ el procedimiento administrativo sancionatorio iniciará cuando el sujeto sancionado manifieste su inconformidad, es decir, se contempla un control posterior a la sanción, pues el procedimiento

iniciará luego de impuesta ésta, disposición que es violatoria al derecho a la defensa.

Recuérdese que las garantías procedimentales a la defensa (derecho a la defensa) se encuentran previstas en el artículo 49 Constitucional. Ese principio y garantía de los ciudadanos consiste en que tienen derecho, entre otros, a conocer de los cargos que se le imputan previamente a la imposición de una sanción¹⁰.

Sin embargo, sobre el control posterior de sanciones, la Sala Político Administrativa, mediante sentencia N° 876 del 11 de junio de 2014 (caso: *Moliendas Papelón, S.A.*), reiteró el criterio establecido en la sentencia N° 763 del 28 de julio de 2010 (caso: *Alimentos Polar Comercial, C.A.*) según el cual, no se viola el derecho a la defensa y al debido proceso cuando se ejerce un control posterior y no previo a la aplicación de la sanción si se trata de sujetos y acciones susceptibles de atentar contra la seguridad alimentaria y el derecho a la vida de la colectividad (ambos conceptos jurídicos indeterminados).

El procedimiento sancionatorio consta de una audiencia de descargos en la que se levantará un acta mediante la cual se podrá dar por terminado el procedimiento si estimase que los hechos o circunstancia no revisten carácter ilícito o no le fueran imputables al presunto infractor (arts. 71 y 72).

En todo caso, la LOPJ establece que la aceptación de los hechos se tendrá como un atenuante y puede ser total o parcial. En caso que sea total se pondrá fin al procedimiento (arts. 73 y 74).

10 Para el profesor Rafael Badell conocer de los cargos, previamente, se trata de un principio autónomo denominado "principio de los cargos previos" (ver: Badell Madrid, Rafael y otros: Régimen de Control Fiscal. Cuadernos Jurídicos Badell&Grau, N° 4. Caracas, 1998, p. 212).

El lapso de evacuación de pruebas será de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente de la audiencia de descargos y podrá ser prorrogado por 10 días hábiles más. Luego de vencidos los lapsos de evacuación, la Administración podrá ordenar la preparación o evacuación de cualquier otra prueba (art. 75).

El lapso para dictar la decisión es de 10 días continuos, prorrogable por un lapso igual una vez vencido el lapso probatorio (art. 78).

IV. RECAPITULACIÓN

El contenido de la LOPJ al limitar el porcentaje máximo de ganancia y permitir que la SUNDDE fije el “precio justo” de bienes y servicios, limita de forma inconstitucional la libertad económica de las personas, pues desmotiva la entrada al mercado y desnaturaliza el sentido de la permanencia en éste. Limitaciones que desconocen el contenido esencial de ese derecho, las cuales se realizan sin haberse respetado la reserva legal ya que la LOPJ fue dictada en el marco de una Ley Habilitante.

La Sala Constitucional en la decisión N° 1 del 23 de enero de 2014, declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de esa ley atendiendo a que ésta ayuda a consolidar el orden económico socialista productivo, concepto éste que viola la constitución económica y el régimen socioeconómico de la República que debe seguir los principios de la libre competencia y no la estandarización de precios y márgenes de ganancia.

El objeto de la LOPJ es determinar el precio justo de los bienes y servicios y la determinación de un porcentaje máximo de ganancia, que no excederá de 30 puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio, para la supuesta pro-

tección de los ciudadanos y los trabajadores. Para ello se creó la SUNDDE, que es el órgano desconcentrado rector para la aplicación de la ley.

La ley va dirigida a todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que desarrollan actividades económicas en el país, quienes deberán inscribirse en el RUPDAE ante la página web de la SUNDDE dentro de los 180 días siguientes del 31 de marzo de 2014.

La LOPJ establece que la asignación de divisa será supervisada y controlada, para lo cual se deberá firmar un contrato de fiel cumplimiento y debe advertirse de ésta circunstancia en las etiquetas de los productos.

Al igual que el artículo 6 de la derogada Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, se contempla la expropiación como una sanción para quien cometa ilícitos económicos y administrativos.

La ley diseña un procedimiento de inspección y fiscalización en el que podrá realizarse aun en ausencia del interesado y en el que podrán dictarse las siguientes medidas preventivas: (i) el comiso; (ii) la ocupación temporal de los establecimientos o bienes indispensables para el desarrollo de la actividad; (iii) el cierre temporal del establecimiento; (iv) la suspensión temporal de licencias, permisos o autorizaciones emitidos por la SUNDDE; (v) el ajuste inmediato de los precios; y (vi) todas aquellas que sean necesarias para impedir la vulneración de los derechos de los ciudadanos.

La LOPJ establece sanciones que van desde las multas hasta penas de prisión, incluyendo la revocatoria de licencias, permisos y autorizaciones e incluso la suspensión del RUPDAE.

De conformidad con el artículo 69 de la LOPJ el procedimiento administrativo sancionatorio iniciará cuando el sujeto

sancionado manifieste su inconformidad, es decir, se establece un control posterior a la sanción, pues el procedimiento iniciará luego de impuesta ésta, disposición que es violatoria al derecho a la defensa, pues ese derecho y garantía consiste, entre otros aspectos, en conocer de los cargos que se imputan previamente a la imposición de una sanción.

DOCUMENTOS

CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD
en reunión presencial-virtual celebrada
desde Caracas el 10 de octubre de 2013

En cumplimiento del mandato recibido
por la XV Conferencia Iberoamericana
de Ministras y Ministros de Administración Pública
y Reforma del Estado
celebrada en Ciudad de Panamá
los días 27 y 28 de junio de 2013

PREÁMBULO

El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez.

Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los ordenamientos jurídicos nacionales establecen.

En el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. **La buena Administración Pública** es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el **quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.**

Desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano.

En lo que a esta Carta respecta, excepto en los casos en que los derechos estén circunscritos a los titulares de derechos políticos, el concepto de ciudadano se usará con alcance equivalente al de persona o habitante.

La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.

La buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad de este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida por el muy noble y superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.

La Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran

tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas. Una función que en este tiempo debe diseñarse desde las coordenadas de la participación social, tal y como se puso de relieve en la precedente Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública adoptada en Estoril el 1 de diciembre de 2009 por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a iniciativa precisamente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

En la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad.

El estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública está compuesto por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano. Derechos y deberes son expresiones de la naturaleza dinámica y activa que hoy el Estado Social y Democrático de Derecho demanda de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Todas las Constituciones Iberoamericanas hacen referencia, desde una perspectiva general, a los deberes de los ciudadanos a cumplir las leyes, a promover el bien común y a colaborar con los poderes públicos en aras de la consecución del interés general. Y en las principales leyes administrativas de la región encontramos referencias expresas a dichos deberes aplicados a la relación con la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo.

Por lo que se refiere a los principios sobre los que descansa el derecho fundamental de la persona a una buena Administración Pública, máxima expresión de la función de dignificación humana propia de los Poderes Públicos, es menester tener presente que todas las leyes administrativas que se han promulgado en Iberoamérica disponen de relevantes elencos y repertorios. Igualmente, muchos de los denominados derechos componentes del derecho fundamental a una buena Administración Pública están recogidos en las principales normas que regulan el régimen jurídico de la Administración Pública y el procedimiento administrativo en los diferentes países iberoamericanos.

Bajo las consideraciones enunciadas y asumiendo el contenido de las Cartas Iberoamericanas adoptadas a iniciativa del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo como son las de Función Pública, Gobierno Electrónico, Calidad en la Gestión Pública, de Participación Ciudadana en la Gestión Pública y el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, así como la presente Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en sus Relaciones con la Administración Pública, se entiende que la funcionalidad de los Gobiernos y Administraciones Públicas debe orientarse a la mejora constante y permanente de las condiciones de vida de las personas para que puedan ejercer en mejores condiciones todos sus derechos humanos.

La presente Carta está dividida en cinco capítulos. El primero se refiere a su finalidad: subrayar la dimensión jurídica de la posición del ciudadano en relación con la Administración Pública.

En el capítulo segundo se desarrollan los principios que están sobre la base de la obligación de buena administración de los poderes públicos. Las Cartas iberoamericanas de Participación Ciudadana y de Calidad de la Gestión Pública anteriormente citadas han sido valiosas referencias para la for-

mulación de dichos criterios rectores de una Administración Pública que debe caracterizarse por una estructura y actividad que haga posible el derecho fundamental de la persona a la buena administración.

El capítulo tercero atiende, según las modernas tendencias del Derecho Administrativo Global, a la definición del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y conjunto de sus derechos componentes.

En el capítulo cuarto, por obvias razones de equilibrio, a fin de ofrecer un panorama completo del estatuto del ciudadano, se recapitulan, de forma general, los principales deberes que tiene el ciudadano en el marco de sus relaciones con las Administraciones Públicas.

Finalmente, en el quinto capítulo se establece la protección procesal y administrativa del derecho fundamental a la buena administración y de sus derechos componentes, que es la propia de la protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de la persona.

La presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos.

CAPÍTULO PRIMERO: FINALIDAD DE LA CARTA

1. La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.

CAPÍTULO SEGUNDO: PRINCIPIOS

2. En el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico, la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana.

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales –incluyendo la inactividad u omisión– y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y faci-

litar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable.

3. El principio promocional de los poderes públicos se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana.
4. El principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales.
5. En virtud del principio de igualdad de trato, todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza.

Las Administraciones Públicas deberán realizar los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, especialmente a las personas con capacidades especiales o capacidades diferentes.

6. Principio de eficacia, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano

Las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública.

7. El principio de eficiencia obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general.
8. De acuerdo con el principio de economía, el funcionamiento de la Administración Pública estará guiado por el uso racional de los recursos públicos disponibles.

El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia.

9. En virtud del principio de responsabilidad la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

10. De acuerdo con el principio de evaluación permanente de la Administración Pública, ésta tenderá a adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas.
11. Principio de universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general con independencia de la ubicación geográfica de los ciudadanos y del momento en que estos precisen el uso de dichos servicios por parte de las Administraciones Públicas con presencia territorial.
12. Principio de ética, en cuya virtud todas las personas al servicio de la Administración pública deberán actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviéndose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular.
13. Principio de participación, en cuya virtud los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente, se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente.

De igual manera, la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.

14. Principio de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones de confidencialidad o interés general, que serán objeto de interpretación restrictiva.

Las autoridades procurarán dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada uno los países de la región, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.

15. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.

La Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.

16. En virtud del principio de proporcionalidad las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.

17. El principio de ejercicio normativo del poder significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general.
18. De acuerdo con el principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades y funcionarios, así como todas las personas al servicio de la Administración Pública, deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o en los que pueda existir conflicto de intereses según el ordenamiento jurídico correspondiente.
19. Principio de buena fe, en cuya virtud las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
20. De acuerdo con el principio de facilitación los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración Pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten.

En estos casos, el uso de las TICS facilita la tramitación de numerosos procedimientos y permite de forma puntual conocer en cada momento el estado de la tramitación así como solventar las dudas que puedan tener los interesados.

21. Principio de celeridad, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin.
22. Principio de transparencia y acceso a la información de interés general: el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración Pública deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de manera que éstos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva.

Las Autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las TICS a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas de acuerdo con los enunciados de la Carta iberoamericana del Gobierno Electrónico. Igualmente, se procurará potenciar el uso de estándares abiertos para facilitar la difusión y reutilización de la información pública o de interés general.

23. El principio de protección de la intimidad: las personas al servicio de la Administración Pública que manejen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos correspondientes, el tratamiento de los datos personales

con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.

24. El principio de debido proceso: las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

CAPITULO TERCERO:
EL DERECHO FUNDAMENTAL
A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y SUS DERECHOS DERIVADOS.

25. Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.

En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país.

26. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas: todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer.
27. Derecho a la tutela administrativa efectiva: durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Administración estará sometida plenamente a la Ley y al Dere-

cho y procurará evitar que el ciudadano interesado pueda encontrarse en situación de indefensión.

28. Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale. En este sentido, las Autoridades administrativas deberán resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos, los cuales a su vez deberán permitir una defensa jurídica adecuada de los ciudadanos, dando a conocer el tiempo máximo de resolución previsto, en el marco de los medios materiales y las dotaciones de personas con los que cuente en cada caso la Administración Pública.
29. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.

La forma de relación del ciudadano con la Administración Pública debe ser elegida por el propio ciudadano y facilitada por aquella. En caso de existir varias lenguas cooficiales en el país, se atenderá a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico correspondiente. En todo caso la Administración Pública deberá asegurar la disposición de los medios más adecuados para personas con discapacidad.

30. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país.

Los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos cuando éstos se encuentren a disposición de la Administración Pública. Las posibilidades de intercomunicación a través de las TICS de los registros de las distintas Admi-

nistraciones Públicas deben hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que obrando en su poder sean necesarios para que los ciudadanos tramiten sus solicitudes.

Cada Organismo o ente público deberá arbitrar los medios necesarios para, en tiempo y forma, atender a este derecho sin descuidar las otras responsabilidades que resulten indelegables por la naturaleza de las funciones cumplidas.

31. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
32. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.

Los ciudadanos tendrán derecho a participar, a tenor de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente.

33. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.

En observación en lo que dispone la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, los servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes.

34. Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la administración pública propiciará el uso de las TICS.
35. Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo.

Con independencia de las audiencias e informaciones públicas que estén previstas en el ordenamiento jurídico correspondiente, los ciudadanos interesados podrán formular las alegaciones que estimen pertinentes, siempre que estén convenientemente argumentadas, de acuerdo con el procedimiento administrativo.

36. Derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública. Los ciudadanos también tendrán derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la Administración Pública de acuerdo con los correspondientes ordenamientos jurídicos.

Los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones.

37. Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

Los ciudadanos podrán ser consultados periódicamente sobre su grado de satisfacción con los servicios que reciben de la Administración Pública, a través de encuestas, sondeos y demás instrumentos apropiados para ello.

38. Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos.

Se facilitará el ejercicio de este derecho mediante medios electrónicos a través de portales de transparencia y acceso a la información de interés general.

39. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.

Todo ciudadano, con el fin de iniciar un procedimiento administrativo o una determinada solicitud a la Administración Pública con todas las garantías, recibirá copia sellada de tal actuación ante las Administraciones Públicas. La copia sellada se le facilitará en medios físicos o electrónicos dependiendo del medio escogido para el inicio del procedimiento o realización de la solicitud.

40. Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general.

Los ciudadanos tienen derecho a que quienes laboran en las oficinas públicas de atención al ciudadano establecidas para tal fin les asesoren e informen cordialmente acerca de los trámites u otras cuestiones de interés general. En dichas oficinas debe haber organigramas de los entes públicos que pertenezcan al ámbito administrativo ya sea de forma material o virtual.

Los ciudadanos tienen el derecho a que en las resoluciones desfavorables consten los medios de impugnación que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, con expresa men-

ción de los plazos y consecuencias jurídicas de la interposición de tales reclamaciones o recursos.

41. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.

Toda persona tiene derecho a un trato digno por quienes laboran en las dependencias públicas.

Todo ciudadano que se encuentre en situación de pobreza, indefensión, debilidad manifiesta, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores tendrán derecho a recibir un trato especial y preferente, por parte de las autoridades, agentes y demás personal al servicio de la Administración Pública, quienes deben facilitarles todo lo posible para el acceso a las oficinas públicas, la orientación adecuada y los servicios que soliciten.

42. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.

Cuando se inicia un procedimiento administrativo, en la copia sellada que se entrega al ciudadano interesado se procurará hacer constar, por medios físicos o electrónicos según corresponda, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico respectivo, la identidad del servidor público responsable de la tramitación de dicho expediente, a quien el ciudadano podrá dirigirse en los horarios establecidos al efecto.

43. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.

El funcionario responsable de la tramitación del procedimiento estará a disposición del ciudadano interesado para informarle en cada momento de la situación del expediente administrativo, sea oralmente, por escrito o a través de las TICS.

44. Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.
45. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
46. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO CUARTO:

LOS DEBERES DEL CIUDADANO IBEROAMERICANO EN RELACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

47. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen, correlativamente con sus derechos, sendos deberes y obligaciones, que son, entre otros, los que se exponen en los siguientes preceptos
48. Lealtad. Los ciudadanos deberán acatar con lealtad la Constitución, las Leyes así como el entero ordenamiento jurídico con arreglo a las exigencias de un Estado de Derecho.

49. Buena fe. Los ciudadanos habrán de actuar siempre de acuerdo con el principio de buena fe, tanto en el uso de la información obtenida de la Administración Pública, la cual deberá ser utilizada con interés legítimo, como así también abstenerse del uso de maniobras dilatorias en todo procedimiento o actuación en relación con dicha Administración Pública.
50. Veracidad. Los ciudadanos tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la Administración Pública, evitando toda afirmación o aportación falsa o temeraria a sabiendas.
51. Responsabilidad. Los ciudadanos deben ejercer con la máxima responsabilidad los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen erogaciones innecesarias de los recursos del Estado.
52. Respeto y decoro. Los ciudadanos observarán en todo momento un trato respetuoso con las autoridades, funcionarios y con todo el personal al servicio de la Administración Pública.
53. Colaboración. Los ciudadanos deberán colaborar siempre y en todo momento al buen desarrollo de los procedimientos y actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria, reconociendo los costos establecidos para la atención demandada.

CAPÍTULO QUINTO:
PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL
A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Y LOS DERECHOS QUE LO COMPONEN

54. El derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

CÓDIGO IBEROAMERICANO DE BUEN GOBIERNO

Centro Latinoamericano
de Administración para el Desarrollo

PREÁMBULO

Los Gobiernos abajo firmantes, conscientes de la necesidad de acercar a representantes y representados y de la conveniencia de facilitar la unión de gobierno y ciudadanía en un proyecto mutuamente compartido de desarrollo y justicia, movidos por el deseo de promover gobiernos sostenidos por la confianza generalizada y el respeto a las instituciones democráticas, suscribimos este compromiso con la ciudadanía y los pueblos y nos comprometemos a implantarlo con pleno apego a los valores que lo sustentan.

El Código se inserta en dos tradiciones diversas aunque complementarias. Por una parte, es un peldaño más en la búsqueda de una ética universal que sea fruto de un consenso en los principios y valores básicos de la convivencia global, a saber: el respeto a la soberanía, al derecho internacional, la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, la tolerancia, la convivencia pacífica, la solidaridad y la cooperación; en suma, una ética que sea consecuencia de un diálogo de civilizaciones respetuoso de la pluralidad cultural y social de los diversos pueblos del planeta. Por otra parte, el Código se inserta en las tendencias universales promotoras de la construcción de códigos deontológicos o de conducta que guíen el ejercicio correcto de las diversas prácticas profesionales.

Los firmantes creemos que cualquier sociedad razonablemente ordenada y que busque la justicia como fundamento de

su convivencia debe respetar aquellos principios y valores que permiten a todos los afectados por las normas opinar, debatir, argumentar en condiciones de igualdad sobre las bases constitucionales de la convivencia, para impulsar desde el debate modelos de desarrollo que promuevan la participación ciudadana, la eliminación de la pobreza y de todo tipo de exclusión. Ello nos lleva a establecer como fundamento de este Código el principio de la dignidad de la persona humana y como valores esenciales de desarrollo los de la libertad y autonomía del ser humano y su esencial igualdad intrínseca. De ahí que, para garantizar estas opciones esenciales, sea preciso que un buen gobierno reconozca, respete y promueva todos los derechos humanos -civiles, políticos, sociales, culturales y económicos-, en su naturaleza interdependiente y universalidad.

Con este Código pretendemos contribuir a dignificar socialmente el servicio público y permitir a sus integrantes -autoridades y funcionarios- sentir el orgullo de realizar una labor esencial para su comunidad. En definitiva queremos que la actuación gubernamental consista en la práctica de la promoción del interés general, y se aleje del reprochable abuso de los recursos públicos para fines de interés partidista o particular.

En conclusión, a partir del compromiso adquirido con la ciudadanía y los pueblos, y de nuestro apoyo a los valores del pluralismo democrático, manifestamos de forma explícita lo siguiente:

Consideramos inaceptable:

1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción.
2. Un Gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones.
3. Un Gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos.

4. Un Gobierno irresponsable y que no rinda cuentas.

Por todo ello, establecemos las obligaciones y principios que se detallan a continuación.

I. FUNDAMENTOS

1. **Ámbito de aplicación.** Este Código será aplicable a los Presidentes de República, Vicepresidentes, Presidentes de Gobierno o de Consejo de Ministros, Primeros Ministros, Jefes de gabinete de ministros, ministros, secretarios de Estado o equivalentes, y, en general, todos los altos cargos del Poder Ejecutivo tales como viceministros, subsecretarios, directores de entes públicos o directores generales.
2. Los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son:
 - a. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.
 - b. La búsqueda permanente del interés general.
 - c. La aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos.
 - d. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.
3. Los valores que guiarán la acción del buen gobierno son, especialmente: Objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente.

4. Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.

Este Código, a partir de los principios y valores fundamentales reconocidos, se articula en tres tipos de reglas de conducta, las vinculadas a: la naturaleza democrática del gobierno, a la ética gubernamental y a la gestión pública.

II. REGLAS VINCULADAS A LA NATURALEZA DEMOCRÁTICA DEL GOBIERNO

El Poder Ejecutivo:

5. Promoverá, reconocerá y protegerá los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos y los pueblos, evitando toda actuación que pueda producir discriminación por razón de nacimiento, etnia, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana.
6. Perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y los pueblos, y sus decisiones y actuaciones se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.
7. Impulsará y garantizará el debate político con transparencia y los mecanismos de información y participación para el desarrollo de dicho debate.

8. Se someterá a la ley y al Derecho, y promoverá y respetará la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, colaborando activamente en sus actividades investigadoras.
9. Procurará que, en los casos en que corresponda, y en el ámbito de sus competencias, las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales sean ocupados por juristas de reconocida trayectoria, honestidad probada e independencia acreditada.
10. Promoverá, en virtud de su iniciativa legislativa, y en el ámbito de sus competencias, normas de financiamiento político que: garanticen la igualdad entre los participantes en elecciones, resguarden la independencia de sus decisiones en los cargos a los que acceden, limiten razonablemente los gastos de campaña, aseguren la transparencia de ingresos y gastos, sancionen equitativa y eficazmente los incumplimientos y protejan las actividades investigadoras de los órganos de control.
11. Respetará la independencia y asegurará los medios materiales, personales e informativos necesarios para que los tribunales y órganos electorales desempeñen eficaz e imparcialmente su función.
12. Asegurará la imparcialidad y objetividad de las actuaciones públicas y la profesionalidad de los empleados públicos, combatiendo, entre otras, las prácticas clientelares, nepotistas y patrimonialistas.
13. Promoverá la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre hombres y mujeres, y removerá los obstáculos que puedan dificultar la misma.
14. Combatirá la pobreza y la exclusión social y cultural.

15. Propiciará, en el ámbito de su iniciativa legislativa, el reconocimiento de los derechos ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, y promoverá acciones afirmativas para su logro.

III. REGLAS VINCULADAS A LA ÉTICA GUBERNAMENTAL

Los miembros del Poder Ejecutivo:

16. Evitarán el uso abusivo del poder, en especial los privilegios informativos, reguladores y competenciales para perseguir a personas, instituciones o empresas que actúen en el marco de la legalidad.
17. Se abstendrán de toda actividad privada que pueda constituir un conflicto de intereses con su cargo público, entendiéndose que existe conflicto cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que real o aparentemente, de acuerdo a criterios razonables, confluyan a la vez, o puedan confluir en el futuro, intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.
18. Se someterán a las condiciones y exigencias previstas para el resto de los ciudadanos en las operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos que realicen, sin propiciar ni admitir favoritismos.
19. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o jurídicas.
20. Rechazarán cualquier regalo, favor o servicio, personal o familiar, en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, puedan condicionar el desempeño de sus funciones.

21. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de esos cargos o su entorno familiar y social o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros, e impedirán el tráfico de influencias.
22. Se responsabilizarán políticamente en todo momento por las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente; y asumirán las responsabilidades ante los superiores y no las derivarán hacia los subordinados sin causa objetiva.
23. Ejercerán sus competencias de acuerdo a los principios de buena fe y dedicación al servicio público, absteniéndose no sólo de conductas contrarias a los mismos, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos que tuvieran encomendados.
24. Evitarán todo uso indebido de la información que conozcan por razón del cargo.
25. Se comprometerán a que el desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, o en asociaciones y fundaciones, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio eficaz e imparcial de sus funciones.

IV. REGLAS VINCULADAS A LA GESTIÓN PÚBLICA

Los miembros del Poder Ejecutivo:

26. Actuarán de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia y vigilarán siempre la

consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado.

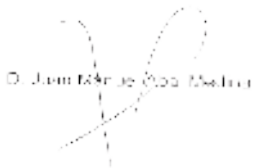
27. Garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.
28. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos y de los pueblos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las especificaciones que establezcan las leyes.
29. Serán accesibles, en el desempeño de sus cargos, a la ciudadanía y a los pueblos, y atenderán eficazmente y contestarán oportuna y fundadamente a todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que aquéllos realicen.
30. Procurarán, en el ejercicio de sus funciones, que su desempeño sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, para el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes.
31. Administrarán los recursos materiales y financieros del Estado con austeridad, evitando cualquier tipo de uso impropio.
32. Protegerán el patrimonio cultural y el medio ambiente en el marco de sus competencias.
33. Garantizarán la integridad, conservación y permanencia de los documentos y archivos oficiales, con el objeto de mantener la información esencial para el Estado y transmitirla a los posteriores responsables.

34. Promoverán la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos.
35. Fomentarán la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas, en condiciones de igualdad y razonabilidad.
36. Promoverán la evaluación permanente de sus políticas y programas para asegurar el rendimiento y la eficacia. También propiciarán una regulación que considere los impactos de las normas y la rendición de cuentas de acuerdo con la normativa de cada país.
37. Promoverán y garantizarán políticas y programas de carrera, capacitación y formación que contribuyan a la profesionalización de la administración pública.
38. Darán un trato adecuado, digno y respetuoso a los funcionarios y empleados públicos, involucrándoles en la definición y logro de los objetivos y resultados de la organización.
39. Promoverán una administración receptiva y accesible, y la utilización de un lenguaje administrativo claro y comprensible para todas las personas y los pueblos.
40. Garantizarán la protección de los datos personales, y la adecuada clasificación, registro y archivo de los documentos oficiales, reconociendo, además, el derecho de cada ciudadano a conocer y actualizar los datos personales que obren en poder del Estado.

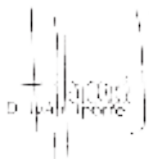
V. CUMPLIMIENTO DEL CÓDIGO

41. Los Gobiernos firmantes determinarán autónomamente la forma de incorporación a su práctica y derecho interno del contenido del presente Código.
42. Los Gobiernos firmantes se comprometen a efectuar un seguimiento permanente sobre el cumplimiento del Código para asegurar su eficacia; Por su parte, el Poder Ejecutivo desarrollará las actividades necesarias para promoverlo.

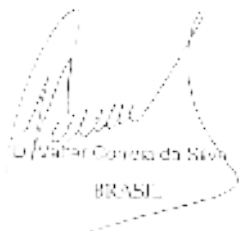
Montevideo, 23 de junio de 2006.



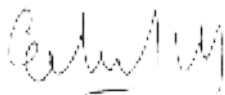
D. Juan María José Rodríguez
ARGENTINA



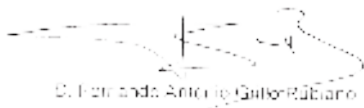
D. Juan Carlos
BOLIVIA



D. Walter Gonsaga da Silva
BRASIL



D. Kean
COSTA RICA



D. Fernando Antonio Gutiérrez
COLOMBIA



D. Kean
COSTA RICA



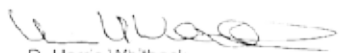
D. José Vaz Gutiérrez

CUBA



D. Francisco Javier Velázquez López

ESPAÑA



D. Harris Whitbeck

GUATEMALA



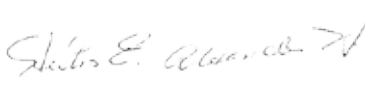
D. Ricardo Arias Brito

HONDURAS



D. Eduardo Romero Ramos

MÉXICO



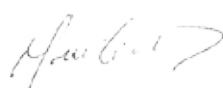
D. Héctor E. Alexander H.

PANAMÁ



D. Carlos Magués Goiburú Vera

PARAGUAY



Da. María Lila Iwasaki Cauti

PERÚ



D. Manuel Ramón Ventura Camejo

REPÚBLICA DOMINICANA



D. Miguel Ángel Tonda

URUGUAY



Da. Cecilia Guerra

VENEZUELA

ÍNDICE

Estudios

“FORMA Y TIEMPO” DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE INVESTIGACIÓN

Serviliano Abache Carvajal..... 13

- I. La forma de las potestades administrativas 15
- II. La forma de la potestad de investigación fiscal..... 25
- III. El tiempo de las potestades administrativas
y de la potestad de investigación fiscal..... 32
- IV. El tiempo para dictar el Acta Fiscal..... 36

SOBRE EL RANGO DEL DECRETO N° 525 MEDIANTE EL CUAL SE DICTA EL REGLAMENTO GENERAL DE ALIMENTOS

Miguel Angel Basile Urizar 47

- Introducción..... 49
- 1. Sobre el contexto histórico en el cual se dictó el RGA 51
- 2. Sobre el fundamento a partir del cual se dictó el RGA 56
- 3. Sobre el criterio jurisprudencial según el cual
se podría afirmar que el RGA cumple
con las garantías constitucionales 63
- 4. Conclusión..... 72

“INCLUSO POR DESVIACIÓN DE PODER”. NOTAS ACERCA DE LOS ORÍGENES DE UNA PARTE DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Carlos García Soto 75

- Introducción..... 77
- I. La fórmula del artículo 83.2 de la Ley
de 27 de diciembre de 1956, reguladora
de la jurisdicción contencioso-administrativa

	de España: “Incluso la desviación de poder” y su reiteración en otras normas	79
II.	La fórmula del artículo 206 de la Constitución de 1961: “Incluso por desviación de poder” y su reiteración en la Constitución de 1999	87
	Conclusión.....	97

LA EDUCACIÓN EN VENEZUELA COMO DERECHO DE LIBERTAD Y COMO DERECHO PRESTACIONAL

Carlos Eduardo Herrera M. 99

I.	Introducción.....	101
II.	El contenido del derecho a la educación.....	102
III.	El derecho a la educación en la legislación venezolana	105
IV.	La Administración y la actividad educativa en Venezuela	109
V.	A manera de conclusiones	119

ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer 123

I.	Introducción: Un mundo de influencias recíprocas en el que aún no ha arraigado la tolerancia	125
II.	El uso de sustancias estupefacientes en los actos de culto (decisión del TEDH “Alida María Fränklin-beentjes y Ceflu-Luz Da Floresta c. Holanda, 6 de mayo de 2014)	129
III.	Persecución por el cambio de religión, denegación de asilo y riesgo de malos tratos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “N.K.C. Francia”, 19 de marzo de 2014)	140

Actualidad

NOTAS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE PRECIOS JUSTOS

<i>Carlos Reverón Boulton</i>	155
Introducción.....	157
II. Cácter orgánico de la ley	158
III. Contenido de La LOPJ	160
IV. Recapitulación	170

Documentos

CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<i>CLAD</i>	175
Preámbulo	175
Capítulo Primero: Finalidad de la Carta	181
Capítulo Segundo: Principios	181
Capítulo Tercero: El derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados.	188
Capítulo cuarto: Los deberes del ciudadano iberoamericano en relación con las Administraciones Públicas.....	194
Capítulo Quinto: Protección procesal del derecho fundamental a la buena Administración Pública y los derechos que lo componen	196

CÓDIGO IBEROAMERICANO DE BUEN GOBIERNO

<i>CLAD</i>	197
Preámbulo	197
I. Fundamentos	199
II. Reglas vinculadas a la naturaleza democrática del gobierno	200
III. Reglas vinculadas a la ética gubernamental	202
IV. Reglas vinculadas a la gestión pública	203
V. Cumplimiento del Código	206

