

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

21

JULIO - DICIEMBRE

2020

www.cidep.com.ve

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Una publicación del
Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)

Número 21
Julio – Diciembre 2020
Segunda etapa

Caracas, 2021

Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a (i) estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, (ii) la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y (iii) la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 21. Julio – Diciembre 2020

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-21>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 20-12-2021

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav (SEGUNDA ETAPA); redav.com.ve (PRIMERA ETAPA)

TWITTER: @redav2012

ISSN de la segunda etapa: EN TRÁMITE

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 1.
 - A.
 - a.
 - a'.
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

LA CREACIÓN DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA: UN CASO DE DERECHO ADMINISTRATIVO ANTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, José Ignacio Hernández G. 9

Introducción	9
I. La creación del Banco Central de Venezuela: la intervención de la administración económica sin Derecho Administrativo.....	11
II. La sentencia de la Corte Federal y de Casación y la formación histórica del Derecho Administrativo.....	21

LAS AYUDAS PÚBLICAS COMO ALTERACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA, Jesús Villegas 29

Introducción	29
I. La Constitución Económica.....	31
II. Las ayudas públicas.....	35
III. Las ayudas públicas en el derecho comunitario.....	44
IV. Las ayudas públicas y los contenidos de la actividad administrativa.....	49
V. La naturaleza jurídica de la actividad de concesión de ayudas públicas.....	55
VI. Dos casos de estudio sobre las ayudas públicas y la alteración a la libre competencia.....	58
Conclusión	62

LA SUPERVISIÓN DE LA CALIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR VENEZOLANA Y SU CENTRALIDAD EN LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CLÁSICO, Aghner Florez Quiñones 65

Introducción	65
I. La intervención pública en la economía del conocimiento	70
II. La actividad administrativa de supervisión de la calidad de la educación superior venezolana	77
III. La garantía de supervisión administrativa de la calidad en la educación superior como estímulo a la reforma del Derecho Administrativo Clásico	86
Conclusiones y recomendaciones.....	89

LA OBEDIENCIA DEBIDA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Gabriel Sira Santana 91

Introducción	91
I. Los criterios de la Sala Constitucional.....	98
II. Los criterios de la Sala Político-Administrativa.....	101

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA DEMOCRACIA Y LA REPRESENTACIÓN EN EL SISTEMA ELECTORAL VENEZOLANO, Leonel Alfonso Ferrer Urdaneta107

Introducción 107

I. De la personalización del sufragio y la representación proporcional como bases del sistema electoral 110

II. Constitucionalidad del sistema electoral instituido en la LOPE122

III. Objetivación de la idea democrática.....126

IV. El sistema electoral en la LOPE.....136

V. Casos de estudio..... 141

Conclusiones157

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PLATAFORMAS COSTA AFUERA, Daniel Gaiteiro López.....161

Introducción161

I. Las plataformas costa afuera 164

II. La naturaleza y evolución jurídica de las plataformas costa afuera 174

III. El régimen de las plataformas costa afuera en Venezuela180

IV. El régimen de las plataformas costa afuera en el extranjero..... 189

Conclusiones 206

La creación del Banco Central de Venezuela: Un caso de Derecho Administrativo antes del Derecho Administrativo

José Ignacio HERNÁNDEZ G*

REDAV, N° 21, 2020, pp. 9-28

Resumen: La creación del Banco Central de Venezuela en 1939 creó un nuevo problema en el Derecho venezolano: el surgimiento de la intervención administrativa económica sin Derecho Administrativo, es decir, sin reglas especiales para regular la novedosa intervención administrativa en las políticas monetarias. La Corte Federal y de Casación, en sentencia de 20-12-1940, resolvió ese problema con una interpretación progresiva de la Constitución económica de 1936 pero en el marco del Derecho Civil. En ese momento, el Derecho Administrativo no era más que un conjunto de leyes especiales, pero no un conjunto de reglas exorbitantes aplicables a la Administración Pública. La Corte solo estableció esas reglas en 1944. Por lo tanto, la creación del Banco Central es un caso notable de Derecho Administrativo antes del Derecho Administrativo.

Palabras clave: Banco Central de Venezuela – Constitución Económica – Derecho Administrativo Económico.

Abstract: *The creation of the Venezuelan Central Bank in 1939 resulted in a new problem in the Venezuelan Law: the emergence of the economic administrative intervention without Administrative Law, that is, without special rules to regulate the novel administrative intervention in monetary policies. The Federal and Cassation Court, in the ruling dated 12-20-1940, solved that problem with a progressive interpretation of the economic Constitution of 1936 but within the Civil Law framework. At that time, the Administrative Law was nothing more than a set of special laws, but not a set of exorbitant rules applicable to the Public Administration. The Court only developed those rules in 1944. Therefore, the creation of the Central Bank is a remarkable Administrative Law case before the Administrative Law.*

Keywords: *Venezuelan Central Bank – Economic Constitution – Economic Administrative Law.*

Recibido

02-11-2021

Aceptado

09-12-2021

Introducción

El 08-09-1939 el entonces Congreso de los Estados Unidos de Venezuela promulgó la Ley del Banco de Venezuela. Entre otras

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado en la Universidad Castilla-La Mancha. Fellow en la Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard.

innovaciones, la Ley estableció la competencia exclusiva y excluyente del Banco de Central de Venezuela (BCV) de emitir moneda, una actividad que hasta entonces era atendida por la libre iniciativa privada¹. La Ley fue cuestionada ante la Corte Federal y de Casación, la cual desestimó la demanda en sentencia de 20-12-1940².

Ochenta años después de esa sentencia interesa analizar este caso judicial desde un prisma particular: un caso de Derecho Administrativo *antes* del surgimiento del Derecho Administrativo como sistema. En efecto, el motivo de fondo de la impugnación en contra de la Ley de 1939 fue el despliegue de la intervención administrativa en la economía orientada a *nacionalizar* la emisión de moneda, actividad que hasta entonces era atendida por el ámbito privado. Bajo la teoría general del Derecho Administrativo venezolano actual, la Ley se corresponde con una forma típica de intervención del Estado en la economía a través de un ente descentralizado especial, el BCV. Empero, para 1940, no existía un sistema de Derecho Administrativo que permitiese encuadrar esa intervención pública dentro de un sistema jurídico especial. Tal sistema solo surgiría después, a partir de un fallo de la propia Corte de 1944, lo que daría lugar, a inicios de la década de los sesenta, a la formación del sistema de Derecho Administrativo.

Por ello, la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 20-12-1940, resolvió un caso de Derecho Administrativo a pesar de que, para ese entonces, no existía un sistema de Derecho Administrativo venezolano³.

¹ Sobre la creación del Instituto Emisor, véase la obra en dos volúmenes *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela*, de la Colección Económico Financiera-Serie Histórica del Banco Central de Venezuela, Caracas, 1996. Especialmente, nos remitimos al prólogo preparado por Manuel R. Egaña, y que aparece en el *Tomo I*, pp. 5 y ss. Asimismo, sobre la génesis y evolución del BCV, con referencias a la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolana, véanse nuestros anteriores trabajos, en colaboración con Carlos Hernández Delfino: "El Banco Central de Venezuela", en *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XX. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, EJV-UMA, Caracas, 2006, pp. 287 y ss., y "Reflexiones sobre el régimen de la autonomía del Banco Central de Venezuela", en *Temas actuales de Derecho Bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 333 y ss.

² El texto de la sentencia se toma de la *memoria* del Banco Central de Venezuela, correspondiente al año 1940.

³ La expresión Derecho Administrativo se emplea aquí de acuerdo a su sentido luego de 1944, esto es, como el conjunto de reglas exorbitantes del Derecho Civil ajustadas a las potestades administrativas. En 1939 había un Derecho Administrativo pero entendido, simplemente, como el estudio exegético de las leyes administrativas que aplicaban junto con el Derecho Civil. Por ello, cuando aludimos a un caso de Derecho Administrativo antes del Derecho Administrativo, queremos reflejar la creación de técnicas coactivas de intervención pública en la economía sin reglas especiales ajustadas a las prerrogativas de la Administración Pública.

I. La creación del Banco Central de Venezuela: la intervención de la administración económica sin Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo venezolano ha prestado atención a la Ley del Banco Central de Venezuela de 1939 y la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 20-12-1940, dentro de la teoría general de la descentralización administrativa funcional. En efecto, la creación del BCV generó en su momento –y sigue generando ahora– dudas en torno a su naturaleza jurídica, y en especial, en cuanto a su posible encuadramiento dentro de la Administración Pública. Estas dudas se basaron en la forma jurídica adoptada inicialmente, o sea, la sociedad mercantil de capital mixto. En su evolución posterior, el capital social fue adquirido totalmente por el Estado, y luego, con la reforma de 1992, se cambió la naturaleza jurídica, de sociedad mercantil a un ente de Derecho Público de naturaleza jurídica única, como lo ratifica la Constitución de 1999⁴.

El interés de este artículo, sin embargo, no reside en la naturaleza jurídica del BCV, sino en la naturaleza de las funciones que a éste asignó la Ley de 1939. En todo caso, la naturaleza de las funciones está en cierto modo influenciada por la naturaleza mercantil con la cual el Banco fue creado, en tanto ello generó dudas sobre la naturaleza privada o pública de las funciones ejercidas por el Banco, uno de los aspectos tratados en la sentencia de 1940.

Para explicar esta arista de Derecho Administrativo, en todo caso, debemos analizar primero, en sus aspectos generales, las principales normas de la Ley del BCV que regularon la emisión monetaria y el régimen de transición aplicable a las emisiones que, hasta ese momento, realizaban las instituciones bancarias privadas, todo lo cual planteó interesantes problemas desde el Derecho Privado.

1. La centralización de la emisión monetaria y su incidencia en las emisiones privadas. ¿Un caso de Derecho Civil o Derecho Administrativo?

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 1939, el Banco Central de Venezuela fue creado con “*forma de compañía anónima*”, acotándose que “*el Gobierno Nacional suscribirá siempre la mitad del capital del Banco. La otra mitad se ofrecerá a suscripción del público*”. El Ejecutivo

⁴ Véase, por ejemplo, de Allan R. Brewer-Carías, la Comunicación N° 1165 de 19-11-1971, suscrita en su condición de Presidente de la Comisión de Administración Pública, editada en *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, Tomo I*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, pp. 611 y ss. En general, en cuanto a las primeras discusiones en torno a la naturaleza del Banco Central, vid. Crazut, Ramón, *El Banco Central de Venezuela. Notas sobre su historia y evolución 1940-1980*, Colección de Estudios Económicos, Banco Central de Venezuela, Caracas, 1980, pp. 72 y ss.

Nacional (artículos 22 y 24) controlaba la designación del presidente del Banco y de cuatro de sus ocho directores. Esto es, que el Banco fue creado como una sociedad mercantil, figura regulada en el Derecho Mercantil para la realización de actos de comercio. Empero, las funciones asignadas al Banco (artículo 2) excedían de los actos de comercio.

En efecto, la norma clave en este sentido es el numeral 1 del citado artículo 2, que asignó al Banco la función de *“centralizar la emisión de billetes, estableciendo un sistema uniforme de circulación en el país”*. La *“centralización”* de la emisión de billetes –entiéndase, de la moneda– implicó además la función de *“regular la circulación monetaria, procurando ajustarla, en todo momento a las legítimas necesidades del mercado nacional”*. El citado artículo 2, igualmente, asignó funciones que no se correspondían con el acto de comercio, como *“centralizar las reservas monetarias del país y vigilar y regular el comercio de oro y de divisas”* (numeral 4); vigilar *“el valor de la unidad monetaria, tanto en su poder adquisitivo interior como en su relación con las monedas extranjeras”* (numeral 5) y *“vigilar y regular el crédito e interés bancarios y promover la liquidez y el buen funcionamiento de los Bancos”* (numeral 6). Otras funciones previstas en el artículo sí correspondían con la noción de acto de comercio, en especial, participar en operaciones de redescuento (numeral 3) y *“efectuar las operaciones bancarias que sean compatibles con su naturaleza de Banco Central y con las limitaciones que se establecen en la presente Ley”* (numeral 10, y con mayor detalle, artículo 47).

La primera de las atribuciones señaladas –*“centralizar la emisión de billetes, estableciendo un sistema uniforme de circulación en el país”*– implicó atribuir al Banco, según el artículo 50:

...el derecho exclusivo de emitir y poner en circulación billetes en todo el territorio de la República. Ni el Gobierno, ni los otros Bancos del país, ni ninguna otra institución privada o pública, cualquiera que sea su naturaleza, podrán emitir billetes u otros documentos que tengan carácter de moneda o puedan circular como tal.

Esto quiere decir que la Ley asignó al BCV, con carácter exclusivo, la emisión de dinero. La expresión *“documentos que tengan carácter de moneda”*, precisamente, enfatizó que desde el punto de vista legal los billetes emitidos por el Banco tenían la atribución jurídica de extinguir obligaciones dinerarias, como lo precisó el artículo 52. Esto es, que los billetes emitidos en exclusividad por el BCV tenían –de acuerdo con la Ley de 1939– poder liberatorio, siendo por ello *“moneda de curso legal”*⁵.

⁵ En general, para el régimen jurídico del dinero en Venezuela, vid. Brewer-Carías, Allan, *“Aspectos del régimen jurídico de la moneda”*, en *Revista de Derecho Público*, N° 13, Caracas, 1983, pp. 5 y ss., y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Ariel, Caracas, 1995, pp. 560 y ss.

Para ese momento, los billetes –a diferencia de la moneda⁶– eran emitidos por bancos privados, como parte de su giro o tráfico mercantil, en ejercicio de la libertad de empresa, o como entonces se le conocía, la libertad de industria y comercio. Con lo cual, la Ley de 1939 suprimió el derecho de emisión de billetes (o emisión monetaria) de los bancos privados, asignando ese derecho, en exclusividad, al BCV. Conviene analizar, jurídicamente, las principales implicaciones de esa decisión.

Haciendo abstracción de la peculiar naturaleza económica de la emisión monetaria⁷, hasta la Ley de 1939, esa actividad podía ser libremente emprendida por la iniciativa privada, en especial, en ejercicio de su derecho de libertad de empresa e incluso, propiedad privada. Esta actividad se sometía a las restricciones legales dictadas en materia bancaria, pero era una actividad propia del giro o tráfico de la iniciativa privada, y en concreto, de las seis instituciones bancarias que emitían billetes. Por ello, la Ley de 1939 suprimió el derecho de la iniciativa económica privada a llevar a cabo una específica actividad, derecho que fue asumido, exclusivamente, por el BCV. La supresión del derecho de emitir billetes, además, resultó de inmediata aplicación, con lo cual no solo afectó a las emisiones futuras sino también al inventario, el cual fue cedido al Banco Central para asegurar que solo circularan los billetes por éste emitidos⁸.

Es importante aclarar que, en una interpretación literal y racional de la Ley, las instituciones bancarias privadas no tenían la opción de decidir si cedían o no el inventario. Antes por el contrario, esa cesión fue coactiva, al disponer el citado artículo 86 que al empezar el BCV sus operaciones, “tomará a su cargo las actuales emisiones de los Bancos, las

⁶ Para ese momento había que diferenciar entre monedas y billetes, como instrumentos de pago. Las monedas estaban reguladas por la Ley de 1918 y su acuñación era privativa del Estado, mientras que los billetes se regularon en la Ley de Bancos de 1936, como parte del giro o tráfico de los bancos. La Ley de 1939 incidió en la emisión de billetes, que fue centralizada en el BCV. Luego, en general, la expresión “emisión monetaria”, a partir de 1939, aludió a la emisión de títulos que tengan el carácter legal de dinero (sea que se trate de monedas o billetes). La expresión moneda comenzó a confundirse con la expresión jurídica de dinero, como se desprende del artículo 50 citado, lo que se tradujo en el uso de la expresión “papel moneda” (en contraposición a la moneda acuñada).

⁷ La creación del Banco Central de Venezuela en 1939, prevista en el *Programa de Febrero* como parte de los esfuerzos de modernización del país, se enmarcó en los cambios que, a nivel mundial, comenzaron a generarse en torno a las políticas macroeconómicas, en buena medida, impulsadas por la Gran Depresión, como se explica en los artículos citados en la primera nota al pie. Con lo cual, la centralización de la emisión monetaria en el BCV, en la Ley de 1939, respondió a estos cambios. Véase en especial a Hernández Delfino, Carlos, “La creación del Banco Central de Venezuela”, *Revista Tiempo y Espacio. Dossier. Venezuela en el siglo XX desde la transdisciplinariedad*, Caracas, 2020, pp. 68 y ss.

⁸ Véase en general a Hernández Delfino, Carlos, “La creación del Banco Central de Venezuela”, cit., pp. 101 y ss.

cuales deberán ser canjeadas dentro de un plazo de cinco años” (destacado nuestro). A esos efectos, el artículo 87 dispuso que el BCV extendería líneas de crédito no mayores a cinco años, por el monto de las emisiones privadas *menos* el monto de la reserva en oro que garantizaba esas emisiones, reserva que debía ser entregada al BCV.

Esto es, que el BCV tenía el deber de adquirir el inventario de billetes emitidos y las instituciones privadas tenían el deber de ceder ese inventario. La cesión no respondía al acuerdo de voluntades sino a la aplicación de la Ley. En todo caso, el párrafo primero del artículo 87 permitió al BCV y a las instituciones bancarias negociar las condiciones de las líneas de crédito, pero no decidir sobre si esas líneas se extenderían o no, pues el citado artículo 86 dispuso que el BCV “*tomará a su cargo*” las emisiones (y no “podrá tomar a su cargo”), mientras que el artículo 87 estableció que el BCV “*abrirá sendos créditos a los Bancos Emisores*” (y no “podrá abrir sendos créditos”). El propósito de esa regulación era garantizar la centralización de la emisión monetaria, lo que pasaba por sustituir las emisiones privadas por aquellas del BCV, para lo cual el artículo 91 permitió al BCV emitir los billetes que serían canjeados con las emisiones privadas en el lapso máximo de cinco años, transcurrido el cual, los únicos billetes en circulación debían ser los del BCV.

Es por ello que, tanto literal como racionalmente, la interpretación de la Ley era que la cesión del inventario de emisiones, la extensión de las líneas de crédito y la cesión del oro en reserva, eran actos jurídicos que debían ser cumplidos forzosamente en ejecución de la Ley. En tal sentido, como las emisiones constituían un pasivo para los bancos emisores privados respaldado por el oro, la Ley dispuso la cesión forzosa de esos créditos y el oro que lo respaldaba. Como el monto del pasivo en emisiones podía ser inferior al oro, entonces, se dispuso que el saldo remanente sería pagado al BCV con líneas de crédito.

La libertad de contratos solo permitía a los bancos y al BCV negociar los términos y condiciones de esas operaciones, pero no así la decisión sobre si se cedían o no las emisiones y su respaldo, pues se insiste, se trataba de operaciones coactivas. Empero, el Banco Venezolano de Crédito consideró que la Ley no establecía el deber de ceder las emisiones, el oro en reserva y de suscribir la línea de crédito, a resultas de lo cual se negó a participar en esos actos jurídicos. Por el contrario, todos esos actos solo podían responder al libre acuerdo de voluntades, en especial, por cuanto ellos implicaban la cesión de activos de propiedad privada, como las reservas de oro. El debate fue finalmente resuelto por Sala de Casación en sentencia de 1947, que avaló la interpretación del Banco Venezolano de Crédito, considerando que las disposiciones legales comentadas establecían el marco jurídico para la celebración de contratos basados en el libre acuerdo de las partes, pues la interpretación contraria (la naturaleza forzosa o coactiva de los actos regulados en la Ley)

implicaría una indebida intromisión en la libertad de contratos pero en especial, en la propiedad, pues la cesión equivaldría a una expropiación contraria a la Constitución⁹.

Aun cuando el estudio del fondo de este caso excede de los límites de este artículo, interesa destacar que la interpretación de la Sala de Casación demostraba la contradicción entre los principios civilistas y liberales del derecho venezolano para ese momento, y el cambio que introdujo la Ley, al regular una forma novedosa de intervención del Estado en la economía. Bajo el prisma del Derecho Privado y la protección de la libertad de contratos y la propiedad privada, la interpretación de la Sala era, sin duda, la adecuada: la Ley debía ser interpretada en el sentido más favorable a la libertad de empresa, y por ende, debía considerarse que todos los actos regulados en la Ley eran negocios jurídicos que dependían de la voluntad de las partes, en tanto resultaba inadmisibles justificar la intervención pública para imponer deberes en cabeza de los operadores económicos privados. Para ese momento, el concepto de orden público era negativo: la Ley podía limitar el ejercicio de la libertad económica, incluyendo la libertad de contratos, pero en modo alguno podía imponer deberes de actuación.

Sin embargo, si valoramos la Ley bajo el prisma del orden público positivo y del Derecho Administrativo que se formaría en las décadas siguientes, resultaba claro que el propósito de la Ley había sido suprimir coactivamente el derecho de los operadores económicos privados a emitir billetes, derecho que se atribuyó exclusivamente a una sociedad mercantil controlada por el Estado. Ello operó de manera inmediata, incluso para las emisiones en curso, pues solo ello permitía centralizar la emisión en el BCV. Para implementar esa decisión, la Ley dispuso la cesión forzosa de las emisiones (pasivo de los bancos privados) y del oro de respaldo (que era propiedad de los bancos, aun cuando limitada a su función monetaria).

Los bancos que emprendieron la emisión de billetes, lo hicieron como una decisión autónoma y libre, empleando para ello recursos de su propiedad, en especial, el oro. La emisión era, para los bancos privados, una actividad auxiliar a la actividad de intermediación bancaria, pero en todo caso, una actividad voluntariamente ejercida, aun cuando las emisiones constituían pasivos, que estaban respaldados para garantizar el derecho a la libre convertibilidad. El cese de esa actividad, bajo el orden público negativo, debía ser resultado de una decisión autónoma, en especial, para la cesión del pasivo y del activo de respaldo. Pero la Ley de 1939 dispuso la cesión coactiva o forzosa. El prisma para analizar ese cambio, por ello, no era el Derecho Civil –como alegó exitosamente el

⁹ Hernández Delfino, Carlos, "La creación del Banco Central de Venezuela", cit., p. 106.

Banco Venezolano de Crédito– sino el Derecho Administrativo, pero con una particularidad: ese Derecho Administrativo no existía en la Venezuela de 1940.

2. Análisis de la Ley del Banco Central de Venezuela desde el Derecho Administrativo venezolano moderno

Es importante explicar las consecuencias jurídicas de la Ley del Banco Central de Venezuela de acuerdo con las instituciones del Derecho Administrativo venezolano moderno. Se trata de un ejercicio académico, pero que resulta inadecuado desde una perspectiva histórica, pues los operadores jurídicos, en 1939, no disponían de las herramientas que brinda ese Derecho Administrativo, que solo se formó décadas después. Por ello, como analizamos en la sección siguiente, esos operadores –el Gobierno Nacional, las instituciones bancarias privadas y la Corte– se enfrentaron a una realidad totalmente nueva, para la cual el Derecho venezolano de entonces no ofrecía respuesta adecuada.

Frente a la iniciativa privada, la Ley generó tres consecuencias: **(i)** la supresión del derecho de emitir billetes; **(ii)** la asignación de ese derecho, en condiciones de exclusividad, al BCV, y **(iii)** la cesión coactiva de las emisiones privadas, junto con la adquisición coactiva del oro de reserva. En especial, estas tres consecuencias respondieron a las funciones encomendadas por Ley a una sociedad mercantil –el Banco– cuya gestión respondía a mandatos derivados de la Ley, la cual además confirió al Poder Ejecutivo el control sobre la designación del presidente del Banco y de cuatro de esos ocho directores. El rol de la iniciativa privada, por ello, pasó de la gestión directa de la emisión monetaria, al ejercicio de derechos de accionista en la correspondiente asamblea, pero de acuerdo con los derechos preferentes asignados al Poder Ejecutivo, como representante de la República, que debía mantener siempre la propiedad de la mitad del capital social.

Para 1939, no existía en Venezuela ninguna referencia práctica que permitiese comprender el alcance de esas tres consecuencias jurídicas, y del rol asignado al Poder Ejecutivo. Para ese entonces, la intervención del Estado en la economía todavía estaba marcada por principios liberales del orden público negativo, de acuerdo con los cuales la gestión de actividades económicas debía ser asumida por la libre iniciativa privada bajo operaciones regidas por el Derecho Mercantil. La centralización del Estado adelantada a inicios de siglo llevó a la expansión de la intervención pública regulando actividades económicas, pero la gestión económica de estas actividades era tarea propia del sector privado (salvo las dos primeras empresas públicas creadas hacia el final del gomecismo)¹⁰.

¹⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, Cámara de Comercio de Valencia, EJV, Caracas, 1980, pp. 29 y ss.

Estos principios comenzarían a ceder, precisamente, en 1939, cuando el Estado decidió ampliar su intervención sobre la economía. Pero, en todo caso, para cuando la Ley del Banco Central de Venezuela fue dictada, no existía en Venezuela ningún antecedente que permitiese comprender el alcance de las tres consecuencias señaladas ni la naturaleza de las funciones del BCV¹¹.

Encuadrar esta Ley dentro del Derecho Administrativo tampoco resultaba posible, pues para ese momento, el Derecho Administrativo, como sistema jurídico, no existía propiamente como tal. En efecto, para entonces, tan solo existía un conjunto de leyes administrativas, y los comentarios de la doctrina especializada, que eran principalmente comentarios exegéticos, o sea, análisis más bien descriptivos de las leyes administrativas dictadas. La Ley del Banco Central de Venezuela, por ello, podía ser analizada exegéticamente, pero no era posible enmarcar las funciones reguladas por la Ley de 1939 en un sistema de Derecho Administrativo, o en la teoría general de la actividad administrativa, simplemente, pues para entonces, no existía ese cuerpo doctrina que, como tal, solo surgió décadas después, con la pionera obra de Allan R. Brewer-Carías y de Eloy Lares Martínez¹².

Para analizar la Ley de 1939 bajo el prisma del Derecho Administrativo moderno, es preciso repasar un principio básico: como regla, el ejercicio de actividades económicas puede ser libremente asumido por la iniciativa privada, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley, cuya implementación se confía a la Administración Pública, en lo que se conoce como Derecho Administrativo Económico. La excepción a ese principio es la *reserva*, o sea, la decisión del Estado por la cual asume para sí el ejercicio de determinada actividad, que queda excluida de la libre iniciativa privada. La gestión privada de esa actividad solo es posible si la Administración Pública concede ese derecho, en lo que se conoce como "concesión administrativa". Pero es posible que la actividad reservada solo pueda ser gestionada por el Estado, típicamente, a través de entes administrativos, como empresas públicas. Es importante advertir

¹¹ El modelo económico venezolano, o sea, las reglas jurídicas que regulan el intercambio de bienes y servicios, los derechos derivados de la libertad de empresa y propiedad privada, y el rol del Estado en la economía, fue civilista y liberal hasta 1939. Desde ese momento el Estado comenzó a intervenir ampliamente en la economía, no solo para limitar el ejercicio de la libertad de empresa sino además, para gestionar directamente actividades económicas, todo lo cual marcó el tránsito del orden público negativo al orden público positivo. Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresas y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, pp. 56 y ss.

¹² Véase nuestro análisis histórico sobre los orígenes del Derecho Administrativo en Hernández G., José Ignacio, "Una mirada al Derecho Administrativo en el centenario de su enseñanza", en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009. Tomo I*, UCV, Centro de Estudios de Derecho Público, FUNEDA, Caracas, 2011, pp. 38 y ss.

que la reserva debe ser expresa en la Ley, y no debe confundirse con la competencia para regular determinada actividad económica. Esa competencia permite al Estado limitar el ejercicio de la libertad de empresa, a través de la potestad administrativa de ordenación y limitación, pero no permite asumir la titularidad de la actividad, y mucho menos, extinguir el derecho a realizar la actividad. Ello solo puede ser consecuencia de la reserva.

Para 1939 la emisión de títulos con el carácter jurídico de dinero se sometía a dos regímenes jurídicos. La emisión de monedas, de acuerdo con la Ley de 1918, era privativo del Estado, o sea, era una actividad reservada. Pero la emisión de billetes era una actividad que podía ser emprendida por la iniciativa privada previa autorización administrativa, conforme a la Ley de Bancos de 1936, de lo cual podría deducirse que no se trataba de una actividad reservada al Estado. Este marco jurídico es consistente con la actividad administrativa de ordenación y limitación a través de la técnica autorizatoria, así regulada en el artículo 24 de esa Ley. El rol del Estado, por ello, era limitar el ejercicio de la libertad económica y la propiedad privada de las instituciones bancarias que decidiesen emitir billetes, como específica manifestación de la actividad administrativa de supervisión bancaria¹³, tal y como también se desprende de la Constitución de 1936¹⁴. El Estado, a través de la Administración Pública, podía ordenar y limitar el ejercicio de esa actividad con restricciones cónsonas con el orden público negativo, por ejemplo, con autorizaciones o restricciones a la emisión, en la incipiente supervisión bancaria que había comenzado a construirse bajo el régimen de Gómez. Pero en

¹³ La otra interpretación es que la emisión de billetes era una actividad exclusiva del Estado quien podía conceder discrecionalmente su ejercicio a la iniciativa privada mediante la concesión administrativa, que bajo el moderno Derecho Administrativo, es una técnica de intervención distinta a la autorización (Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, EJV, Caracas, 2006, pp. 345 y ss.). No parece ser ésa la interpretación que se desprende de la Ley de Bancos de 1936, que más bien reguló la competencia del Poder Nacional de legislar sobre el dinero, en concreto, regulando la emisión privada de billetes como actividades de libre ejercicio, a través de la técnica de la autorización y la supervisión. Véase en general a Bello, Crisanto, "Oro y Billetes: BCV contra BCV", en *Venezuela siglo XX. Visiones y testimonios*, Fundación Empresas Polar, Caracas, 2000, pp. 273-295.

¹⁴ El numeral 4 del artículo 77 de la Constitución de 1936 estableció la competencia del Poder Legislativo de "*legislar sobre la moneda nacional, fijando su tipo, valor, ley, peso y acuñación, y acerca de la admisión y circulación de la moneda extranjera; pero en ningún caso, ni por ningún motivo, podrá decretarse ni autorizarse la circulación de billetes de banco, no respaldados por el encaje o reserva metálica, determinado por la ley, ni de valor alguno representado en papel, pues se mantendrá siempre el patrón de oro*". Nótese que el rol del Estado era autorizar la emisión de billetes, lo que es cónsono con la tesis según la cual esa emisión era una actividad de libre ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley dictada de acuerdo con ese numeral, como lo hizo la Ley de Bancos de 1936. Como veremos, en la sentencia comentada, la Sala ensayó otra interpretación.

cualquier caso, la emisión de billetes no era una actividad reservada en exclusiva al Estado.

Hoy día, por ello, la Ley del Banco Central de Venezuela puede ser encuadrada en una técnica de intervención administrativa muy conocida, a saber, la *nacionalización*. En realidad, la nacionalización es más bien una política pública que es resultado de dos técnicas de intervención, a saber, la *reserva* y la *expropiación*. La reserva es el acto a través del cual Estado, por medio de una Ley, suprime el derecho de la libre iniciativa privada a realizar determinada actividad, derecho que es trasladado al Estado. Esa reserva admite diversos grados. El grado más intenso es aquel en el cual el Estado asume, de manera exclusiva y excluyente, el ejercicio de la actividad económica, lo que implica la exclusión absoluta de la libre iniciativa privada. En esos casos, la actividad pasa a ser gestionada en exclusiva por el Estado a través de la actividad de gestión económica y mediante empresas del Estado. Cuando la reserva es exclusiva y afecta a actividades que son realizadas por la libre iniciativa privada –las llamadas reservas sucesivas– el Estado adquiere coactivamente los bienes a través de los cuales la libre iniciativa privada gestionada esa actividad, bienes que ahora pasan a ser gestionados por el Estado. Esa adquisición forzosa es, así, la expropiación de los bienes anejos a la actividad económica que es reservada (expropiación cuya ejecución puede ser, en todo caso, voluntaria). Esto implica, por ello, el pago de la justa indemnización expropiatoria¹⁵.

Este es el esquema conceptual a través del cual, por ejemplo, se condujo la llamada nacionalización petrolera. Así, las actividades de exploración, producción y comercialización de hidrocarburos, gestionadas por la iniciativa privada por medio de concesiones, fue asumida con carácter exclusivo y excluyente por el Estado, lo que dio lugar a la actividad de gestión económica a cargo de empresas del Estado. Para ello, la Ley dispuso la adquisición de los bienes propiedad de las empresas privadas, los cuales fueron transferidos a las empresas del Estado. Sin embargo, cuando en la década de los setenta se ejecutó esta nacionalización, ya existía un sólido sistema de Derecho Administrativo que no solo permitió encuadrar conceptualmente a esta nacionalización sino que, además, facilitó la implementación de garantías jurídicas de la iniciativa privada, en especial, en cuanto a la protección de la propiedad privada a través de la indemnización, y el derecho al debido proceso.

Nada de ello existía en 1939. Por el contrario, la Ley del Banco Central de Venezuela tuvo un efecto disruptivo en el Derecho económico venezolano, que de un sistema predominantemente privado, basado en la libre autonomía, pasó a ser un *sistema mixto*, en el cual el Estado

¹⁵ Nos remitidos a las referencias bibliográficas contenidas en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit.

intervino para suprimir derechos económicos privados, asumir en exclusividad actividades económicas, y acordar la adquisición forzosa de la propiedad privada. Esta disrupción fue incluso mayor, al ser implementada por una sociedad mercantil –el Banco Central– en tanto las sociedades mercantiles solo realizaban actos de comercio¹⁶.

Con vimos, en la disputa privada con el Banco Venezolano de Crédito, la ausencia de un marco jurídico de Derecho Administrativo llevó a concluir que la Ley no había reservado la actividad de emisión ni dispuesto la expropiación o adquisición coactiva del oro en reserva, sino que por el contrario había fijado las reglas para que el BCV y las instituciones bancarias privadas decidiesen, autónomamente, si se cedían las emisiones privadas y el oro, y si se suscribían los contratos de crédito. Esto es, que lo que hoy día sería considerado como la nacionalización de la actividad de emisión de monedas, fue interpretado como un conjunto de negocios privados basados en la libre autonomía de las partes¹⁷.

¹⁶ A partir de 1939, según conclusión generalizada de la doctrina venezolana, el modelo económico pasó a ser mixto, pues junto a las instituciones de Derecho Civil basadas en el orden público negativo, surgieron instituciones de Derecho Administrativo basadas en el orden público positivo. En especial, véase a Brewer-Carías, Allan, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo II*, UCV, Caracas, 1979, pp. 1140 y ss. En ese mismo libro, véanse los trabajos de Carrillo Batalla, Tomás, “El sistema económico constitucional venezolano”, y Mayobre, José Antonio, “Derechos económicos”. En general, puede verse también a Meier, Henrique, “Fundamento constitucional de la actividad económica del Estado Venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 22, Caracas, 1976, pp. 173 y ss. Las críticas a esta posición en De León, Ignacio, “Análisis positivo del sistema constitucional económico venezolano”, en *SUMMA, Libro Homenaje a la Procuraduría General de la República*, Caracas, 1998, p. 303.

¹⁷ La expropiación es, antes que nada, una restricción a la libertad general y a la propiedad privada, que además, puede aparejar el derecho a una indemnización, incluso, en caso de medidas de efecto expropiatorio derivadas de Leyes, lo que se conoce como “Leyes expropiatorias”. Pero la compensación es una consecuencia de la medida expropiatoria, y no un elemento que califica a esta medida. De esa manera, si se interpreta la Ley de 1939 como una regulación coactiva que suprimió el derecho a emitir billetes y dispuso la cesión coactiva de la propiedad sobre el oro, entonces, debe concluirse que esa Ley dispuso medidas de efecto expropiatorio. No corresponde a este trabajo analizar el derecho a la indemnización, lo que dependía en todo caso de la existencia de un daño, o sea, una aminoración patrimonial. Una primera conclusión debe considerar que la medida afectó pasivos y activos, incluso, previéndose el pago de la diferencia por el BCV, con lo cual contablemente, la medida parecería tener un efecto patrimonial neto. Pero incluso siendo ello así, lo cierto es que se trató de una medida de efectos expropiatorios, en especial, pues la propiedad del oro –limitada, ciertamente, por su función económica de respaldo, pero propiedad privada en fin– fue transferida coactivamente por decisión de la Ley (aun cuando, como vimos, en el litigio civil del Banco Venezolano de Crédito, no se le dio esa interpretación, pues la Ley fue interpretada a la

II. La sentencia de la Corte Federal y de Casación y la formación histórica del Derecho Administrativo

La Corte Federal y de Casación se enfrentó a importantes problemas de interpretación al resolver, en sentencia de 20-12-1940, la nulidad de la Ley del Banco Central de Venezuela. Entonces, como se explicó, no existía en Venezuela un sistema de Derecho Administrativo que permitiese encuadrar conceptualmente la intervención del Estado en la emisión de moneda. Se trató, por ello, de un caso de Derecho Administrativo antes del surgimiento del Derecho Administrativo como sistema.

1. La interpretación de la Constitución económica y la construcción jurisprudencial del sistema de economía mixta

Las cuestiones de constitucionalidad sometidas a la consideración de la Corte partían de la naturaleza del BCV como sociedad mercantil, ante lo cual se alegó que la República no precisaba de una Ley para crear, mediante contrato, tal sociedad. En realidad, la República –representada por el Presidente– no podía crear mediante contrato de sociedad al Banco Central, pues carecería de competencia para ello. Era preciso que el Poder Legislativo, mediante Ley, dispusiera de la creación de tal sociedad para cumplir las funciones propias de la banca central.

Con lo cual, la creación del BCV no respondía al contrato de sociedad, como sucede con las sociedades mercantiles, sino a la decisión del Poder Legislativo, quien creó a tal Banco y además, confió a la “Comisión Organizadora del Banco Central de Venezuela” la ejecución de los actos necesarios para la efectiva constitución de tal sociedad. De acuerdo con la sentencia, *“si la Administración debe celebrar contratos para realizar el fin supremo de la Ley, tales contratos son secuela forzosa del acto legislativo, cumplimiento de la Ley”*. No se trató, así, de la celebración de un contrato de interés general que el Poder Ejecutivo somete al control del Poder Legislativo, ni mucho menos de un contrato suscrito por voluntad del Poder Legislativo, usurpando competencias propias del Ejecutivo. En realidad, el Poder Legislativo actuó en el ámbito de sus funciones para legislar la economía, a cuyo efecto dispuso la creación del Banco Central, bajo la forma de sociedad mercantil. Pero no se trató de una sociedad creada por decisión propia del Poder Ejecutivo en ejercicio de su iniciativa pública directa, sino de una sociedad creada por Ley.

De acuerdo al Derecho Administrativo de 1939, la tensión era en todo caso evidente. Así, para entonces ya se había admitido que el Poder Ejecutivo nacional podía, voluntariamente, crear empresas de Estado, o sea, sociedades mercantiles cuyo capital social le pertenece, al menos, mayoritariamente. Pero ello es resultado de una decisión voluntaria del

luz del orden público negativo, aspecto que en todo caso no tratamos en detalle aquí).

Poder Ejecutivo, extensión de su gestión económica directa, que también le permite –voluntariamente– contratar con terceros. Ciertos contratos se someten al control parlamentario, pero en tal caso corresponde al Poder Legislativo controlar, no ejercer derechos contractuales de la República, al ser ello una actividad privativa del Poder Ejecutivo.

Ya existían, en todo caso, dos antecedentes. Así, en 1928 se habían creado, por Ley, dos empresas públicas bajo forma societaria, a saber, el Banco Agrícola y Pecuario y el Banco Obrero¹⁸. Pero tales empresas realizaban actos de comercio, no funciones públicas como el BCV. En todo caso, la particularidad de la creación de sociedades mediante Ley fue cuestionada pues la creación de esa sociedad respondió a la voluntad del legislador, no del Ejecutivo.

La Corte consideró que la Ley de 1939 había dispuesto la creación de una sociedad mercantil, para lo cual era necesario celebrar los correspondientes actos corporativos, que no respondían entonces a la voluntad del Poder Ejecutivo sino a la voluntad del Legislador. Es comprensible, por ello, que tal decisión haya sido cuestionada al considerar que, en suma, la gestión económica directa ejercida por medio del BCV no había respondido a la función administrativa propia del Poder Ejecutivo, sino a la decisión del Legislador. Tiempo después la doctrina venezolana acuñó la expresión “sociedades creadas por Ley” para describir, precisamente, el peculiar caso de sociedades mercantiles creadas por disposición de la Ley y no por voluntad del Ejecutivo. Pero en 1939 esta era una situación poco tratada, en especial, por las especiales funciones asignadas al BCV¹⁹.

Estas mismas razones llevaron a cuestionar la potestad regulatoria del BCV, por ejemplo, en materia de circulación monetaria. Tal regulación –se alegó– es competencia del Poder Legislativo y en modo alguno podía ser dictada por una sociedad mercantil. Aquí la Corte pronunció una de sus principales conclusiones:

Y conviene subrayar que el Banco Central no es de naturaleza privada. Adviértase que, de acuerdo con la Ley, su capital ha de ser suministrado no sólo por el público sino también por el Gobierno Nacional. Adviértase, además, que el Gobierno Nacional no puede enajenar sino las acciones que tenga que suscribir por no haberlo hecho el público. Bien se ve que un Banco privado es de una organización completamente diversa.

Para ese momento, tal conclusión era poco comprensible. El BCV era, por disposición de la Ley, una sociedad mercantil, más en concreto, una compañía anónima cuyos actos, por ende, deben reputarse como

¹⁸ Hernández G., José Ignacio, “La formación de la Administración Pública venezolana bajo el régimen de Juan Vicente Gómez”, en *Revista de Derecho Público*, N° 159/160, Caracas, 2019, pp. 79 y ss.

¹⁹ Brewer-Carías, Allan *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa*, EJV, Caracas, 1991, pp. 120 y ss.

actos de comercio. Para entonces, la poca experiencia con empresas del Estado acreditaba que las sociedades bajo control del Estado ejercían actividad comercial. Pero en este caso, una compañía anónima ejercía funciones de regulación. La justificación dada por la Corte fue que el capital social de tal compañía es suscrito por el Estado, pero ello nada dice sobre la atribución de potestades públicas a una sociedad mercantil.

Lo que no pudo resolver la Corte, pues no había para entonces el marco teórico, era que el BCV, ciertamente, no era de naturaleza privada, y no solo por la participación accionarial del Estado –circunstancia en la cual participan las empresas públicas– sino en especial, por la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, y que excedían del acto de comercio, al orientarse a materializar el principio de centralización de las reservas monetarias del país. Al interpretar esa centralización, la Corte contradice su propia conclusión, pues observa que tal centralización no es imperativa sino consensual, o sea, basada en la autonomía de la voluntad de las partes:

Es evidente que el Banco para cumplir este objeto no ha de practicar sino las operaciones y negocios requeridos por el movimiento comercial e industrial y de relaciones civiles de la República, no pudiendo concebirse ninguna presión ni actuación que sea incompatible con el consentimiento básico de las respectivas convenciones y contratos. Y claro que la característica de convencional que, de consiguiente, ha de ostentar y realizar la centralización, obra ésta continua y compleja, por cinco años, excluye toda idea, o mejor, toda posibilidad de expropiación, y de embargo, y, naturalmente, toda actividad que no se compadezca con el respeto constitucional del derecho de propiedad en Venezuela.

Esta será, como vimos, la misma interpretación adoptada en la disputa con el Banco Venezolano de Crédito. En realidad, para 1939, la Corte no podía haber llegado a otra conclusión, pues como vimos, la expropiación solo se justificaba mediante Decreto dictado en relación con bienes anejos a obras de utilidad pública, pero no para que el Estado asumiese, coactivamente, la emisión monetaria a partir de la centralización. Incluso, no deja de haber cierta contradicción entre el principio de centralización y el pretendido carácter consensual de las operaciones para llevarla a cabo, pues de haber sido ese el caso, en suma, la centralización –pilar de la Ley– hubiese dependido de la voluntad de los bancos que para entonces emitían moneda, quienes han podido negarse a la cesión correspondiente, todo lo cual hubiese implicado mantener la emisión privada y descentralizada, imposibilitando de esa manera cumplir con el principio de centralización.

Tampoco es consistente con la tesis contractual de la centralización, el reconocimiento de potestades de regulación que no fueron consideradas violatorias a la libertad de industria, pues a decir de la sentencia, la actuación del Banco era derivación de tal libertad. Con lo cual, la Corte consideró que debido a su forma mercantil, las actividades a cargo del

Banco Central eran resultado del derecho que permite emprender actividades económicas. Sin embargo, en tanto el Estado era accionista de al menos la mitad del capital social, el Banco Central también reflejaba la intervención pública en la economía:

Observa, además, el Tribunal que, a pesar de que el liberalismo económico, en el orden jurídico nacional, es, fundamentalmente, el sistema que preside en la economía general, ésta se resiente, sin embargo, de contraproducentes resultados, por lo cual la previsión administrativa ha tenido que abrirle paso dentro del constitucionalismo nacional, a la intervención del Estado para contrarrestar, en lo posible, la crisis económica que refleja en el país la convulsión reinante en los antiguos continentes.

Lo que la Corte denomina “liberalismo económico” era la economía de mercado, basado en el postulado conforme al cual el intercambio de bienes y servicios corresponde a la libre iniciativa económica privada, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley para restringir, de manera excepcional, conductas consideradas contrarias al orden público, típicamente en relaciones contractuales. Pero la sentencia advierte que el Estado también puede intervenir en los agregados económicos, esto es, con la macroeconomía, en especial, en lo que respecta a la oferta de dinero, o sea, la emisión monetaria. Esa intervención económica estaba reflejada en la Constitución de 1936, cuyas cláusulas económicas (artículo 32) reconocían incipientes títulos habilitantes para intervenir en la economía. En especial, al establecer las competencias del Poder Legislativo, el artículo 77, numeral 4, dispuso lo siguiente:

Legislar sobre la moneda nacional, fijando su tipo, valor, ley, peso y acuñación, y acerca de la admisión y circulación de la moneda extranjera; pero en ningún caso, ni por ningún motivo, podrá decretarse ni autorizarse la circulación de billetes de banco, no respaldados por el encaje o reserva metálica, determinado por la ley, ni de valor alguno representado en papel, pues se mantendrá siempre el patrón de oro.

No obstante, debe reconocerse que la Constitución de 1936 solo estableció el título para habilitar la intervención pública a través de la Ley llamada a regular la moneda nacional, incluyendo la circulación de “billetes de banco” cuya emisión solo podía autorizarse mediante respaldo por el encaje o reserva metálica, preservando el patrón de oro. Pero en modo alguno la Constitución establecía que la emisión de tales billetes podía ser asumida exclusivamente por el Estado, tal y como dispuso la Ley al crear al BCV.

Esta intervención, sin embargo, fue justificada por la Corte sobre la base de una interpretación flexible de la Constitución económica, que no se limitó a su texto escrito sino a la interpretación de los principios generales plasmados en la Constitución económica de acuerdo con la realidad socioeconómica del momento. A esos efectos, la Corte asumió la interpretación constitucional del concepto de moneda metálica y papel moneda, aclarando que éste también tiene poder liberatorio

ilimitado, todo lo cual convierte al papel moneda en “moneda nacional”. De acuerdo con la Corte:

De las ideas económicas reinantes se deduce que el billete de Banco no es un comprobante de obligación privada del instituto emisor en favor del tenedor. En la hipótesis contraria, la garantía, que sería la pignoratícia, no existiría civilmente. El billete de Banco es, ciertamente, un medio de pago, una moneda. El Banco emisor cumple una autorización del Poder Público al efectuar la emisión, poniendo esta moneda a la orden de los ciudadanos, bien que con ello asuma a su vez el Banco el carácter de deudor de los tenedores a los efectos de la conversión de los billetes.

No es el Derecho positivo constitucional el que lleva a la Corte a formular esta conclusión, sino las “ideas económicas reinantes”. A partir de allí, la Corte concluye que como la circulación de billetes de banco debe ser autorizada por el Estado, la emisión de esos billetes es una función privativa del Estado, que eventualmente puede ser delegada a instituciones bancarias. En tanto función privativa del Estado, éste no solo puede modificar las autorizaciones emitidas de acuerdo con la Ley de Bancos, sino que también puede el Estado, mediante Ley “*establecer una forma especial para hacer cesar la emisión de los Bancos privados y convertir los billetes por ellos emitidos en otros billetes que reproduzcan la función de servir de medios de pago con una garantía metálica*”.

A estos efectos, es fundamental el uso del concepto jurídico dinero como medio de pago de obligaciones. La moneda no es un título valor, pues de ser ése el caso, no se justificaría su respaldo, que la Corte interpretó como una garantía pignoratícia. La moneda, por el contrario, es un título jurídico que permite extinguir obligaciones pecuniarias, esto es, un medio de pago, todo lo cual, a juicio de la Corte, implicaba que la emisión monetaria era una función propia del Estado.

Con lo cual, la creación del Banco Central, con la correspondiente extinción de las emisiones privadas y su centralización en el Estado, es una operación lícita “*supeditada al interés nacional en pro del desarrollo del crédito nacional*”. Frente a los tenedores, esta operación no supone un cambio esencial, en tanto preservan su derecho de conversión de los billetes que poseen, mientras que los bancos privados pueden ceder su inventario al Banco Central:

...y éste le acredita a aquél en su cuenta de crédito el correspondiente haber que en plata o níquel saca de su caja para recoger los billetes. Esta misma cuenta de crédito demuestra que no hay razón para imaginarse una confiscación en provecho del Banco Central, con el despojo de los derechos garantizados por la Constitución a los bancos emisores.

En resumen, la Corte creó jurisprudencialmente el sistema de economía mixta, en el sentido que justificó la intervención del Estado para asumir el monopolio de la emisión de papel moneda y su regulación como moneda de pago, como resultado de las “*ideas económicas*”

reinantes" que justificaban tal intervención "en pro del desarrollo del crédito nacional".

2. La intervención administrativa en la economía al margen del Derecho Administrativo

La sentencia comentada es un ejemplo de interpretación progresiva de la Constitución para justificar la intervención administrativa en la economía, en especial, en lo que respecta a las competencias monetarias del BCV. Sin embargo, la Corte no se ocupó de fijar las reglas –sustantivas y formales– de actuación del Banco Central, cuya conducta más bien fue encuadrada dentro del Derecho Mercantil como derivación de la libertad de industria.

Tal conclusión, en 1939, era inevitable, pues entonces no existía un sistema de Derecho Administrativo definido como el conjunto de reglas exorbitantes del Derecho Civil en el cual la Administración ejerce potestades administrativas sujetas a reglas procedimentales especiales. En todo caso, la emisión monetaria y su regulación no eran, en la Ley de 1939, actividades comerciales, ni era ésa la intención de la Ley. No deja de haber cierta contradicción entre el reconocimiento de potestades reglamentarias del Banco Central por la Corte y la conclusión según la cual éste ejerce la libertad de industria, o sea, la libertad económica que también permitió a las instituciones bancarias privadas emitir papel moneda bajo autorización del Estado.

A esa conclusión colaboró la creación del Banco Central como una sociedad mercantil. De nuevo, en 1939, no era posible otra solución, pues el Derecho venezolano no reconocía personas jurídicas distintas a las formas reguladas en el Derecho Privado y, en especial, en el Derecho Mercantil. En realidad, la creación de personas jurídicas con forma de Derecho Público, como los institutos autónomos, solo surgiría tiempo después²⁰. De hecho, como vimos, en 1928 se habían creado, por Ley, dos empresas públicas bajo forma societaria, a saber, el Banco Agrícola y Pecuario y el Banco Obrero. Pero mientras esas sociedades no realizaban funciones públicas en monopolio, el Banco Central de Venezuela sí ejercía, en monopolio, funciones públicas.

Lo cierto es que el Derecho Privado aplicable a la forma societaria del Banco Central era insuficiente para regular adecuadamente las potestades asignadas al Banco Central, en especial, en lo que respecta a la garantía de los derechos de terceros, particularmente las instituciones bancarias. Basta la lectura del artículo 2 de la Ley de 1939 para comprobar cómo las competencias del BCV no se limitaban a actos de comercio, pues incluían auténticas potestades, como la centralización de la

²⁰ Caballero Ortiz, Jesús, *Los institutos autónomos*, FUNEDA-EJV, Caracas, 1995, pp. 86 y ss., y Garrido Rovira, Juan, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, EJV, Caracas, 1984, pp. 39 y ss.

emisión, la regulación del crédito y la regulación del encaje legal. Estas actividades no podían ser reconducidas a la libertad de industria, en tanto ellas implicaban el ejercicio de potestades de ordenación e intervención sobre el sector privado, potestades que no encontraban en el Derecho Privado un adecuado marco jurídico.

La Corte no se detuvo en este aspecto, pues se limitó a asumir la interpretación progresiva de la Constitución económica a los fines de justificar la creación del Banco Central y sus funciones en torno a la emisión monetaria, pero siempre partiendo de su forma jurídica de Derecho Privado. Incluso, puede sostenerse que la Corte entendió que la intervención del Estado en la economía se materializaba, precisamente, a través de esa forma jurídica privada en tanto el Estado debía ser el propietario de la mitad del capital social.

Que la otra mitad del Banco Central de Venezuela fuese de capital privado, así, reflejaba precisamente el sistema de economía mixta, al permitirse que el sector privado participara como accionista, pero sin que ello afectase el control del Poder Ejecutivo Nacional, quien controlaba la designación del presidente del Banco y de cuatro de sus ocho directores. El reconocimiento de la inversión privada en el capital de una sociedad a cargo de funciones públicas también evidencia la inexistencia de un sistema de Derecho Administrativo.

Asimismo, la interpretación de la Corte según la cual la cesión del inventario de emisiones de las instituciones bancarias privadas respondía a un contrato y no a un deber impuesto por la Ley, reflejó la inexistencia de un sistema de Derecho Administrativo. Ya explicamos que tanto el contenido como el propósito de la Ley permitían concluir que esa cesión era coactiva, pues solo ello permitía cumplir con el monopolio o centralización. Pero ese carácter coactivo –traducido en figuras como reserva y expropiación– no existía en 1939, con lo cual la Corte tuvo que encuadrar la economía mixta dentro del Derecho Privado y el principio rector de la autonomía de la voluntad de las partes.

Incluso, la sentencia no expresó la necesidad de repensar las reglas jurídicas de Derecho Privado aplicables al Banco Central, pues la Corte entendió que el Derecho Privado permitía cumplir con los cometidos constitucionales de la economía mixta *“en pro del desarrollo del crédito nacional”*. El sistema económico era mixto pues el Estado intervenía en la emisión monetaria como accionista de control de una sociedad mercantil creada por Ley, pero los instrumentos de esa intervención eran propios del Derecho Civil.

A nivel comparado, muy distinta fue la situación que, para ese momento, presentaba el Derecho Administrativo en Estados Unidos²¹. Así, las políticas del *New Deal* habían llevado a la creación de figuras subjetivas especiales (las agencias) a quienes se le confiaron funciones reglamentarias de la economía. Inicialmente la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos consideró que la creación de esas figuras violaba la Constitución, que en una interpretación literal no admitía este tipo de intervención pública en la economía. El elemento central fue la violación del principio de la no-delegación, de acuerdo con el cual la función legislativa no puede delegarse en figuras subjetivas del Ejecutivo. Pero poco tiempo después la Corte cambió de criterio para justificar la constitucionalidad de este tipo de “delegación”. Ello llevó a la Corte a crear reglas especiales para garantizar los derechos de los ciudadanos frente a esta incipiente intervención²², lo que daría lugar, en 1946, a la Ley de Procedimiento Administrativo²³.

Esta no fue la solución de la Corte en la sentencia del 20-12-1940. En realidad, la Corte no encontró razones para crear reglas jurídicas especiales al BCV, encuadrando su actividad en el ordenamiento jurídico de Derecho Privado, aun cuando reconoció que el uso instrumental del Derecho Privado era una manifestación de la intervención pública en la economía, en un incipiente sistema económico mixto. La creación de esas reglas especiales, y con ello, el surgimiento del Derecho Administrativo como un régimen exorbitante del Derecho Civil, todavía tendría que esperar algunos años más, con la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 05-12-1944, caso *Astilleros La Guaira*²⁴. ■

²¹ Ernst, Daniel, *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 1-9. Véase en general a Breyer, Stephan, *et al.*, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, Sexta Edición, Aspen, 2006, pp. 36 y ss.

²² *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22 (1932). Vid. Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State* Harvard University Press, Cambridge, 2018, pp. 24 y ss.

²³ Sunstein, Cass y Vermeule, Adrian, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020.

²⁴ Hernández G., José Ignacio, “Hacia los orígenes históricos del Derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 147, Caracas, 2009, pp. 39 y ss.

Las ayudas públicas como alteración a la libre competencia

Jesús VILLEGAS*

REDAV, N° 21, 2020, PP. 29-63

Resumen: El artículo aborda el tema de las ayudas públicas, de gran desarrollo en el derecho comunitario y que en Venezuela no cuenta con una regulación expresa aunque, en la práctica, se concreta en un sinnúmero de técnicas y modos que pueden falsear o distorsionar la libre competencia, siendo entonces de interés la relación que existe entre estas ayudas y lo dispuesto en la Ley Antimonopolio y el artículo 113 constitucional.

Palabras clave: Actividad administrativa – Ayuda pública – Libre competencia.

Abstract: *The paper addresses the issue of public aid, which is highly developed in community law and it does not have an express regulation in Venezuela but, in practice, it is specified in a myriad of techniques and ways that can falsify or distort free competition, being of interest the relationship between these aids and the Antitrust Law and article 113 of the Constitution.*

Keywords: *Administrative activity – Public aid – Free competition.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

13-04-2021

Introducción

Habría que comenzar por el hecho de que en Venezuela se le ha dado poca importancia al tema de las ayudas públicas. Mayormente vinculadas a la actividad de fomento de la Administración Pública, se les considera sin mayor reflexión como parte de las políticas estatales, apreciando siempre en el panorama nacional provistas de un casi nulo desarrollo doctrinal y ni que decir normativo. Para ello baste con un ejemplo. En un libro clásico del derecho administrativo venezolano, se describe una situación de otorgamiento de ayuda pública. Vinculado al tema de la política estatal de ordenación del territorio, el caso se refleja en los siguientes términos:

Por lo que respecta al tema señalado en primer término, esto es, a la localización de los empleos, la ubicación de un grupo humano requiere que se garantice una actividad productiva a los sujetos que integran dicho grupo, individualmente considerados. La primera fórmula que surge cuando se piensa en obtener nuevos puestos de trabajo, ha sido la de ubicar establecimientos industriales en las zonas objeto de la labor ordenadora. Como consecuencia de la actividad que los mismos generan, se requieren comunicaciones, viviendas y servicios generales. Se trata de sectores e

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

instituciones estrechamente enlazados e interdependientes. Sólo si existen incentivos es posible generar el establecimiento de instalaciones industriales. En consecuencia una política de ordenación del territorio debe prevenirlos. Dichos incentivos pueden estar constituidos por ayudas financieras que permitan la amortización del capital inicialmente invertido, por exoneraciones fiscales, por facilitaciones de los trámites administrativos, por cláusulas de preferencia en favor de los bienes producidos y otras figuras destinadas a estimular a los inversionistas¹.

De lo anterior se desprende que, en primer lugar, no hay un uso cierto de la nomenclatura “ayuda pública”, pues ni para esa fecha ni para ahora es esta una noción “juridificada” en el derecho venezolano. Antes bien, la misma es tributaria del derecho comunitario, en donde sí existe una regulación expresa sobre el tema a tal punto de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consagra específicas normas que parten del principio, no absoluto, de prohibición de ayudas públicas. Ello sin embargo, no desdice del hecho de que este sea un tema de relevancia o de interés para nuestro ordenamiento jurídico. El Estado venezolano en los últimos tiempos, recurre con más frecuencia de la que se pudiera pensar a la técnica de las ayudas públicas, en el marco del modelo de Estado social asumido por el constituyente de 1999. Esta actividad ha sido puesta de relieve por la doctrina².

En ese sentido, no es extraño como en los últimos tiempos se ha apelado desde el gobierno a la noción de ayudas desde diversos puntos de vista. Así, téngase en cuenta que ha sido frecuente por ejemplo, el otorgamiento de subvenciones para evitar que los trabajadores se vean desprovistos de sus puestos de trabajo, e inclusive para rescatar empresas públicas en crisis, práctica, por cierto, muy habitual en los últimos tiempos.

El abordaje del tema precisa también ensayar una serie de planteamientos en torno a la idea del Estado ante tal situación. Esto es, si el Estado debería otorgar tales medidas de manera indefinida e ir progresivamente aumentando la capacidad de concesión de las mismas, o si más bien y por el contrario, se debería ir con el paso del tiempo disminuyendo el número de ayudas otorgadas y así hacer desaparecer paulatinamente aquello que se ha denominado como “*la cultura de la subvención*”³. Son situaciones que en efecto, pueden dar pie a un debate inicial sobre el tema analizado.

¹ Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980, p. 193.

² José Ignacio Hernández: “Dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 12. Universidad Monteávila. Caracas, 2017.

³ Germán Fernández Farreres: “Subvenciones y Ayudas Económicas en tiempos de crisis”. *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Tarragona, 2012, p. 6.

La materia de ayudas públicas, constituye uno de los ámbitos en los que el derecho comunitario ha desarrollado una mayor densidad normativa y contundencia de medios para obtener el cumplimiento de sus decisiones, no en vano está en juego la protección de la competencia, uno de los elementos centrales de la construcción europea y de su ordenamiento jurídico⁴.

Y es que no puede perderse de vista que las ayudas públicas económico-financieras, en sus distintas formas y variantes, son un medio característico y habitual de intervención que, además, ocupa un lugar preeminente, no sólo por la magnitud que ha alcanzado el gasto público destinado al desarrollo de este tipo de acciones, sino por su propia significación cualitativa en el marco general de las políticas públicas⁵.

Son muchos los puntos que se desprenden de esta temática. No obstante ello, lo que interesa analizar por ahora, es el hecho de que tales figuras son instrumentos de clara importancia y significación para el comportamiento de los mercados y con notoria capacidad para alterar la competencia y los intercambios comerciales dentro del mismo, pudiendo generar incluso, serios perjuicios para los operadores que intervienen en un mercado determinado.

I. La Constitución Económica

Cualquiera que fuere la noción que se maneje del término “Constitución”, lo que siempre subyace del mismo es la idea de un conjunto de normas jurídicas de carácter fundamental, que consagran las reglas básicas de un ordenamiento jurídico. Esas bases fundamentales por ejemplo, irradian la parte económica de un país específico, a tal punto que se puede afirmar que toda Constitución lleva, aún de manera implícita, una constitución económica, como el conjunto de normas fundamentales que rigen la vida económica de un Estado determinado.

Una de las principales características del constitucionalismo contemporáneo, es incluir en el texto constitucional, norma fundamental del ordenamiento jurídico, una serie de cláusulas que contemplen la ordenación de la economía⁶, ello a la par de los ya clásicos contenidos de la constitución, conocidos como su parte dogmática, que establece los principios generales del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del poder y su parte orgánica, contentiva de la

⁴ Francesc J. Rodríguez Pontón: “Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas”. *Revista de Administración Pública*. N° 208. Madrid, 2019.

⁵ Germán Fernández Farreres: “El régimen de las Ayudas de Estado y su impacto en el derecho español”. *Revista de Administración Pública*. N° 200. Madrid, 2016, p. 12.

⁶ Allan Brewer Carías: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”. *Revista de Derecho Público*. N° 43. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1990, p. 5 y ss.

organización de los poderes públicos, su funcionamiento y ámbito de competencias. Por tal razón, a la par de su contenido estrictamente político, la Constitución moderna consagra una regulación especial en lo que es la relación entre el Estado, los particulares y el hecho económico.

Sobre los orígenes del vocablo, la doctrina⁷ da cuenta del mismo al señalar que: *“El término ‘Constitución económica’, como es sabido, nació en Alemania sin componente jurídico alguno: aludía así a las bases, pilares o estructuras del orden económico. Constitución económica como el sistema económico, sin ninguna connotación jurídica”*.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el término fue asumido inicialmente por el autor germano CARL SCHMITT, y dotado de un contenido negativo en el sentido de que al utilizarlo, se creyó hacerlo, pretendiendo disminuir el esencial carácter político de toda constitución para reflejar una vocación contralora del hecho económico. Antes, sin embargo, esa expresión había sido acuñada en el mismo país como un concepto estrictamente económico sin alusión alguna al ámbito jurídico. Fue entonces, con la Constitución de Weimar de 1919 donde a la par de integrar los derechos políticos de los ciudadanos se reconocieron entre otros, los derechos económicos de los mismos.

Muchas son las definiciones que se han ensayado del término. Así, y en breve repaso a la cuestión, traemos a colación algunas de ellas. En una obra dedicada al tema del poder constituyente, el autor venezolano TULIO ÁLVAREZ⁸ ensaya una definición al respecto, de la siguiente manera:

Puedo concebir un sentido restringido de Constitución a los solos efectos de resaltar al factor económico como determinante en la estructuración del Estado moderno. Esta visión de Constitución busca identificar las normas que conforman el orden fundamental de la economía. En tal dirección, el término “Constitución Económica” identifica los mecanismos reguladores del régimen económico en una determinada Constitución.

Por su parte BREWER-CARÍAS⁹ propone la siguiente definición: *“La Constitución Económica tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado”*.

⁷ José Ignacio Hernández: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA. Ediciones IESA. Caracas, 2004, p. 74.

⁸ Tulio Álvarez: *La fuerza constituyente inicial: Revolución y ruptura*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2011, p. 249.

⁹ Allan Brewer Carías: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004, p. 820.

Para EUCKEN¹⁰, la constitución económica también es definida como la “*decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad*”.

Es sin embargo, la definición asumida por MANUEL GARCÍA PELAYO¹¹ la más utilizada cuando se hace alusión al tema. En ese sentido, para el autor: “*La constitución económica es el conjunto de las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico*”.

Esa constitución económica, no es desde luego, un título o capítulo específico del texto constitucional. Antes bien, la noción alude a una serie de normas pertenecientes al texto constitucional, a las que se les denomina cláusulas económicas, y que dispuestas de una manera dispersa a lo largo de su articulado, en su conjunto dan lugar a la idea de una constitución económica. De esas cláusulas económicas en principio, habría que destacar los artículos 112, 113, 115 117 y 299 (entre otros) del texto constitucional.

Ese concepto de constitución económica comprende temas como lo relativo al reconocimiento de los derechos económicos, las posibilidades de limitación a tales derechos por razones de sanidad, seguridad o interés social así como las potestades planificadoras e interventoras del Estado. Tratándose de todas aquellas disposiciones de contenido económico que recoge la norma fundamental, las cláusulas económicas tienen un valor jurídicamente incuestionable, al no ser simples principios programáticos de reducida y escasa operatividad. Caracterizadas frecuentemente por su naturaleza flexible, y siendo este su carácter más importante, las cláusulas económicas están dispuestas de tal manera en el ordenamiento jurídico que no hay una ordenación rígida y cerrada de la economía en la Constitución, por lo que se permite la gestión de cualquier modelo económico que asuma la tendencia política de turno, en respeto al principio constitucional del Estado democrático. Ese carácter flexible de las cláusulas económicas, estuvo presente por ejemplo en la Constitución de 1961, en donde se dispuso de una normativa abierta o flexible y compatible con diversos modelos de política económica¹².

Hemos hablado entonces de la noción de modelo económico, la cual conviene contrastarla por su parte, con la noción de sistema económico, muy importante esta última por cierto, a los fines del presente

¹⁰ Walter Eucken: *Cuestiones fundamentales de la Economía política*. Biblioteca de la Ciencia Jurídica. Madrid, 1947, p. 79.

¹¹ Manuel García Pelayo: *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. Obras Completas. Tomo 3. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, p. 1158.

¹² Jesús María Casal Hernández: *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*. CIDEP. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, p. 213.

trabajo. En ese sentido, la doctrina¹³ enseña que el sistema económico es aquél que hace referencia al marco jurídico fundamental de la economía, siendo las políticas que se desarrollan en ejecución de ese marco fundamental, las que se corresponden con la idea de modelo económico.

En Venezuela por su parte, se pregona abiertamente que existe, de cara al texto constitucional, un sistema económico de economía social de mercado. Ello sin embargo, contrasta con la inexistente alusión que en la norma fundamental se hace sobre el tema. En efecto, no hay en toda la Constitución una sola referencia al término. No obstante ello, conviene traer a colación lo que al respecto se ha afirmado¹⁴ para tratar de poner de relieve esa situación. En ese sentido, se establece que:

Ciertamente no hay en el articulado de la Constitución referencia alguna al sistema de economía social de mercado. Tampoco la expresión aparece en la polémica exposición de motivos de ese Texto. Sin embargo, durante el debate del 7 de noviembre de 1999, en la Asamblea Nacional Constituyente, el entonces miembro de esa Asamblea, Brewer-Carías, propuso incluir expresamente el término, propuesta rechazada por no estimarse necesaria. No hubo expresa oposición a calificar a la Constitución económica conforme a esa expresión. Simplemente, se entendió que no era ello necesario, pues tal concepto estaba implícito en la Constitución.

De lo anterior se desprende que la Constitución de 1999 estableció sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado, y ello se deriva de la proclamación del derecho a la libertad económica así como del principio de justicia social que requiere de la intervención del Estado. En consecuencia, tanto la iniciativa privada como la pública en la economía están reconocidas en el texto constitucional, y estas son "conjuntas", pues eso es lo que dice la Constitución, específicamente en su artículo 299.

Pero siguiendo con las cláusulas económicas de la Constitución, hemos dicho ya que las mismas tienen un contenido ciertamente flexible, y que se encuentran dispersas a lo largo de todo el texto constitucional. A su vez, hemos hecho alusión a expresas cláusulas económicas presentes en la Constitución, siendo de gran relevancia a los fines del presente artículo la dispuesta en el artículo 113 constitucional.

En el referido artículo, se consagra el principio constitucional de la libre competencia, el cual es a su vez uno de los principios rectores del orden socioeconómico. Como parte de las cláusulas económicas de la Constitución, se trata de uno de los principios constitucionales cuya aplicación resulta esencial para el logro del perfeccionamiento y la

¹³ José Ignacio Hernández: *Reflexiones sobre la Constitución y el Modelo Socio Económico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*. FUNEDA. Caracas, 2008, p. 33.

¹⁴ Hernández: *Dimensión social...*, ob. cit., p. 17.

consolidación del sistema de economía social que como vimos, es el asumido en nuestro texto constitucional, y de acuerdo al cual, conviven armónicamente las libertades económicas (libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia) con las distintas modalidades de intervención del Estado (regulaciones, restricciones, limitaciones, reservas e iniciativa empresarial pública), que sean necesarias, adecuadas y proporcionales para garantizar la satisfacción del interés general (bienes y servicios de calidad y a buenos precios).

II. Las ayudas públicas

1. Algunos inconvenientes

A. La ausencia de una definición

Para el caso de la voz *ayuda pública*, al ser esta demasiado genérica y englobar una serie sumamente numerosa de formas de manifestación, se hace difícil una definición que de manera general identifique la noción en cuestión. Aunado al hecho muy frecuente para el caso venezolano, de tratar de encuadrarla o vincularla única y exclusivamente a la actividad de fomento de la Administración Pública, situación que como veremos, no es del todo cierta.

Y en lo que refiere a la voz *ayuda de Estado*, la misma no ha escapado a tal situación de incertidumbre en cuanto a su definición, a tal punto de admitirse que esta presenta un contenido ciertamente “vaporoso”. En este caso, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la que ha ido perfilando las características y elementos básicos del instituto con miras a establecer cada vez con mayor precisión una noción lo más depurada posible. La Comisión, por su parte, ha elaborado su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la que aclara diversos aspectos del artículo 107.1 TFUE y del concepto de Ayuda, basándose en la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

B. La ausencia de una ley

El tema de las ayudas públicas, es ciertamente complejo. Dentro de esas complejidades destacan algunos puntos de interés. Uno de ellos, vendría a ser el de la ausencia en Venezuela de una ley especial que de manera sistemática, aborde el conjunto de temas vinculados al concepto de ayuda pública. Específicamente, con todo lo que tiene que ver con el manejo de fondos públicos, las cantidades a ser otorgadas, los sujetos a quienes se les conceden tales beneficios, el carácter discrecional o no de su otorgamiento, los mecanismos de impugnación de terceros interesados eventualmente amenazados ante una situación de

violación a la libre competencia, lo relativo a la recuperación de las ayudas ilegales, entre otros.

Ello sin embargo, no es impedimento para abordar el tema y resaltar el hecho cierto de las ayudas como claros instrumentos de alteración a derechos constitucionales como el de la libre competencia. Pudiéramos citar la experiencia en el tema de otros países, como por ejemplo el caso de España, en el cual, al ser miembro de la comunidad europea, existe un doble tratamiento del asunto, uno a lo externo y otro a lo interno, del que se derivan importantes consecuencias. No obstante ello, lo cierto es que en ese país, tampoco encontramos una ley especial que regule el tema tratado.

Sí encontramos, sin embargo, una serie de instrumentos normativos que de alguna u otra manera guardan relación con el asunto objeto de estudio, los cuales conviene traer a colación. En ese sentido, podemos destacar del ordenamiento jurídico español, la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, Ley 38/2003, de 17 noviembre Ley General de Subvenciones, Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, entre otras.

C. La ausencia práctica de la libre competencia en Venezuela

Pero lo más significativo en este punto, es el hecho de que desde una perspectiva práctica, es altamente cuestionada la existencia de la libre competencia actualmente en Venezuela. En ese sentido, señala la doctrina venezolana¹⁵ que la libre competencia en Venezuela es un tema seriamente cuestionable, ello debido a que fundamentalmente al eliminarse el sistema de libertad de precios a través de la Ley Orgánica de Precios Justos, se vació de contenido a la libre competencia, siendo aquél uno de los elementos fundamentales de esta, y de manera específica "*componente fundamental de la economía de mercado constitucionalmente garantizada*". Más en concreto, el autor en su trabajo, plantea que la inexistencia de libre competencia en Venezuela, se basa principalmente en tres consideraciones de importancia¹⁶.

La primera de ellas, relacionada a la existencia de una economía de mercado en Venezuela la cual se ve seriamente afectada por la situación institucional en la cual se le permite al Estado venezolano apropiarse del ingreso petrolero y distribuirlo a través de su Administración Pública, en condiciones bajo las cuáles la economía depende de tal ingreso (petro Estado). Situación que incide negativamente en el marco institucional de la economía de mercado.

¹⁵ José Ignacio Hernández: *Comentarios a la Ley Antimonopolio*. FUNEDA. CIDEP. Caracas, 2018, p. 18 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, p. 35.

La segunda consideración, a juicio del autor, tiene que ver con el hecho de que la Administración económica se ha formado en Venezuela desde mediados del siglo XX como un instrumento para la intervención económica, privando el dogma del Estado empresario como una modalidad de capitalismo de Estado que transgrede las bases de la economía de mercado.

Finalmente, se señala al modelo de transición al socialismo como el tercero y último condicionante, que desde el 2006 impuso un modelo de planificación central vinculante por medio del cual se eliminó el sistema de control de precios, todo ello formalizado a través de la Ley Orgánica de Precios Justos.

En sintonía con lo anterior, otro sector doctrinario¹⁷ sostiene que, a pesar de su consagración constitucional el principio de libre competencia desapareció en Venezuela, principalmente debido a la política de control total de precios derivada de la implementación de la Ley de Costos, eliminándose toda posibilidad de que ella tenga efecto, al estar asignada a un órgano estatal la fijación de los precios de todos los bienes y servicios comerciales, con facultad incluso para controlar la ganancia, la cual no depende ya del mercado sino del criterio burocrático y arbitrario de un órgano estatal.

A su vez, la autora agrega una segunda causa por la cual a su juicio la libre competencia ha quedado desnaturalizada en Venezuela, ante la eliminación del concepto de libre competencia hecha por la Ley Antimonopolio al sustituirlo por el de competencia económica. Para la autora, tal concepto carece de todo sentido de libertad para los agentes económicos.

Del estado actual del derecho de la competencia da cuenta la doctrina¹⁸, al denunciar que, este derecho pareciera escondido para que el resto de la población no conozca de su contenido. No desconocemos esta realidad de la libre competencia en Venezuela en los actuales momentos. Tampoco dejamos de lado la total situación de abandono del organismo rector en la materia, a saber, la Superintendencia Antimonopolio. Ante este escenario, efectivamente, cualquiera pudiera alegar la total impertinencia de abordar esta temática. No obstante ello, lo cierto es que la libre competencia es un derecho constitucional reconocido expresamente en el artículo 113, norma constitucional que como cualquier

¹⁷ María Amparo Grau: *La Inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, p. 133 y ss.

¹⁸ Miguel Mónaco: "El derecho de la competencia y la Ley Antimonopolio en la segunda década del siglo XXI, o del segundo libro de la poética de Aristóteles y Guillermo de Baskerville". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 10. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, p. 235 y ss.

otra tiene un innegable contenido vinculante que obliga con sus mandatos tanto al Poder Público como a todos los ciudadanos.

2. La noción de ayuda pública

Al tratar el tema de la noción de las ayudas públicas queremos hacer ver cuál es la esencia de la figura, esto es, aquello que sería lo más importante y característico de este tipo de medidas, al punto de dar cuenta de sus elementos esenciales, todo ello a los fines de diferenciarlo de nociones semejantes. Un poco también para dejar en claro la naturaleza misma de las ayudas, entendiendo por tal, a la "*Esencia y propiedad característica de cada ser*"¹⁹.

Dicho esto, conviene precisar entonces que cierto sector doctrinario²⁰ denomina a esta especial técnica de intervención del Estado en la economía como la actividad administrativa de establecimiento y otorgamiento de ayudas e incentivos económicos a la iniciativa privada. En el marco de dicha actividad, se destaca que para el caso español la misma –justo antes de ese país ingresar a la Comunidad Económica Europea– estuvo signada de un total desconocimiento desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Así, se señala que por mucho tiempo, la única regulación en España con pretensiones de generalidad fue la que se incorporó al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17-06-1955; una regulación que, referida en exclusiva a las entidades locales, supuso en su momento un cierto avance, si bien pronto derivó en insuficiente.

Sin embargo, esa situación regulatoria con relación al tema de las ayudas y más en específico con la técnica de la subvención, vino a cambiar en España con la llegada de la Ley 38/2003 del 17 de noviembre, general de subvenciones. A pesar de que al consagrarse un concepto de subvención las diversas modalidades de ayudas públicas quedaron al margen de tal instrumento legal, el mismo vino a satisfacer una clara necesidad de ir perfilando desde un punto de vista legal todos los puntos de interés derivados de la noción de subvención. En ese sentido, la doctrina señala que no cabe ninguna duda en que tal instrumento normativo vino a encuadrar jurídicamente el desarrollo de este tipo de actividad y, en consecuencia, por limitar la tradicional discrecionalidad que le es característica.

Por su parte el autor JOSÉ LUIS LÓPEZ MUÑIZ²¹ propone sustituir el concepto de fomento por el de "ayudas públicas", las que define como:

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo II, 21 Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1991, p. 1428.

²⁰ Fernández Farreres: *El régimen...*, ob. cit.

²¹ William García Machmar: *Ayudas Públicas. La subvención en el derecho administrativo*. Universidad de Chile, en: <https://bit.ly/3drh8uP>

...aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados –públicos o privados–, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización.

De acuerdo al autor NICOLÁS BADELL²², las ayudas públicas pueden ser definidas como todas aquellas ayudas financieras, directas o indirectas, efectuadas por el Estado o mediante fondos públicos, que favorezcan a una empresa o un producto determinado.

IGNACIO DE LA RIVA²³ entiende por ayudas públicas la *“actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados”*.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el vocablo ayuda tiene que ver con aquella acción y efecto de ayudar. Mientras que el vocablo ayudar, está relacionado con aquella acción de prestar cooperación, auxilio o socorro. Por su parte el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española sobre el mencionado término destaca que se trata de una prestación económica de cualquier clase, aportada por organismos públicos a las empresas, que puede consistir en ayudas financieras directas, avales, reducción de cargas, bonificaciones fiscales o auxilios de cualquier tipo, como consecuencia de lo cual se produzca una ventaja frente a otros operadores o se falsee o se amenace con falsear la libre competencia o pueda afectar de modo sensible al mercado intracomunitario. Wikipedia, por su parte, precisa la voz *“ayudas de Estado en la Unión Europea”*²⁴ y se dice de la noción que son aquellos:

Instrumentos de intervención de los poderes públicos en el marco de su política económica (agregando que cuando las mismas) van dirigidas a favorecer a ciertas empresas o producciones, pueden tener por resultado el falsear, o amenazar con falsear la competencia y afectar a los intercambios, perturbando el buen funcionamiento del mercado común, generando ventajas competitivas ilegítimas e incompatibles si no respeta el Régimen de Ayudas de Estado establecido por las autoridades comunitarias.

Nótese que la presente definición maneja el término de ayudas de Estado toda vez que se hace alusión única y exclusivamente a la noción genérica de ayudas pero en el marco específico de la comunidad económica europea, que como ya hemos visto, se usa la expresión “ayudas de Estado”.

²² Nicolás Badell Benítez: *La libre competencia como límite a la actividad de fomento: El control de las ayudas públicas en la Unión Europea*, en <https://bit.ly/3DxOi6r>

²³ García Machmar: *Ayudas...*, ob. cit.

²⁴ En <https://bit.ly/3l19m4l>

Para MARÍA AMPARO GRAU²⁵ las ayudas públicas constituyen una de las formas de la actividad administrativa, e implican una intervención del Estado en el ámbito económico, pues mediante ellas se produce la dispensación mediata e inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que le son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados. En igual sentido agrega la autora²⁶ que, las ayudas comprenderán:

Las aportaciones de recursos a un operador económico, público o privado, con cargo a fondos públicos, comunitarios estatales, autonómicos y locales, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que debería hacer frente el operador económico en condiciones de mercado o que no lleve implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas públicas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores, aprobadas por poderes o entidades públicas que distorsionen la libre competencia.

Desde el punto de vista del contenido esencial de las ayudas públicas, para la mayoría de los autores está presente siempre la coincidencia entre el interés general y el interés público. Como suscribe DE LA RIVA²⁷,

...lo que destaca en el área de la actividad administrativa estudiada y obra como presupuesto para la identificación del elemento configurador que estamos buscando es la coincidencia, al menos parcial, que se advierte en el fomento entre los intereses público y privados involucrados, ya que ambos se orientan en el mismo sentido.

Agregando que *“estamos, indudablemente, ante un talante distinto de aquel en que la autoridad impone coactivamente su voluntad a los particulares, o de aquel otro en que asume ella misma la satisfacción de las necesidades pública”*.

En segundo lugar, la doctrina destaca para el tema de los caracteres esenciales de las ayudas públicas el hecho de que toda ayuda está afectada al cumplimiento del interés público y con ello a la satisfacción de actividades de interés general. Por ello es que los autores al momento de distinguir la noción de ayuda pública de otros conceptos centran la mirada en la necesidad de fijar la atención en el componente estructural de la actividad desplegada, lo cual parte en buena medida de *“sustraerse de los influjos nocivos del término fomento”*²⁸.

Como vemos, al abordar el tema de las ayudas públicas lo primero que salta a la vista es el problema de su definición, y es que en realidad la figura no la encuentra de manera unánime, al menos desde un punto

²⁵ Grau: *La Inconstitucional...*, ob. cit., p. 130.

²⁶ Ibid., p. 131.

²⁷ Ignacio De La Riva: *Ayudas públicas*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2004.

²⁸ García Machmar: *Ayudas...*, ob. cit.

de vista jurídico. En buena parte ello es así debido a que muy comúnmente el legislador se rehúsa de darle al concepto un contenido concreto en el marco de un ordenamiento jurídico determinado. Pero aún más, en la mayoría de los casos la figura no goza de un respaldo normativo, esto es, no aparece consagrada en ningún texto legislativo (al menos en Venezuela y en la mayoría de los países latinoamericanos) y cuando aparece, el legislador se rehúsa de ensayar un concepto sobre el referido instituto. Para tal muestra tenemos el caso de la Unión Europea, en el cual si bien la figura encuentra expresa regulación en el texto del Tratado de creación de la Unión, no se establece en su articulado una definición expresa de las mismas.

No obstante ello, es preciso advertir también que por tal razón se afirma que a la hora de pretender darle algún contenido conceptual a la figura se puede echar mano de lo que al respecto han destacado los órganos de la Unión Europea, a quienes ha correspondido en definitiva la delimitación conceptual del término. Preciso es advertir en todo caso que, esas definiciones versan sobre el tipo de ayudas que en concreto se denominan ayudas de Estado, pero que como ya hemos visto, y siendo que las mismas son otorgadas por Estados soberanos a través de sus administraciones públicas, bien pudieran encuadrar en la concepción genérica de ayuda pública.

Así, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹ el término *ayuda*, en el sentido de dicha disposición, designa necesariamente un conjunto de ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales o que constituyen una carga adicional para el Estado o para los organismos designados o instituidos al efecto.

Una vez pasado revista a algunas de las definiciones más significativas de la institución, es preciso dejar en claro nuestra posición. De tal manera que pasamos a ensayar una definición al respecto. En ese sentido, entendemos la figura de las ayudas públicas como una forma abierta de intervención del Estado en la economía, la cual se concretiza mediante el uso de una serie variada de técnicas, no agotándose todas ellas en la idea de fomento, y que implica la acción de favorecimiento por parte del Estado a los particulares y al Estado mismo a través de las diferentes personas jurídicas que lo componen.

Finalmente, conviene hacer una aclaratoria. En el ámbito de las ayudas públicas, es frecuente encontrar una serie de vocablos por lo que conviene precisar algunos de ellos para así despejar las nociones que no tienen que ver con el tema aquí abordado. En primer lugar, hablamos

²⁹ Sentencias de Tribunal de Justicia de 07-05-1998, Viscido y otros, C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629, apartado 13, y de 22-11-2001, Ferring, C-53/00, Rec. p. I-9067, apartado 16.

de ayudas públicas, como un concepto general de carácter abierto en el cual se comprenden una serie de medidas positivas o no de favorecimiento a determinado operador económico. Lo otro que conviene precisar es que, si bien es cierto el vocablo comúnmente usado es el de ayudas públicas, en el marco de la Comunidad Europea la palabra correcta es la de ayudas de Estado, puesto que como hemos dicho, son los Estados miembros de dicha comunidad los que otorgan tales ayudas. Pero a pesar de ello, nos hemos percatado que el término ayudas públicas es usado de manera genérica aún y en el marco del derecho comunitario. Al lado de dicha noción, encontramos el vocablo ayudas de Estado, el cual hace referencia a un ámbito supranacional, como el que se da en el derecho comunitario siendo el modelo de la comunidad europea un caso típico de este tipo de ayudas.

Dentro del referido modelo, conviene hacer otra precisión y es la que tiene que ver con las nociones de ayuda ilegal y ayuda incompatible. La ayuda ilegal es la que ha sido otorgada por un Estado miembro sin la previa notificación a la Comisión Europea y la ayuda incompatible trata de una medida que, constituyendo ayuda de Estado, no puede beneficiarse de ningún régimen que permita su adecuación al Derecho de la UE, por lo que no puede ser otorgada o ha de ser recuperada (en caso de haber sido concedida ya). Igualmente se habla de ayuda compatible, como por ejemplo, aquella destinada a favorecer el desarrollo económico de ciertas regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo.

Es importante dejar en claro, que las ayudas que nos interesan son aquellas con capacidad para incidir en el derecho de la competencia como rama jurídica dirigida única y exclusivamente a los operadores económicos³⁰, en consecuencia a los fines de nuestro tema solo nos interesan las ayudas otorgadas a determinados operadores económicos y agregamos, que compitan entre sí en un mercado determinado. Esto quiere decir que, las ayudas públicas como particular forma de intervención en la economía son capaces de alterar el funcionamiento de los mercados, ya que en ocasiones estas actuaciones suponen serios perjuicios al juego competitivo que, lejos de favorecer el interés público, pueden ir en su contra.

Por último, y aunque sea de PEROGRULLO, no nos referimos a las ayudas de origen privado, mayormente usadas en la práctica bajo la figura de la donación y que implican una transferencia positiva de fondos de un particular a otro sin ánimo de lucro, muy típicas por cierto en países de grandes capitales en manos privadas³¹.

³⁰ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 23.

³¹ Una de las salas que conforman el complejo cultural neoyorquino conocido como el Lincoln Center y que además es la sede de la Orquesta Filarmónica de Nueva

3. La clasificación de las ayudas públicas

Hemos dicho ya que las ayudas públicas son una especie de intervención pública en la economía, y más en concreto, un tipo “abierto” de intervención. En efecto, son muchas y muy variadas las formas en que estas se concretizan en la práctica, por lo que pretender abordar una suerte de clasificación de las mismas, sería una tarea bastante difícil. No obstante, queremos dejar constancia de cierto tipo de clasificación a partir de unos parámetros que hemos establecido a tales fines. Ellos son, según el ámbito geográfico o territorial, de acuerdo a los modos de concesión utilizados, según el tipo de prestación y en atención al sector beneficiario de la ayuda.

De acuerdo al *ámbito territorial*, las ayudas pueden darse en un contexto supranacional, nacional o regional, lo que viene a ser la clasificación de acuerdo al espacio geográfico en que tales medidas son otorgadas.

En cuanto a los *modos de concesión*, debe tenerse en cuenta, en principio, que la forma de la ayuda es irrelevante, ya que puede otorgarse bajo cualquier modalidad, y en consecuencia serán muy variadas las maneras de concederlas. Así, y a modo ilustrativo, téngase en cuenta los siguientes ejemplos: beneficios fiscales, aportación de recursos económicos bajo la figura de la subvención, exclusión de regímenes de control cambiario, prestamos, subsidios, exenciones fiscales, exoneraciones, entrega de créditos a bajo interés, primas de producción, avales, créditos en condiciones ventajosas (por ejemplo, sin interés o con tipos inferiores a los de mercado), bonificaciones fiscales, préstamos blandos, garantías, participaciones de financiación de riesgo en sociedades, realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinadas empresas o producciones inferiores a los de mercado (por ejemplo, bajo la condición de que la empresa se establezca en un territorio concreto), entrega directa de bienes y servicios, etc.

Según el *tipo de prestación* las ayudas bien pueden admitir una clasificación entre positivas y negativas. Esto es, no solo erogaciones materiales, a los particulares y al propio Estado. De la jurisprudencia comunitaria puede destacarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15-03-1994, en el asunto C-387/92 Banco Exterior de España, la primera en afirmar que el concepto de ayuda abarca no solo las prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen

York, inaugurada en el año de 1962 bajo el nombre de Philarmonic Hall, pasó a llamarse Avery Fisher Hall en el año de 1973 con ocasión a la donación de 10 millones de dólares de parte del empresario Fisher. Posteriormente, a partir del año 2015, la sala cambió su denominación a la de David Geffen Hall, debido a una donación de 100 millones de dólares recibida de parte del empresario David L. Geffen.

sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos.

En cuanto a las áreas o sectores de otorgamiento se relacionan con empleo, ahorro de energía, protección del medio ambiente, promoción de la exportación, desarrollo regional, formación, postal, ferroviario, marítimo, medio ambiente y energía, tecnología, aeroportuario, investigación desarrollo e innovación, empresarial, financiero, educación, entre otros. Sin embargo, debemos destacar que, al menos de conformidad con el modelo comunitario los sectores más favorecidos con esta técnica son el sector aeronáutico³², el sector cultura³³ y el sector bancario³⁴.

Finalmente, y a los solos fines ilustrativos, las ayudas otorgadas en el sector aeronáutico, por ser un sector, como hemos dicho ya, muy propenso a la actividad de concesión de ayudas públicas, pueden concederse mediante las siguientes formas: ayuda a la apertura de nuevas rutas aéreas, ayuda de funcionamiento para aeropuertos regionales, ayuda a la inversión (el caso de los aeropuertos fantasmas), ayuda a aeropuertos que estén en el área de influencia de otros existentes, ayuda fiscal en beneficio de determinada compañía aérea, ayudas a aerolíneas a través de la reducción de tasas a los operadores, ayuda recibida por la gestora de un aeropuerto para la construcción de una nueva pista, ayuda en forma de un plan de reestructuración, ayuda de funcionamiento para aeropuertos regionales, ayuda a la inversión, acuerdos entre aeropuertos y aerolíneas incluida la ayuda para la puesta en marcha de nuevas rutas.

III. Las ayudas públicas en el derecho comunitario³⁵

El tema que nos ocupa, tiene un lugar fundamental en el marco de las instituciones comunitarias. En efecto, debido a su notable capacidad de incidir en la libre competencia en torno a la existencia del mercado único, las autoridades comunitarias desde un principio le otorgaron especial interés a este tipo de medidas estatales. Atención prioritaria que se fundamenta en la idea de que la libre competencia es uno de los pilares fundamentales de ese modelo económico de integración.

Ello justifica entonces, el hecho de que desde un primer momento las autoridades comunitarias hayan establecido un régimen especial

³² Véase el caso de Ryan Air, en <https://bit.ly/3ItcZ7S>

³³ Más adelante, tendremos oportunidad de comentar un caso relativo al sector cultura, como el que tuvo lugar con la ayuda concedida en España, específicamente por la Comunidad Valenciana, al consorcio cinematográfico Ciudad de la Luz.

³⁴ Véase el caso del sector financiero español en <https://bit.ly/3GpY1gS>, p. 19 y ss.

³⁵ Véase Fernández Farreres: *El régimen...* ob. cit., cuyas ideas se siguen de cerca en este aparte.

con el objetivo de establecer un conjunto de medidas destinadas a limitar la actividad de concesión de ayudas por parte de los Estados miembros de la Unión, justamente para controlar el principio de competencia no falseada dentro de ese modelo de integración.

Sin embargo, hay que advertir que ese sistema de prohibición de ayudas estatales en el derecho comunitario es relativo y no absoluto. Esto quiere decir que, en principio el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, parte de la prohibición de ayudas estatales pero al lado de esa prohibición, establece a su vez un esquema mediante el cual determinadas ayudas son compatibles con el mercado común. De tal manera que, en determinadas circunstancias esas ayudas pueden ser claros instrumentos de los que no se puede prescindir. Se parte entonces, como dijimos, de un sistema relativo de prohibición de ayudas estatales, motivado a que se trata de una modalidad de intervención pública en la economía que aunque en ocasiones conlleve a la alteración y falseamiento de la libre competencia, su debida utilización luce coherente por parte de los Estados miembros, en otras.

En cuanto a las principales características, se tiene que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea artículo 107.1 (TFUE) establece que salvo que dicho instrumento normativo disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, aquellas ayudas otorgadas por los Estados miembros que falseen o amenacen falsear la competencia, y que favorezcan a determinadas empresas o producciones. La incompatibilidad está referida a toda ayuda prevista y otorgada por un poder público y que dicha ayuda ha de traducirse en una transferencia de fondos públicos con independencia de la forma en que se materialicen. Entonces, se consideran como características básicas de ese sistema: la noción de empresa, la noción de ventaja selectiva y el tema del falseamiento de la competencia.

Con relación a la noción de empresa, se trata de que la ayuda debe beneficiar directamente a una empresa, entendiendo por tal un concepto bien amplio, como toda entidad que ejerza una actividad económica consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado, con independencia de su forma jurídica y de su financiación, por lo que alcanza tanto a una sociedad como a una asociación, y a cualquier otra organización con independencia de su titularidad pública o privada.

Por otra parte, el que la ayuda ha de suponer una ventaja económica que no se habría obtenido en condiciones normales de mercado, de manera que, aun cuando pueda haber contraprestación de la beneficiaria, lo trascendental es que se materialice una ventaja económica; y para determinar si existe ventaja económica cuando la beneficiaria es una empresa pública, se viene utilizando el criterio del inversor privado, lo que equivale a decir que el Estado ninguna ayuda otorga si actúa de la misma forma en que lo haría un inversor privado en condiciones de

mercado. Sin embargo, el criterio del inversor privado supone cierta complejidad ya que, determinar si el Estado, al adoptar la medida de ayuda, actúa como lo haría un inversor normal, racional, prudente, es una tarea compleja que inevitablemente conlleva un amplio margen de apreciación.

Con relación al carácter selectivo de la ayuda, el mismo tiene que ver con el hecho de que beneficia a unas empresas y no a otras que, sin embargo, se encuentran en la misma situación o en competencia, alterándose en consecuencia, el equilibrio entre ellas.

Asimismo, la determinación del carácter selectivo de la medida debe realizarse atendiendo a quiénes sean los beneficiarios de la misma, habiéndose considerado, por ejemplo, que son selectivas las medidas que benefician a empresas de concretas regiones, de determinados sectores o de determinada clase; asimismo, que la medida será selectiva cuando constituya una excepción en el sistema general en el que se enmarca, aunque no haya competidores discriminados en el territorio en cuestión; y que, en todo caso, la selectividad de algunas medidas fiscales puede estar justificada por la naturaleza o la economía del sistema, de manera que, aunque supongan una ventaja, no podrán calificarse como ayuda de Estado.

Y para concretar debidamente el alcance de este nuevo requisito se debe tener en cuenta que no habrá ayuda cuando el Estado adopta medidas de carácter general de política económica, fiscal o social que se dirigen a todas las empresas de un Estado de forma objetiva, repercutiendo sobre varios sectores y aplicándose por igual en todo el territorio nacional.

Asimismo, la ayuda ha de incidir en la competencia y los intercambios comerciales. Al respecto se ha considerado que ambas situaciones están inseparablemente unidas y que sin embargo, debe tratarse de una empresa que opera en un sector abierto a la competencia con dimensión comunitaria. Por consiguiente, nada se falseará cuando no haya competencia en el mismo, dado que el sector económico en el que actúa la empresa beneficiaria debe estar abierto a otros competidores.

Asimismo, el Tratado de la Unión Europea establece la necesidad de excluir la aplicación de las normas de competencia cuando, por ejemplo, las ayudas se destinen a impulsar el desarrollo económico de regiones desfavorecidas que cuenten con un nivel de vida anormalmente bajo, a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, a promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre que en estos últimos casos no se alteren las condiciones de los intercambios y la competencia en la Unión.

Se emplea por la jurisprudencia comunitaria, como hemos visto, el criterio del inversor privado para determinar si una ayuda es contraria o

no a la libre competencia, de modo que genere o pueda generar una desventaja competitiva para el resto de compañías que no disfrutan de la ayuda. Así, solamente podrían considerarse conformes al Tratado las ayudas públicas cuando estas consisten en inversiones cuyo riesgo de obtener ganancia es el mismo que el que asumiría un particular. Se considera en este caso que la Administración actúa en pie de igualdad con los particulares y que no se produce discriminación alguna o abuso de posición dominante.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado ajustadas al Tratado de la Unión, ayudas económicas a empresas que prestan servicios en actividades reservadas a la Administración y que no alteran la competencia en otros segmentos. Por ejemplo, en el sector postal se considera actividad de servicio público el envío certificado que se presta en exclusiva y la compañía que lo provee percibe ayudas públicas, sin que estas se destinen a financiar otro tipo de envíos, como los paquetes postales o envíos rápidos.

Las dotaciones económicas procedentes de entidades públicas a empresas privadas son conformes al Derecho comunitario de la competencia si cumplen los siguientes requisitos: **(i)** Los parámetros del cálculo de la ayuda deben establecerse de forma objetiva y transparente, de forma que pueda observarse claramente si la ayuda ha ocasionado una ventaja económica en relación con el resto de empresas; **(ii)** La ayuda no puede superar el coste estimado por la prestación del servicio, teniendo en cuenta los ingresos y una ganancia razonable. Todo ello permite conocer si la empresa que ha recibido la ayuda la destina a la provisión del servicio social como servicio de interés general; **(iii)** Si se trata de una compañía contratada por la Administración, el nivel de la compensación no necesariamente se determina sobre la base de los costes de una empresa normal y eficientemente gestionada; y **(iv)** Si la empresa encargada de prestar el servicio público no se ha elegido por un procedimiento de contratación, el nivel de compensación no puede exceder de los costes que asumiría una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada. Aunque la ayuda sea concedida, su cuantía debe justificarse y el beneficiario acreditar que se imputa a actividades destinadas a los servicios sociales, por ejemplo.

Sin embargo, no resulta tan sencillo determinar si se han vulnerado las normas en materia de libre competencia. Deben examinarse caso por caso ciertos factores que pueden condicionar el otorgamiento de la ayuda. Por ejemplo, el mercado de referencia, la cuota de mercado del operador beneficiario de la ayuda, el coste de la actividad y, fundamentalmente, el carácter político de la medida adoptada y los intereses generales en presencia, como el carácter esencial del recurso o el servicio para la ciudadanía, son algunas de las variables que debe evaluar la

autoridad pública para determinar si esa ayuda no comporta dotarles de una ventaja injustificada a los beneficiarios.

Además de este control previo, debería realizarse un seguimiento pormenorizado respecto a los efectos que esa ayuda ha producido en el mercado y si ha resultado plenamente justificado su otorgamiento. En especial, debe tenerse en cuenta si la ayuda ha producido una ventaja a la empresa beneficiaria en comparación con el resto de competidores en el mercado. El otorgamiento previo de ayudas, desde la perspectiva que interesa abordar aquí, requiere la tramitación de un procedimiento en dos vías: por un lado, la interna de la Administración concedente, que debe acreditar la correspondiente habilitación presupuestaria de ese gasto, lo que implica el sometimiento al derecho administrativo.

Por otro lado, la autorización previa de esa ayuda por parte de la Comisión Europea con anterioridad al inicio del procedimiento para la adjudicación de la medida. Más allá del análisis de las ayudas de Estado desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, debe suscitarse la cuestión en torno a la necesidad y razonabilidad de las aportaciones públicas con fines de interés general. Ello aboca a plantearse cuestiones de indudable orden político, como las decisiones que deben adoptar los representantes democráticamente elegidos, excluyendo cualquier tipo de injerencia procedente de los principales operadores del mercado. Ha de considerarse la posibilidad de que el derecho de la competencia no se aplique en el supuesto de que la Administración actúe, bien mediante medidas singulares, bien mediante la regulación de las actividades³⁶.

Estos son en apretada síntesis los requisitos para considerar a una ayuda como incompatible en el marco del derecho comunitario. En definitiva, en el marco de la Unión Europea se maneja el término de Ayuda de Estado como especie de la noción genérica de Ayuda Pública. De acuerdo a este sistema de integración económica el concepto de ayuda de Estado reviste carácter jurídico y se interpreta a la luz de elementos objetivos³⁷. Por consiguiente, la calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender, por lo tanto, de una apreciación subjetiva de los organismos encargados en su atención, entiéndase la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada³⁸.

³⁶ José Ignacio Cubero Marcos: "Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades". *Revista de Administración Pública*. N° 184. Madrid, 2011, p. 10.

³⁷ Véase la sentencia del Tribunal General de 16-09-2004, Valmont/Comisión, T-274/01, Rec. p. II-3145, apartado 37.

³⁸ Véanse, en ese sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30-09-2003, Freistaat Sachsen y otros/Comisión, C-57/00 P y C-61/00 P, Rec. p. I-9975,

IV. Las ayudas públicas y los contenidos de la actividad administrativa

La actividad de la Administración Pública se manifiesta de distintas maneras, que varían en sus técnicas y características según los objetivos concretos que persigue el Estado. En ese sentido, destacan cuatro formas básicas de la actividad administrativa, que si bien tienen como fin común la satisfacción de las necesidades públicas, difieren en cuanto a los medios de concreción y los efectos que producen sobre los derechos y libertades de los ciudadanos. Pues bien, siguiendo las líneas antes expresadas vamos a referirnos al concepto de contenidos de la actividad administrativa para dar cuenta de las actividades clásicas que desarrolla la Administración, a saber, el fomento, la policía, el servicio público, y una última agregada con el transcurso del tiempo que sería la actividad de gestión económica.

Con relación al fomento, se trata de una actividad, recordemos, en la que la Administración estimula, persuade, impulsa a los particulares para que sean ellos los que realicen determinada actividad que se repute como de interés general. La relación que existe entre la idea del fomento y las ayuda públicas es innegable.

En el caso venezolano, la actividad de fomento es de vieja data, siendo el Ministerio de Fomento el quinto en orden de aparición, tomando como punto de partida la creación del Ministerio de Fomento en el año de 1863 y posteriormente la Corporación Venezolana de Fomento en el año de 1958, momento a partir del cual la doctrina³⁹ señala que existió una progresiva política de concesión de "ayudas a particulares", solo que el término no tenía una connotación propia, antes bien, era simplemente manejado en el marco de la actividad de fomento de la Administración Pública. Diríamos incluso que ambos términos suelen confundirse, situación que a nuestro juicio no se corresponde con la realidad ya que en este trabajo se parte de la idea de que las ayudas públicas no se concretan de manera exclusiva a través de la actividad de fomento de la Administración Pública.

Sin embargo, y como hemos dicho, la relación de ambas figuras es innegable, a tal punto que autores como RIVERO⁴⁰, hablan propiamente de una "actividad de ayuda". No menos importante a los fines de ahondar en esta relación, es el hecho de que muy frecuentemente las ayudas

apartados 52 y 53, y la sentencia del Tribunal General de 15-06-2005, Regione autonoma della Sardegna/Comisión, T-171/02, Rec. p. II-2123, apartado 177.

³⁹ José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 316.

⁴⁰ Mariano Baena del Alcázar: "Sobre el concepto de fomento". *Revista de Administración Pública*. N° 54. Madrid, 1967, p. 29.

son otorgadas mediante la figura de la subvención que, dicho sea de paso, es la técnica más utilizada en el otorgamiento de ayudas públicas.

Por otra parte, esas ayudas pueden ser en determinados supuestos útiles instrumentos de intervención pública de los que no se puede prescindir. Al respecto, señala la doctrina⁴¹ que en el ámbito de la intervención del Estado en la economía, el mismo puede intervenir para atender a los fallos de mercado, caso en el cual se justificaría la adopción de una serie de medidas de corrección de tales distorsiones como por ejemplo, el control de precio, el establecimiento de impuestos o la concesión de ayudas económicas.

Originalmente referida a los ámbitos del orden interno y la seguridad ciudadana, la actividad de policía es aquella según la cual el Estado actúa para resguardar el orden público. Tal actividad, tiene que ver con la posibilidad de que en determinadas ocasiones, pueda desplegar cualquier tipo de actuación limitativa de los derechos de los ciudadanos⁴². En efecto, suele darse el caso de que por múltiples causas un mercado determinado no funcione correctamente. Así, para cumplir con su finalidad primordial, esto es, el bienestar de los consumidores, en ocasiones se deben combatir o hacer frente a aquellas imperfecciones a través de las denominadas “fallas de mercado” que puedan producirse como consecuencia de la actuación de algunos agentes económicos que pretendan alterar el mecanismo de la libre formación de los precios⁴³.

Entonces, la Administración puede perfectamente hacer uso de su potestad de ordenación o limitación para procurar atender esos fallos que impiden el correcto funcionamiento del mercado. Como una de las modalidades en las cuáles la Administración despliega esa función, figura justamente el otorgamiento de ayudas públicas.

Una precisión hay que hacer al respecto. Empezamos el punto señalando el concepto de policía administrativa y ahora nos referimos por el contrario a la noción de potestad de ordenación o limitación. La verdad es que todos esos vocablos atienden a una misma idea que no es más que la noción general de actividad de policía como una de las actividades clásicas de la Administración Pública. Lo que pasa es que la noción de policía originariamente estuvo reducida a los conceptos de “orden público” y “seguridad ciudadana” mientras que modernamente la doctrina se refiere a una serie de policías especiales que han surgido con

⁴¹ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 29.

⁴² Peña Solís: *Manual...*, ob. cit., p. 113.

⁴³ Miguel Mónaco Gómez: *Regulación de los Monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la competencia*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2015, p. 16.

el devenir del tiempo y que han sido agrupadas todas ellas en la categoría de actividad de ordenación o limitación⁴⁴.

A su vez, la actividad de concesión de ayudas públicas encuentra en ocasiones estrecha vinculación con la noción de servicio público. En ese sentido, ocasionalmente, los poderes públicos reciben el encargo de la garantía de determinados servicios de interés general lo que puede limitar el posible juego de los mercados y de la competencia en su provisión⁴⁵. Se trata de la prestación que asume el Estado como consecuencia de la cláusula del Estado social. Modernamente denominadas como obligaciones de servicio universal, las mismas versan sobre una noción que responde a la reconciliación de los principios de servicio público con la economía de mercado.

En lo que tiene que ver con el tema de la libre competencia, la asignación de obligaciones de servicio universal encuentra una vinculación directa con el mismo ya que estas deben ser hechas sin que de ellas se deriven ventajas competitivas ilícitas o injustificadas a los operadores, razón por la cual se habla incluso de que el régimen del servicio universal debe ser neutral frente a la libre competencia⁴⁶. Asimismo, para compensar los costes en la prestación del servicio, el Estado acude a la financiación pública que cuando la misma rebasa los linderos de la mera compensación, bien pudiera tornarse en una ayuda pública.

Esto ha sido abordado con detenimiento en el marco del derecho comunitario, en donde se ha establecido con claridad cuando se está ante una mera compensación y cuando ante una ayuda pública. Tal es el caso de la sentencia *Altmark*, de fecha 24-07-2003, y calificada por la propia Comisión como “histórica”, la referida decisión marcó un punto de inflexión en la consideración de los flujos de financiación pública a favor de los servicios de interés económico general (SIEG), desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado.

Esa sentencia contiene el marco referencial en el complejo tema de la financiación pública a los denominados servicios de interés económico general. El punto central de la decisión, estuvo basado en la necesidad de delimitar cuándo tal financiación se trataba de una mera compensación por la prestación de un servicio público, y cuándo se trataba de una ayuda de Estado. Por tanto, se trató de una decisión fundamental en el tema de la financiación pública de las actividades económicas de interés general desde la perspectiva de las ayudas de Estado. El principio general derivado de la referida decisión es que, cuando existe

⁴⁴ Peña Solís: *Manual...*, ob. cit., p. 115.

⁴⁵ Francisco Marcos: “Restricciones públicas de la competencia”. *Papeles de Economía Española (Regulación y Competencia en España, coord. J Ganuza)*, p. 4, en <https://bit.ly/3DrbKIW>

⁴⁶ José Ignacio Hernández: *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2005, p. 57.

compensación por la prestación de un SIEG, no existe propiamente ayuda pública. En rigor, la consecuencia plena de la determinación de una compensación, supone la exclusión de la aplicabilidad de las reglas generales del Tratado sobre el control de ayudas de Estado por considerar que, cuando existe compensación por la prestación de un SIEG, no existe propiamente ayuda pública.

En concreto, y a los fines de ofrecer un cierta sistematización de la formulación jurisprudencial, se destaca que para que exista compensación y no ayuda, la jurisprudencia Altmark establece cuatro requisitos que la propia Comisión califica de inseparables y que podemos identificar de la siguiente manera: **(i)** especificidad en la atribución, **(ii)** predefinición de los criterios de cálculo de la compensación, **(iii)** prohibición de sobrecompensación y **(iv)** ponderación eficiente de la compensación como alternativa a la selección mediante un procedimiento de contratación.

Con relación al primer requisito, el mismo versa sobre la necesidad de que la empresa beneficiaria de la compensación debe estar efectivamente encargada de obligaciones de servicio que deben estar claramente definidas⁴⁷. El segundo requisito tiene que ver con que los parámetros en que se base el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. Se evita con este requerimiento el que se determine *a posteriori* y de forma indiscriminada los costes en los que incurra la empresa encargada del SIEG. El tema de la prohibición de compensación se identifica con el tercer requisito según el cual el cálculo de la compensación por las obligaciones de servicio público impuestas debe garantizar que no se supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de dichas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

Finalmente, para la selección de la empresa encargada de la prestación del SIEG, se contempla en la jurisprudencia Altmark un procedimiento de contratación pública, en el entendido de que este procedimiento permite seleccionar al prestador a menor coste posible para la colectividad. Se trata en todo caso de adquirir el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, cumplidos esos cuatro requisitos derivados en la jurisprudencia Altmark, no estaremos en presencia de una ayuda pública. Estos cuatro requisitos en definitiva son los criterios de la jurisprudencia Altmark para identificar una compensación por prestaciones de servicio público.

Igualmente, uno de los modos de falsear la competencia, y muy recurrentes por cierto, es mediante el dispendio de ayudas públicas a las

⁴⁷ Vid. SSTJCE de 30-01-1974, Asunto 127/73, BRT v. Sabam, y de 11-04-1989, Asunto C-66/86, Ahmed Saeed.

empresas estatales. Analicemos en consecuencia la situación en el caso venezolano. Lo primero que habría que decir es que, la práctica del rescate o salvamento de la empresa pública fracasada viene a ser ya cuestión repetitiva y de uso común en nuestro país en los últimos años. En efecto, en los últimos dieciocho años el Estado venezolano se dedicó a adquirir, por diferentes métodos un importante número de empresas, siendo algunas de ellas las más importantes de su sector como el caso de Agroisleña, Lácteos Los Andes, Banco de Venezuela, y teniendo a la figura de la expropiación, como uno de esos métodos de adquisición que usó con empresas de sectores como cementos y café, donde logró el monopolio.

En julio de 2016 la organización civil Transparencia Venezuela, apoyada de un equipo multidisciplinario, inició una investigación⁴⁸ sobre el tema de las empresas propiedad del Estado venezolano, pudiéndose identificar para ese momento el número de 526 empresas del Estado existentes en Venezuela, número considerable, teniendo en cuenta que nada más en Brasil existen alrededor de 130 empresas de este tipo.

Como dato significativo de dicha investigación se tiene que la mayoría de esas empresas no habrían reportado beneficios para el país (dígase en forma de dividendos, regalías o impuestos para el Tesoro Nacional, ni bienes y servicios para la sociedad), aunado al hecho de una situación cierta de crisis humanitaria por la que atraviesa el país debido entre otras cosas, por la ausencia de rubros básicos los cuáles están llamados a ser producidos por dichas empresas.

Ahora bien, desde el punto de vista de los recursos asignados por el ejecutivo a tales empresas, el informe señala que para el año 2017, por ejemplo, el monto total de dinero asignado a las mismas alcanzó la cifra de 20.2 billones de bolívares. Se trata de una cantidad inmensa de dinero aunado a la casi nula posibilidad en la práctica de existencia de controles sobre tales recursos, y sobre todo al tema de la rendición de cuentas de dichas empresas, posibilidad que quedó totalmente abolida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁹.

Como una de las conclusiones centrales del informe se tiene que se trata de empresas, todas ellas, que bajo ningún concepto son sustentables en el tiempo, teniendo en consideración la gran cantidad de auxilios financieros que se le garantizan, lo que se convierte en una situación que propicia el manejo deficiente de los recursos públicos y porque procuran beneficios sociales invaluable que superan con creces la asunción de recursos que por vía ordinaria su nivel operativo les permite.

⁴⁸ En <https://bit.ly/31laK73>

⁴⁹ Véanse los fallos N° 3 del 11-01-2017 y N° 90 del 24-02-2017, en <https://bit.ly/3rJUdTG> y <https://bit.ly/31zzjfq>

En otro trabajo⁵⁰ de suma importancia para el tema de las empresas públicas, se señala que la gestión realizada por estas en los últimos años se puede caracterizar en los siguientes elementos:

a) Gestión ineficiente y poco transparente: se trata de empresas que producen por debajo de sus metas, afectando la disponibilidad de bienes y servicios que puede disfrutar la población. Hay a su vez pocas inversiones y mantenimiento, todo lo cual conduce a la obsolescencia de maquinaria y equipos. No hay reportes oportunos y completos sobre sus resultados de gestión (operativa o financiera); mientras que sí suele haber denuncias de los ciudadanos sobre manejos irregulares de los recursos.

b) Pérdidas financieras que conducen a una necesidad crónica de subsidios: se trata de empresas que no logran sostenerse con los ingresos que generan, sino que dependen de las transferencias del gobierno central para funcionar. El Estado incrementa el déficit fiscal, y a cambio no logra resultados que mejoren el abastecimiento o las exportaciones. Los recursos destinados a mantener empresas públicas tienen un elevado costo de oportunidad: podrían destinarse a actividades que son más claramente prioridad estatal, como la educación, la salud o el sistema de justicia.

Al menos US\$ 23.000 millones debieron destinarse entre 2007 y 2010 a grandes nacionalizaciones (Electricidad de Caracas, empresas petroleras socias de la Faja del Orinoco, Cantv, Sidor, Banco de Venezuela, cementeras, entre otras). ¿Era la compra de grandes empresas el mejor uso para esos recursos? Según el reporte de Empresas Públicas de Transparencia Venezuela, en 2016 las empresas en manos del Estado reportaron pérdidas por Bs. 1,29 billones, más que el presupuesto asignado a salud, educación, vivienda y seguridad social.

c) Competencia desigual: las empresas públicas disfrutaban de acceso privilegiado a insumos, crédito o divisas. También están exentas –aunque sea informalmente– de cumplir normas burocráticas para la movilización, comercialización o asuntos laborales. Es decir, las empresas públicas no están sujetas a los mismos estándares de competencia ni de cumplimiento legal que las privadas. El hecho de que empresas públicas y privadas sean reguladas de forma distinta, aunque estén en el mismo sector, distorsiona el funcionamiento de los mercados. Así, el Estado termina desplazando al sector privado de actividades en las que podría haber estado produciendo bienes y servicios, y generando empleos.

Hemos querido vincular el tema de las ayudas públicas a la actividad de gestión económica, pues precisamente cuando el Estado en su rol de

⁵⁰ CONINDUSTRIA: *Hacia una Venezuela industrializada: La ruta*. CONINDUSTRIA. Caracas, 2017.

empresario acude a esta técnica para procurar el rescate de la empresa pública fracasada muy probablemente estará incurso en una situación de alteración o distorsión de la libre competencia en el mercado de que se trate.

Se trata en definitiva, el de una acción de manipulación de dicho mercado que altera de manera notoria las reglas de juego en el área, especialmente las referidas a la libre competencia. En efecto, cuando el Estado decide emprender una actividad económica en un sector determinado, el mismo concurre con los demás operadores en condiciones de igualdad. Esto quiere decir que este, asume la ejecución de determinada actividad económica desprovisto de su actividad de imperio para lo cual se afirma que en este caso la Administración no está actuando en base a una competencia de derecho público sino que ejerce su capacidad jurídica como cualquier otro sujeto.

En consecuencia, en este caso, el Estado actúa como un agente más de los que intervienen en un mercado determinado y además compite con ellos, razón por la cual en ningún caso podrá valerse de una posición de supremacía con ocasión al uso de prerrogativas de derecho público para imponerse como empresario en perjuicio de los demás competidores⁵¹.

Es importante destacar finalmente que, si bien en su gran mayoría las ayudas se materializan a través de claros medios de fomento, el hecho de que se le vincule con las otras actividades administrativas no es un detalle menor, y es que, pese a ello, en los casos referidos se estará persiguiendo una finalidad diferente al fomento administrativo. Esta situación, en efecto, constituye una de las fundamentales críticas que se le hace a la teoría, cuando se afirma que en ocasiones pueden perseguirse fines de policía, servicio público y gestión económica, agregamos, mediante el empleo de técnicas de fomento⁵².

V. La naturaleza jurídica de la actividad de concesión de ayudas públicas

Un punto de especial interés es el de la naturaleza de la actividad de concesión de ayudas públicas, pues hemos visto ya que en la gran mayoría de los casos se trata del Estado actuando en su rol de empresario y compitiendo en condiciones de igualdad con los demás agentes del mercado. Ello no obsta sin embargo, para considerar algunos supuestos de ayudas públicas como reales potestades públicas.

Conviene por tanto precisar que, se trata esta de una actividad que bien puede ser prestada por el Estado como *Portentio Personae* o como

⁵¹ Grau: *La Inconstitucional...*, ob. cit., p. 137 y ss.

⁵² Baena del Alcázar: *Sobre el...*, ob. cit., p. 23.

lus Imperium, y en uno y otro caso, tales situaciones de alteración a la libre competencia, estarían vinculadas o bien por las normas de libre competencia que al respecto existan en un lugar determinado, o bien por lo que prescribe en todo caso la norma fundamental. Esto es, de conformidad con la normativa anticompetencia, de manera general se trata de un conjunto de normas cuyo ámbito de aplicación parte de un concepto material de empresa, sin importar la forma que esta asume, siendo lo relevante entonces, el que se lleve a cabo una actividad económica⁵³.

Esa conducta empresarial, como hemos visto, puede ser asumida en ocasiones por el propio Estado, que en el ejercicio de tal actividad compite con los particulares en condiciones de igualdad, pudiendo inclusive causar graves alteraciones al principio de la libre competencia en un mercado determinado.

Se trata en todo caso de que en el ejercicio de potestades públicas de carácter soberano, el Estado puede actuar como *Imperium* es decir como Poder Público y por el otro, de la situación de entes públicos cuando obran como si fueran particulares no actúan como poder político o soberano sino como si fueran particulares, reducida esta actuación no a una actividad de imperio sino a una de tipo comercial.

En el derecho comunitario, por cierto, el término empresa ha sido interpretado desde un punto de vista material identificado con cualquier organización que realiza una actividad económica, con independencia de su naturaleza privada o pública, de su forma jurídica y de su modo de financiación⁵⁴.

En Venezuela la norma que regula con carácter general la materia de libre competencia en la actualidad es la Ley Antimonopolio⁵⁵, cuyo ámbito objetivo de aplicación queda circunscrito a todas aquellas actividades económicas con efectos sobre Venezuela⁵⁶. Ahora bien, por lo que respecta al ámbito subjetivo de la Ley, de conformidad con su artículo 3 se señala que todo operador que lleve a cabo una actividad económica estará sujeto a la ley, sea este una empresa privada o pública⁵⁷. En la parte final de este trabajo, veremos que en el marco del derecho comunitario se ha desarrollado un principio que sirve como parámetro de control a los efectos de establecer la presencia de determinada ayuda y su incidencia o no en la libre competencia en los mercados, pero reducido a los casos en que la ayuda se otorgue por el Estado en su rol de empresario o actuando como *Portentio Personae*. Se trata del

⁵³ José Carlos Laguna de Paz: "Ámbito de aplicación del derecho de la competencia". *Revista de Administración Pública*. Madrid, 2019, p. 6.

⁵⁴ Laguna de Paz: *Ámbito...*, ob. cit., p. 6.

⁵⁵ en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26-11-2014.

⁵⁶ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 69.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 72.

comúnmente denominado principio del inversor privado en una economía de mercado.

Distinto es el caso entonces, del tema de las ayudas como potestades públicas. En efecto, puede darse la situación también de que estas medidas sean dictadas por el Estado no ya en su condición de empresario haciendo alusión a una mera actividad comercial tal cual como un particular, sino como medidas en el ejercicio del *Ius Imperium* siendo verdaderas potestades públicas. A tal respecto, la doctrina⁵⁸ señala lo siguiente:

Téngase en cuenta que también pueden en efecto producir distorsiones a la competencia el Estado no actuando como operador económico sino como poder público, tanto más cuanto en estos casos no está sometido a las normas de defensa de la competencia pues se supone que actúa en el ejercicio de la mera ejecución de prerrogativas públicas.

Cuando la Administración concede ayudas actuando como Poder Público, tales medidas se manifiestan naturalmente en normas jurídicas, actos administrativos o actuaciones diversas de la Administración Pública, pudiendo igualmente causar serias distorsiones a la libre competencia. Se trata en todo caso de lo que se ha dado en llamar como una forma de restricción pública de la competencia⁵⁹.

Por restricciones públicas de la competencia se entiende el conjunto de barreras, distorsiones, falseamientos o restricciones de la competencia que se introduzcan en una norma, decisión o actuación públicas, incluyendo aquellos supuestos en los que las normas, decisiones o actuaciones públicas imponen o exigen a los operadores económicos privados desarrollar una conducta anticompetitiva⁶⁰. En efecto, así como las prácticas anticompetitivas de las empresas perjudican el mercado a tal punto de lograr su distorsión o alteración, en ocasiones, el bienestar de los consumidores puede verse perjudicado de manera análoga mediante el ejercicio de potestades públicas de carácter soberano.

En este caso, se trata de que los operadores privados se ven forzados a desarrollar una conducta anticompetitiva con ocasión a la aplicación de una restricción pública de la libre competencia que se materialice en una ley, acto administrativo o cualquier tipo de actuación administrativa. En España por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) prescribe que las prohibiciones en ella contenidas se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

⁵⁸ Grau: *La inconstitucional...*, ob. cit., p. 36.

⁵⁹ Marcos: *Restricciones...*, ob. cit.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.

En definitiva, hemos visto como de acuerdo al tipo de actividad administrativa de que se trate, la concesión de ayudas públicas atenderá o bien a una actividad de la Administración como *Portentio Personae* o a una actividad de Poder Público y en consecuencia una real potestad pública. Esto es, la actividad de concesión de ayudas públicas puede derivar del supuesto en el que los poderes públicos actúan directamente como operadores de mercado en el marco de actuaciones públicas de carácter empresarial. Pero al margen de ello, las ayudas públicas también pueden derivar de una actividad soberana de Poder Público. En el primero de los supuestos, para el caso de que esa actividad material sea atentatoria de la libre competencia, la misma quedaría vinculada por las normas que rigen la materia que en Venezuela están previstas con carácter general en la Ley Antimonopolio. Sin embargo, incluso cuando se incorporen en un texto legislativo, acto administrativo o cualquier actuación de la Administración, no cualquier restricción a la competencia es constitucionalmente admisible. Para el segundo de los casos, se podría limitar el juego del mercado mediante potestades públicas, no pudiendo eliminar por completo dicho mercado. Además, esas restricciones a la competencia y a la libertad de empresa deben ser adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos que persiguen. En caso contrario, corren el riesgo de resultar inconstitucionales⁶¹.

VI. Dos casos de estudio sobre las ayudas públicas y la alteración a la libre competencia

De seguidas expondremos dos casos de ayudas públicas. El primero, referido a la presencia de ayudas declaradas en su oportunidad como ilegales en el seno del derecho comunitario. El segundo de ellos, un caso venezolano reseñado en un medio de comunicación en su momento, que aunque desconocemos si medió actuación expresa de algún particular o de oficio por parte de la Superintendencia Antimonopolio, bien puede hacernos ver como el tema de las ayudas públicas no es ajeno a nuestra realidad nacional.

1. El caso Ciudad de la Luz

El proyecto versó sobre la financiación pública (265 millones de Euros) a un importante complejo de estudios cinematográficos español⁶². A raíz de las denuncias de dos importantes representantes del sector cinematográfico europeo, la Comisión Europea procedió en el año de

⁶¹ Ibid.

⁶² Desde el comienzo siempre estuvo presente la idea de que se trataba de un proyecto fuera de la realidad y de la demanda, contando con un plan de viabilidad totalmente irreal y en donde no había más que gastos y ningún ingreso. Así, por ejemplo, se preveía pagar a Francis Ford Coppola por una conferencia hasta medio millón de euros o la concesión de ayudas a una película hasta por más de 4 millones euros. Véase al respecto <https://bit.ly/3IHW1sL>

2008 a dar inicio a una investigación pormenorizada con arreglo a las normas sobre ayudas de Estado del Tratado CE sobre la financiación del complejo de estudios cinematográficos Ciudad de la Luz, cercano a la ciudad de Alicante (España). Tras una investigación exhaustiva, la Comisión concluyó que ningún inversor privado habría aceptado invertir en las mismas condiciones y que la financiación pública falseaba de forma masiva la competencia entre los principales estudios de cine europeos.

El caso fue llevado a la Comisión Europea la cual emitió decisión sobre el asunto en fecha 08-05-2012⁶³, y en donde a grandes rasgos se expuso lo siguiente. Habiendo alegado las autoridades que la medida en cuestión no constituía ayuda estatal, ya que, en su criterio, habría cumplido con el principio del inversor privado en una economía de mercado, la Comisión revisó, si en el caso en concreto, tal principio habría o no sido vulnerado. Esta prueba analiza si un inversor privado habría invertido en el proyecto de la misma forma y en las mismas condiciones que el inversor público en el momento en que se adoptó la decisión de llevar a cabo la inversión pública. A este respecto, para la Comisión fue significativo el hecho de que inicialmente hubiera un inversor privado en el proyecto y que las autoridades españolas hubieran encargado varios estudios que llegaban a la conclusión de que el proyecto generaría un flujo de caja positivo. No obstante ello, dicho inversor privado se retiró antes de haber comprometido fondos adicionales. Siendo a su vez que ningún otro inversor privado invirtió posteriormente en el proyecto.

En ausencia de un accionista privado, la autoridad regional basó su decisión de inversión en los resultados de los estudios de consultoría. La Comisión evaluó si un hipotético inversor privado habría invertido en el proyecto por el que se creaba la sociedad Ciudad de la Luz. Según el principio del inversor privado, la inversión realizada se considera ayuda estatal si la compensación que el Estado espera recibir es inferior a la que un inversor privado habría exigido en las circunstancias de ese proyecto específico. Para financiar un proyecto, los inversores han de invertir un cierto capital. Este capital tiene un coste: el coste de capital. En el caso específico de Ciudad de la Luz, el plan de negocio preveía que el proyecto se financiaría plenamente con capital social, por lo que el coste total de capital es el capital social. Un inversor de capital privado habría estado dispuesto a invertir en Ciudad de la Luz si la tasa interna de rentabilidad esperada hubiera sido superior o igual al coste de oportunidad del capital social (es decir, la rentabilidad que podía haber logrado en un proyecto similar).

La ayuda también fue selectiva puesto que los beneficios derivados de ella solo confieren una ventaja a las empresas que operan en el sector y, en realidad, solo a algunas de ellas. En relación con el falseamiento de

⁶³ Véase <https://bit.ly/3pCS0GT>

la competencia, cuando las ayudas estatales refuerzan la posición de una empresa con relación a otras competidoras, se ha de considerar que estas últimas se ven afectadas por dichas ayudas. El apoyo concedido refuerza la posición de Ciudad de la Luz con relación a otras competidoras al hacer posible que la primera se introduzca en el mercado de los estudios cinematográficos. Por consiguiente, la competencia entre las empresas que se benefician de la medida y las que no lo hacen está falseada.

En definitiva, las ayudas públicas otorgadas por la comunidad valenciana al consorcio cinematográfico Ciudad de la Luz fueron declaradas por la Comisión Europea como ilegales y en consecuencia se ordenó a la referida empresa a la devolución de la cantidad de 265 millones de euros que habría invertido para financiar el proyecto, en una sociedad que entre 2004 y 2010 había arrojado pérdidas por un monto de 84 millones de euros.

2. El caso Hotel Tamarindo Guacuco

En noviembre de 2016 el gobierno anunció que destinaría 1.733 millones de bolívares para desarrollar las obras de rehabilitación y recuperar el antiguo Hotel Tamarindo Guacuco, ubicado en Margarita, estado Nueva Esparta, con el objetivo de fortalecer la actividad turística en la entidad.

Como ya hemos dicho, la figura del Estado empresario en los últimos tiempos en el país, abarca cualquier cantidad de áreas de la vida económica. En este caso, el turismo fue la actividad destinada a desarrollar mediante el uso de esta práctica como es la ayuda pública pero que sin embargo, dado el caso de que se trata del rescate de una empresa pública fracasada, estaríamos ante una clara manifestación de ayuda pública ilegal al pretender el gobierno falsear la competencia en el sector, asumiendo una cuantiosa inversión que un inversor privado bajo las mismas circunstancias en ningún momento hubiese realizado.

Del referido caso, tuvimos conocimiento en su oportunidad gracias a la lectura de un artículo de prensa publicado bajo el nombre de “Ayudas ilegales”⁶⁴. La autora MARÍA AMPARO GRAU hacía referencia al mismo, al trascender a la opinión pública la actividad de concesión de ayuda financiera en el sector turismo como posiblemente vinculado al tema de las ayudas ilegales, desarrollado con extensión, como hemos tenido oportunidad de ver, en el derecho comunitario europeo.

En primer término, de cara al desarrollo de la materia en el marco del derecho comunitario, la autora señalaba que para evitar la intervención del Estado en áreas de la economía que bien pueden ser servidas por sus actores principales, que son los particulares, el ordenamiento

⁶⁴ El Nacional, edición del 30-11-2016.

jurídico europeo ha desarrollado el tema de las “ayudas ilegales”. Destaca en ese sentido que con ello, se trata de impedir que los gobiernos desvirtúen el mercado, manipulándolo en perjuicio de sus agentes naturales a través del uso de una “actividad de fomento” que falsea la competencia y en definitiva conlleva a la afectación final de los consumidores y usuarios, y a la población en general, al dañar con este tipo de acciones el sano desarrollo de la economía.

Por otra parte, y vinculándolo el punto al tema de la actividad empresarial del Estado en Venezuela, destacaba la autora que es práctica común del Estado venezolano, más aún hoy cuando se le concibe como el actor principal de la actividad económica en detrimento del sector privado, la acción destinada a procurar el rescate de las empresas públicas fracasadas, y que a su juicio, sólo a través de las respectivas ayudas gubernamentales, pueden mantenerse en el mercado y con poca probabilidad de éxito o apoderarse de la empresa privada en quiebra. Teniendo todo ello por consecuencia, un efecto nocivo no sólo en el patrimonio público que así se dilapida, sino también en el desarrollo eficiente de la actividad económica y el ulterior beneficio que de allí se propagaría para toda la sociedad.

En ese sentido, destacaba la autora que la figura de las “ayudas ilegales” protege no sólo los principios de un sistema de economía de mercado, sino que permite controlar el actuar irresponsable de un Estado que administra el patrimonio haciendo gastos que el buen inversor privado no realizaría, sabiendo que perderá la inversión. A su vez señalaba que, consideraciones de política social pueden en efecto justificar el destino de recursos públicos sin posibilidad alguna de beneficio (en salud, educación, vivienda de interés social, seguridad social, infraestructura, etc.), pero en la gestión económica empresarial el Estado sólo puede realizar este tipo de intervención si además de una razón de interés público existe la racionalidad del gasto, el cual no se justifica cuando se inmiscuye en actividades que bien puede llevar a cabo el sector privado, y más cuando en ellas la gestión pública empresarial ha fracasado. En lugar de contribuir con este tipo de intervención al desarrollo del sector, en este caso turístico, a la larga, al distorsionar el mercado, lo perjudica.

Asimismo sostenía que, la política económica del gobierno responde no sólo a un modelo inconstitucional, sino también contrario a los principios de la buena gestión empresarial, por lo que se condena al fracaso de la actividad y desarrollo económico y social del país, y, además, se compromete el manejo transparente y correcto del erario público. De cara a esa situación, la autora denunciaba en su momento que tal ayuda, la financiación pública de la rehabilitación del Hotel Tamarindo Guacuco, en el marco de una economía de mercado y libre competencia como la venezolana, y de acuerdo a las normas constitucionales vigentes, debería ser considerada ilegal.

Del artículo en comento, saltan a la luz varios aspectos de interés. En primer lugar se destaca que el mismo bien pudiera ser un claro ejemplo de concesión de ayuda pública claramente vinculado al tema de la actividad empresarial del Estado. Por otra parte, salta a la vista un tema que no compartimos como hemos tenido oportunidad de referir, y es que el tema de las ayudas públicas, se vincula única y exclusivamente con la actividad de fomento de la Administración Pública. En efecto, cuando la Administración persuade a los particulares para que sean éstos los que gestionen determinada actividad que se reputa como interés general, allí no habría problema en calificarla como de fomento. Distinto es el caso, como el reseñado, en el que la Administración “se ayuda a sí misma”, pues ello evidentemente estaría reñido con el carácter de gestión indirecta de la actividad por parte de la Administración que impera en la noción de fomento y en definitiva con la idea de satisfacción indirecta de necesidades de orden público⁶⁵.

Del referido artículo también, se deriva el tema de la aplicación del criterio del inversor privado, que en el caso concreto, fue aplicado en razón de una típica ayuda de salvamento, que es aquella que no incentiva un objetivo beneficioso, sino que cubre los gastos normales de la empresa. Por lo general están prohibidas, pues puede llegar a sostener artificialmente la actividad de una empresa que, sin ella, desaparecería⁶⁶. Además, no tiene efectos duraderos: los mismos desaparecen al suprimirse la ayuda. Razón por la cual se ha establecido que es el tipo de ayuda más perjudicial⁶⁷.

Se trata en definitiva que la actividad pública empresarial encuentra en la libre competencia un claro límite, según el cual la misma debe desarrollarse sin el otorgamiento de ayudas públicas ni cualquier otro tipo de medidas que alteren o falseen notablemente la competencia en un mercado determinado⁶⁸.

Conclusión

Hemos revisado de manera general el tema de las ayudas públicas en lo que tiene que ver con la posibilidad de que tales medidas sean atentatorias del derecho a la libre competencia. Se trata entonces de un análisis desde una perspectiva general, de un tema del cual se

⁶⁵ Baena del Alcázar: *Sobre el...*, ob. cit., p. 24.

⁶⁶ Por tal motivo, se considera que tal tipo de ayuda falsea, en principio, las condiciones de competencia, como señala, entre otras, la Sentencia de 09-06-2011, Comitato Venezia vuole vivere y otros/Comisión (C-71, 73 y 76/09, Rec. 2011, p. 14727, apartado 136.

⁶⁷ Abel Estoa Pérez: “Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid. 2014, p. 14.

⁶⁸ Manuel Rebollo Puig: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”. *Revista de Administración Pública*. N° 210. Madrid, 2019.

desprenden numerosas aristas a ser revisadas. Téngase en cuenta, por ejemplo, lo que tiene que ver con el tipo de práctica anticompetitiva a que responden estas medidas de cara a la Ley Antimonopolio, los mecanismos de control anterior y con ocasión a su otorgamiento, los medios de defensa que tienen los operadores agraviados que intervienen en el mismo mercado en que lo hace el operador beneficiario de la ayuda, se habla incluso en el derecho comunitario de la responsabilidad del Estado por su otorgamiento.

A todas estas, y siguiendo el modelo del derecho comunitario, el régimen de las ayudas debe partir de un esquema de prohibición relativa y no absoluta de las mismas, teniendo en cuenta el hecho de que, aunque la libertad de empresa y la libre competencia constituyen pilares del modelo económico que la Constitución reconoce, no se trata de principios o mandatos absolutos, que no admitan excepción⁶⁹. En consecuencia, el régimen previsto en el derecho comunitario es un buen punto de partida a la hora de asumir un modelo propio a nuestro ordenamiento, que parta igualmente, de un sistema relativo y no absoluto, de prohibición de ayudas públicas.

El principio del inversor privado en una economía de mercado debería ser utilizado como parámetro de control para los casos en que las ayudas se otorguen en el ejercicio de una mera actividad pública empresarial en el marco de una economía social de mercado. Para el caso de las ayudas como verdaderas potestades públicas el artículo 113 constitucional debe ser usado como norma de contención que permita revisar tales medidas en su justa dimensión y confrontarlas con el texto constitucional, todo ello de cara al principio de libre competencia que la norma fundamental contempla.

Sirvan pues las presentes líneas para fijar la mirada en un tema que no se ha abordado hasta el momento con la debida profundidad, que muy probablemente se esté desarrollando bajo la más absoluta discrecionalidad, y el cual se encuentra vinculado de manera directa con el correcto uso de los fondos públicos. Situación muy sensible, por cierto, a nuestra realidad política actual. ■

⁶⁹ Marcos: *Restricciones...*, ob. cit., p. 4.

La supervisión de la calidad en la educación superior venezolana y su centralidad en la reforma del Derecho Administrativo Clásico

Aghner FLOREZ QUIÑONES*

REDAV, N° 21, 2020, pp. 65-90

Resumen: En el marco de la reforma del Derecho Administrativo Clásico, es imperioso discutir ampliamente en torno a la supervisión de la calidad en la educación superior en Venezuela. Empero, nos centraremos en recalcar, a modo introductorio, que la economía del conocimiento conforma una herramienta innovadora de masificación post-industrial que, pese a su difícil construcción social, genera que al promover la educación superior de calidad y la maximización del derecho fundamental anejo, se deban repensar las técnicas de intervención pública en la economía, a fin de mejorar el acceso ciudadano a los bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, desde una conciencia integral de desarrollo.

Palabras clave: Derecho a la educación – Educación superior – Supervisión.

Abstract: *In the framework of classic Administrative Law reform, is mandatory to broadly discuss about the supervision of higher education quality in Venezuela. Even thought, we will focus in remarking, introductorily, that knowledge economy conform an innovative tool for post-industrial massification that, despite of its social construction difficulties, generates that in promoting the higher education quality and maximizing this fundamental right, the techniques of public intervention into economy, must be reconsider, in order to improve citizen access to the goods and services that satisfy their needs, from a comprehensive consciousness of development.*

Keywords: *Right to education – Higher education – Inspection.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

26-07-2021

Introducción

Sí afirmamos con STEPHEN RICHARDS COVEY que “*El liderazgo es el tema candente de hoy día. La nueva economía está basada en el trabajo del conocimiento, y el trabajo del conocimiento es otra forma de designar a las personas*”, en el sentido que en “*la economía del trabajador del conocimiento; la creación de riqueza ha pasado del dinero y las cosas a las personas... Nuestra mayor inversión financiera es el*

* Abogado *cum laude* por Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España).

*trabajador del conocimiento*¹, debería existir, en última instancia, poca dificultad en admitir que al Estado, como garante del pleno ejercicio de los derechos ciudadanos, le urge centrar su actividad interventora en sus diferentes grados y técnicas en este aserto fundamental. Ello requiere una ponderada coordinación del conjunto de sectores de la actividad económica. En suma, a tal fin, es obligación del Estado respetar el Estado de Derecho, cuya principal prioridad debe ser defender la dignidad humana.

Así, nuclear la teoría y praxis interventora del Estado en la innovación global del conocimiento, significa básicamente que toda la intervención del Estado en la economía, se rija por su incidencia directa e indirecta en el desarrollo humano y social sustentable. En efecto, como el Estado tiene su razón de existencia única y exclusiva en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, tanto individual como socialmente, es altamente deseable que toda intervención estatal, se sustente en su capacidad de promover el florecimiento del talento humano en las distintas esferas científicas y tecnológicas. Tal afirmación, se concreta a través de la disposición estratégica de ciertos medios y recursos, en aras de garantizar eficacia y eficiencia en la maximización del bienestar social obtenido por el ejercicio de actividades de distinto calado que sean evaluables económicamente.

Para más abundamiento, en el marco de esta intervención, es imperioso distinguir entre aquellas actividades económicas a las cuales el particular puede acceder y desempeñar, en virtud del derecho preexistente a la libertad económica, consagrado en el artículo 112 de nuestra Carta Fundamental, de las que son reservadas al Estado y que, eventualmente, pudiesen ser ejercidas por el particular, desde una situación jurídica de relativa precariedad con efectos declarativos o constitutivos, en razón que el Estado ostenta la titularidad de la misma hasta disposición legislativa en contrario. Esta disquisición, de importancia superlativa, debe ser formalizada desde una perspectiva democrática y humanista infranqueablemente proveniente de una interpretación que pondere entre el interés público y el conjunto de derechos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Por consiguiente, la premisa apuntada tiene gran relevancia respecto al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pues en el estado actual de nuestra ciencia, es urgente la necesidad de hallar parámetros claros y efectivos para su delimitación, interpretación, ejercicio e innovación, a fin de resguardar e impulsar el robustecimiento de la dignidad humana en su integralidad. Así, es jurídicamente legítimo, establecer limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad

¹ Covey, Stephen: *El 8° Hábito. De la efectividad a la grandeza*. Capítulo 23: La voz facultativa: transmitir pasión y talento. Facultar al trabajador del conocimiento. Editorial Paidós Empresas, 2005, p. 285.

económica y, consecuentemente, reservar toda o parte de la actividad en cabeza del Estado, si y sólo si las mismas encuentran cabida en el diseño de modalidades para la mejor y más plena plasmación de los referidos derechos, cuestión que debería tener nuevo auge en la economía del conocimiento. Se trata, en breve, de la no afectación de legítimos derechos ciudadanos por comportamientos estatales arbitrarios.

Desde esta perspectiva, como balance resaltante, huelga tener presente que, dentro de la dinámica de los derechos fundamentales relacionados a la intervención del Estado en la economía, es posible su morigeración y hasta eliminación en el ejercicio de la actividad debidamente reservada. Siendo ello así, respecto al ejercicio de la actividad, el particular no puede deducir ninguna pretensión de violación a los mismos bajo cualquier título, por no poder invocar la configuración de derecho subjetivo alguno, motivado a la falta de los condicionantes esenciales para el establecimiento de toda relación jurídica, atinentes a que su objeto sea susceptible de apropiado desarrollo por parte del particular, ello con miras a su amparo por el ordenamiento jurídico. Por eso, en todo este entramado debe mediar la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad interpretativa en pro del ciudadano.

Ahora bien, para concluir el panorama esbozado, es obligante subrayar que, como fue planteado precedentemente, el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia de actividades económicas reservadas al Estado, puede y, en algunos casos debe, ser restringida y hasta excluida. Sin embargo, tal es puntualmente el caso del mero ejercicio de la actividad reservada, no siendo así en relación al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen, circunstancialmente, realizar este tipo de actividades por la aquiescencia estatal. Consecuentemente, no es predicable dentro de una sociedad democrática, y en el marco del ejercicio de las actividades económicas de carácter lícito, la posibilidad de violación estatal bajo cualquier título de los derechos que garantizan el libre desenvolvimiento de su personalidad como expresión de la dignidad humana.

Por otro lado, no escapa a nuestro análisis que esta forma de concebir la intervención pública en la economía generará, igualmente, gran recelo en aquellos sectores que, inspirados en los matices más extremos de la ideología liberal, no considerarían prudente que el Estado intervenga en la gestión del pensamiento, siendo este por antonomasia absolutamente libre. Con todo, los que así piensan, estimarían que un modo tal de intervención es generadora *per se* de un instrumento de control social inaceptable en una sociedad democrática, toda vez que el Estado siempre ostentará implícita o explícitamente vocación a la

arbitrariedad². Desde esta perspectiva, hemos de perfilar toda clase de mecanismos jurídicos, para evitar un declive democrático, ciertamente latente, aunque ello no debe ser óbice para prescindir de herramientas tendentes a la maximización del beneficio social.

Como acicate de lo dicho, a tenor de una resaltante praxis legada por el Premio Nobel de Economía, RONALD COASE, la planificación estatal no debe entenderse ni ejecutarse como intervención totalitaria en la economía. En efecto, semejante proceder debe ser un módulo de injerencia puntual en los actores, recursos y actividades económicas de los particulares, dirigida a aquellos sectores económicos que no alcanzarían la disminución máxima del costo social implicado. Así las cosas, obsérvese que incluso en el asunto que nos ocupa, la autorregulación única del mercado, vista desde una medición técnica objetiva, dificulta en modo apreciable la obtención total del beneficio social que presumiblemente resulte alcanzable del ejercicio pleno de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico³, en condiciones económicas globalizadamente inestables.

² Tal esquema, olvida considerar lo examinado por el Premio Nobel de Economía JOSEPH EUGENE STIGLITZ, en el sentido que: *"Hay algunos bienes que el mercado espontáneamente nunca suministra. Esto incluye bienes públicos, de cuyos beneficios pueden gozar todos los miembros de la sociedad, y entre ellos están ciertas innovaciones esenciales. El tercer presidente estadounidense, Thomas Jefferson, señaló que el conocimiento era como una vela: cuando una vela enciende otra vela, su propia luz no disminuye. De ello se deduce que restringir el uso del conocimiento es ineficiente. Los costes son especialmente altos en el caso de la ciencia básica. Pero si la divulgación del conocimiento tiene que ser gratuita, el Estado debe asumir la responsabilidad de financiar su producción. Por eso el gobierno tiene un papel importantísimo en promoción del conocimiento y la innovación"* (Eugene S., Joseph: *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Capítulo 7: Un nuevo orden capitalista. Editorial Taurus Pensamiento, p. 164).

³ Es por ello que el referido autor en las conclusiones su artículo intitulado *"El problema del costo social"*, expresa que: *"Si los factores productivos son considerados como derechos, se hace más fácil comprender que el derecho a hacer algo que tenga un efecto dañino [...] es también un factor de producción. [...] El costo de ejercitar un derecho (de usar un factor de producción) es siempre la pérdida que sufre la otra parte como consecuencia del ejercicio de ese derecho: la incapacidad para cruzar la tierra, estacionar el auto, construir una casa, disfrutar de un paisaje, tener paz y quietud, o respirar aire puro. // Sería deseable que las únicas acciones desarrolladas fueran aquellas en que lo que se ganase tuviere un mayor valor que lo que se perdiese. Pero al elegir entre ordenamientos sociales, en el contexto en el que las decisiones individuales son tomadas, debemos tener en mente que un cambio del sistema existente que conduzca a un mejoramiento en algunas decisiones puede muy bien conducir a un empeoramiento de otras. Además, debemos considerar los costos involucrados en operar los distintos ordenamientos sociales [...], como también los costos que demandará la adopción de un nuevo sistema. Al diseñar y elegir entre ordenamientos sociales debemos considerar el efecto total"*. En <https://bit.ly/301MWmL>

Es por esta razón, que no sólo las actividades económicas que tienen gran incidencia directa en el Producto Interno Bruto (PIB) de un país, deberían ser susceptibles de intervención estatal, por exigua que sea, sino también aquellas que poseen un influjo indirecto o mínimamente directo en el mismo. Desde una visión panorámica, ello se fundamenta en la ineludible urgencia de concretar en la mayor medida posible, los medios y recursos para el ejercicio pleno de los derechos ciudadanos, la construcción de ciudadanía y el realce de la dignidad humana. Empero, es innegable que esta intervención puede revelar efectos adversos por el ejercicio inadecuado del poder, siendo así que, para coadyuvar a su efectivo control, es posible y forzoso establecer en el ordenamiento jurídico, modalidades de intervención previamente consensuadas, de factura científico-técnica y ampliamente garantistas.

Lo dicho, percibe matices específicos en el sector educativo, los cuales a su vez se particularizan en el subsector de la educación superior o universitaria, puesto que, a la formación integral del ser humano, inherente a todo nivel y modalidad educativa, se le suma la vocación de la Universidad como espacio transdisciplinar y permanente en la búsqueda de la verdad desde la rigurosidad del método científico. Lo anterior refiere, a fin de cuentas, que la intervención estatal en la economía ejercida en este terreno, lejos de servir como medio subyugador o direccionante del conocimiento, debe ser exclusivamente una herramienta de su expansión y prestigio nacional e internacional. En ese contexto, las autoridades universitarias en general, deben disponer de manera neutral, distintos medios y recursos expresamente a este objetivo, y así subsidiar el déficit de la iniciativa privada.

De esta forma, al enfocarnos en la supervisión como técnica de intervención pública en la economía del subsector, debemos considerar que esta al regirse por el Estado Docente, según el artículo 5 de la Ley Orgánica de Educación vigente⁴, además de ser coordinada y ejecutada desde la respectiva autoridad de vértice, debe configurarse por estas notas esenciales. Es más, este aserto descansa sobre su llamada a garantizar la educación como derecho humano, deber social fundamental e instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad, conforme al artículo 102 de nuestra Carta Magna. Por ende, estos elementos se deben leer en clave de calidad integral de todo el sistema, que vele por la permanencia e igualdad de condiciones y oportunidades, sin otra limitante que las propias aptitudes, vocación y aspiraciones, según el artículo 103 *eiusdem*.

En suma, la supervisión de la calidad educativa universitaria como urgente y siempre novedoso objeto de discusión en los más amplios

⁴ En lo adelante, al citar esta ley especial, se referirá a la publicada en Gaceta Oficial N° 5.929 Extraordinario de 15-08-2009.

sectores sociales, en general, y académicos, en particular, dirigida a garantizar sostenidamente un derecho tan esencial para la ágil dinámica del Estado democrático y social de derecho y de justicia debe, entre otras tareas, propender hacia una sistemática superación del doctrinalmente denominado Derecho Administrativo Clásico, con el propósito último de allanar el camino hacia la materialización, sin ambages, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en un clima donde su delimitación y ejercicio, en el marco de la dignidad humana se encuentran, en buena medida, en entredicho porque normalmente la amplia brecha entre intereses político-económicos e intereses simplemente humanos, genera su tratamiento incoherente, a lo que se agrega una enquistada corrupción jurídico-política y la subestimación del ejercicio de la ciudadanía.

Ahora bien, una vez explicitado lo anterior, huelga dejar sentado que este artículo no constituirá, en ningún sentido, una disertación agotadora de nuestro tema, ni siquiera en modo parcial, por lo contrario, sólo tratará algunas de sus nociones introductorias de corte transdisciplinar con epicentro jurídico. En consecuencia, prevemos la necesidad que futuras investigaciones coadyuven a precisar, profundizar y organizar mejor dicho asunto.

I. La intervención pública en la economía del conocimiento⁵

Es dentro de este estado de cosas, que debe surgir una nueva reconfiguración de la intervención pública en la economía. En ese sentido, el fenómeno transdisciplinar de la globalización exige no solamente la revisión de la noción, definición y caracterización de esta modalidad de intervención, sino también el acoplamiento de las técnicas empleadas en este ámbito del quehacer jurídico estatal, a objeto de concretar en el devenir diario, los fines del Estado establecidos en el artículo 3 de nuestra Constitución. Así, cobra especial importancia el desarrollo de la persona, el respeto de su dignidad y la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, amén de los principios rectores del actuar de la Administración Pública, consignados en el artículo 141 *eiusdem*, pues ello garantiza el *quid* de dicha intervención, la cual consiste, en la promoción integral del ser persona humana.

⁵ En este apartado, se manejarán algunas ideas expuestas en: "De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento". La Economía del Conocimiento. Texto adaptado del Harvard Business Review, 1999, 22-36, en <https://bit.ly/3pDtqpg>; Robles P., Héctor: *La economía basada en el conocimiento. Las condiciones de los Estados Mexicanos*, en: <https://bit.ly/3otopk2>; Lage D., Agustín: *La economía del conocimiento y el socialismo. Reflexiones a partir de la experiencia de la biotecnología cubana*, en <https://bit.ly/31xjQxg>

En este orden de ideas, ser persona humana significa promover y priorizar su desarrollo sustentable dentro de los parámetros ontológicos inherentes a su condición, referidos a su relacionamiento existencial objetivo. Por contraste, si ello no fuera así, asistiríamos a la promoción servil a ciertos intereses trasnacionales e ideológicos sólo sustentados en su gran fuelle económico, sin referencia a la condición de dignidad humana inmanente e intransable. Pues bien, los nuevos desarrollos de intervención pública en la economía, deben partir de esta condición basal, puesto que sólo desde el eficientismo económico en la repartición de la riqueza, tendríamos una economía tan mecanizada que lejos de servir a una humanidad con plenas facultades biológicas, psicológicas, espirituales y emocionales, sustentaría un trasvase amorfo, alienante y beneficiario de unos pocos.

Lo anterior, contrario a una idea etérea no objetivable, desarrolla y garantiza en el conocimiento verdaderamente transdisciplinar, uno de los elementos centrales de su concisión. Por tanto, a despecho de un racionalismo positivista trasnochado, es incontrovertiblemente cierto que la racionalidad en función de la promoción humana integral, es una metodología objetiva de gran pujanza que abre posibilidades rentables a la comprensión de sí mismo, unido a la dinámica social. En esa línea, es innegablemente falso que la dignidad humana al no ser medible u observable empíricamente, pueda ser dotada de contenido a manera convencional según los vaivenes de cierta opinión pública patrocinada por sectores de ascendencia económica como factor de control social. Es allí que, una vez más, han de hurgarse las novedades de la intervención estatal en la economía en general.

En un segundo estadio de disección de nuestra cuestión, es preciso contestar sumariamente la principal objeción que entraña introducir plenamente el fenómeno cognoscitivo como modulante de la intervención estatal en la economía. Por esa razón, ponderaremos a grandes rasgos aquellas argumentaciones que pretenden poner de relieve el carácter poco explicativo que desde la teoría y praxis del conocimiento tiene esta clase de injerencia en actividades de raigambre meramente económica o técnica. De tal manera, se arguye, a fin de cuentas, que el objetivo central de esta función del Estado es cooperar en la eliminación de las distorsiones en la oferta y demanda de bienes y servicios e incidir en sus mecanismos de producción, distribución, transporte y comercialización, lejos de direccionar cualquier factor implicado en el entramado del conocimiento.

Bajo estos lineamientos, si bien es cierto que estas tareas ostentan un sustrato completamente técnico, esto es, sujeto a reglas muy precisas de ejecución que requieren capacitación, no es menos cierto que todas y cada una de las actividades que forman parte de la economía nacional, pueden ser reconducidas, a la cada vez más cardinal

construcción de ciudadanía. De esa manera, la intervención del Estado en la economía como un todo, además de controlar los parámetros propios de la actividad, a fin de obtener ciertos estándares de eficacia y eficiencia en los objetivos de desarrollo integral del individuo y la sociedad, debe y tiene las herramientas para coadyuvar al realce del conocimiento en beneficio de la persona humana, que incluso impulse la ya aludida vertiente hacia mejores horizontes.

Empero, es aún posible cuestionar que esta metodología de fomento del conocimiento como herramienta para la construcción de ciudadanía y fortalecimiento de la dignidad humana y estructura de incidencia frontal en toda modalidad e intensidad de intervención del Estado en la economía, luce poco clara, siendo por ello difícil de asir en la práctica jurídica cotidiana. Sin embargo, es imprescindible aclarar que todas las actividades humanas, incluyendo la actividad estatal y económica al tener un trasfondo intelectual, pueden reestructurarse estratégicamente para funcionalizar la gestión del desarrollo humano y social sustentable. Esta circunstancia, es y debe ser el modelo y objetivo de toda intervención estatal en la economía, pues el único objetivo existencial del Estado es amparar y estimular la promoción humana integral de todos y cada uno de sus ciudadanos.

Así las cosas, es determinante subrayar que es un factor empíricamente verificable, que todas y cada una de las medidas administrativas dirigidas a perfeccionar los medios materiales, técnicos y humanos direccionados a la sistematización, control y disciplina de la actividad, así como a la corrección legítima y armoniosa de posibles distorsiones en la economía, pueden ser embebidas en una pedagogía constructora de ciudadanía. Por ello, toda intervención estatal en la economía, debería estructurarse como elemento argumental-persuasivo de todos los factores económicos, para que estos con sus propios medios aglutinen esfuerzos actuales o potenciales para cotidianizar una cultura ciudadana en procura del desarrollo humano y social sustentable. Este modelo se sintetiza en el diseño, análisis y ejecución pormenorizada de programas transdisciplinarios que alcancen este objetivo.

Lo precedente, sin aspirar a ideologizar la intervención estatal en la economía, ni hacer mermar la libertad ciudadana, como algunos han y siguen pretendiendo⁶, guarda como objetivos principales, servir como

⁶ Por todos, se cita la posición que al respecto expone FRIEDRICH VON HAYEK, como integrante destacado del pensamiento neoliberal moderno, junto a autores como MILTON FRIEDMAN y ROBERT NOZICK, por lo que sea como fuere, su consideración es esencial. El ya mencionado economista precisa en su obra intitulada *“Derecho, Legislación y Libertad”*, 2° ed. Trad. L. Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1985, p. 109, que: *“un orden basado en la libertad permite a todos los seres humanos dedicar sus personales conocimientos al logro de sus particulares fines, sin más restricción que la establecida por ciertas normas de comportamiento igualmente aplicables a toda la población. Ello deparará a cada individuo mayores posibilidades*

de éxito en la consecución de sus propias apetencias, realidad que sólo resultará posible plasmar si toda autoridad, incluida la de la propia mayoría, se encuentra en todo momento limitada, en cuanto al ejercicio del poder coercitivo, por aquellos principios generales en cuanto a cuya validez la comunidad coincide" y al complementar esta idea, "El orden político en una sociedad libre", p. 173, afirma que "No cabe ignorar por más tiempo el hecho de que es cada vez mayor el número de personas de talante reflexivo y bien intencionado que paulatinamente van perdiendo la fe en lo que antaño fuera para ellos el noble ideal de la democracia. Produece tal evolución precisamente en la medida en que incesantemente se intenta extender el campo de aplicación del método democrático a nuevas esferas sociales [...] La desilusión de referencia, sin embargo, no alcanza sólo a los abusos a los que, sin duda, está siendo sometido el aludido ideal, porque atañe incluso a su propia esencia". Empero, sin desmedro de la altísima enjundia intelectual de los autores citados, suscribimos la opinión de JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN en su artículo "La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración", en el sentido que: "Detrás de algunos comentarios, bien pudiera decirse que se encuentra una sopesada parcialidad no exenta de hipocresía. En este sentido, me parece oportuno traer a colación la opinión de Offe sobre la postura neoliberal en la medida que aclara la doble moral con la que juega la crítica neoliberal al Estado social. En efecto, como afirma este autor, son críticas revestidas de una exagerada intencionalidad motivadas más por el juego político que por evidencias suficientemente contrastadas. Pero, un juego político que obliga a urdir estrategias según las cuales se presenta 'la carga del Estado del Bienestar como algo más intolerable de lo que es 'realmente''. Y ello porque, en definitiva, quienes acusan, especialmente, las élites políticas y económicas, los grandes inversores, son quienes realmente y, a pesar de los gobiernos, están en situación de definir la realidad denunciada. Por eso, no le falta razón cuando afirma que 'el debate relativo a saber si el Estado del Bienestar está realmente exprimiendo beneficios es puramente académico, porque los inversores están en posición de crear la realidad -y los efectos- de semejante cosa'. La frase de Offe no deja de tener su jugo por cuanto pone en evidencia la necesidad de que el Estado precise, para el éxito de sus políticas, la colaboración de las élites, de quienes pueden, en definitiva, definir la realidad. Y lo que muestran esas críticas, probablemente, es el escaso entusiasmo de las actuales élites por definir la realidad en armonía con las políticas sociales. De ahí, la justificación de esa hostilidad... Por otra parte, la crítica neoliberal contra la actuación del Estado social puede tildarse de exagerada por cuanto olvida que, muchas de las medidas intervencionistas, se justifican precisamente porque tienden a promover una situación óptima para la obtención de beneficios. En efecto, es cierto que existe un sistema fiscal que promueve un reparto equitativo de la riqueza a través de cargas onerosas -impuestos, tasas, prestaciones sociales, etc.-, pero también es cierto que muchas de las medidas intervencionistas procuran exenciones fiscales a los inversores, incentivan ciertos sectores económicos frente a otros, suplen muchas de las carencias privadas en materia de infraestructuras, sanidad y educación que, sin esta labor, nadie cubriría. Y, finalmente, no es extraño [...] que el dinero público subvencione los errores cometidos en la gestión privada de empresas fundamentales para la economía nacional cuyo cierre, a la postre, supone más un coste político, que el partido en el Gobierno difícilmente puede sortear, que económico. Empresas multinacionales, en definitiva, que, de esta forma, actúan a sabiendas de que, para la economía de un país, es mucho mayor el daño producido por su marcha que el originado por los efectos políticos de una subvención pública". En <https://bit.ly/3oznMpf>

vía para realzar la dignidad humana, delinear e incorporar a la necesidad de compaginar el ordenamiento jurídico vigente con las crecientes necesidades sociales, así como desarrollar un efectivo y eficiente contrapeso práctico a los desmanes estatales, para así legitimar una cultura de pleno ejercicio de los derechos ciudadanos. Con todo, tal síntesis conflictual busca subsanar una dinámica de ejercicio del poder con altos niveles de arbitrariedad. Tales eventualidades, se expresan en corrupción política y administrativa en beneficio de algunos intereses personales o grupales que pugnan en diversas intensidades por su imposición a rajatabla, pese a coherentes y consistentes expresiones sociales opuestas.

Por su gran importancia, el contrapeso propuesto determina un abigarrado cúmulo de mecanismos establecidos o por establecer en las distintas legislaciones sectoriales. Ello garantizaría que la intervención del Estado en la economía, se lleve a cabo con la injerencia directa del sector de la actividad controlada, amén de aquellos económicamente conexos y todas las organizaciones no gubernamentales interesadas en la defensa y estímulo al ejercicio de los derechos ciudadanos. Sin embargo, debe precisarse que el órgano administrativo competente sólo podría negarse a tal concurso, en casos legal y detalladamente establecidos con el respeto infranqueable al debido proceso y derecho a la defensa de los interesados. En consecuencia, apremia fortalecer una economía del conocimiento esencialmente creadora de una cultura ciudadana de desarrollo humano y social sustentable.

Con todo, esta economía del conocimiento como elemento de una planificación estatal humanizante y ampliamente auditable, a consecuencia de la precisión de la cultura previamente referida, recibe su influjo según el sociólogo estadounidense DANIEL BELL⁷, de la evolución de las sociedades industriales a su estadio post-industrial. Ello se traduce en el tránsito desde el desarrollo económico, la producción y las inversiones hacia la nuclearización y la creación, desarrollo y transferencia del conocimiento teórico nunca antes visto para el planteamiento de problemas esenciales del acontecer social, amén de propender a su adecuada solución, a propósito de la apertura de posibilidades otrora inexistentes. De tal manera, el conocimiento se transmuta en poder y eficacia, máxime si se orienta hacia la información útil a ser transmitida y utilizada en toda toma de decisiones.

Por ello, en la década de los 80, luego de la primera y segunda revolución industrial, correspondientes al origen de la industria europea del siglo XVIII y la economía de la electricidad, petróleo y producción masiva y serial en el siglo XX, respectivamente, comienza a fraguarse en los países desarrollados una tercera revolución, es decir, la científico-

⁷ En un libro de su autoría, intitulado "El advenimiento de la sociedad post-industrial: un intento de pronosis social", publicado por Alianza Editorial, 1976.

tecnológica. Esta última, es marcada por el conocimiento como activo económico principal, impulsada por la ocurrencia de ciertos eventos según la teoría defendida. En efecto, ello se observa en el origen y empleo masivo de la computación, de acuerdo a unos, la microelectrónica y las telecomunicaciones, conforme a otros, los nuevos conceptos de generación y uso de energía, por otro lado, y, en fin, la expansión de los servicios, el manejo informativo o la industria del entretenimiento y la producción de afectividades.

Adicionalmente, justo es asentar que si bien es cierto que el concepto de economía basada en el conocimiento no ha comportado unanimidad en la esfera académica⁸, no es menos cierto que se trata de un fenómeno con características comunes a los esfuerzos realizados. En

⁸ De tal manera, los argumentos generales que originan la impugnación teórico-práctica a las concepciones elaboradas respecto a la economía del conocimiento, podrían sintetizarse en (i) La dificultad para definir adecuadamente la economía del conocimiento. Tal problemática parte de varias premisas: obviar que el conocimiento es fundamentalmente un elemento epistémico y cognitivo, así que de esta omisión partes numerosas imprecisiones que impiden delimitar adecuadamente el fenómeno al cual nos referimos y, en consecuencia, se trate de una conceptualización más retórica que analítica. (Vid. Smith, Keith; 2002: *What is 'Knowledge economy'? Knowledge Intensity and Distributed Knowledge Bases*. The Netherlands: United Nations University, Institute for New Technologies), ofrecer una "mercancía" que es difícil de precisar, a lo que se añade que al no componer objetos materiales, se hace más difícil de mercantilizar y con ello al no poder ser medida o cuantificada de manera aceptable, se vuelve tan etérea que compromete la elaboración de una definición de la economía del conocimiento lo suficientemente amplia que incluya todos sus elementos fundamentales, siendo ejemplo paradigmático de ello el llamado conocimiento tácito (sabiduría, creencias, juicios, talento para el procesamiento de información), todo lo cual no fomenta el desarrollo económico contemporáneo (Vid. Brinkley, Ian; 2006: *Defining the Knowledge Economy: Knowledge Economy Programme Report*. London: The Work Foundation; Rooney, David; Hearn, Greg; 2000: *Of minds, markets and Machines: How Universities Might Thascend the Ideology of Commodification*, en Inayatullah, S. & Gidley, J. *The University in Transformation: Global Perspectives in the futures of the University*. Westport: Bergin & Garvey), (ii) La sociedad y la economía del conocimiento no han cumplido con las promesas de prosperidad colectiva y crecimiento, pues lejos de buscarse la productividad que mejore a la humanidad, se persigue la rentabilidad del trabajo abstracto que le corresponde a cada capitalista, siendo la productividad y la tecnología, algunos de los medios para conseguir tal fin (Vid. Castells, Manuel; 1999: *La sociedad red*. México D.F. Siglo XXI Editores; Katz, Claudio; 1996: *La concepción marxista del cambio tecnológico*. Buenos Aires. Pensamiento Económico, 155-180), (iii) Cuando el valor se centra en el conocimiento y la tecnología, se acrecienta la pobreza y desigualdad que genera exclusión social en aquellos países que tienen acceso limitado a este sistema o poca capacidad de usar las nuevas tecnologías. Empero, a ello se agregaría que en caso de llevar la digitalización al extremo, se propiciaría un entramado de vigilancia generalizada (Vid. Unesco; 2005: *Hacia las Sociedades del Conocimiento*. París: Editorial Unesco. Págs. 29-60; Krüger, Karsten; 2006: "El concepto de 'sociedad del conocimiento'". *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*. XI (683), en <https://bit.ly/3ItDNOW>

esta línea, como telón de fondo, se bosqueja un modelo social en el que el conocimiento es creado, adquirido, transmitido y utilizado de modo más efectivo por los sujetos, organizaciones y comunidades, en aras del desarrollo económico y social. Sin embargo, también se extrae como elemento de soporte, que los rápidos avances de la ciencia y las tecnologías de la comunicación e información coadyuvan al uso del conocimiento y la información en niveles tales que pudiesen incrementar la eficiencia, innovación, calidad y equidad en los bienes y servicios disponibles⁹.

Por consiguiente, esta teorización exhibe una dilatada praxis, con el impulso del Banco Mundial, en su Reporte Anual de 1998, intitulado "*Conocimiento para el desarrollo*" y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en su publicación de 1996, intitulada "*La economía basada en el conocimiento*" y su Informe de 2003, intitulado "*Innovación en la economía del conocimiento: implicaciones para la educación y los sistemas de aprendizaje*". Así mismo, es posible enunciar varios desarrollos que desde los años 90 ahondaron en la noción "*sociedad del conocimiento*", empleada por primera vez en 1969 por el filósofo PETER DRUCKER, en su libro "*La era de la discontinuidad*" y la idea de "*sociedad de la información*" del economista FRITZ MACHLUP, en su obra "*La producción y distribución del conocimiento en Estados Unidos*" de 1962¹⁰.

Con todo, esta dinámica luce potencialmente opacada por su propia sistematización, si se decanta bajo el prisma de la realidad económica de los distintos países subdesarrollados o en vías de desarrollo y se la opone al comportamiento de esta misma variable en los países desarrollados. Por ello, la amplia brecha comparativa en el acceso a los recursos económicos para la satisfacción de las necesidades básicas, trae como consecuencia desde la praxis de una política económica globalizada, una imperiosa demanda por invertir los pocos recursos disponibles en la reducción de los índices macro y microeconómicos indicativos de esta problemática social. Es así como resulta paradójico, que en el acceso, producción y distribución del conocimiento como activo económico fundante del nuevo modelo, pueda profundizarse la desigualdad gestante de pobreza.

⁹ En efecto, es por tal razón que JOSEPH EUGENE STIGLITZ afirmó que: "*No hay ningún otro sector de la economía con una cuota de mercado mayor de líderes a escala mundial*". (Ob. cit., Los desafíos a largo plazo de Estados Unidos, p. 158).

¹⁰ Igualmente, se avistan importantes aproximaciones al tema en: Theodore William Schultz, *Capital formation by education*, en <https://bit.ly/3DrAESo>, Gary S. Becker, *Investment in human capital: A theoretical análisis*, en <https://bit.ly/3Gqg3Qu>, Robert E. Lucas Jr, *On the Mechanics of Development Planning*, en <https://bit.ly/33df1ZP>, Hirofumi Uzawa, *Optimal Technical Change in Aggregative Model of Economic Growth*, en <https://bit.ly/3GounsE>, Thomas Piketty, en su libro *Capital in the Twenty-First Century* y Joseph E. Stiglitz y Bruce C. Greenwald en su libro *Creating a Learning Society*.

Este estado de cosas, el acceso a los bienes y servicios para saldar las mencionadas necesidades, recibe en esta nueva economía basada en el conocimiento, un impulso cualificado a través de la innovación y masificación post-industrial, aun cuando esta premisa engendra, al mismo tiempo, una herramienta de difícil construcción en variados sectores sociales, por sus insatisfactorios resultados en el combate a la pobreza. Por consiguiente, para la consecución de tal objetivo, junto a la mitigación de los obstáculos, es necesaria la ponderación de las técnicas de intervención pública en la economía conforme al andamiaje deducido. En suma, ello en cuanto nos ocupa, se enfoca en la promoción público-privada de la educación superior de calidad, cuestión que habrá de inspirar la renovación de un sistema educativo puramente técnico y no político-partidario o totalitario.

Empero, pese a la dificultad esbozada, ciertamente esta perspectiva constituye, junto a la urgente puesta en práctica de los principios de transparencia y eficiencia administrativa, uno de los retos tendentes a incrementar los índices de desarrollo humano y social sustentable, al calor de una nueva gobernanza para el siglo XXI. Dicha gobernanza, enfatizada en el quehacer político-jurídico posmoderno, implica principalmente la necesidad de un renovado ejercicio de la ciudadanía. Así, una dinámica tal, se caracteriza por la creciente, firme y multimodal exigencia ciudadana de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, amén de la reestructuración de los mecanismos estatales para la consecución de tal objetivo, para lo cual la actividad administrativa de supervisión de la calidad de la educación superior, es un fértil campo de acción jurídico-política.

II. La actividad administrativa de supervisión de la calidad de la educación superior venezolana¹¹

Como hemos puesto de relieve, la economía basada en el conocimiento, ha supuesto una resignificación del quehacer social a tal grado que, en forma objetiva, hoy en día casi nadie duda respecto al sólido respaldo cognitivo que tienen tras de sí, sus diversos acercamientos al desarrollo humano y social sustentable. Es así, como el devenir planteado, debe propender al fortalecimiento integral de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, amén de los valores y principios que funcionalizan y sustentan el ordenamiento jurídico como serían, la dignidad humana, la democracia, la transparencia en todas las actuaciones del Poder Público, la responsabilidad administrativa y la tutela judicial efectiva de todos los derechos y garantías reconocidas. Por ello, el

¹¹ Se receptorán alguna ideas de: Ortega, José G.: *Calidad de la educación*, en <https://bit.ly/3IDVh1E>

conocimiento con tintura económica, debe imbricarse en su entorno esencial como lo es el derecho a la educación.

Ahora bien, toda esta guisa revela un trinomio estructuralmente útil en el análisis teórico-práctico entre conocimiento-derecho a la educación-intervención pública en la economía. Es así, como el conocimiento en sus múltiples facetas y modalidades, para ser tal, permear en una sociedad globalizada, generar el cambio socio-cultural proyectado en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos y el robustecimiento en la conciencia y perceptibilidad de la dignidad humana, debe asumir en la garantía del derecho a la educación de calidad, uno de los dispositivos más idóneos para plenificarlo de forma eficaz y eficiente. De tal manera, las técnicas de intervención pública en la economía se vislumbran como canal que, dentro de las precisas condiciones señaladas, coadyuvan frontalmente en este propósito.

Dentro del examen minucioso del trinomio citado, hemos indicado que el conocimiento en esta economía globalizada, además de ser una vía cualificada para cristalizar la innovación y diversificación en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, conforma un reto para su óptima estructuración y concisión, vistas las potenciales dificultades de su permeabilidad social. Esta diversidad de factores a ser abordados como lo serían, a modo enunciativo, la pobreza o la falta de recursos humanos, logísticos, tecnológicos o de infraestructura, debe construir una cultura ciudadana que enarbole el altísimo valor agregado del conocimiento en todas y cada una de las actividades humanas. Es así que para potenciar los elementos positivos y frenar o eliminar los negativos, el derecho a la educación se sitúa en un nivel de consideración prioritaria.

En consecuencia, un segundo término a considerar es el derecho a la educación. En esta línea, conviene sentar introductoriamente que el sector de la educación integra en Venezuela un amplio espectro de actividad público-privada al amparo del Estado, dividida en varios subsectores dependiendo del nivel o modalidad educativa. Es precisamente este dilatado sector de la educación, el que debe analizarse sin ambages, en aras de profundizar la comprensión y fomento de la economía del conocimiento. Con todo, ello conduce a una nueva estructuración dialéctica con efectividad práctica que se dirige a hallar una comunidad estratégica y heterogénea de medios o recursos para el enmarcage social, sin sutilezas, de una campaña transdisciplinar de aprehensión y acentuación integral de la dignidad humana.

A partir de las ideas expuestas, conviene considerar brevemente el derecho a la educación en el ordenamiento jurídico venezolano. Al respecto, conforme al artículo 102 de nuestra Constitución, la educación es un derecho humano, deber social fundamental que desde el servicio público se caracteriza como democrática, gratuita y obligatoria, por lo cual

se enmarca en el respeto a todas las corrientes del pensamiento para el desarrollo del potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática. Así, el Estado la asume como función indeclinable, de máximo interés en todos sus niveles y modalidades e instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad, máxime si con el concurso de esta y las familias debe promover el proceso de educación ciudadana.

Además, según el artículo 103 *eiusdem*, toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades con las limitaciones inherentes a las propias aptitudes, vocación y aspiraciones. Por tanto, la educación es obligatoria desde el maternal hasta el nivel medio diversificado, aunque la impartida en las instituciones estatales es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, realizarán inversiones prioritarias, crearán y sostendrán instituciones y servicios suficientemente dotados para garantizar el acceso, permanencia y culminación en el sistema, enfatizando la igualdad de atención a personas con necesidades especiales, privados de libertad o aquellas sin las condiciones básicas para su incorporación y permanencia.

De la anterior interpretación, se hace necesario resaltar que es, en principio, innegable el derecho fundamental de todo ciudadano a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades. La finalidad del mismo, es coadyuvar a que por intermedio del efectivo desarrollo del potencial creativo de cada ser humano y el ejercicio pleno de su personalidad, en una sociedad democrática, se disponga del adecuado conocimiento científico, humanístico, espiritual y tecnológico para que como canal privilegiado sirva al desarrollo humano y social sustentable. Así pues, todo ello debe comprometer, por un lado, un firme compromiso y participación público-privada en la satisfacción de todas y cada una de las prestaciones que de este derecho derivan y, por el otro, una detallada y efectiva tutela judicial para asegurar su funcionalidad práctica integral.

En otro orden de ideas, al retomar nuestras reflexiones sobre los subsectores que conforman el sistema educativo venezolano, según el artículo 25 de la vigente Ley Orgánica de Educación, estimamos que el núcleo de la generación, administración y permeabilización social del conocimiento desde los parámetros constitucionales sintetizados, lo constituye el relativo a la educación universitaria. En ese sentido, los artículos 1 al 3 de la actual Ley de Universidades¹², encomiendan a estas instituciones afianzar los valores trascendentales del hombre en la búsqueda de la verdad, contribuir a la orientación y esclarecimiento de los problemas nacionales, así como regir la educación, la cultura y la ciencia.

¹² Gaceta Oficial N° 1.429 Extraordinario del 08-09-1970.

Estas son razones suficientes por las que nuestro análisis atenderá a esta constatación principalista.

Desde lo afirmado, es necesario precisar que, en nuestra opinión, entre cada uno de los subsistemas integrantes del sistema educativo venezolano, el atinente a la educación superior es el eje medular que debe impulsar todo el quehacer científico, político, económico y cultural en la construcción de ciudadanía. Por ello, semejante tarea habrá de enfocarse en el fortalecimiento de un área tan fundamental y, por tanto, destinada a mejorar de la calidad de vida de todos los ciudadanos. En efecto, la lucha teórico-práctica por el desarrollo humano y social sustentable, en materia educativa, está basada en su capacidad de generar, transmitir y renovar conocimiento innovador para abordar adecuada, precisa y diligentemente las constantes falencias en el acceso, prosecución y finalización de todos y cada uno de los subsistemas educativos, a fin de su promoción sistemática por y para la complejidad¹³.

Como corolario para la cabal materialización de lo dicho, es fundamental la estrecha relación entre el devenir diario de la educación superior, en todas y cada una de las actividades que realizan, y el diseño, planificación, ejecución y evaluación de políticas públicas delineadas por los órganos competentes y referidas directa o tangencialmente al subsector. Con todo, urge la concepción de mecanismos que, desde la integralidad del ordenamiento jurídico, puedan asegurar detalladamente una relación tan dinámica como la esbozada. De tal manera, la ciudadanía debe internalizar en todo su entramado cultural y conciencia tanto individual como colectiva, la necesidad principalísima, indelegable y constante de ejercer las presiones pertinentes, en aras de una efectiva y eficiente construcción y puesta en marcha de dichos mecanismos.

En breve, si entroncamos lo hasta ahora formulado en este epígrafe, percibimos que la educación superior al exigírsele alcanzar los objetivos planteados por la normativa especial, debe propender con mayor ahínco a materializar las nociones, condiciones y características que tiñen, desde el Texto Fundamental, a la educación como derecho prestacional oponible por todos los ciudadanos frente al Estado. En consecuencia, entre las características que maximizan las posibilidades de eficacia y eficiencia real del consabido derecho, resuena con particular acentuación, la impretermitible calidad integral obligante en todas y cada una de las actividades que supone su cabal garantía. Ello, trae aneja como premisa elemental que una conveniente calidad integral de la

¹³ Vid. Morín, Edgar: *Introducción al pensamiento complejo*. En especial, las partes 1 y 6 las cuales se intitulan "*La inteligencia ciega*" y "*Epistemología de la complejidad*", respectivamente. En <https://bit.ly/3081b1k>

educación superior, rotula la calidad del conocimiento producido, los resultados esperados y el vigor del sistema¹⁴.

Llegados a este punto, vemos que no es bastante con tener una simple claridad respecto a que una de las características nodales de la educación como derecho realmente asequible y practicable, es el afán por certificar la calidad educativa integral del sistema. En una panorámica general, y vistas las motivaciones delatadas, constituye una obligación público-privada de primer orden, la viabilización de la educación superior, a través de la precisión del contenido que distingue y operacionaliza su calidad. Tales son, en consecuencia, razones suficientes por las cuales apremia la concientización de la descollante importancia de este derecho, en el ímpetu propio del desarrollo humano y social sustentable como acicate al robustecimiento de la dignidad humana, que impida a nivel normativo cualquier aspiración programática contraria del poder político de turno.

En este marco, es menester reseñar que el vocablo calidad, lejos de ser un concepto unívoco, compone un complejo de conceptualizaciones, de acuerdo a los variados esquemas de pensamiento aplicados para desentrañarlo. Pero, muy a pesar de tal aseveración, lo cierto es que, en este punto de partida, se revela un énfasis común a todas las aprehensiones presentadas, puesto que se trata de una característica que refiere a la conformidad medible, manifestada respecto a la procura de un determinado bien o servicio. Esta adhesión, se asocia a una percepción individual de cumplimiento o superación de los requerimientos y deseos de los usuarios, según un cúmulo de estándares predeterminados o

¹⁴ Por ello que AXEL DIDRIKSSON, en su artículo *“Economía política del conocimiento: contrapuntos”*, expone que: *“En la revisión del debate contemporáneo sobre la economía política de la educación superior y los conocimientos destaca la evidencia de una relación estrecha entre la actividad académica de la universidad y el desarrollo económico; este valor se expande de forma intermitente, sobre todo si se trata de la relación entre un conocimiento tácito y una praxis, cuando se presentan innovaciones en la organización y gestión de las tradicionales estructuras institucionales, y cuando se abre la posibilidad de flexibilizarlas hacia constructos de tipo trans e interdisciplinarios relacionados con la pertinencia y los vínculos de sus innovaciones hacia la sociedad. Sin embargo, esto no se ha presentado en la región de América Latina y el Caribe. // La perspectiva de una transformación sistemática de las relaciones de la universidad con el mundo del trabajo y del desarrollo económico y social se hacen realidad sobre todo desde políticas de Estado que pueden comprender los desafíos y los requerimientos de infraestructura, inversión y crecimiento de los diversos actores y sus intereses de forma cooperativa a nivel local, nacional e internacional en una perspectiva estratégica y prospectiva. Un escenario de desarrollo endógeno, de ecología de saberes, de impacto en la calidad de la investigación científico-tecnológica y en la construcción de nuevas plataformas de aprendizaje social sólo puede ocurrir si se cuenta con una visión de mediano y largo plazos, y en la medida en que se instrumenten medidas que puedan ser visibilizadas y consensuadas en lo inmediato”*, en: <https://bit.ly/3lpa7sN>

genéricos, unos procesos o procedimientos para la obtención de niveles de excelencia en dichas prestaciones, así como la determinación de su valor y rendimiento en el mercado.

De este acercamiento, resulta evidente que un concepto como el que nos ocupa participa de los modelos teórico-prácticos derivados de las ciencias gerenciales para apereibir y relacionar los elementos problemáticos a solucionar. Al calor de este entramado, resalta con excelentes resultados para las organizaciones exitosas y su supervivencia en el mercado, el diseño filosófico-práctico relacionado con la gerencia de la calidad total¹⁵ como mecanismo de mejoramiento continuo e integral de los procesos que inciden en el logro de una alta calidad en los diversos bienes y servicios. Se trata de un mecanismo altamente socorrido en la gerencia moderna para la comprensión multidimensional de la calidad, pero que sirve de módulo explicativo para su aplicabilidad transdisciplinar, toda vez que su efectividad supone el examen de un sustrato no meramente económico¹⁶.

Debido a lo anterior, es harto provechoso compendiar a futuro y sintéticamente aquellas piezas que matizan y engarzan de forma ideal en la calidad educativa, particularmente en alusión a la educación superior como enlace paradigmático a la muy dinámica intercomunicación del conocimiento. De tal suerte, sin desmedro de las importantes diferencias entre la industria y la educación, basadas fundamentalmente en el género o categoría de interés protegido, juzgamos deseable que un fructífero arranque en la comprensión de las necesidades de calidad en la educación, tome estrechamente en cuenta este enfoque, aunque sea obligante su morigeración, en lo atinente a que la educación es un derecho fundamental no dirigido de modo directo al lucro personal o

¹⁵ Vid. por todos Martín Mateo, Ramón: "El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total". *Revista de Administración Pública*, N° 134, 1994. Pp. 7-28, en: <https://bit.ly/3IJErEC>

¹⁶ En tal sentido, el autor JOSÉ GUILLERMO ORTEGA, expresa que: "*Los conceptos de calidad y los procesos y procedimientos para lograrla no son exclusividad de la industria, son perfectamente aplicables en educación. Cada día la sociedad y los entes gubernamentales ejercen mayor presión sobre las instituciones, y sobre todo el sistema educativo, con el fin de lograr un nivel de calidad de la educación cada vez mejor. Esto es posible hacerlo si se toman como base los conceptos y modelos que se manejan en la industria, a pesar de las diferencias entre los fines y objetivos de cada cual. // La educación tiene como propósito la formación del hombre, tanto en su aspecto técnico como humanístico. Quiere decir esto que lo que se persigue es no solo formar un individuo capaz de enfrentar, con inteligencia los problemas de la vida real y darles soluciones efectivas y concretas utilizando o desarrollando la tecnología más adecuada a las necesidades, sino también que ese individuo esté preparado para entender a sus semejantes y vivir en sociedad, con una conducta basada en los más nobles principios morales*". (Vid. Ortega, José Guillermo: "La calidad de la educación", *Revista Ciencias de la Educación*, Año 1, N° 18, Universidad de Carabobo, Valencia, 2001, pp. 35-49, en <https://bit.ly/3GqgOZQ>).

grupales. Es así como la calidad educativa encierra una irremediable orientación humanista del ser persona.

Luego de haber desarrollado, a grandes rasgos, los elementos de la segunda intelección basal de nuestro trinomio, nos corresponde abordar la tercera de ellas, esto es, la manera en que la intervención pública en la economía puede articular el derecho a la educación y la calidad educativa que le es aneja dentro del subsector de la educación superior. De esta manera, la creación, administración y permeabilidad social del conocimiento, constituye un punto neurálgico de enlace para una nueva economía propulsada a raíz de la globalización¹⁷. Este tipo de intervención, se debe colorear, principalmente, por el respeto irrestricto a la dignidad humana de los actores que despliegan los eslabones de la actividad económica del conocimiento, sobre todo por su trascendencia formativa y con incidencia directa en el desarrollo humano y social sustentable.

Como debido encuadre al asunto que nos compete, necesario es insistir en que, cuando menos para nuestro país, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según detallamos *ut supra*, la figura jurídica que permite ejercitar la actividad administrativa interventora en la economía del conocimiento es la del servicio público. Tal verificación constitucional, es constitutiva de un proceder jurídico infranqueable de la autoridad administrativa competente porque aborda los parámetros cardinales en que esta intervención puede ser realizada. En consecuencia, sea como fuere la particular modalidad interventiva en el caso concreto, es innegable que la misma no puede tolerar arbitrariedades estatales que desdibujen su *leitmotiv* de mejoramiento constante y objetivo de una actividad inherentemente humana expresamente dirigida al desarrollo.

Efectivamente, la actividad de servicio público como sustrato de la intervención estatal en la educación superior pública o privada a través de la reserva como título de intervención, presenta un esquema consecuencial básico. En ese sentido, mediante la titularidad de una actividad eminentemente estatal, el Estado ejerce de pleno derecho una serie de potestades administrativas de intervención moderada en la actividad regulada. Sin embargo, aunque se mantiene incólume esta titularidad estatal y, en tal virtud, la autoridad administrativa competente está

¹⁷ Siendo ello así, un análisis más profundo y contextualizado de esta arista fundamental de nuestro tema, requiere que a futuro se pondere, en su justa medida, las teorías que pretenden desconocer o morigerar tal fenómeno. En tal sentido, juzgamos que, de la teoría de la desglobalización, en sus diversos matices, pueden ser extraídos elementos que luego de ser examinados convenientemente, sirvan para el enriquecimiento de esta investigación. Así pues, en esta profundización, pueden ser relevantes las teorías de autores como JACQUES SAPIR, WALDEN BELLO o ALFREDO JALIFE-RAHME

habilitada para ejercer las referidas potestades, forzoso es delinear que el derecho a la libertad económica habrá de subsistir con los matices referidos, sin que ellos entrañen ninguna arbitrariedad estatal para el ejercicio de la actividad.

La referida compaginación, no debe entenderse como la introducción dentro del ordenamiento jurídico de una serie vaga de supuestos de hecho que devendrán en la aplicación ilegítimamente discrecional de consecuencias jurídicas igualmente vagas, con el resultado previsible de violación masiva a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, es ilícito que la autoridad administrativa competente en la regulación de la actividad, disponga arbitrariamente reductos para el ejercicio del derecho a la libertad económica dentro de la misma. De allí que, su constitucionalidad se pudiera condensar en la falta de incidencia negativa en la consecución de una educación superior con altísimos estándares de excelencia que no impida el ejercicio de otros derechos o intereses legítimos y protegibles.

Por ello, también se hace necesario profundizar en la caracterización de las potestades administrativas que ostenta el Estado de cara a la actividad interventora en la educación superior. En esta línea, dado que las mismas se manifiestan en el terreno de la calidad educativa, deben ser teñidas por la amplitud de la garantía en el ejercicio del derecho fundamental a la educación, de manera que permita, dentro del respeto a la dignidad humana de todos los ciudadanos, que la autoridad administrativa competente, tome todas y cada una de las medidas administrativas necesarias para la prosecución de un objetivo común dado, en relación a las técnicas de intervención estatal en el subsector. En suma, estas potestades deben ser previa y legalmente definidas, a modo de posibilitar su detallado control judicial, en orden a su racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En este contexto, es preciso asegurar en la mayor medida posible, la gestión eficaz y eficiente de la calidad en la educación superior, al ser esta parte esencial del derecho fundamental a la educación. Con ese objetivo, resulta inexorable la comprensión y aprehensión en tiempo real del panorama de fortalezas, debilidades, obstáculos y amenazas que envuelven al acto educativo como dinámica de enseñanza-aprendizaje, sumado a todas las expresiones innatas de creación, administración y permeabilización social del conocimiento, a fin de potenciar los aspectos positivos y canalizar correctamente los negativos, en una praxis educativa determinada¹⁸. Esta interacción, conlleva que a propósito de las

¹⁸ Ello, pues *“Entendemos que bajo esta perspectiva, la pedagogía fundamentada sobre las bases de una relación de exigencia y de calidad no sólo se impondrá en las relaciones entre docentes y estudiantes, entre investigadores y la comunidad en general, sino también en las relaciones con el poder, entre gobernantes y gobernados. Esta visión de la calidad, apunta al desarrollo completo de los*

variadas técnicas de intervención en la economía de este subsector, la supervisión educativa resalte por su vocación a confrontar directamente esta marcada problemática.

La supervisión educativa como actividad administrativa, en general y técnica de intervención pública en la economía del conocimiento, en particular, encierra un mecanismo propicio para el diálogo público-privado armónico en la mejora cotidiana y sostenida de la educación superior. Por consiguiente, se hace necesario edificar colectivamente desde sus cimientos una pedagogía social que construya una ciudadanía en-vuelta en un esquema concertado, infatigable y ajustable, aunque no fácilmente perecedero, de desarrollo humano y social sustentable. De tal suerte, el Estado a través de la obtención de información adecuada de la actividad, debe propender a que, desde el respeto irrestricto al debido proceso y derecho a la defensa, amén de la proscripción de la arbitrariedad, se corrijan las irregularidades observadas de forma esencialmente persuasiva y sin perjuicio para el ejercicio de la actividad¹⁹.

Por otro lado, es probable que se impugne lo dicho, bajo el argumento que ello traza una utopía social extraña a las ciencias jurídicas. Sin embargo, del análisis del trinomio propuesto, es posible deducir la urgencia de diseñar nuevos acercamientos a las técnicas de intervención pública en la economía que acentúen soluciones acordadas y privilegién, mediante el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, la conciencia de avance permanente hacia el desarrollo humano y social sustentable. Ello es enfatizado particularmente en el subsector analizado el cual, sin ninguna duda, deberá participar de la superación del esquema clásico del Derecho Administrativo, promoviendo su juiciosa y sistemática revisión, además de su necesaria reconfiguración.

individuos en sus relaciones con la sociedad, el mundo y la vida. // La transformación acompañada de una necesaria calidad en las instituciones universitarias nacionales, requiere el acompañamiento de una gerencia académica entendida desde el punto de vista epistemológico como aquella que tiene por objeto explicar, comprender y transformar la organización educativa mediante la conducción racional, científica, humana, eficaz, eficiente y efectiva de la misma". (Vid. Toro, Abraham; Marcano, Luzmila: "Calidad y educación superior venezolana", Revista Saberes Compartidos, N° 1, Universidad de Carabobo, Valencia, 2007, pp. 43-53, en <https://bit.ly/3dq5u3n>).

¹⁹ Esto se basa en que: "Todo este contexto nos lleva a considerar la complejidad de la educación, no sólo por los múltiples componentes que involucra sino por la variedad de relaciones [...] entre ellos. Esa complejidad señala también que el problema de la calidad de la educación debe analizarse con mucho cuidado, considerando todos y cada uno de sus elementos y fases y no utilizar un enfoque reduccionista [...]. Cualquier intento de análisis basado en enfoques de este tipo u otros similares conduciría, irremediablemente, al fracaso pues se correría el riesgo de dejar a un lado componentes importantes o de minimizar el efecto de ellos sobre el contexto total [...] así como también no se considerarían la fuerza de la relación entre esos factores constituyentes..." (Ortega, ob. cit., p. 48).

III. La garantía de supervisión administrativa de la calidad en la educación superior como estímulo a la reforma del Derecho Administrativo Clásico

El estado actual de la ciencia del Derecho Administrativo, se puede sintetizar, en cuanto nos interesa, en la búsqueda de una integral revisión y reconfiguración del doctrinalmente denominado Derecho Administrativo Clásico. Tal postura, orquestada desde los centros académicos de mayor prestigio a nivel planetario, en la materia, es debida a que se ha hecho patente una brecha pragmáticamente intolerable entre buena parte de las instituciones y categorías de aprehensión de dicho modelo y el cambio vertiginoso de la realidad jurídico-administrativa a ser estudiada. Esta premisa, se decodifica en un entendimiento inadecuado de las características y condiciones que posibilitan el ejercicio de la ciudadanía en el siglo XXI, puesto que impetra un desequilibrio entre las potestades públicas ejercidas en resguardo del interés público y los derechos y garantías ciudadanas²⁰.

En el marco de esta ardua pero fructífera labor, que corresponde a la academia y a la praxis diaria del Derecho, pero sobre todo al fortalecimiento de una conciencia ciudadana de desarrollo humano y social sustentable, compete privilegiadamente la revisión y reconfiguración de la intervención pública en la economía. Desde ese punto de vista, y en lo que toca estrictamente al fenómeno económico a la luz de las ciencias jurídicas en toda su interdisciplinariedad, es pertinente reiterar que estas técnicas de intervención adquieren una importancia descollante, sobre todo en sectores económicos sensibles como el que nos ocupa en el presente ensayo. En esta línea, por su incidencia creciente en la cotidianidad ciudadana, urge emprender, sin letargo científico alguno, su estudio pormenorizado frente a las limitaciones administrativas, en clave de respeto a la dignidad humana.

²⁰ Todo ello, se sintetiza, en las muy atinadas palabras del catedrático alemán EBERHARD SCHMIDT-ABMAN, pues: *"El Derecho constituye un medio de dirección, pero al mismo tiempo un ordenamiento material. De ahí que no sea sólo un instrumento, que su significado y sentido no se pueda circunscribir a un papel meramente instrumental. Las magnitudes o referentes de los modelos de las ciencias sociales, son instituciones, no relaciones jurídicas individuales, ni procesos jurídicos. Ello exige un importante esfuerzo por complementar el sistema dogmático tradicional del Derecho Administrativo, dogmática que hasta ahora se ha visto un tanto simplificada y focalizada en la tutela judicial y, por ello, volcada en los procesos individuales, en detrimento de su capacidad para entender y albergar relaciones o contextos más trascendentes y comprensivos. Se trata, eso sí, de urgir una ampliación del sistema, no a su sustitución. [Esto] de conformidad con sus raíces y sus fundamentos últimos, caracterizados por la dimensión de los derechos individuales"* (Vid. Schmidt-Abman, Eberhard: *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Madrid, 2003).

En la determinación del área de intervención pública en la novedosa economía del conocimiento, específicamente enfocada en el subsector de la educación superior, es forzoso ahondar en algunas de sus notas teleológicas fundamentales. Precisamente, entre estos factores, subrayamos que, con el propósito de coadyuvar en la renovación referida, a partir de las técnicas interventoras, es un objetivo primordial e ineludible que el Estado garantice, en forma estable, la calidad educacional impregnada por el irrestricto resguardo a la dignidad humana del ciudadano. A nuestro modo de ver, la técnica de la supervisión educativa cumple más estrechamente con este objetivo, motivo por el cual la analizaremos brevísimamente como noción potencialmente estructurante de un esquema de reforma del Derecho Administrativo Clásico en este subsector.

Por lo delineado, no debemos subestimar que la autoridad de vértice del subsector en Venezuela, representada por el Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, ostenta en su actividad interventora, potestades o técnicas de ordenación, dirección, supervisión y disciplina de la actividad. Sin embargo, es de apreciar que, aunque estas técnicas han de emplearse estratégicamente en el diseño, aplicación y evaluación de las políticas públicas que enlacen holísticamente a la educación superior como actividad pública prioritaria, la técnica interventora de supervisión ha de ser particularmente relevante porque permitiría recabar *in situ* los datos que posibiliten el diagnóstico, evaluación y mejora de la calidad educativa a nivel universitario. Se trata, en esencia, de promover la desburocratización y la armonización público-privada de esta dinámica interventora.

En breve, incumbe a este diagnóstico, evaluación y mejora progresiva, modelar un estándar de excelencia de la calidad educativa, pues así tan siquiera podremos definir amplias líneas de acción para la revisión y reforma del Derecho Administrativo Clásico dentro de este subsector. Siendo ello así, consideramos que un altísimo estándar de calidad educativa vendrá de, cuando menos, los siguientes componentes ineludibles: (i) Abordaje integrativo y serio de todas las dimensiones trascendentes y materiales del hombre, (ii) Capacidad de ejercer pedagogía ciudadana en un mundo libre y globalizado, a través del pensamiento crítico, (iii) Metodología de desarrollo personalizado de las propias aptitudes, (iv) Comprensión armónica y de conjunto de los ámbitos público y privado y, (v) Preparación global y científicamente muy exigente en la disciplina de estudio, con visión transdisciplinar.

El referido estándar de excelencia, aunque especificado y fortalecido en la práctica supervisora, de suyo tiene que esquematizarse, en sus extremos fundamentales, en una serie de postulados expresados en una norma jurídica especial, dictada previamente a la actividad interventora, incluidas sus legítimas modificaciones posteriores. Ello, tendrá la

finalidad de ejercer el control administrativo y jurisdiccional de la supervisión que de él se derive, pero más importante aún, pretenderá adecuar *motu proprio* el ejercicio particular de la actividad a ese estándar de calidad, mediante el empleo de esfuerzos materiales, humanos y técnicos tanto presentes y futuros, y así cooperar libremente en la primordial construcción de ciudadanía. Por ello, la normación de esta técnica interventora, ha de resguardar, en su núcleo duro, los derechos y garantías ciudadanas de interdicción de la arbitrariedad administrativa.

En un marco general, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Educación vigente establece que la política de supervisión educativa es formulada y administrada por el Estado venezolano como un “proceso *único, integral, holístico, social, humanista, sistemático y metodológico, con la finalidad de orientar y acompañar el proceso educativo, en el marco de la integración escuela-familia-comunidad, acorde con los diferentes niveles y modalidades del Sistema Educativo*” que se realizará en las instituciones educativas tanto públicas como privadas para garantizar los fines expuestos en el artículo 3 *eiusdem*. Adicionalmente, el artículo 150 de su Reglamento General²¹ la establece como “*función pública de carácter docente*” para garantizar los fines educativos establecidos por el ordenamiento jurídico y se caracteriza según los artículos 151 al 155 *eiusdem*.

Seguidamente, en referencia a sus aspectos primordiales, se advierte que, en adición a lo detallado, el Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación aclara lo relacionado con su organización en distritos escolares (artículos 156 al 164), la dotación y atribuciones de los supervisores (artículos 165 al 168) y el establecimiento de los Consejos de Supervisión (artículo 169). Desde tal enfoque, huelga comentar que, en una función tan prioritaria, es extremadamente necesario actualizar esta normativa para acoger nuevas y cambiantes realidades. Semejante constatación, habrá de componer un procedimiento materializador, de carácter público-privado, que vincule la perspectiva esbozada, en resguardo al Estado democrático y social de derecho y de justicia, estatuido en el artículo 2 constitucional²².

²¹ Gaceta Oficial N° 36.787 del 15-09-1999.

²² Todo ello, puesto que: “*La planificación en la supervisión es el camino que guía la calidad de la gestión académica y administrativa considerando lo técnico, para facilitar dicha gestión; por lo tanto el supervisor tendrá asignada una serie de funciones a nivel Institucional, Docente, Estudiantil, en Extensión y Apoyo a fin de desplegar una labor efectiva según las debilidades y necesidades del medio. Estas funciones las desempeñará en forma continua, abierta, responsable y considerará los enfoques y ámbitos pertenecientes al hecho supervisorio [...].// A través de la calidad de gestión educativa, el supervisor pondrá en práctica los conocimientos que se pueden aplicar en forma efectiva como un reto [a] la labor cumplida, dirigida siempre hacia la competitividad, eficiencia y a la calidad en la gestión educativa para atender las deficiencias [detectadas]” (Vid. Mogollón de*

Como balance general de este apartado, se presenta un panorama altamente alentador, puesto que pese a haber mucho esfuerzo por emprender²³, es posible que, en un análisis concienzudo de los factores humanos implicados, se despierte más que una curiosidad intelectual por el abordaje del este espinoso y trascendental tema. Este esfuerzo, de corte ineluctablemente transdisciplinar, será el vehículo que con decisión conduzca al definitivo tránsito de la intervención pública en la economía hacia la superación del llamado Derecho Administrativo Clásico. De manera concreta, la garantía de calidad en sectores claves como el que ocupó estas breves reflexiones, debe servir de franco y audaz estímulo, toda vez que, sin esta comprensión básica, todo esfuerzo en esa dirección, tendrá un carácter de asistémico y desmembrante del desarrollo humano y social sustentable.

Conclusiones y recomendaciones

Desde una mirada sistemática, se concluye que la supervisión de la calidad en la educación superior venezolana, como técnica de intervención en la economía del conocimiento, es una modalidad que manifiestamente hallará senderos importantes hacia el desarrollo humano y social sustentable de nuestro país. En efecto, la multiplicidad de vicisitudes políticas, económicas, sociales, históricas y culturales a las cuales ha sido sometida la construcción perceptible de la conciencia ciudadana del venezolano, deberá contribuir a otorgar nueva fortaleza al desarrollo teórico-práctico de la intervención pública en la economía. Entonces, es dicho estado de cosas, el que otorgará significado a una globalmente acuciante revisión y renovación del Derecho Administrativo Clásico, con particular referencia al subsector de la educación superior.

González, Amada: "Calidad y enfoques de la supervisión", *Revista Ciencias de la Educación*, Año 2, N° 20, Universidad de Carabobo, Valencia, 2002, pp. 93-106, en <https://bit.ly/3owBJ7j>).

²³ Así, basta considerar, en un sentido más amplio, que el *"derecho a la educación [comporta hoy día] nuevas necesidades [pues] una definición estricta del derecho a la escolarización es absolutamente insuficiente... A modo de ejemplo, [...] destaca[n] cuatro zonas que obligan a repensar [este] derecho [...] El primer aspecto [es el] derecho a una educación de calidad [...] En segundo lugar, el derecho a la educación significa [...] cada vez más tener oportunidades educativas fuera de la escuela...Un tercer aspecto [es] el derecho a la educación durante la primera infancia [como] fuente de estimulación cognitiva, de conocimiento y de habilidades comunicativas de los niños [...] Finalmente, las necesidades del mercado de trabajo y la rápida obsolescencia del conocimiento convierten a la formación permanente en un requisito para el desarrollo productivo y en un derecho de los ciudadanos a poder disponer de [...] formación [para] actualizar sus conocimientos y habilidades"* (Vid. Bonal, Xabier: *El derecho a la educación: una visión global y actual*. Jornada "Los Retos de las Políticas Públicas en una Democracia Avanzada". 2011, pp. 68-72, en: <https://bit.ly/3Dx8mGb>).

En consecuencia, luego de enmarcar de pasada la intervención pública en la economía del conocimiento, la actividad administrativa de supervisión educativa en Venezuela y la necesidad de garantizar la calidad de la supervisión educativa de la educación superior como camino propuesto a la superación parcial del doctrinalmente denominado Derecho Administrativo Clásico, recomendamos el diseño, aprobación y promulgación de una ley orgánica que detalle el aspecto de la calidad educativa en todos los niveles y modalidades de la educación incluyendo, en forma complementaria, la serie de técnicas de intervención pública en la economía del conocimiento. Así, tras el presente estudio introductorio, es claro que, para materializar el derecho a la educación, tendremos que evitar la tajante afirmación del Premio Nobel de Economía, JOSEPH EUGENE STIGLITZ, según la cual:

El modelo de feroz individualismo combinado con el fundamentalismo del mercado ha alterado no sólo la forma en que las personas se ven a sí mismas y sus preferencias, sino también su relación con los demás. En un mundo de feroz individualismo, hay poca necesidad de comunidad y no hay necesidad de confianza. El gobierno es un estorbo, es el problema, no la solución²⁴. ■

²⁴ Stiglitz, Ob. cit., p. 223.

La obediencia debida del funcionario público según el Tribunal Supremo de Justicia

Gabriel SIRA SANTANA*

REDAV, N° 21, 2020, PP. 91-106

Resumen: El artículo reseña los criterios que han sostenido la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al deber de obediencia, tomándose como punto de partida el principio de jerarquía y los términos en que, de acuerdo con el foro y el ordenamiento jurídico venezolano, debe entenderse la subordinación del funcionario público ante sus superiores.

Palabras clave: Función pública – Responsabilidad – Jerarquía.

Abstract: *This paper reviews the criteria that have been upheld by the Constitutional Chamber and the Political-Administrative Chamber of the Supreme Court of Justice regarding the duty of obedience, taking as a starting point the principle of hierarchy and the terms in which, according to the forum and the Venezuelan legal system, the subordination of the public official to his superiors must be understood.*

Keywords: *Public function – Responsibility – Hierarchy.*

Recibido

15-09-2021

Aceptado

03-11-2021

Introducción

Uno de los principios que caracteriza a todas las instituciones verticalmente organizadas o con estructura piramidal –tal como es el caso de la Administración Pública– es la jerarquía.

Sobre este principio, ARAUJO-JUÁREZ expresa que “*se ha considerado tradicionalmente como uno de los pilares básicos de la organización administrativa*” y se traduce en “*el establecimiento de un orden gradual o escalonado de atribuciones de facultades y deberes según los diferentes grados de autoridad o consiguiente responsabilidad*”, que dotan al superior jerárquico de “*la posibilidad de control y el poder*”

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. gsira@cidep.com.ve

general de organización” y, por vía de consecuencia, al inferior jerárquico del deber de obedecer las órdenes que se le impartan¹.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TORO señala que “[l]a jerarquía es la relación de supra/subordinación más usual en la organización del Estado y, en particular, en su Administración Pública”, constituyéndose como “una relación asimétrica de poder entre dos órganos que [...] integran la misma organización” y “que se soporta en los principios de autoridad y de obediencia-disciplina”, a fin de “mantener la unidad teológica de la persona jurídica o ente público, otorgándole un sentido unidireccional a la gestión pública”².

Finalmente, y sin que este repaso tenga ánimos de exhaustividad, NIKKEN expone que la jerarquía –y, por consiguiente, la subordinación– es un “principio general de la organización administrativa, siempre que estemos hablando de desconcentración del poder”, que deriva en el control jerárquico del órgano administrativo superior sobre el órgano administrativo subordinado y que, en la práctica, se materializa “en órdenes; solicitud de información y rendición de cuentas; resolución de conflictos de competencia; la facultad de avocación y; salvo norma expresa en contrario, el poder de reformar, revocar o confirmar actos administrativos, al momento de resolver un recurso jerárquico”³.

Es en consonancia con estas aproximaciones del foro que el legislador venezolano⁴, al determinar los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública en nuestro país, incluyó dentro de los principios y bases de dicha organización y funcionamiento a la jerarquía, previéndose al respecto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁵ (en lo sucesivo, DRVF-LOAP) que:

Artículo 28. Principio de jerarquía. Los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en

¹ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Administración Pública* (Caracas: Ediciones Paredes, 2011), 48.

² Julio César Fernández Toro, *Fundamentos de la organización del Estado democrático en Iberoamérica* (Caracas: CIDEP y CENLAE, 2018), 149-150.

³ Claudia Nikken, “Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela)”, en *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo*, vol. I (Caracas: FUNEDA y AVEDA, 2014), 33-34.

⁴ Término usado en sentido laxo pues hemos de recordar que, como se ha destacado, gracias a las múltiples habilitaciones para legislar que han recibido quienes han ejercido la Presidencia de la República desde el año 1999, es posible afirmar que en Venezuela cuatro de cada diez “leyes” son dictadas por el Ejecutivo Nacional (decretos leyes) y no la Asamblea Nacional como vocera del pueblo soberano (leyes formales). Cfr. Tomás Arias Castillo, “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República”, *Revista de Derecho Público*, N° 130 (2012): 394-399.

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

niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de este y acarrea la responsabilidad de las funcionarias o funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 8° del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

En otras palabras, al constatare una relación de jerarquía en la Administración, el órgano superior gozará de la posibilidad de imponerse sobre el inferior y, en consecuencia, podrá hacer uso de las potestades de dirección, delegación, disciplina, control y resolución de conflictos de atribuciones⁶, siendo prudente –y de particular relevancia a los efectos de este trabajo– destacar que si bien el ejercicio de estos poderes lleva consigo el deber de cumplimiento por parte de los órganos jerárquicamente subordinados de las órdenes recibidas so pena de que tengan lugar medidas disciplinarias⁷, tal deber no debe entenderse en términos absolutos⁸.

En desarrollo de la afirmación anterior, tal como vimos *supra*, el artículo 28 del DRV-F-LOAP determina que la responsabilidad y la intervención del órgano inferior derivada del incumplimiento comentado debe leerse en concordancia con el artículo 8 *ejusdem*, cuyo único aparte prevé que los:

[...] funcionarios públicos incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, según el caso, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República [...] y la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.

⁶ Cfr. Araujo-Juárez, *Derecho...*, 49-50; Fernández Toro, *Fundamentos...*, 154-159.

⁷ Téngase presente el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002, reimpresa en N° 37.522 del 06-09-2002), conforme con el cual es causal de destitución “[...]a desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor [...] inmediato, emitidas por este en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario [...] público [...]”, así como también el numeral 2 del artículo 33 de la misma ley que prevé como obligación de los funcionarios el “[...]a]catar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos”.

⁸ Véase al respecto DIEZ, para quien “[...]a obediencia relativa nace en las democracias, donde por encima de la voluntad del Jefe de Estado, está la ley, que debe ser cumplida, la que también determina lo que puede ordenar el superior y debe cumplir el subordinado, precisando las responsabilidades respectivas”. Cfr. Manuel María Díez, *El deber de obediencia en la función pública*, 2° ed. (Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1951), 11, citado en Thairy Daza, “Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2017* (2018): 68, en <https://bit.ly/3EkAeP1>

Esta disposición viene a reiterar lo previsto en el artículo 25 de la Constitución de la República⁹, que es del siguiente tenor:

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos [...] que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores¹⁰.

En el mismo orden de ideas, la parte *in fine* del numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública –ya citado en las notas al pie de página–, prevé que la desobediencia será causal de destitución “*salvo que [las órdenes e instrucciones que reciba el funcionario por parte de su supervisor inmediato] constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*”.

Así las cosas, de los artículos aludidos se aprecia entonces que, aun cuando el órgano inferior debe obediencia al órgano superior al momento de ejercer las funciones que le han sido asignadas por el ordenamiento jurídico en virtud de los principios de jerarquía y competencia¹¹, existe al menos un supuesto que permite al funcionario subordinado separarse de la orden recibida sin que este último incurra en responsabilidades que puedan derivar en su destitución pues, más bien, es en caso de hacer lo ordenado por el superior jerárquico que se cometerá una infracción¹².

De este modo, el supuesto al que hacemos referencia y que es de especial interés para estas líneas serían las instrucciones o mandatos que dicte el superior jerárquico y que (i) violen o menoscaben derechos previstos en la Constitución de la República o la ley –términos en que dicha Constitución y el DRVF-LOAP se refieren a la excepción– o (ii) infrinjan de forma “*manifiesta, clara y terminante*” la Constitución de la República o la ley, sin que se aluda a derechos en general, al ser estos los términos en que la Ley del Estatuto de la Función Pública se pronuncia

⁹ Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

¹⁰ Nótese que, adicionalmente, la Constitución de la República dedica un artículo (el 45) a la obligación de no obedecer órdenes referidas a la práctica o tolerancia de la desaparición forzada de personas.

¹¹ Sobre este último, que rebasa el objeto de estas líneas, véase Fernández Toro, *Fundamentos...*, 107-145.

¹² Decimos “al menos un supuesto” pues hemos de recordar que, con base en el principio de competencia y el citado numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, las órdenes que el superior instruya al inferior deben estar relacionadas con los cargos que ambos desempeñan, siendo que si la orden no está vinculada con el mismo (por ejemplo, se trate de un asunto personal del superior jerárquico), tal solicitud tampoco estaría amparada por el deber de obediencia, si bien en estos casos el solo hecho de cumplir lo ordenado no daría lugar a una infracción. Cfr. Manuel Rojas Pérez, *Notas sobre derecho de la función pública* (Caracas: FUNEDA, 2011), 132.

sobre el tema objeto de comentarios. Ambas cuestiones, si se quiere, como una manifestación de la supremacía constitucional¹³ y del principio de legalidad¹⁴.

Es esta realidad la que ha dado lugar a que autores como BRICEÑO LEÓN indiquen que en Venezuela existe una “*prohibición impuesta al funcionario público de acatar órdenes de esta naturaleza [inconstitucionales o ilegales], con el riesgo, si otra fuese su conducta, de incurrir en la responsabilidad antes mencionada*”¹⁵, ya que en el ámbito del Derecho Administrativo, al darse y ejecutarse una orden manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, no encontraría aplicación la exigente de responsabilidad inspirada en el numeral 2 del artículo 65 del Código Penal¹⁶, según la cual no es punible “[e]l que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal”.

Lo anterior, concluye el autor citado, dado que “*simplemente la obediencia no es exigible frente a órdenes violatorias de derechos constitucionales*” y “[t]ampoco es exigible el acatamiento de actos administrativos transgresores de los derechos señalados, por el contrario resulta claro el deber de no cumplirlos ni ejecutarlos”¹⁷.

En otras palabras, como otrora sostuvo ROSCIO en “El triunfo de la libertad sobre el despotismo”¹⁸ y más recientemente nos recordó

¹³ Téngase presente el artículo 7 de la Constitución de la República, conforme con el cual “[l]a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

¹⁴ Véase, entre otros, el artículo 137 de la Constitución de la República que prevé que “[l]a Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. Cfr. Carlos Luis Carrillo Artilles, “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 89-92 (2002): 33-45.

¹⁵ Humberto Briceño León, “Violación a derechos constitucionales. Excepción a la presunción de legitimidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y la teoría de la obediencia debida”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3 (1998): 314.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario del 16-03-2005, reimpresso en N° 5.768 Extraordinario del 13-04-2005.

¹⁷ Nótese que en caso contrario –es decir, de no ser la orden manifiestamente adversa a los textos indicados– y siempre que la instrucción derive de una relación de jerarquía pública y que “se enmarque dentro de la esfera de competencia de quien ordena y dentro del ámbito habitual de obligaciones de quien obedece”, el autor señala que sí encontraría aplicación la exigente de responsabilidad y, por ende, el funcionario que ejecutó la orden no incurriría en una infracción, a diferencia del que ordenó que se procediera de esa forma. Cfr. Briceño León, *Violación...*, 315.

¹⁸ Juan Germán Roscio, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1996).

HERNÁNDEZ G., los ciudadanos en general –categoría que claramente incluye a los funcionarios públicos– deben es una “*obediencia racional*” a las leyes y a la autoridad, en contraposición a la “*obediencia ciega*” que, a la larga, conduce al despotismo y los abusos de autoridad¹⁹.

Ahora bien, no obstante lo aquí dicho, el poder de desobedecer la orden recibida de un superior jerárquico no está exento de problemas pues, como bien expuso LARES MARTÍNEZ, aun cuando no se duda que “*el subalterno debe acatamiento a la ley antes que a las órdenes de su superior*”:

La dificultad está en que si se admite que el subalterno pueda rechazar la orden ilegal, se acepta que se convierta en juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores, lo que vendría a ser la negación misma de la jerarquía. Por eso, los autores más recientes se inclinan por negar a los funcionarios el derecho a erigirse en juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores, y sólo en caso de que la ilegalidad de la orden sea evidente se acepta que el funcionario subalterno no debe obedecerla²⁰.

Es decir, que la posibilidad –o, más correctamente, la obligación– de desobedecer se haría depender del hecho concreto y de que la orden recibida sea abiertamente, manifiestamente, flagrantemente –u otros adjetivos similares– inconstitucional o ilegal, ya que, en caso contrario, no le estaría dado al funcionario de inferior jerarquía examinar su conformidad con derecho; como sí habría de estudiarse, por ejemplo, de activar el particular afectado la vía recursiva (administrativa o jurisdiccional) contra el acto en cuestión.

En este orden de ideas, al encontrarnos frente a una situación que está empapada de valoraciones –a saber, qué ha de entenderse por una infracción “*manifiesta, clara y terminante*”²¹–, se hace recomendable

¹⁹ José Ignacio Hernández G., “Espíritu y líneas maestras del Estado democrático de derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 161-162 (2020): 61. Del mismo autor: “El olvido de Roscio y el sesgo autocrático de nuestro derecho público, en el bicentenario de ‘El triunfo de la libertad sobre el despotismo’”, *Revista de Derecho Público*, N° 151-152 (2017): 23. En clara sintonía con lo anterior, consúltese Carlos Carro Zúñiga, “La falta grave como causa justa de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 25 (1978): 22, donde se recoge el criterio asentado por la Sala de Casación en el fallo del 09-09-1953 según el cual “*la obediencia debida por los empleados públicos no es ciega ni incondicional*”.

²⁰ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5° ed. (Caracas: UCV, 1983), 437.

²¹ Cfr. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8 (Caracas: UMA, 2016): 346, en <https://bit.ly/31g6ceu>, El autor recuerda que “*para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa. La Ley no*

revisar cuáles han sido los criterios que al respecto ha sostenido el Poder Judicial –particularmente, la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ y SPA/TSJ, respectivamente)– a fin de conocer cuándo se ha considerado que ha de imperar el deber de obediencia del funcionario público y cuándo se ha determinado que la desobediencia es lícita, y por ende no da lugar a medidas disciplinarias en contra del subordinado.

A tal efecto, precisamos como nota metodológica que esta investigación partió de la información disponible en el sitio web del Poder Judicial (<http://www.tsj.gob.ve>)²², ubicando en el texto de los fallos de las Salas mencionadas, dictados durante el período 2000-2019, alusiones a nuestro objeto de estudio mediante el uso de frases claves como “obediencia debida”, “deber de obediencia”, “deber de obedecer”, “acatar las órdenes”, “infracción manifiesta”, “obediencia legítima” y “obediencia jerárquica”²³.

De seguida, el listado con las decisiones que presentaban uno o más de estos términos de referencia fue examinado para determinar si ellos se encontraban en la parte narrativa, motiva o dispositiva del fallo –interesando a los efectos de este trabajo únicamente los dos últimos supuestos²⁴– y si se trataba de una mención incidental –en cuyo caso tampoco tendría relevancia para este estudio– o, más bien, podía considerarse un razonamiento de la Sala que dejaba entrever su criterio

determina con exactitud los límites de esos conceptos porque los mismos no admiten una cuantificación o determinación rigurosas”. Nótese que un caso de estudio similar al que nos hemos planteado –y que escapa del objeto de estas líneas– es la “*prescendencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido*” como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos, a tenor del numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

²² Téngase presente que todos los fallos citados se consultaron el 13-09-2021.

²³ Nótese que si bien la gran mayoría de los fallos de las Salas seleccionadas pueden consultarse a través de este sitio web, hay decisiones cuyo texto no se encuentra en línea y, por ende, se desconoce si incluyen los términos empleados como parámetro de búsqueda. Es el caso, por ejemplo, de los fallos N° 50, 212, 484 y 896 del año 2000 de la Sala Constitucional.

²⁴ Por este motivo no se incluyen fallos como el N° 1433 del 22-10-2014 de la SC/TSJ (caso: Elvís Jurado), en <https://bit.ly/31mBblj>, que, al reseñar la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo objeto de revisión constitucional, cita entre otros que “*esta Corte considera pertinente acotar que la Administración Pública funciona bajo una estructura jerarquizada, que impone al subordinado el deber de cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por los superiores dentro de su competencia, es decir, hay un deber de respeto el cual indiscutiblemente está ligado al deber de obediencia*” y “*debe entenderse a la subordinación como la obligación que todo funcionario público tiene de cumplir las órdenes e instrucciones de sus superiores, como consecuencia de una vinculación directa del deber de la obediencia, que se fundamenta en la necesidad de mantener la estructura orgánica dentro de la Administración Pública, pues sin la debida obediencia no puede materializarse el principio de jerarquía*”.

respecto a la obediencia debida. Estas últimas son las decisiones que se seleccionaron y comentaremos de seguida.

I. Los criterios de la Sala Constitucional

La SC/TSJ no ha exteriorizado criterios de especial interés sobre el tema que nos ocupa desde su constitución en el año 2000, visto que sus pocos desarrollos jurisprudenciales sobre el deber de obediencia han estado enfocados en el ámbito castrense, y no el funcional.

Como muestra de lo anterior podemos traer a colación el fallo N° 1319 del 03-08-2001 (caso: Eduyn Graterol)²⁵ en el que, al conocer de la apelación de una acción de amparo, la Sala sostuvo que la –para entonces vigente– Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de 1995²⁶:

[...] establece en el Capítulo III las disposiciones referentes a la jerarquía y reglas de subordinación, de todo lo cual se puede coligir [sic] que dicha normativa legal obedece al principio de jerarquía, es decir, el propio derecho les impone a los sujetos que se encuentren dentro de este supuesto especial, condición de militares, que actúen o procedan por la orden de sus superiores jerárquicos. Claro está, el deber de obediencia absoluta o incondicionada, resulta un medio para mantener la disciplina necesaria con el fin de que las Fuerzas Armadas Nacionales pueda asegurar la defensa nacional para garantizar la integridad y libertad de la República y la estabilidad de las instituciones democráticas, cooperar con el mantenimiento del orden público y asegurar el cumplimiento de la Constitución y las leyes.

Se observa entonces que dentro del ámbito militar prevalece la jerarquía como principio regulador de las relaciones intersubjetivas que se desarrollan, entre un Superior y su inferior jerárquico, lo que justifica entonces que la emisión de una orden, no tiene que estar fundamentada o motivada jurídicamente hablando. (Destacado agregado).

Como apreciará el lector en el extracto citado, la Sala señaló que en el caso de las Fuerzas Armadas –al igual que como ocurre con la Administración Pública– existe el deber de obediencia como consecuencia del principio de jerarquía; pero, a diferencia de la Administración según lo que comentáramos en páginas previas, esta obligación es “*absoluta o incondicionada*”, constituyéndose tales calificativos en una discrepancia insalvable en cuanto al régimen de los funcionarios públicos para los que, como vimos, se habla es de una obligación relativa que admite que dichos servidores no acaten la orden recibida cuando esta (i) no guarda relación con sus cargos²⁷ o (ii) sea manifiestamente contraria a derecho,

²⁵ En <https://bit.ly/3DijwhN>

²⁶ Hoy Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 19-11-2014.

²⁷ Cfr. Manuel Rojas Pérez, “Función pública, burocracia y organización administrativa”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 26 (2019): 15-29, en <https://bit.ly/3G6I9zV>

por lo que tampoco es correcto sostener –como lo hace la Sala– que tal orden puede carecer de fundamento jurídico.

De este modo, consideramos que lo narrado *supra* sería motivo suficiente para dejar de lado este criterio de la SC/TSJ en cuanto al principio de jerarquía, la obediencia debida y sus implicaciones para el ejercicio de la función pública, aun cuando no podemos dejar de mencionar que esta visión absoluta e incondicionada del tema que nos ocupa no es extraña en la práctica administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, dado en parte la militarización del tren ejecutivo y de las altas cabezas del gobierno²⁸ en lo que constituye un desprecio más al –históricamente merchado– rol que ha tenido la sociedad civil en el Estado venezolano²⁹.

Nótese, no obstante lo dicho, que en su fallo N° 1185 del 07-10-2015 (caso: Dido Domínguez)³⁰, al conocer en revisión de una decisión vinculada con el Código de Justicia Militar de 1967³¹, la Sala aseveró que las eximentes de responsabilidad penal –con inclusión de la obediencia debida– *“implican la verificación cabal de extremos jurídicos [...], especialmente las vinculadas al constreñimiento y cumplimiento de órdenes superiores”*, requiriéndose para su procedencia que esté *“acreditada la existencia de órdenes”*.

Somos de la opinión que este criterio en cuanto a la carga de la prueba sí podría ser de interés al momento de evaluarse la responsabilidad de un funcionario público cuando la orden del superior opere como una eximente de responsabilidad, y no nos encontremos ante ordenes que violen, menoscabe o infrinjan de forma manifiesta los derechos previstos en la Constitución y la ley ya que, en estos últimos casos, a pesar de que pueda acreditarse la existencia de la orden, ella no será óbice para que se declare la responsabilidad del funcionario y se apliquen los correctivos de ley a tenor de los artículos 25 de la Constitución de la República y 8 del DRV-F-LOAP, citados *supra*.

Por último es oportuno mencionar el fallo N° 1812 del 20-10-2006 (caso: Francisco Marín)³², donde al resolver una solicitud de interpretación del artículo 267 de la Constitución de la República³³ la SC/TSJ asentó que:

²⁸ Cfr. El Universo, 08-09-2021, *Diez militares hacen parte del gabinete de Nicolás Maduro y solidifican su poder en Venezuela*, en <https://bit.ly/32NHS6t>

²⁹ Cfr. Asdrúbal Aguiar, Allan R. Brewer-Carías y Enrique Viloria Vera (coordinadores), *La Independencia y el Estado Constitucional en Venezuela: como obra de civiles (19 de Abril de 1810, 5 de julio de 1811, 21 de diciembre de 1811)* (Caracas: EJV, 2018). En <https://bit.ly/3lx7knl>

³⁰ Hoy Código Orgánico de Justicia Militar, en Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinario del 17-09-2021.

³² En <https://bit.ly/3Dd6Zfv>

³³ El artículo es del siguiente tenor: **“Artículo 267.** *Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la*

[...] la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, es un órgano desconcentrado del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto mantiene una relación de dependencia regida por el principio de jerarquía, pero que por ser desconcentrado, si bien tiene un deber de obediencia respecto al superior, este es diferente en grado, en comparación con otros órganos. Por tal razón, sostiene la Sala, que la jerarquía se manifiesta de distinto modo, según el tipo de órgano que se trate, esto es, si es desconcentrado o no.

En opinión de la Sala, en los órganos desconcentrados, existe un menor grado de subordinación, por cuanto a éstos se les ha transferido el ejercicio de la competencia y de forma permanente, lo que implica un mayor grado de autonomía respecto al órgano superior en cuya estructura se encuentra inserto, y precisamente se adopta dicha técnica de desconcentración para que el órgano pueda actuar la competencia con mayor libertad y eficacia, sin que deba estar recibiendo instrucciones y ordenes [sic] del superior para poder ejercer su competencia. De allí que los funcionarios que actúan por el órgano desconcentrado sean directamente responsables del ejercicio de la competencia que tiene atribuida [...], sin menoscabo de los controles que ejerce el superior en cuanto al ejercicio de esa competencia (verbigracia, aprobación de memoria y cuenta, de planes y proyectos). (Destacado agregado).

De este fallo nos interesa destacar dos aspectos: **(i)** que la SC/TSJ es conteste con el planteamiento de que el deber de obediencia del órgano subordinado frente al órgano superior es una consecuencia del principio de jerarquía, y **(ii)** que ese deber puede disiparse –mas no suprimirse del todo– si nos hallamos ante un órgano desconcentrado, visto que en estos casos el control jerárquico que puede ejercer el órgano superior habrá de respetar la autonomía administrativa, financiera y de gestión del primero, a fin de que la desconcentración tenga razón de ser³⁴.

inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial. // La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley. // El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. // Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”.

³⁴ Si bien el tema rebasa nuestro objeto de estudio, se considera pertinente citar los artículos 92 y 93 del DRV-F-LOAP, según los cuales “el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá convertir unidades administrativas de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, de las Vicepresidencias Sectoriales, de los ministerios y de las oficinas nacionales, en órganos desconcentrados con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa o financiera, según lo acuerde el respectivo Reglamento Orgánico” y “[l]a Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, la Vicepresidenta o Vicepresidente Sectorial, la ministra o ministro, o en su caso la jefa o jefe de la oficina nacional, ejercerá el control jerárquico sobre los órganos desconcentrados, de conformidad con los lineamientos de la planificación centralizada”, respectivamente.

II. Los criterios de la Sala Político-Administrativa

El grueso de los fallos de la SPA/TSJ que aluden al deber de obediencia, al igual que como vimos ocurre con la SC/TSJ, versan sobre el servicio castrense o policial.

De este modo, por ejemplo, la Sala ha indicado que los oficiales de las Fuerzas Armadas se rigen *“por las normas que regulan el ejercicio de esa especial función [...] y por tanto está[n] sometido[s] y debe[n] acatar las órdenes de los superiores destinadas a lograr el efectivo desempeño en su condición [...] dentro del estamento militar”*³⁵; precisándose a su vez que:

[...] al tratar el tema del “juez natural” dentro de la estructura administrativa, debe tenerse en cuenta fundamentalmente, que la irregularidad que amerita un procedimiento disciplinario, se comete con relación al ordenamiento jurídico que regula a la institución u organismo, donde quien toma la decisión ejerce sus funciones, y que, en la mayoría de los casos, por existir una organización jerárquica, es superior de quien va a ser sometido a dicho procedimiento, lo cual no necesariamente significa, que la decisión tomada está parcializada, máxime dentro de la Institución Castrense, donde imperan con mayor rigor, los principios de subordinación y obediencia debida³⁶. (Destacado agregado).

En tanto, por lo que se refiere a la función policial, la Sala expuso en su fallo N° 1117 del 19-09-2002 (caso: Francisco Gil)³⁷, al conocer de una demanda de nulidad contra la resolución del para entonces Ministerio de Justicia que confirmó la destitución del demandante como parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial³⁸, que *“el incumplimiento de las órdenes relativas al servicio y la omisión de información al superior, se consideran faltas contra la obediencia debida”*, a tenor del –hoy derogado– Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial³⁹.

Asimismo, la Sala aseveró por medio de su fallo N° 2898 del 12-05-2005 (caso: Jesús Álvarez)⁴⁰ que actuaciones como las del funcionario

³⁵ Fallo N° 1370 del 05-11-2008 (caso: Italo Di Pascuale), en <https://bit.ly/3prB1Ht>

³⁶ Fallo N° 817 del 29-03-2006 (caso: José Hernández), en <https://bit.ly/31uu5kQ>

³⁷ En <https://bit.ly/3rNrWMj>

³⁸ Hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

³⁹ Reiterado en los fallos N° 1888 del 14-08-2001 (caso: William Fernández), N° 1131 del 24-09-2002 (caso: Luis Vergel), N° 1725 del 07-10-2004 (caso: Adib Gómez) y N° 29 del 22-01-2002 (caso: Walner Rico), este último en cuanto al Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) que tipificaba como *“faltas contra la obediencia debida, el incumplir las órdenes relativas al servicio [...] y omitir información al superior sobre hechos de comunicación o hacerlo con retardo o sin ceñirse a la verdad”*. En <https://bit.ly/32YuXij>, <https://bit.ly/3GfNqoZ>, <https://bit.ly/3xXHY79> y <https://bit.ly/3Gd8rjU>, respectivamente.

⁴⁰ En <https://bit.ly/3osUtol>

destituido que ponían en entredicho a la obediencia debida, constituyeron *“faltas disciplinarias [...] que comprometieron seriamente su desempeño como funcionario policial; y que no fue comprobada circunstancia alguna que atenuara la responsabilidad del funcionario”*.

Tres conclusiones pueden extraerse de los fallos de la SPA/TSJ citados hasta el momento: **(i)** la obligación del subordinado de obedecer a su superior es propia de toda organización jerárquicamente organizada, siendo las estructuras administrativas en general muestra de ello; **(ii)** la institución castrense y policial es donde esta obligación adquiere mayor relevancia o fuerza, sin que ello equivalga a negar su existencia en otros escenarios propios de la función administrativa y que son los que resultan de interés a los efectos de estas líneas; y **(iii)** aun cuando la obediencia es la regla y la falta de la misma puede ser objeto de medidas disciplinarias, tal obligación fenece en caso que existan circunstancias de hecho que eximan –o, al menos, atenúen– la responsabilidad del funcionario.

¿Cuáles son esas circunstancias? Si bien la SPA/TSJ no desarrolla cuantitativa ni cualitativamente este punto que constituye el *quid* del asunto, creemos que lo más cercano a una respuesta por parte de la Sala lo podemos hallar en el fallo N° 438 del 11-05-2004 (caso: Edgar Rodríguez)⁴¹, donde, nuevamente en una causa referida al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, la Sala sostuvo que:

[...] resulta necesario señalar que la obediencia es la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia; es el sometimiento espontáneo al dictado ajeno, bien por sumisión jerárquica impuesta, bien por el cumplimiento del deber.

Tanto en la esfera castrense como en otras organizaciones y cuerpos policiales y de seguridad del Estado, la obediencia es la columna vertebral de la disciplina y constituye la expresión concreta de la autoridad del mando; es el máximo deber para todos los integrantes de estas instituciones en relación con los superiores en graduación o categoría dentro de los actos del servicio, es decir, dentro de los límites de la esfera estrictamente profesional.

No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiéndose por tal, el cumplimiento inflexible de una orden, sin observar su licitud ni razones. Tanto la subordinación como la obediencia han de ser dignas, austeras, circunscritas a los límites de la ley. Se obedece a conciencia. Fuera de los límites de la ley no hay obediencia debida.

[...]

Si, como se ha señalado, fuera de los límites de la ley no existe obediencia debida, el recurrente debió alertar a la superioridad, (entendiendo en esta oportunidad el término “superioridad”, no el superior inmediato, en tanto que de él emanaba el ilegal pedido, sino al superior en la línea de mando)

⁴¹ En <https://bit.ly/31u9Jly>

de la ilegal orden recibida, referida a utilizar un vehículo recuperado y en poder del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en calidad de depósito, para el cumplimiento de una diligencia, un favor personal, no una orden relativa al servicio. Con tal actuación no incurría el actor en violación del órgano regular; por el contrario, se hubiera eximido de cometer la falta por la cual fue sancionado. (Destacado agregado).

El precedente citado, aun cuando se refiere es a la función policial, consideramos que bien podría traerse a colación para el estudio de la obediencia debida de los funcionarios públicos en general si partimos del hecho que, como ha exteriorizado la Sala en más de una ocasión, en el ámbito castrense y policial el deber de obediencia “*impera con mayor rigor*”; por lo que, por simple lógica jurídica, sí en los casos en que dicho deber es más fuerte (militares y policías) proceden las excepciones advertidas por la Sala en el fallo N° 438/2004, cuando dicho deber es más débil (funcionarios públicos), con mayor razón habrán de tenerse presentes.

Así, este fallo nos permite sumar tres nuevas conclusiones a las enumeradas en los párrafos precedentes: (i) la obediencia se debe únicamente respecto a instrucciones vinculadas con el cargo que tanto el superior jerárquico como el subordinado detentan, y las funciones que dichos cargos acuerdan para cada uno de ellos, (ii) la obediencia se debe dentro de los límites de la ley y en atención a los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la orden que se reciba, y (iii) la obediencia ciega por parte de los funcionarios públicos puede dar lugar a sanciones sin que estos puedan alegar como defensa el hecho que obraron siguiendo instrucciones de su superior, ya que en caso que estas instrucciones violen el ordenamiento jurídico lo que procede es la desobediencia⁴².

Estos postulados podrían ser complementados por el fallo N° 954 del 14-07-2011 (caso: Omar Velásquez)⁴³ de la misma Sala, donde ella indicó –si se quiere, de pasada– que “*el actor no pretende escudarse en la obediencia debida entendida como eximente de responsabilidad, sino que simplemente reconoce haber cumplido una directriz dada por su superior jerárquico*”, ya que “*sostuvo, su actuación estuvo apegada a la Ley por haberle sido delegada verbalmente por el jerarca*”.

En otras palabras, y aun cuando la Sala no desarrolló esta idea más allá de la cita, habría un reconocimiento de lo expresado al inicio de este

⁴² Al respecto resulta de interés lo dicho en la introducción de este trabajo, en cuanto a los problemas que plantea en la práctica que el subordinado pueda ser –en palabras de LARES MARTÍNEZ– “*juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores*”, por lo que debe atenderse a los términos en los cuales la legislación admite dicha posibilidad y, por interpretación a contrario, aquellos en los que la obediencia ha de ser la regla aun cuando el subordinado esté en desacuerdo con la orden recibida.

⁴³ En <https://bit.ly/3DfP3kF>

trabajo en cuanto a que la obediencia debida, cuando el funcionario actúa conforme con la instrucción recibida y siempre que esta no sea abiertamente contraria a derecho, bien podría considerarse una eximente de responsabilidad que relevaría de culpa al subordinado y justificaría que se iniciara el procedimiento disciplinario de ley en contra del superior que emitió la orden discutida.

Ya para terminar resulta prudente mencionar que en el fallo N° 2342 del 23-10-2001 (caso: Procuraduría General de la República)⁴⁴, al estudiarse la naturaleza jurídica de las circulares administrativas en virtud de un asunto de carácter tributario vinculado con los “precios referenciales vigentes” fijados por la Administración por esa vía, la SPA/TSJ destacó que:

[...] las circulares son comunicaciones expedidas por un superior jerárquico en el ámbito administrativo, dirigidas a sus subordinados en relación con el régimen interno a fin de orientar y aclarar determinados aspectos de la materia, que no tienen porqué [sic] ser observadas por los contribuyentes y responsables, ya que no crean obligaciones ni derechos para ellos.

Elas son por tanto libradas, con el objeto de orientar la actividad de los funcionarios de una determinada dependencia y obligan sólo a los funcionarios a los cuales están dirigidas, por cuanto las mismas tienen su fundamento en el deber de obediencia de los funcionarios con respecto a sus superiores, y no al resto de la colectividad. Su fuerza, desde el punto de vista jurídico, está limitada al campo interno de la administración, toda vez que su conocimiento está reservado a sus funcionarios.

Elas constituyen una instrucción dirigida por un superior jerárquico al personal bajo sus órdenes como guía de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes y en la aplicación de las leyes y reglamentos. Comúnmente, estos instructivos van dirigidos dentro de la organización de la administración pública a personas o entidades que, en el ámbito de sus atribuciones respectivas, deben acatar y cumplir todas aquellas medidas que aseguren la mejor ejecución de los actos y asuntos concernientes al régimen administrativo de determinada dependencia. En tal virtud, las órdenes, recomendaciones, instrucciones o normas contenidas en una circular obligan necesariamente a los funcionarios subalternos de la administración pública destinatarios de las mismas⁴⁵. (Destacado agregado).

A lo que se suma que, previamente, la SPA/TSJ ya había indicado en uno de los primeros fallos en su historia –a saber, el N° 6 del 20-01-2000 (caso: General Motors Venezolana)⁴⁶– que las circulares son:

[...] actos administrativos emanados de los superiores jerárquicos, con un ámbito de aplicación limitado al interior de los órganos o dependencias públicas, que establecen mandamientos, recomendaciones o instrucciones

⁴⁴ En <https://bit.ly/3xNrdvq>

⁴⁵ Reiterado en los fallos N° 1488 del 08-06-2006 (caso: RODICA), N° 2558 del 15-11-2006 (caso: MAKRO) y N° 1674 del 30-11-2011 (caso: INDULAC), en <https://bit.ly/3Ela-diz>, <https://bit.ly/3pj6f3E> y <https://bit.ly/3GeDdJw>, respectivamente.

⁴⁶ En <https://bit.ly/3oljEJf>

sobre determinados aspectos, son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios en virtud de la obediencia jerárquica debida; de acuerdo a los términos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, esas decisiones de carácter interno están exceptuadas de publicarse en la Gaceta Oficial.

[...]

De modo que, la información impartida por la Administración Tributaria a sus funcionarios, bajo la forma de circular, constituye una actuación de carácter informativo, que posee un valor formal reducido a la función que desempeña, sin contenido sustancial propio, y de observancia obligatoria para los agentes administrativos a quienes se les ha dirigido. (Destacado agregado).

De estos fallos extraemos dos conclusiones finales sobre el tema que nos ocupa: **(i)** las circulares administrativas como comunicaciones que emanan del superior jerárquico podrían constituir un medio de prueba que, llegado el caso, permitiría al subordinado demostrar que el mismo actuó siguiendo órdenes –es decir, en los términos asentados por la SC/TSJ en su fallo N° 1185/2015, acreditar la existencia de la orden–, siempre que no nos encontremos frente a los supuestos de los artículos 25 de la Constitución de la República, 8 del DRV-F-LOAP ni el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que reiteramos no admiten a la mera obediencia como eximente de responsabilidad; y **(ii)** la debida obediencia está ligada en criterio de la SPA/TSJ a la eficiencia de la Administración a fin de que esta pueda ejecutar sus actos del mejor modo posible, lo que estaría a su vez en consonancia con el rol vicarial que el artículo 141 de la Constitución de la República le acuerda a la misma⁴⁷ y que ha sido debidamente estudiado por el foro⁴⁸.

Como corolario, una realidad que nos invita a la reflexión es que en veinte años de criterios jurisprudenciales de dos de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia más importantes, solo un puñado de casos ha hecho referencia a un tema tan relevante como lo es la obediencia debida en el ejercicio de la función pública y sus implicaciones.

Una primera deducción al respecto nos llevaría a pensar que no hay prácticamente fallos en la materia porque, sencillamente, en la práctica no se presentan situaciones que pongan en tela de juicio los límites de la obediencia debida. Es decir: las órdenes que reciben los subordinados

⁴⁷ El artículo es del siguiente tenor: "**Artículo 141.** La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

⁴⁸ Cfr. José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela* (Caracas: EJV, 2011).

siempre son conforme con derecho y estos las ejecutan sin dilaciones, como si de una máquina bien engranada se tratase, siendo que en caso de ilicitud, se toman los correctivos necesarios dentro de la propia Administración a fin de garantizar que esta continúe prestando a los ciudadanos un servicio basado en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, tal como lo exige el artículo 141 constitucional.

No obstante, basta una mirada a los índices de corrupción en el país –que dan pie a que sea calificado por organizaciones no gubernamentales como el “*más corrupto en América y El Caribe*”⁴⁹– y del Estado de Derecho en general –que colocan a Venezuela en la última posición no solo de América Latina, sino del mundo⁵⁰– para dudar sobre la certeza de la deducción del párrafo precedente y, más bien, llegar a otra suposición: no es que todas las órdenes que reciban los subordinados siempre son conforme con derecho y por ende estos presten la debida obediencia a las mismas, sino, más bien, que aun en caso de órdenes manifiesta, clara y terminantemente contrarias a la Constitución y las leyes que justifiquen que los funcionarios opten por la desobediencia, estos (i) o ignoran tal ilegalidad y proceden como si de una orden lícita se tratara a conciencia de que la posibilidad de que la misma sea revocada por vía judicial es sumamente remota, por no decir cercana a cero⁵¹ o (ii) al oponerse a la instrucción, los funcionarios son removidos de sus cargos sin que luego intenten acciones judiciales en contra de tales destituciones –con base en los artículos 25 de la Constitución de la República, 8 del DRV-LOAP, y el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública – o estas no lleguen al conocimiento de las Salas estudiadas.

Como hemos dicho, estos últimos planteamientos no serían más que suposiciones cuya comprobación requeriría de estudios adicionales –que, al menos de momento, escapan de nuestras posibilidades– por lo que simplemente los esbozamos a modo de comentario para motivar el debate sobre la materia aquí desarrollada. ■

⁴⁹ Transparencia Internacional, 23-01-2020, *IPC 2019: Venezuela es el país más corrupto en América y El Caribe*, en <https://bit.ly/2ZPYA44>

⁵⁰ World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho 2020*, en <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-Global-ROLI-Spanish.pdf> El índice mide los límites al poder gubernamental, la ausencia de corrupción, el gobierno abierto, los derechos fundamentales, el orden y la seguridad, el cumplimiento regulatorio, y la justicia civil y penal.

⁵¹ Cfr. Antonio Canova González et al., *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2005-2013)* (Caracas: Editorial Galipán, 2014).

Algunas notas sobre la democracia y la representación en el sistema electoral venezolano

Leonel Alfonso FERRER URDANETA*

REDAV, N° 21, 2020, pp. 107-159

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo estudiar la constitucionalidad y el grado democrático del sistema electoral venezolano, con base en la Ley Orgánica de Procesos Electorales, a fin de determinar si el mecanismo de conversión de votos para la adjudicación de escaños, sustitutivo del modelo de representación proporcional de las minorías, tiene viabilidad y puede consolidarse como soporte del sistema político venezolano.

Palabras clave: Democracia representativa – Participación política – Representación proporcional.

Abstract: *The purpose of this research is to study the constitutionality and democratic degree of the Venezuelan electoral system, based on the Organic Law of Electoral Processes, to determine whether the mechanism for converting votes for the allocation of seats, a substitute for the model of proportional representation of minorities, has viability and can be consolidated as a support for the Venezuelan political system.*

Keywords: *Representative democracy – Political participation – Proportional representation.*

Recibido

10-11-2021

Aceptado

07-12-2021

Introducción

La presente investigación tiene como propósito precisar si las modificaciones instituidas al modelo de representación proporcional dentro del sistema electoral venezolano son, desde una perspectiva objetiva, conformes o contrarias a los preceptos establecidos en la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999) y si se adapta a los principios democráticos y a los parámetros de legitimidad.

Un Estado que califique su forma jurídico-política, como una sociedad democrática, pluralista, de derecho y de justicia, tal como lo predica el artículo 2 de nuestra *Norma Normarum*; requerirá una definición de un sistema electoral adecuado como determinación institucional más

* Abogado y Especialista en Gobierno y Políticas Públicas y en Sistemas y Procesos Electorales por la Universidad Central de Venezuela. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, y Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

relevante. Sin embargo, en términos históricos, resulta muy poco usual que un sistema electoral sea seleccionado de manera consciente y deliberada, ya que a menudo, la elección es accidental: bien sea el resultado de una inusual combinación de circunstancias, de una tendencia pasajera o de una coyuntura histórica en particular, pero lo que sí resulta cierto, es que en la mayoría de los casos, los efectos de la selección de un determinado sistema electoral tiene una profunda influencia en la vida política del país.

Es por ello, que resulta poco usual que los sistemas electorales sean deliberada y cuidadosamente diseñados para adaptarse a las condiciones históricas y sociales que se presentan en un determinado país; este es, en particular, el caso de las nuevas democracias, similares a la nuestra que apenas cuenta con una data de cincuenta y cinco años.

Es así, como cualquier democracia emergente debe escoger o heredar un sistema electoral para conformar sus instituciones, pero a menudo tales decisiones son tomadas por actores políticos que carecen del conocimiento o información básica sobre los efectos de la elección y del sistema electoral escogido, desconociendo sus consecuencias o, por el contrario, también resulta común que los actores políticos promuevan la adopción de aquel que consideran que maximizará o servirá de mejor forma a sus intereses particulares.

En cualquier caso, la selección que se hace a veces no es la más apropiada para el bienestar político del país en el largo plazo; mientras que, en otras, puede traer consecuencias desastrosas para las perspectivas democráticas de la Nación; ya que la forma en que es elegido el sistema electoral puede ser tan importante y destacada como la selección en sí mismo.

La mayoría de los sistemas electorales son adoptados bajo cuatro fórmulas básicas: por tradición colonial; a través de un diseño consciente; por imposición externa o por accidente. Lo que motiva esta investigación es determinar la suficiencia democrática del sistema electoral en Venezuela. Un caso de un sistema electoral adoptado por tradición colonial es el de Estados Unidos de América, el cual toma su modelo del sistema electoral Westminster inglés; un caso de un sistema electoral adoptado conscientemente es el del sistema electoral mexicano, el cual fue diseñado, en principio, para la satisfacción de las necesidades del partido hegemónico del momento que perduró durante más de setenta años en el poder, por otra parte, tenemos el sistema electoral de Namibia, el cual fue adoptado como una exigencia de la Organización de Naciones Unidas para el establecimiento de un sistema electoral no racial como ejemplo de un sistema electoral por imposición externa.

Finalmente, en el caso de un sistema electoral accidental tenemos a Papúa Nueva Guinea, la cual heredó, en principio, su sistema electoral

de su colonizador, Australia, pero debido a la estructura social de Papúa Nueva Guinea terminó convirtiéndose en un ejemplo de democracia étnica y altamente fragmentada

El punto de partida será la modificación del marco constitucional venezolano en el año de 1999, momento en el cual la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) elabora una nueva Constitución Política que abrogó, vía referendo, efectuado el 15-12-1999, a la Constitución de la República de Venezuela del 23-01-1961 (CRV, 1961), variando la redacción del precepto establecedor del sistema electoral venezolano, el cual se encuentra dispuesto en el artículo 63 constitucional y que lo define como un sistema electoral "*personalizado con representación proporcional*" a diferencia del otrora artículo 113 del abrogado texto constitucional que disponía expresamente que el sistema electoral tenía que tomar en cuenta la representación proporcional de las minorías.

Bajo el marco de la CRBV la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP, 1998), quedó parcialmente derogada en todo aquello que no contradijese a la CRBV y al Estatuto Electoral del Poder Público (EEPP, 2000), este último instrumento jurídico de rango constitucional, sancionado por la Comisión Legislativa Nacional (CLN), órgano constituido por la Asamblea Nacional Constituyente para legislar *pro tempore*, durante el período de transición de enero a julio de 2000, mes este último, en el cual se llevaron a cabo los primeros procesos comiciales bajo el régimen de la vigente Constitución Política.

Por otra parte, el EEPP, reformó el mecanismo de distribución de escaños, estableciendo que un 60% de los cargos de elección popular a los cuerpos deliberantes serían electos nominalmente mediante circunscripciones electorales uninominales, binominales o plurinominales; mientras que el otro 40% sería electo por listas electorales atendiendo al principio de representación proporcional de las minorías, que ya estaba consagrada con anterioridad en la parcialmente en vigor LOSPP. Según lo establecido en este mismo instrumento jurídico de carácter normativo y jerarquía constitucional, su vigencia era provisional hasta la adecuación de la legislación electoral con las normas contenidas en la CRBV.

La transitoriedad en la aplicabilidad de las disposiciones del EEPP, inexplicablemente, por omisión de la Asamblea Nacional, se extendió desde enero de 2000 hasta noviembre de 2009, año en el cual se sanciona la vigente Ley Orgánica de los Procesos Electorales (LOPE, 2009), la cual suscita una transformación en el modelo de elección nominal y de representación proporcional establecido en nuestro ordenamiento jurídico desde enero de 1961, al mutar el número de representantes a ser electos nominalmente y paralelamente transformar el modelo de representación proporcional de las minorías por el de representación proporcional de las listas electorales, lo cual produce el efecto de favorecer a aquellas organizaciones con fines políticos que obtengan la mayoría de

votos válidos en sus respectivas listas electorales, en cualquier proceso comicial, para la elección de cargos de representación popular por ante los cuerpos legislativos deliberantes.

He aquí la importancia de determinar la constitucionalidad y democratically del vigente sistema electoral venezolano a partir de la entrada en vigor de la LOPE, teniendo como objetivo analizar los cambios efectuados tanto al modelo personalizado como al modelo de representación proporcional establecido en la vigente legislación electoral venezolana.

I. De la personalización del sufragio y la representación proporcional como bases del sistema electoral

1. Relación histórica electoral de Venezuela en el siglo XX

En Venezuela, una vez establecido a partir de 1945 el sufragio universal, directo y secreto, el sistema electoral implementado para la elección de los miembros del Congreso de la República hasta el año de 1988 fue el de la representación proporcional, el cual se materializaba a través del número de votos obtenido por cada organización política en sus tarjetas electorales, las cuales eran cerradas y bloqueadas, vale decir, imperaba la visión del voto ideológico, por el cual el elector votaba por los colores del partido de mayor identificación, luego se pasó, brevemente, ya que solo fue aplicado a las elecciones municipales y estatales de 1989, a la elección de representantes mediante listas abiertas y desbloqueadas, para finalmente adoptarse a partir de las elecciones estatales y municipales de 1992 y las nacionales de 1993 el denominado sistema electoral mixto alemán, por el cual, el 50% de los cargos legislativos eran electos nominalmente, mediante circunscripciones electorales, aplicando el principio del sistema mayoritario, y el otro 50% eran electos mediante listas electorales, aplicando el sistema de representación proporcional de las minorías.

Con la entrada en vigencia del texto constitucional del 30-12-1999, se han suscitado una serie de reformas, no solo en el campo institucional, sino también en la legislación venezolana, en las más diversas materias cuyo objeto es adecuar estos instrumentos jurídicos a las exigencias de las nuevas disposiciones constitucionales, pero no sólo ha sido la legislación nacional la que en su contenido, ya sea sustantivo o adjetivo, se ha encontrado afectada por los cambios, sino que más allá de ello, se ha producido, sin duda alguna, una modificación estructural dentro del sistema político venezolano, en virtud de los nuevos criterios asumidos por el constituyente en nuestra ley fundamental.

Como ejemplo de estos cambios estructurales en nuestro ordenamiento jurídico tenemos el contenido del artículo 63 CRBV, el cual es establecedor tanto del sufragio como derecho ciudadano de carácter

político, así como del sistema electoral que rige en Venezuela: personalizado con representación proporcional.

Esta redacción de la disposición constitucional, a nuestro juicio mucho mejor acabada en su acepción, en relación con lo preceptuado por su norma homónima en el artículo 110 de la abrogada Constitución de la CRV, resulta entrañar algo de mucha mayor profundidad, ya que implica la constitucionalización de un sistema electoral que venía siendo marco de regulación exclusiva de la legislación nacional en la LOSPP, la cual tuvo sus dos últimas reformas en los meses de mayo y julio de 1998 y venía teniendo aplicación parcial a partir de enero del año 2000, por encontrarse derogada en parte por el EEPP sancionado por la Comisión Legislativa Nacional, mal llamada Congresillo por los medios de comunicación, en enero de 2000, durante el denominado período de transición.

Así las cosas, tenemos que los artículos 7 y 12 de la derogada LOSPP preveían que el sistema de elección para los diputados al otrora Congreso de la República, antiguas Asambleas Legislativas y Concejales en los Municipios era el proporcional personalizado, por el cual en cada entidad federal y municipalidad se dividía entre dos (el número de representantes a elegir de los cuales el 50% era electo nominalmente, mientras el otro 50% era electo por lista, según el principio de representación proporcional, sistema este último que debía atender a la representación proporcional de las minorías para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 113 de la anterior CRV.

Luego, durante nueve años (2000 al 2009) la materia electoral responde, normativamente, a un conjunto heterogéneo de disposiciones desperdigadas en distintos instrumentos jurídicos como lo son la CRBV, el EEPP y la LOSPP, la cual, en el caso de esta última, era una ley preconstitucional que se encontraba parcialmente vigente en todo aquello que no colidía con la CRBV y el entonces EEPP.

Todo ello nos brinda la oportunidad de disertar sobre el impacto de la LOPE en la vida ciudadana dentro de un estado de libertades, ya que la vigente ley modifica el mecanismo, históricamente establecido, de representación proporcional de las minorías, para pasar, fácticamente, a ser un sistema de representación proporcional de las organizaciones políticas, tomando como única referencia la votación obtenida por cada partido político en su lista electoral o tarjetón, sin otras consideraciones como el número de victorias circunscriptoriales obtenidas, lo cual podría llevar a la instauración de un sistema que permita la sobrerrepresentación de las organizaciones políticas que coyunturalmente obtengan la mayoría en detrimento de las minorías; en desmedro de los derechos políticos individuales y colectivos de la ciudadanía reconocidos como inherentes a la persona humana de conformidad con el artículo 22 CRBV; a ello nos referiremos al concluir el estudio jurídico de este

instituto y su incidencia en el campo de las ciencias políticas y muy concretamente en la democracia como sistema político.

2. La personalización del sufragio y sus efectos

El sufragio personalizado tiende por sus características, en principio, a identificarse con el sistema mayoritario, ya que implica la elección de los representantes por nombre y apellido, vale decir, conociendo la identidad de los candidatos, lo cual no resulta posible en un sistema electivo de listas cerradas y bloqueadas, en las cuales solo se conoce la ideología del partido político postulante, además también implica la adjudicación de escaños a aquellos candidatos que hubiesen obtenido la mayoría de votos válidos individualmente considerados.

Empero, este sistema electoral nos presenta varias modalidades, las cuales describiremos a continuación:

a) *Listas abiertas y bloqueadas*: La primera de ellas es la elección de candidatos por listas abiertas y bloqueadas, se denominan así porque el elector conoce los nombres de cada uno de los postulados, pero no puede votar individualmente por uno de ellos, ya que no le es posible alterar el orden de postulación realizado por el correspondiente partido político. En esta modalidad el elector vota por la lista electoral de forma completa y al hacerlo, lo hace por la totalidad de los candidatos en ella propuestos.

b) *Listas abiertas y desbloqueadas*: Aquí también el electorado conoce por nombre y apellido a los candidatos, pero a diferencia del modo *ut supra* descrito, el elector puede votar, individualmente, por cada uno de los candidatos, escogiendo tantos postulados como cargos a elegir; es por ello que esta elección permite que cada elector conforme su orden de preferencia con los candidatos de su predilección, marcándolos, generalmente, con una "x" o rellenando el ovalo al lado de cada nombre; resultando, de PEROGRULLO, una alteración en el orden de las postulaciones de los partidos, en caso de marcar a candidatos de una misma lista, pero en orden de postulación no consecutivo o de la elaboración de una lista de postulación personal en aquellos sistemas electorales que permiten al elector escoger tantos candidatos como cargos a elegir de distintas listas electorales.

c) *Elección nominal*: En este caso el electorado vota por nombre y apellido por los candidatos postulados por circuitos electorales, distritos electorales o circunscripciones electorales, estas circunscripciones o distritos son unidades territoriales en la cual los votos emitidos por los electores son el fundamento para la adjudicación de escaños a los candidatos, estos distritos o circunscripciones pueden responder a la demarcación jurisdiccional de un ente político territorial –un estado, distrito o municipio–, de una unidad territorial desconcentrada –caso de las parroquias o comunas– o puede tratarse de demarcaciones imaginarias que

responden a razones de geografía o demografía electoral o a ambas inclusive. En esta modalidad se adjudica el cargo al candidato que obtenga el mayor número de votos válidos, bien sea que se exija mayoría simple de ellos, caso en el cual se proclama ganador al candidato que obtiene mayor número de votos válidos o que se exija mayoría absoluta, en cuyo segundo caso, si ninguno de los candidatos logra obtener ese porcentaje de votos, ninguno de los postulados será proclamado y habrá que ir a una segunda elección –mal llamada segunda vuelta–, pero en esta oportunidad la elección quedará circunscrita a los dos candidatos que obtuvieron la mayor votación porcentual, proclamándose ganador a aquel que supere la barrera del 50% más uno de los votos válidos.

También resulta oportuno hacer notar, que en el diseño de estas circunscripciones es posible que el elector pueda escoger a más de un candidato, ya que dependiendo de la demografía electoral, puede que esa circunscripción electoral arroje más de un representante al órgano legislativo en cuestión; así, si se trata de la elección de un solo representante estaremos en presencia de una circunscripción uninominal, si se pueden elegir hasta dos representantes, será una circunscripción binominal, pero si se pueden escoger más de dos representantes, entonces, estaremos en presencia de una circunscripción electoral plurinominal.

En Venezuela, la personalización del sufragio tiene aplicación mediante la elección de los representantes a la Asamblea Nacional, los Consejos Legislativos Estadales, los Cabildos Distritales y los Concejos Municipales por circunscripciones electorales en las cuales se adjudican los escaños aplicando el principio del “Sistema de Mayoría Relativa de Votos” y que pueden variar en tamaño geográfico dependiendo de la demografía electoral, dando como resultado la conformación territorial de circunscripciones de los siguientes tipos: **(i) Estadal**, caso del Estado Amazonas como circunscripción electoral única a la Asamblea Nacional; **(ii) Parroquial**, caso de la Parroquia Petare del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda a la Asamblea Nacional; **(iii) Supra-parroquial**, caso de la circunscripción comprendida por las parroquias El Paraíso, La Vega, Antímano, Macarao y Caricuao del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital a la Asamblea Nacional; **(iv) Municipal**, caso de la circunscripción comprendida por el Municipio San Francisco del Estado Zulia a la Asamblea Nacional; y **(v) Supra-municipal**, caso de la circunscripción comprendida por los municipios Chacao, Baruta, El Hatillo y la Parroquia Leoncio Martínez del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda a la Asamblea Nacional.

3. La representación proporcional y su contraste con los otros mecanismos que inciden en el sistema electoral

La representación proporcional es definida como el sistema electoral en el que al momento de la conversión de votos en escaños, la representación política trata de reflejar con la mayor exactitud posible, la

distribución de los sufragios entre los partidos políticos que participan en la contienda electoral, vale decir, es el nivel de coincidencia entre el porcentaje de votos y el porcentaje de escaños que obtienen las organizaciones políticas participantes en una elección para cuerpos colegiados.

Este modelo de representación tiene como finalidad establecer una relación de proporcionalidad entre los votos emitidos por los electores y los escaños obtenidos por las distintas organizaciones con fines políticos y muy especialmente procurar que el electorado quede reflejado lo más fielmente posible en el órgano estatal con potestad legislativa, bien reciba este el nombre de Parlamento como en el Reino Unido, Congreso Federal como en USA y México, Asamblea Legislativa como Costa Rica, Cortes Generales como en España, Dieta Federal como en Alemania, Duma como en Rusia o Asamblea Nacional como es el caso venezolano, a los fines de garantizar el grado de proporcionalidad del cuerpo electo con respecto al electorado.

A mayor proporcionalidad mayor es el grado de representatividad, en el sentido de que los cuerpos legislativos estarán integrados de manera que reflejen las orientaciones políticas del electorado. Un grado de proporcionalidad perfecta implicaría que si un 40% del electorado vota por los socialdemócratas, estos tendrían que tener también el 40% de los escaños parlamentarios, si un 30% vota por los conservadores, tendría que haber un 30% de representantes del partido conservador y si un 20% vota por los liberales, haya un 20% de liberales en el parlamento.

Este sistema, por otra parte, está asociado a los conceptos de sobre-representación y subrepresentación política. Hay sobrerrepresentación de una fuerza política cuando su porcentaje de escaños es superior a su porcentaje de votos y de subrepresentación cuando su porcentaje de escaños es inferior a su porcentaje de votos. La verdad es que no hay sistemas cuya representación proporcional sea absoluta, ningún sistema es totalmente proporcional, lo que hay son sistemas más proporcionales que otros, ya que es una tendencia general de los sistemas electorales, bien sean proporcionales o mayoritarios, la de sobrerrepresentar a los partidos grandes y subrepresentar a los medianos o pequeños, siendo esta tendencia mucho más acentuada en los sistemas mayoritarios que en los proporcionales.

A diferencia del denominado sistema mayoritario que tiende a favorecer a los partidos grandes, produciendo una brecha entre porcentajes de votos en escaños obtenidos por los diversos partidos en desventaja de los partidos pequeños, los sistemas electorales de tipo proporcional tienden a producir una mayor concordancia entre los porcentajes de votos obtenidos y escaños adjudicados por los diversos partidos, pero no es cierto que la concordancia en la realidad sea estricta o exacta.

Dentro de la modalidad de representación proporcional resulta necesario distinguir entre la enorme variedad de tipos de representación proporcional según sus efectos.

En el caso de la representación proporcional pura, la proporción de votos logrados por un partido y la proporción de escaños que por ellos le corresponden, coinciden aproximadamente, al menos desde el punto de vista teórico, aquí no existen barreras legales o directas de representación, como es el caso de umbrales mínimos, ni tampoco barreras naturales o indirectas, tamaño de las circunscripciones electorales que alteren el efecto proporcional y por lo tanto no hay ninguna presión psicológica sobre los votantes para estructurar sus preferencias políticas de acuerdo a cálculos de voto útil.

En el caso de la representación proporcional en circunscripciones plurinominales variables las barreras naturales de representación, constituidas por la división del territorio en demarcaciones de tamaño pequeño o mediano, impiden un efecto proporcional mecánico e inmediato que iguale el porcentaje de escaños con el de los votos, ya que cuanto más fuertes sean esas barreras, dependiendo de las variaciones en tamaño geográfico y demográfico de los circuitos electorales, mayor será el efecto psicológico concentrador que tendrán sobre los votantes.

En caso de un sistema de representación proporcional que opera con una barrera legal, se limita el número de partidos con posibilidad de acceder a una representación parlamentaria por este medio y por lo tanto se afecta la decisión del votante restringiéndola a los partidos con posibilidades de franquear esa barrera; en este caso, se distribuye la totalidad de los escaños de manera proporcional entre los partidos que lograron sobrepasar la barrera artificial legal.

También está el caso del sistema proporcional compensatorio, en el cual se asignan en una primera repartición una cantidad determinada de escaños por mayoría absoluta o relativa en circunscripciones nominales y en una segunda repartición se compensan, mediante la asignación proporcional de escaños por lista, los efectos desproporcionales generados por las circunscripciones uninominales, buscando favorecer a los partidos más pequeños por sobre aquellos partidos grandes que triunfaron en las circunscripciones uninominales, en algunos casos, incluso, los partidos grandes o mayoritarios son excluidos de la repartición compensatoria, a este sistema también se le conoce comúnmente con la denominación de representación proporcional de las minorías.

4. Los mecanismos consagrados en el sistema electoral en el período 1998-2009

Lo primero que hay que precisar, es que en la entonces LOSPP no había instituido un único modelo de sistema de representación proporcional, la representación proporcional se encontraba consagrada en el

artículo 113 de la otrora Constitución a los fines de la representación de las minorías, pero no había un único modelo. Así por ejemplo, el artículo 11 LOSPP establecía que el sistema de adjudicación para la elección de los representantes del extinto Senado del Congreso de la República (antigua Cámara Alta de representación territorial) era el de la representación proporcional pura y simple.

Sin embargo, en el caso la elección de los representantes a la Cámara de Diputados del Congreso de la República (Cámara Baja de representación poblacional), los Diputados a las antiguas Asambleas Legislativas, y de los Concejales se encontraba enmarcado dentro del sistema electoral mixto alemán acogido por el legislador electoral de ese tiempo; por el cual, solo un 50%, vale decir, la mitad de los Diputados federales, Diputados estadales y Concejales eran electos nominalmente y la otra mitad era electa mediante el SRP, el cual consagraba expresamente la representación de las minorías.

Para la adjudicación de estos escaños se procedía aplicando como fórmula electoral el método del matemático y jurista belga VÍCTOR D'HONDT, el cual, es un procedimiento de cálculo para convertir votos en escaños, que permite obtener el número de cargos electos por partido en proporción a los votos conseguidos por estos. Este método forma parte de los procedimientos llamados "de divisor"; ya que mediante la división de los votos recibidos por cada uno de los partidos políticos entre una serie de divisores se obtienen cifras, denominadas cocientes electorales y los escaños se prorratan con base en los cocientes electorales más altos.

Así las cosas, visto que la elección de diputados es una elección estadal, se procedía a dividir la votación obtenida en la tarjeta electoral por cada partido político entre los números naturales o primarios comenzando por el uno, de esa división resultan los cocientes electorales, los cuales se ordenan de mayor a menor, luego se procedía a anular tantos cocientes electorales por partido político como victorias circunscripciones este hubiese obtenido, con el fin de garantizar que los partidos políticos menos votados pudiesen obtener representación parlamentaria y así garantizar por la vía de este mecanismo compensatorio la representación de las minorías.

Hablamos de la existencia de mecanismos compensatorios porque venían dados por el hecho que una vez determinado el número de diputados electos por circunscripciones electorales nominales y antes de proceder a adjudicar escaños en base a los cocientes electorales de cada partido, empleando como criterio de adjudicación de los curules, el monto de los cocientes de mayor a menor, se procedía a anular o desestimar, proporcionalmente, dependiendo de las victorias circunscripcionales que hubiese obtenido cada partido político, vale decir, si un partido "A" obtuvo la victoria en tres circunscripciones electorales nominales,

entonces, se procedía a anularle los tres primeros cocientes electorales, mientras que si el partido “B”, solo había obtenido dos victorias circunscriptoriales, entonces, solo se le anulaban o desestimaban para la adjudicación de escaños, los dos primeros cocientes electorales. Así se buscaba que al momento de procederse a la adjudicación de los curules parlamentarios, aquellos partidos que habían tenido menos victorias o ninguna victoria circunscriptorial, tuviesen más posibilidades de obtener representantes por la lista que aquellos partidos que habían tenido muchas victorias, ya que a menor número de circuncripciones electorales ganadas contaban con más cocientes electorales para adjudicarse un mayor número de parlamentarios por la vía de las listas electorales.

Luego, a partir de enero del 2000, con la creación por parte de la CLN del EEPP, se modificó el porcentaje de proporcionalidad en la distribución de cargos legislativos, pasando a ser electo un 60% de los cargos nominalmente, mediante circuncripciones electorales y el restante 40% mediante listas en base al SRP, cuidando la representación de las minorías y aplicando el método de D`HONDT con el mismo criterio político que se hacía con LOSPP. Eso era así, por el hecho de que el EEPP solo derogaba parcialmente a la LOSPP en todo aquello que fuese contraria al mismo o a la CRBV, vale decir, solo en el mecanismo de distribución de cargos.

Esta modalidad se mantuvo vigente en nuestro país hasta finales del año 2009 cuando la Asamblea Nacional sancionó la vigente LOPE la cual modificó drásticamente el criterio de distribución de cargos.

5. La transformación del sistema electoral en la LOPE

Como comentábamos en el punto anterior, según lo preceptuado en el artículo 63 CRBV, el sistema electoral vigente en Venezuela es personalizado con representación proporcional, eso nos ubica dentro de los denominados sistemas electorales mixtos, cuyo máximo exponente –el cual tuvo establecimiento en la legislación electoral del país desde 1993 hasta 1999– es el sistema electoral mixto alemán, por el cual, el 50% de los representantes son electos nominalmente mediante circuncripciones electorales conformadas en cada *Länder* y el otro 50% es electo por la vía de las listas electorales aplicando el sistema de representación proporcional, por lo que, a nuestro juicio, el sistema electoral venezolano en vigor es una variante inspirada en el sistema electoral mixto alemán.

Es importante hacer notar, que el precitado artículo 63 CRBV entraña una innovación con relación a los artículos 110 y 113 de la otrora CRV en varios aspectos en nuestra opinión; aquí nos permitimos hacer una breve, pero necesaria digresión para comentar estas primicias constitucionales:

En primer lugar, el precitado artículo 63 CRBV se refiere al “*derecho al sufragio*” y no al “*derecho al voto*” como lo hacía el artículo 110 CRV y

esto, a nuestro entender, tiene una importancia más allá de la semántica del vocabulario, en efecto, el sufragio implica la manifestación de voluntad de una persona sobre un asunto público de naturaleza política en ejercicio de la ciudadanía, razón por la cual tiene una significación cualitativa, solo puede ser emitido por aquel que reúne los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para concurrir válidamente al proceso electoral o referendario a manifestar su opinión en ejercicio de sus derechos políticos, que en el caso venezolano debe tratarse de una persona natural que, en principio, detente la nacionalidad venezolana –el constituyente exceptúa expresamente de este requisito cuando se trata de elecciones estatales, municipales y parroquiales a las cuales permite concurrir a los extranjeros residentes en las condiciones establecidas en el artículo 64 *ejusdem*–, otro requerimiento constitucional es que la persona debe haber alcanzado la mayoría, vale decir, los dieciocho años de edad, también se exige no estar sujeto a interdicción civil –no haber sido declarado entredicho por los tribunales civiles– ni estar sujeto a inhabilitación política –la cual solo puede ser declarada por un juzgado penal en la sentencia definitiva condenatoria a una pena de presidio– y finalmente, aunque no está expresamente prescrito en la CRBV, debe estar inscrito en el Registro Electoral, ya que es un principio universal en materia electoral que solo pueden ser electos aquellos que tienen capacidad para elegir. A diferencia del sufragio, veremos que el voto no es sinónimo de sufragio, ya que el voto no es otra cosa que la materialización de la voluntad del elector bien sea pública o privadamente o de forma manual, mecánica o electrónica, indistintamente de que se tenga o no la cualidad de sufragista. En resumen, el sufragio es el mecanismo y el voto la manifestación de voluntad.

Es por ello que existe una relación de continente a contenido entre el sufragio y el voto, todo sufragista debe votar para escoger el candidato de su preferencia para un cargo de elección popular en una elección nacional, estatal o municipal, pero no todo el que vota en alguna elección, que no sea de las prenombradas, tiene necesariamente, la condición de sufragista.

A los efectos de hacer más diáfana esta explicación, ilustraremos la afirmación anterior, pensemos en la elección de autoridades de las universidades autónomas venezolanas, allí se eligen personas para determinados cargos públicos de la Academia, bien sea de Rector, Vicerrector, Secretario, Decano o Consejeros, en principio, todos los miembros de la comunidad universitaria tienen derecho al voto, pero ese voto no es la expresión del derecho al sufragio, sino del derecho a la participación, es por ello que todos los miembros de la comunidad universitaria, en las condiciones de proporcionalidad establecidas a cada estrato o grupo y reguladas en la normativa electoral correspondiente a cada casa de estudios superiores, tienen el derecho a votar para la elección del cuarteto rectoral, así como de los decanos de cada Facultad,

independientemente, de que se trate de miembros de la comunidad que no detenten la nacionalidad venezolana –profesores extranjeros que trabajen en la plantilla docente o estudiantes de intercambio– y sean o no mayores de edad –caso típico de la gran mayoría de los estudiantes de pregrado de los primeros años y semestres en las distintas carreras universitarias–, razón por la cual, excluirlos de la elección violaría el derecho a la participación más no el derecho al sufragio.

En segundo lugar, el derogado artículo 110 CRV establecía que el voto era un derecho y una función pública y que su ejercicio era obligatorio, en cambio, en el vigente artículo 63 CRBV solo se establece al sufragio como derecho, lo cual resulta lógico, a nuestro parecer, ya que la precitada disposición constitucional se encuentra ubicada dentro del Título III del Capítulo IV “De los Derechos Políticos y del Referendo Popular”, en el cual se presentan los derechos ciudadanos de naturaleza política, lo que para nada es indicativo que el mismo haya dejado de ser un deber ciudadano, ya que el establecimiento del sufragio como deber se encuentra, en nuestra opinión, correctamente prescrito en el artículo 132 CRBV el cual es concordante con el 63 *ejusdem* cuando establece como deber ciudadano: “*participar solidariamente en la vida política, civil y comunitaria del país*”.

Por otra parte, como advertíamos en el punto anterior, a diferencia del 113 CRV el cual establecía expresamente que el sistema electoral se dejaba a la legislación electoral, pero esta debía consagrar el derecho de representación proporcional de las minorías, el vigente artículo 63 CRBV establece que el legislador debe garantizar un sistema electoral donde confluyan el principio de la personalización del sufragio, vale decir, la nominalidad y la representación proporcional, obviando hacer referencia a las minorías.

Ahora bien, la vigente LOPE a diferencia de la derogada LOSPP, cumpliendo, al menos formalmente, con el mandato constitucional del artículo 63 CRBV, establece en su artículo 8 un sistema electoral para la elección de todos los cargos legislativos, al cual denomina, “Sistema Electoral Paralelo”, en el cual confluye la personalización del sufragio para los cargos nominales y la representación proporcional para los cargos de la lista electoral.

En cuanto a la personalización del sufragio, este modelo viene dado por la elección por nombre y apellido, vale decir, nominalmente, de los candidatos en las distintas circunscripciones electorales, las cuales pueden ser uninominales, binominales o plurinominales, allí opera el sistema mayoritario en el cual el candidato que obtenga más votación se lleva todo y los demás se quedan sin nada o con el recuerdo de las “glorias” de la campaña.

Además de ello, la LOPE crea un mecanismo distinto de adjudicación de los escaños por la modalidad de representación proporcional al instituido por la LOSPP; eso es así porque mientras en la legislación electoral derogada se propendía a garantizar la representación proporcional de las minorías, cumpliendo con el mandato constitucional que le realizaba el prenombrado artículo 113 CRB, instaurando mecanismos compensatorios que permitían a los partidos minoritarios obtener en las listas electorales mayores oportunidades de adjudicación de escaños, en la actualidad, la vigente legislación electoral, LOPE, establece un mecanismo de adjudicación de escaños bajo la modalidad de la representación proporcional que no toma en cuenta a las minorías, sino que busca la representación partidaria.

Ahora bien, como afirmábamos, en la actualidad, la vigente LOPE establece un mecanismo de adjudicación de escaños muy distinto, ya que una vez aplicado el método de D'HONDT, no se anulan o desestiman los cocientes electorales de los partidos políticos, organizaciones con fines políticos o grupos de electores más votados circunscriptionalmente, sino que se procede a la adjudicación tomando en cuenta todos los cocientes electorales obtenidos, acarreando como consecuencia de ello, que al obtener, lógicamente, la mayor votación en tarjetas o listas electorales los partidos más votados, los cuales a su vez son los que obtuvieron la victoria en la mayoría de las circunscripciones electorales, naturalmente, estos obtendrán los mayores cocientes electorales y consecuentemente la asignación de la mayoría de los escaños por las listas electorales.

Así lo establece expresamente el artículo 8 LOPE en su último aparte el cual preceptúa "*En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista*".

Por otra parte, el mecanismo de distribución de cargos también fue modificado por el legislador comicial, bajo la LOSPP, el mecanismo de distribución era porcentual, 50% de los diputados eran electos en circunscripciones electorales nominales y el 50% eran electos mediante listas electorales aplicando el principio de representación proporcional de las minorías, posteriormente a ello en el año 2000, la CLN designada por la Asamblea Nacional Constituyente, sancionó el EEPP, el cual modificó la proporcionalidad en la forma de distribución de cargos estableciendo la elección de un 60% de los cargos nominalmente, mediante circunscripciones electorales y el 40% mediante listas electorales, privilegiando de esta forma la nominalidad propia del sistema mayoritario en detrimento de la proporcionalidad aplicada a las listas electorales.

En la vigente LOPE, todo eso fue modificado y como explicáramos anteriormente, en los artículos 14 y 15 *ejusdem*, la distribución de los cargos ya no se hace tomando en cuenta parámetros de proporcionalidad, sino que el legislador electoral estableció un criterio para la

determinación del número de cargos a adjudicar por listas electorales en función del número de representantes que elige cada entidad federal, bien sea a la Asamblea Nacional, a los Consejos Legislativos Estadales, a los Cabildos Distritales o a los Concejos Municipales.

Así las cosas, si se trata de una entidad federal cuyos cargos legislativos a elegir, bien sea diputados, legisladores o concejales, sea igual o mayor a diez, solo tres de los cargos se adjudicaran por las listas electorales, según el principio de representación proporcional y el resto serán electos por circunscripciones electorales nominales, las cuales pueden ser uninominales, binominales o plurinominales, aplicando el principio de personalización, en cambio, si la entidad federal en cuestión arroja un número de representantes –diputados, legisladores o concejales– igual o menor a nueve, solo dos de los cargos serán electos por las listas electorales, según el principio de representación proporcional y el resto serán electos por circunscripciones electorales nominales, las cuales, igualmente, pueden ser uninominales, binominales o plurinominales, aplicando el principio de personalización.

Como lo habíamos comentado *ut supra*, una de las razones de esta radical modificación en la concepción del sistema de representación proporcional se debe al hecho de que en el artículo 63 CRBV no se hace referencia expresa a las minorías, dando posibilidad al legislador de establecer cualquier modalidad dentro del sistema de representación proporcional que considerase conveniente.

Finalmente creemos oportuno analizar la única bibliografía existente hasta la presente fecha relacionada con el tema que nos ocupa la cual se intitula Ley Orgánica de Procesos Electorales y se encuentra estudiada y comentada por especialistas en la materia electoral tales como MANUEL RACHADELL, JUAN MIGUEL MATHEUS, RICARDO ANTELA GARRIDO, PEDRO ALFONSO DEL PINO, JESÚS MARÍA ALVARADO ANDRADE, LUIS IZQUIEL y JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ¹; no obstante, el tema que nos ocupa solo lo abordan dos de estos autores como lo son RACHADELL y MATHEUS.

Para RACHADELL en el tema de la representación proporcional la ley establece un sistema segmentado que menoscaba la representación proporcional; así las cosas este autor opina que:

...la Asamblea Nacional creó un nuevo sistema, mediante el cual hace innecesaria la figura de las morochas para que el oficialismo (presuntamente) logre el mismo efecto. Este sistema lo llama Dieter Nohlen un sistema segmentado, aún cuando en realidad son dos sistemas electorales distintos y paralelos que no guardan relación uno con el otro, tal como se dice expresamente en el artículo 8 de la LOPE. Esto significa que el total de escaños de una agrupación política no lo determina el voto lista y que los candidatos

¹ Rachadell, M., Matheus, J., Antela Garrido, R., Del Pino, P., Hernández, J. (2010). *Ley Orgánica de Procesos Electorales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad de Monteávila.

electos en los circuitos no se restan de lo que les corresponde a la agrupación política conforme al voto lista, tal como se preveía en la legislación anterior².

En cambio, MATHEUS es de la tesis que:

La representación proporcional se justifica, entonces, en el hecho de que la voluntad emanada del Parlamento, a través de la cual el pueblo se gobierna a sí mismo, sólo será auténtica si deriva de un órgano legislativo que radiografié a la sociedad³.

Para concluir con este último punto, creemos pertinente fijar posición al respecto, por lo que consideramos necesario afirmar que, a nuestro juicio, la representación proporcional es un sistema electoral que coadyuva al pluralismo político fomentando una mayor y mejor democracia, ya que no permite que las mayorías asfixien a las minorías y que cada segmento de la sociedad cuente con voz y representación en los órganos colegiados de representación política.

II. Constitucionalidad del sistema electoral instituido en la LOPE

1. El marco constitucional del sistema electoral

En este capítulo nos corresponde hacer un examen jurídico sobre la constitucionalidad del sistema electoral paralelo instituido en la LOPE, el cual comprende, tanto del sistema personalizado por mayoría relativa de votos como la modalidad del sistema de representación proporcional.

El examen de constitucionalidad en abstracto de una regla de derecho legal o sublegal, estriba en el hecho de determinar si la disposición es flagrantemente contraria a lo preceptuado por una norma de rango jurídico constitucional, vale decir, si la letra de la ley u otro instrumento jurídico es abiertamente contraria a la Constitución Política del Estado.

Resulta cierto que la LOPE, modificó, a favor del sistema mayoritario, en la mayoría de los casos, el delicado equilibrio entre el modelo personalizado y el SRP, al no tomar en cuenta a las minorías como lo hacía la derogada LOSPP, sin embargo, ello no es, en principio, inconstitucional, ya que el artículo 63 constitucional no hace referencia expresa o tangencial a las minorías como lo hacía el derogado artículo 113 CRV, permitiendo al legislador electoral adoptar cualquiera de las modalidades existentes dentro del SRP.

En este sentido, a nuestro juicio, no pareciera existir ninguna contradicción entre el artículo 63 CRBV y la LOPE, ya que esta última acoge

² Ibid., p. 30.

³ Ibid., p. 49.

bajo la denominación de “sistema electoral paralelo”, el sistema electoral mixto que fusiona el principio de personalización del sufragio y el principio de representación proporcional.

2. Análisis de concordancia entre la Constitución y la LOPE

Otra cosa pareciera surgir cuando realizamos el examen de constitucionalidad en concreto de las disposiciones de la LOPE, concretamente, del aparte *in fine* del artículo 8 y de los artículos 14 y 15 *eiusdem*.

El examen de constitucionalidad en concreto viene dado por un estudio de los efectos que causa la disposición bajo análisis, ello nos puede llevar a cuestiones de especial particularidad, como son los denominados “casos de inconstitucionalidad parcial cualitativa”.

La inconstitucionalidad parcial cualitativa aparece cuando de la investigación, *in concreto*, de la disposición infra constitucional, se logra determinar que si bien ella no es literalmente contraria a las disposiciones constitucionales, su aplicabilidad en determinados casos puede generar efectos no deseados por el constituyente, aunque ella no sea violatoria de valores o principios constitucionales o de una regla de derecho de rango constitucional.

Esta singular figura jurídica apareció por primera vez gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en el caso del denominado “Día de Parada”, por el cual se determinó que si bien el establecimiento por parte de la autoridad administrativa de un día de restricción para la circulación vehicular, con fundamento a una disposición legal, no constituía una violación del libre tránsito o libre circulación de las personas, ya que por ley se permite la restricción o limitación temporal o excepcional de determinados derechos o garantías ciudadanas establecidas constitucionalmente, no obstante, su aplicabilidad indiscriminada a toda la población producía efectos inconstitucionales, ya que violaba el derecho al trabajo de un segmento de la población cuya actividad laboral es la de la prestación del servicio público de transporte, por lo cual, al aplicársele a ellos, se les afectaba negativamente al impedirles laborar ese día, trayendo consecuentemente un perjuicio económico por la pérdida del ingreso monetario correspondiente a esa jornada, ya que todas las demás personas a quienes se les aplicaba la normativa se afectaban únicamente en la imposibilidad de conducir su vehículo, pero podían llegar a sus trabajos bien mediante el transporte público o andando, pero a ellos, cuyo oficio es conducir, se les impedía también el derecho a trabajar, violando ello la Ley Fundamental del Estado Alemán.

En el caso *sub examine*, si bien el aparte *in fine* del artículo 8 y los artículos 14 y 15 de la LOPE no violan literalmente a la CRBV, sin embargo, su aplicabilidad pudiese producir incuestionables efectos inconstitucionales.

El artículo 2 CRBV preceptúa lo siguiente:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Por otra parte, el artículo 6 CRBV establece cual es la forma de gobierno de la República y de las entidades federales que la conforman, describiéndolo de la siguiente manera "*democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*".

El pluralismo en su acepción política, está directamente vinculado con los procesos eleccionarios, de los que denominan, los expertos en materia electoral, de tipo competitivo –aquellas en la que el elector ejerce el sufragio libremente y entre opciones reales garantizadas por normas jurídicas efectivamente vigentes–, ya que es este tipo de elecciones la única que garantiza la participación democrática de los ciudadanos en el poder político; ello es así porque las elecciones competitivas son las que permiten que concurren abiertamente grupos y organizaciones y el poder que de ellas emerge también tiene legitimidad social. La complejidad del pluralismo entraña que la única vía de participación masiva posible en las decisiones políticas son las elecciones, sobre todo, en los casos en que la diversidad social no es asumida exclusivamente por los partidos políticos ni por los grupos de presión establecidos.

No obstante, a los fines de exponer el punto de vista considerado por nosotros en el análisis del problema al caso de marras y simplificando su significación sociopolítica en términos ilustrativos, podríamos decir que el concepto de pluralismo político, implica la posibilidad de que en los cuerpos legislativos de gobierno, que por su naturaleza son cuerpos colegiados de carácter representativo, como son el caso de la AN, los CLE y los CM, en su integración, se observe la diversidad ideológica e idiosincrática comúnmente presente en toda sociedad.

Así las cosas, tenemos que el pluralismo se expresa en la demostración práctica de la existencia dentro de una sociedad de diversos intereses, organizaciones, estructuras sociales, valores y comportamientos que convergen en el juego del poder político, bajo una visión normativa tolerante de esa realidad social, en la cual, la vida comunitaria resulta de la confluencia regulada de las diversas visiones sobre ella. Visto de esta manera, podríamos aseverar, que la constitucionalidad de la LOPE, al menos en lo referido al modelo de SRP se encuentra seriamente comprometida.

La razón de esta afirmación se debe a la circunstancia de que al no ponderarse al momento de adjudicación de los escaños a los cocientes

electorales de los partidos que obtuvieron victorias nominales en las distintas circunscripciones electorales, deja en desventaja a aquellos que obtuvieron pocas victorias o no obtuvieron ninguna, debido a que comúnmente los partidos que obtienen la mayor votación en sus tarjetas son aquellas que obtuvieron mayores ganancias en las candidaturas nominales, razón por la cual, si no se establece un mecanismo compensatorio como lo existía en la anterior legislación electoral, resulta de PEROGRULLO concluir que terminarán consiguiendo los mayores cocientes electorales los partidos más votados y consecuentemente estos obtendrán también el mayor número de escaños por las listas electorales, distorsionando la representatividad.

También, resulta forzoso hacer referencia a la discrecionalidad, casi arbitraria, del legislador electoral para establecer el criterio del número de cargos a repartir por el SRP, ya que ello crea situaciones verdaderamente paradójicas y disímiles con relación a la porcentualidad del SRP en cada entidad federal; así veremos que en algunos casos ese porcentaje es inferior al 30% de los cargos a elegir, como lo es en el caso del Estado Zulia o el Estado Miranda –Zulia adjudica por SRP 3 diputados de 15 a elegir y Miranda 3 diputados de 13 a elegir– en otros es del 30% de los cargos a elegir, como lo es en el caso del Distrito Capital –adjudica 3 diputados de 10 a elegir–, pero en otros el SRP es del 50% de los cargos a elegir, caso del Estado Vargas –adjudica 2 diputados de 4 a elegir– y en otros el SRP supera el 50% de los cargos a elegir, caso del Estado Amazonas –elige 2 diputados de 3 a elegir– con lo cual pareciera no haberse examinado bien los efectos de tal disparidad en cada entidad federal en particular, o el haber existido una manifiesta intención de diseñar conscientemente un sistema electoral que tuviese por finalidad asegurar a los partidos políticos mayoritarios la mayoría de los escaños en la plenaria de la AN.

Obviamente, estas dos circunstancias, anteriormente expuestas, genera como resultado una sobrerrepresentación de las organizaciones con fines políticos más votadas y una subrepresentación de las menos favorecidas, produciendo un efecto práctico similar al de los Estados en los cuales se implementa el Sistema Mayoritario, ya que hace que la representación proporcional se convierta en una mera formalidad, lo cual conculca el principio de pluralismo político preceptuado en los artículos 2 y 6 CRBV, materializando por sus efectos, a nuestro juicio, la figura jurisprudencial del vicio de inconstitucionalidad parcial cualitativa, ya que impide una verdadera representación plural de los distintos actores políticos y segmentos de la sociedad al atribuirles una representación porcentual muy inferior al porcentaje de votos obtenidos.

III. Objetivación de la idea democrática⁴

1. La democracia

Es mucho lo que se ha hablado y se ha escrito sobre la democracia, si queremos conceptualizarla brevemente, normalmente apelamos a las palabras pronunciadas por el Presidente ABRAHAM LINCOLN en el célebre discurso dado en Gettysburg en el año de 1864, así solemos definirla como el “*Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”, pero hay que tomar en cuenta que el término “pueblo” no ha tenido la misma significación actual a través de la historia, ni en extensión, ni en el contenido del término mismo. El pueblo, en su acepción política, en la antigua Atenas, significaba un conjunto de personas que tenían un vínculo jurídico-político con esa *polis* griega, a los cuales se les consideraba iguales entre sí en tanto compartían una capacidad o atribución de la cual carecían el resto de los habitantes de esa ciudad-Estado como lo era el gobernar a la sociedad ateniense en la cual vivían y a la cual pertenecían.

En el sistema político de la democracia ateniense, los extranjeros –considerados barbaros en su mayoría– los esclavos, las mujeres y los minusválidos, entre otros grupos, vivían en la comunidad ateniense, pero no eran considerados pares por los habitantes de esa sociedad para participar en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos.

La razón fundamental de la exclusión radicaba en la idea de que al no pertenecer estas personas a esa comunidad, no podían tener un interés autentico comprometido con la buena marcha de la ciudad. El pueblo era visto como el conjunto de la comunidad, más que una reunión de personas con sus propios valores, principios, creencias e individualidad.

En los inicios del auge expansivo de las ideas del liberalismo, la democracia como concepto significó el conjunto de personas que podían participar en el Gobierno, pero este concepto no estaba referido a todas las personas naturales libres de esa comunidad, sino, a aquellas personas mayores de determinada edad y con un patrimonio suficiente que

⁴ Véase en general Bobbio, N. (1984). *El Futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica; Nohlen, Dieter. (1994). *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, (3a. ed. 2004). México: Fondo de Cultura Económica; Nohlen, D. (1996). *Elections and Electoral Systems*. New Delhi: Macmillan; Nohlen, D. (1998). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina* (2a. ed. 2006). México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Fondo de Cultura Económica; Nohlen, D. (2005). *Elections in the Americas* (2 vols.). Oxford: Oxford University Press; Nohlen, D. (2006). *Diccionario de Ciencia Política: Teorías, Métodos, Conceptos* (2 vols). México: Porrúa; Nohlen, D. (2006). *El institucionalismo contextualizado: La relevancia del contexto en el análisis institucional*. México: Editado e introducido por Richard Ortiz Ortiz, UNAM/Porrúa; Sartori, G. (1994). *Ingeniería Constitucional Comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.

permitiera asegurar su interés en un buen Gobierno, lo cual podía medirse porque de tomarse decisiones equivocadas o erradas iban a poner en riesgo la pérdida o ruina de su patrimonio o herencia familiar; nació así la idea de democracia censitaria, la cual solo permite participación a quienes detentan renta, ya que se considera que quienes carecen de ella no tienen interés en la toma de decisiones y por lo tanto no calificaban para participar en el gobierno de la sociedad.

La lucha entonces se centró para incorporar al concepto de pueblo, visto desde una visión meramente política en la toma de decisiones en la formación del gobierno, a las personas que no disponían de riqueza.

Posteriormente, se señaló entonces, que independientemente de la riqueza, para tener esa cualidad había que tener una determinada educación o nivel de instrucción, ya que debía haber un mínimo de formación académica para reclamar el derecho a ejercer una decisión responsable y por lo mismo de un compromiso real con las decisiones que se adopten o propongan a los demás, siendo que quienes no tenían ese mínimo de educación no eran considerados como parte del pueblo en su significación política decisoria.

Luego se trabajó para superar el escollo que implicaba considerar como parte del pueblo, en su acepción política de toma de decisiones, solo a los hombres, excluyéndose abiertamente la participación femenina en la toma de decisiones políticas.

Con el transcurrir del tiempo, poco a poco, se fueron superando cada una de esas barreras discriminatorias y se estimó que forman parte del pueblo y tienen capacidad para participar activamente en el Gobierno y sus decisiones todas las personas mayores de una determinada edad, pertenecientes a cualquier sexo o clase social y sin ningún criterio de discriminación que no sea el estar comprometido con la vida futura de la comunidad.

Es por ello que a los extranjeros se les niega el derecho al sufragio, ya que originalmente se pensaba, por razones religiosas, (en Atenas y Roma porque sus dioses no estaban en la ciudad, también fue el caso de los católicos y los judíos en los Estados Unidos de América), se les negaba el acceso a decisiones políticas, se les abrió la posibilidad de participar en ellas demostrando el interés por el Estado a través de la vía de la naturalización.

Hoy en día, a Dios gracias, podemos afirmar que la democracia es el sistema político de gobierno que permite que las decisiones sobre la marcha de la comunidad las tome el pueblo, entendido como todos los habitantes con edad suficiente para adquirir la ciudadanía, comprendida esta como el ejercicio de los derechos políticos, que forman parte de la sociedad sin ningún otro tipo de discriminación distinta a la de naturaleza etaria.

Esta modificación expresa la igualdad básica en que los seres humanos se estiman el día de hoy, más allá de los diversos grados del estrato social o mapa cultural de una nación y la consecuencia lógica de tener el mismo derecho a decidir el destino de la colectividad.

Ahora bien, la segunda modificación en el concepto de pueblo, que consecuencialmente modificó el concepto de democracia, fue el hecho de concebir al pueblo como un conjunto de seres humanos formado por personas que tienen su propia individualidad y sus propios derechos que no venían otorgados por el Estado, sino por la naturaleza misma; encontrándose los límites de esa dignidad que no se podía vulnerar, incluso, dentro del Gobierno de la mayoría.

Al proclamarse los derechos de cada persona, se coloca una barrera a la acción del Gobierno, ya que no se pueden traspasar esos derechos sin desfigurar al sistema; la democracia moderna es así, un sistema de gobierno de seres humanos que se auto perciben como dignos e iguales, ya que la reaparición de la democracia se hace en conjunto con la aparición de las cartas de derechos en las cuales se establecen las condiciones mínimas que se exigen respetar para la vigencia de la vida con condición de humana.

Las Constituciones políticas, hoy en día, no sólo son instrumentos de asignación de competencias para los detentadores del poder, sino son la expresión de la concesión de un poder limitado a los gobernantes. Limitado por esa dignidad y esos derechos que no se pueden desconocer y contra los cuales no se puede atentar.

En este sentido, la preocupación de los constituyentes y de los hombres públicos americanos se centró en evitar que la mayoría sirviera para que los gobernantes, caprichosa o arbitrariamente, vulnerasen sin ningún respeto los derechos de las personas; cabe recordar la afirmación de ALEXANDER HAMILTON en "El Federalista" que señala que una Nación, luego de liberarse de la opresión extranjera debe estar muy atenta de no caer en la dictadura de las mayorías, ya que la idea de democracia no viene dada por la sola idea de reemplazar al gobernante absoluto por la voluntad de un gobernante electo por una mayoría que también puede actuar con criterio autocrático al imponer el deseo de las mayorías sin tomar en cuenta a los sectores minoritarios, sino que está referida al respeto de los derechos fundamentales de cada persona, siendo esos derechos ciudadanos y garantías institucionales, consagradas en la mayoría de los textos constitucionales, el límite a la discrecionalidad arbitraria del poder del Estado.

Ahora bien, la Democracia moderna en este contexto no solo es el gobierno del pueblo expresado a través de la mayoría de los miembros del conglomerado social al cual pertenecen como iguales, sino también es el gobierno del pueblo asumida como sociedad de personas

humanas con derechos básicos inalienables e intangibles, expresados por la mayoría de la población en la Ley Fundamental de su ordenamiento jurídico con los límites expresamente establecidos en el mismo.

En los gobiernos democráticos el pueblo en general, encarnado por la sociedad que vive en ese territorio, tanto los que conforman los sectores mayoritarios como los minoritarios, deben mantener la condición de inalterabilidad de las normas establecedoras de los derechos y garantías ciudadanas a manera de evitar en constituir como inferiores a un sector de la población y como superiores a otro que lo adverse y cuente con mayor respaldo popular.

2. Los tipos de democracia

Así las cosas, tenemos que, dentro de las concepciones democráticas de la manifestación de la soberanía, en la cual se encuentra conteste toda la doctrina universal en considerarla como aquella en que el poder político debe residir en el pueblo, existen, según algunos autores como es el caso ANTHONY ARBLASTER⁵, distintas tipologías, las cuales comprenden las siguientes formas:

a) *La democracia directa*, la cual se entiende como la participación de todos los individuos que conforman un determinado conglomerado social en la discusión y toma de decisiones o de lo que contemporáneamente se denomina políticas públicas.

Esta a su vez se subdivide en: (i) *Democracia directa interrelacionada*, la cual consiste en esa toma de decisiones por parte de la totalidad de la población a un mismo tiempo y en un mismo lugar, esta es la forma tradicional o genésica de democracia que era ejercida en la Atenas de la antigua Grecia en tiempos de PERICLES, en la cual todos los ciudadanos atenienses se reunían en el ágora a discutir y aprobar la toma de decisiones trascendentales para la vida y subsistencia de la Polis; y (ii) *Democracia directa referendaria*, también conocida como democracia semidirecta o no interrelacionada, la cual comprende la toma de decisiones por parte de la totalidad de los ciudadanos en un mismo momento, pero no en un mismo lugar; ya que en el caso de consultas como las de los referendos en cualquiera de sus modalidades contemporáneas: consultivos, revocatorios, aprobatorios o abrogatorios; los mismos implican que la decisión sea adoptada por el conglomerado social a un mismo tiempo, vale decir, en un día preestablecido con anterioridad para llevarse a cabo el evento referendario, pero cada quien expresa su opinión sobre el asunto en distintos lugares, como es el caso del ejercicio del sufragio referendario en el centro de votación asignado para ello.

b) *La democracia representativa*, este modelo de democracia presume que la soberanía, cuyo ejercicio esta atribuido al pueblo, se ejerce

⁵ Arblaster, A. (1993). *Democracia*. España: Alianza Editorial.

por órgano de sus representantes, los cuales pueden ejercer esa representación de dos maneras: (i). *Democracia representativa delegataria*, la cual supone que el representante es un mero nuncio o portavoz del elector y el cual en el ejercicio de su representación se encuentra inextricablemente vinculado al mandato imperativo, vale decir, solo puede hacer aquello que los electores le hayan ordenado al momento de la elección y su cualidad de representante está sometida a revocatoria en caso de incumplimiento de su obligación. Normalmente se encuentra presente en el caso de los cargos cuya representación es de intereses particulares, vale decir, de un segmento de la población, como es el caso de sindicatos, colegios profesionales, partidos políticos, organizaciones gremiales o estudiantiles, etc.; y (ii) *Democracia representativa fiduciaria*, la cual supone que el representante es escogido por los electores por sus cualidades personales y dotes intelectuales, siendo considerado como la persona que mejor puede representar los intereses de la población, aquí el representante se encuentra amparado bajo la figura del mandato libre, ya que no está sujeto en el ejercicio de su representación a mandato o instrucción alguno, sino solo sometido a los dictámenes de su conciencia, por tal motivo, en esta modalidad la representación es irrevocable y en caso de desavenencias entre el representante y su electorado, este último deberá esperar el término de su período para no reelegirlo nuevamente. Suele ser el caso de los cargos de elección popular en los cuales se representan intereses generales, donde el funcionario está obligado a representar los intereses de toda la población.

c) *Democracia participativa*, como concepto ecléctico, ya que el mismo en su elaboración es un constructo doctrinario que toma características o elementos propios de dos conceptos antagónicos como lo son la democracia directa y la democracia representativa; ello se debe a que este modelo de democracia nace contemporáneamente como un exhorto de la Iglesia Católica Romana bajo el pontificado de S.S. el Papa Pablo VI, en la Carta Apostólica Octogésima Adveniens, con ocasión de la celebración del octogésimo aniversario de la Encíclica Rerum Novarum; en ella la alta jerarquía de la Iglesia Universal realiza un llamado a los gobiernos del mundo a ser más abiertos y permitir una mayor participación de los pueblos, cualitativa y cuantitativamente, en la toma de decisiones, lo cual deviene en un serio problema en la práctica, ya que el aumento cualitativo y cuantitativo en la participación ciudadana es contradictorio debido al hecho de que a mayor participación, menor es la calidad o grado de participación de cada participante, mientras que el aumento en la calidad o grado en la toma de decisiones por cada participante, nos lleva a tener necesariamente que restringir o limitar la cuantía en la participación, es decir, en el número de participantes, por lo cual, vale decir, a mayor número de participantes es menor el peso porcentual de cada participante en la toma de decisiones, por lo que

entonces, para aumentar el peso porcentual de cada participante se hace necesario limitar el número de participantes en la toma de decisiones.

Un ejemplo de ese eclecticismo conceptual, es el modelo político participacionista venezolano establecido en el artículo 6 CRBV que consagra una multiplicidad de institutos de los distintos modelos democráticos clásicos, tales como los de la democracia directa interrelacionada con la "Asamblea de Ciudadanos" en el artículo 70 CRBV, la democracia directa no interrelacionada con las figuras referendarias de los artículos 71, 72, 73 y 74 CRBV, la democracia representativa delegataria con la presencia del mandato imperativo en los artículos 66 y 197 CRBV y la de la democracia representativa fiduciaria en el mandato libre del artículo 201 CRBV.

3. El parámetro de la democracia en los sistemas electorales modernos

Para establecer los parámetros de democracia, lo cual haremos en la segunda parte de este punto, resulta a nuestro juicio, necesario entrar a estudiar, previamente, cuáles son los valores de la democracia, ya que el sistema democrático, como valor, se fundamenta en tres principios básicos como lo son, el principio de igualdad, el principio de libertad y el principio de pluralismo. Los dos primeros son inherentes a la dignidad del ser humano, ya que la democracia actual, no puede ser tal, sino reconoce la dignidad del hombre *per se*, por su propio valor, mientras que el último está referido a las normas de convivencia, tolerancia y civilidad que deben imperar en la civilización actual.

a) *El principio de igualdad*: La igualdad de los seres humanos es uno de los presupuestos básicos de la democracia porque hace que todos tengamos el mismo derecho de participar en el gobierno. Las diferencias que existen con relación a la religión, al sexo, a la cultura, a la clase social entre los seres humanos no deben ser relevantes para los miembros de una comunidad política. Las diferencias que se asumen importantes, en este momento, son las relativas a la pertenencia a la misma comunidad, vale decir, al haber nacido en ella o al haberse naturalizado, dicho de forma directa y sin ambages, ser connacional y comprometer la persona su destino con esa sociedad. Quienes forman parte de una determinada sociedad o conglomerado social tienen el derecho igual de participar en la toma de decisiones sobre su destino.

La igualdad en la participación política ha sido el sendero por el que se ha enrumado la democracia, alcanzando como meta la mayor participación de los miembros de una determinada colectividad social, aboliendo las odiosas discriminaciones existentes hasta mediados del siglo XX en occidente y aún, lamentablemente, presentes en algunas

sociedades del hemisferio oriental en razón del patrimonio, la etnia, la religión, el sexo, la cultura o nivel de instrucción.

La igualdad en la democracia lleva a que se persista en una constante búsqueda de la mayor participación de los miembros de la comunidad en las decisiones políticas, no limitándose a aceptar el voto como la única expresión de esta participación.

Este principio, en el ordenamiento jurídico patrio, no solo se encuentra enunciado en el preámbulo constitucional, sino que fue positivado en los artículos 1, 2 y 21 constitucionales, los cuales establecen el principio de igualdad ante la ley.

b) El principio de libertad: Toda democracia se encuentra impretermitiblemente obligada a respetar esta característica consustancial a la naturaleza del ser humano, ya que los límites a la libertad –la cual incluso es concebida por muchos autores pertenecientes a la corriente de pensamiento filosófico jurídico del iusnaturalismo como un derecho natural– solo pueden ser concebidas como legítimas cuando su imposición tiene como finalidad el logro de la convivencia mutua de los miembros de una comunidad.

No obstante, amén de las razones de orden público y paz social que se esgriman como válidas para afectar o limitar la libertad de las personas, el vivir en libertad es una *conditio sine qua non*, para mantener en la sociedad las condiciones para el desarrollo individual, lo que implica el reconocimiento de un campo de acción en el que el Estado no puede inmiscuirse. En la democracia se estima que la libertad del ser humano no le es concedida por el Estado, sino que solo le es reconocida por este, enfoque propio del derecho natural, haciendo imposible que el Estado pueda desconocerlas o suprimirlas, ya que al no otorgarlas o crearlas, no puede suprimirlas.

Actualmente, la mayoría de las constituciones políticas de los Estados modernos recogen expresamente este principio libertario; la intangibilidad e inherencia de los derechos humanos como valor superior de los ordenamientos jurídicos, como en el caso venezolano lo muestran los artículos 1, 2, 3, 19, 20, 22 y 44 constitucionales.

c) El principio de pluralismo: Este principio se encuentra inextricablemente vinculado con los principios de libertad e igualdad, ya que si los hombres son libres para crear cualquier pensamiento y actuar de la forma que consideren más conveniente, así como el hecho incontrovertible de que todos son iguales entre sí, debe entenderse que se van a producir en el seno de la sociedad en que interactúan diversos criterios y se van a originar disímiles intereses, actuando, consecuentemente, de desigual modo. Aquí el único límite plausible de fijar es el de la paz social, por lo cual, estas diferencias no pueden estimarse como inconvenientes, sino por el contrario, una sociedad democrática se considera

como tal por la diversidad en su propuesta y planteamientos en los distintos tópicos del quehacer de una sociedad.

El pluralismo como principio democrático en el ordenamiento jurídico venezolano lo encontramos establecido en los artículos 2 y 6 de la CRBV, al referirse el primero de ellos a los valores que inspiran al Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y el segundo de ellos a la forma de gobierno de la República, así como de las entidades federales estatales en las que se divide el territorio nacional.

Por otra parte, hay que decir que una sociedad democrática, tiene que ser una sociedad tolerante donde el dogmatismo y el sectarismo se encuentren proscritos. El dogmatismo, el sectarismo, la intolerancia se sustentan en la presunción, errónea, que el que piensa distinto amenaza a la sociedad promoviendo el caos en contra del orden público y la paz social, pero también en la creencia infundada de que existen intereses que son superiores a los del resto y que quien promueve el pensamiento dominante y aceptado como políticamente correcto y loable, tiene una superioridad moral e intelectual sobre los demás que hace que se pueda prescindir o sojuzgar a los disidentes por ser estos perturbadores del orden y de la paz. Ese es un comportamiento impropio de un régimen democrático donde al ser todos iguales tenemos el mismo derecho de ser oídos y de exponer al resto de la comunidad nuestros puntos de vista; así como el derecho que tienen los demás miembros del conglomerado social a escuchar otras ideas y cotejarlas con las existentes en conjunto con el resto de sus conciudadanos que son los detentadores de la soberanía.

Ahora bien, establecido cuales son los principios que rigen al régimen democrático, ahora nos toca disertar sobre los parámetros, políticamente correctos, según los cuales se suele afirmar, modernamente, sobre la existencia de un sistema democrático.

Estos parámetros de la democracia se encuentran dispuestos, al menos varios de ellos, en algunos instrumentos jurídicos internacionales, como lo es, en el caso de los Estados pertenecientes al sistema interamericano, la Carta Democrática Interamericana (CDI), la cual es una resolución de la plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En el artículo 3 de la CDI se establecen unos criterios para afirmar la existencia de un régimen democrático, así el precitado precepto dispone:

Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

A continuación, procederemos a estudiar aquellos principios democráticos que encuentran un vínculo inseparable con el tema *sub examine*, vale decir, a la democraticidad del sistema electoral estatuido por el ordenamiento jurídico patrio en la vigente LOPE.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 3 CDI, encontramos que se hace referencia a cinco características que deben estar presentes para hablar de democracia en lo concerniente al sistema electoral:

a) *La celebración de elecciones periódicas*: Con relación a esta exigencia, no pareciera haber mayor inconveniente en el caso venezolano; la CRBV establece claramente el periodo de mandato de todos los cargos de representación popular.

b) *La celebración de elecciones libres*: Este requisito, tiene también cumplimiento, al menos formalmente, en nuestro país, tanto la CRBV como la LOPE, exigen que el derecho al sufragio sea ejercido libérrimamente por los electores, vale decir, sin ningún tipo de coacción o apremio físico o psicológico, bien sea de índole personal, laboral, política o económica. No obstante, sabemos que en la práctica las organizaciones políticas y los gobiernos, nacional, estatales y municipales, de las distintas tendencias políticas ejercen distintos grados de intimidación sobre la psiquis de sus funcionarios y ciudadanos que se encuentran en situación de dependencia con instituciones gubernamentales, bien sea a través de la presión o el chantaje emocional para obligar al elector a favorecer a los candidatos de sus respectivos partidos en la escogencia.

c) *La celebración de elecciones justas*: La justicia en un sistema electoral viene dada por la realización de una campaña electoral sin ventajismos de ninguna naturaleza, el valerse de la posición de dominio por estar en el ejercicio del gobierno, es una odiosa y descarada manifestación de desigualdad en un proceso electoral, esto se puede hacer bien sea mediante la utilización de los recursos económicos y humanos del Estado a favor de la candidatura de un determinado partido político o movimiento electoral o bien mediante el otorgamiento selectivo de beneficios gubernamentales a aquellos que se encuentren comprometidos con la “causa oficial”.

d) *La celebración de elecciones basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo*: Resulta de gran importancia que esas elecciones periódicas, libres y justas sean realizadas con la participación, sin discriminación alguna, de todos los miembros del conglomerado social. Para ello se requiere que concurren todas las personas que forman parte de esa comunidad estatal, sin distinción ninguna, de orden sexual, étnica, religiosa, política, social o de cualquier otro orden, con la única excepción de los casos de los extranjeros, para determinados procesos eleccionarios –elecciones nacionales en el caso de Venezuela– y discriminación de determinados grupos etarios, ya que solo

se admite que concurren a opinar políticamente aquellos ciudadanos que hayan alcanzado de conformidad con el ordenamiento jurídico la mayoría, la cual en Venezuela se alcanza con el cumplimiento de los dieciocho años de edad, a excepción de estos grupos, en nuestro país desde el año de 1947 las elecciones son universales y directas para toda la población que está en condiciones de ejercer la ciudadanía; adicionalmente a ello, resulta necesario referirnos a otro atributo del sufragio democrático, como lo es el secreto, este aspecto en nuestro sistema se encuentra consagrado formalmente tanto en la CRBV como en la LOPE, el cual se exige con la finalidad de garantizar la libertad del mismo, las características del secreto y libertad se encuentran inextricablemente vinculadas cuando se habla de elecciones democráticas.

e) *El régimen plural de partidos y organizaciones políticas:* Finalmente, nos corresponde mencionar el carácter plural en la conformación de la representación parlamentaria por parte de los partidos que debe estar presente en un sistema electoral, teniendo en cuenta las consideraciones que *ut supra* realizáramos en el punto sobre los valores y principios de la democracia.

A nuestro criterio, existen dos formas de ver el régimen plural de partidos: (i) El primero, viene dado por la pluralidad de existencia de organizaciones con fines políticos, léase: partidos políticos, movimientos electorales, grupos de electores o agrupación de ciudadanos que concurren a la competencia electoral para la obtención de la representación política de sus asociados y simpatizantes; visto bajo esta perspectiva, podemos afirmar que en Venezuela existe un régimen plural de partidos, ya que coexiste una pluralidad muy heterogénea de organizaciones con fines políticos que concurren a los distintos eventos electorales con sus candidatos, incluso hay quienes pueden postularse sin respaldo de ellas por iniciativa propia; y (ii) El segundo, es alusivo a la representación que alcanzan estas organizaciones con fines políticos como miembros de la AN en proporción a la votación obtenida por cada agrupación política, en este sentido, debemos concluir, que el sistema electoral paralelo pareciera haber sido diseñado con la manifiesta intencionalidad de favorecer a aquellos grupos políticos que obtengan una mayor votación, ocasionando una sobrerrepresentación de estas, mientras, va en detrimento de los grupos políticos menos votados, obrando negativamente en la conversión de votos en escaños, al producir, porcentualmente, una subrepresentación de estos grupos políticos, lo que impide la presencia del pluralismo político en los órganos de representación legislativa, convirtiendo al sistema electoral venezolano en anti pluralista y consecuentemente antidemocrático, incitándonos a concluir que siendo la democracia un principio constitucional, ese sistema electoral paralelo es por vía refleja jurídicamente anticonstitucional.

IV. El sistema electoral en la LOPE⁶

1. El sistema electoral paralelo

Son diversos los sistemas electorales existentes en el mundo democrático y cuando se diseña un sistema electoral, es mejor comenzar con una lista de criterios que resuma lo que se quiere lograr, lo que se quiere evitar y en sentido amplio, lo que se quiere que el Gobierno y el Parlamento parezcan.

Así dada la naturaleza del diseño institucional, los ajustes deben hacerse buscando el punto medio entre lo que se desea y lo que son los objetivos, por ejemplo, se puede querer impulsar la elección de candidatos independientes y al mismo tiempo promover el crecimiento de partidos políticos fuertes.

También el diseñador de sistemas electorales puede considerar un acto de sensatez el crear un sistema que les da a los votantes un amplio grado de elección entre candidatos y partidos, pero esto puede significar una papeleta de votación complicada que causa dificultades a los votantes con menor educación; la clave, al formular o reformar un sistema electoral, está en priorizar los criterios más importantes y luego evaluar cual sistema electoral o combinación de sistemas, resulta mejor maximizando los objetivos.

En esencia, lo que hacen los sistemas electorales es traducir los votos en escaños ganados por partidos y candidatos y las variables claves son **(i)** la fórmula electoral empleada; **(ii)** si el sistema es mayoritario o proporcional; **(iii)** que fórmula matemática es utilizada para calcular la distribución de votos; **(iv)** la magnitud de la circunscripción electoral, no cuántos votantes viven en ella, sino cuántos miembros del parlamento se elige en esa demarcación; **(v)** la demarcación de las circunscripciones, ya que la elección del sistema electoral tiene una influencia en la manera en que se trazan los límites de las circunscripciones; **(vi)** el diseño del tarjetón electoral; y **(vii)** el escrutinio de votos.

Es por ello, que, a nuestro juicio, para saber si el sistema electoral adoptado por la legislación electoral actual y sus efectos es sano o no para la salud del pluralismo democrático, es una cuestión de principal importancia que pretendemos estudiar, enjundiosamente, en el presente trabajo, pudiendo obtener finalmente como respuesta de tal exegesis cualquiera de las siguientes variables hipotéticas: **(i)** Es constitucional y democrático, en cuyo caso será de sumo beneficio para el robustecimiento del ordenamiento jurídico y el sistema político venezolano; **(ii)** Es inconstitucional y democrático, en cuyo caso tal trasgresión

⁶ Véase en general Rachadell, M. (2010). *El Sistema Electoral en la Ley Orgánica de Procesos Electorales.*, pp. 127-155, en: <https://bit.ly/3GsnV3O>; Proyecto ACE, Sistemas electorales, en <https://bit.ly/31GjMuc>

a la Constitución obligaría a una modificación legislativa posterior haciéndola una legislación de duración efímera; (iii) Es constitucional y antidemocrático, caso de ser conforme al texto constitucional en abstracto, pero contraria a uno o varios de los principios rectores de la democracia; con lo cual también sería una legislación inconstitucional por vía refleja, ya que uno de los valores en los que se fundamenta el Estado venezolano de conformidad con el artículo 2 es ser un Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia, razón por la cual también sería de durabilidad efímera; o (iv) Es inconstitucional y antidemocrático, con lo cual sería absolutamente inviable su vigencia y aplicabilidad.

En cuanto a la juridicidad constitucional en el caso del sistema electoral venezolano, el legislador patrio, estableció, como dijimos anteriormente, dos sistemas electorales, un sistema electoral mayoritario, llamado por el legislador electoral “Sistema de Mayoría Relativa de Votos”, para la elección de los distintos cargos ejecutivos de los poderes nacional, estatal y municipal, el cual se encuentra prescrito en el artículo 7 LOPE y un sistema mixto o combinado, de personalización para los cargos nominales con representación proporcional para las listas electorales, llamado por el legislador electoral “Sistema Electoral Paralelo”, para la elección de cargos legislativos en los tres poderes públicos, dispuesto en el artículo 8 *ejusdem*, los cuales, como lo expresáramos precedentemente, no conculcan *in abstracto* al texto constitucional, ya que este no expresa que la representación proporcional tenga que ser necesariamente de las minorías; por lo cual, solo a través de un examen de los efectos de aplicabilidad de esta última disposición, vale decir, el artículo 8 LOPE, con relación a la desproporción que causa en la representación política que afecta el pluralismo político representativo como principio de la democracia, la cual es un valor constitucional, es que pudiésemos, eventualmente, aseverar que transgrede a nuestra Ley Fundamental del Estado venezolano.

Con relación a su democraticidad, debemos recordar, que independientemente de la justicia o injusticia de su contenido filosófico, el sistema mayoritario en sus distintas variantes, se encuentra en vigor en Estados considerados como pilares de la democracia moderna, como lo son el caso del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la mayoría de los Estados de la Unión de los Estados Unidos de América; por lo tanto, tildarlos de antidemocrático, sería tanto como aseverar que esos sistemas cuentan tan solo con un barniz democrático, en el cual rige, materialmente, una dictadura de las mayorías que permiten la existencia de algunas libertades públicas de ejercicio colectivo e individual.

Resulta obvio, que el diseño del sistema electoral venezolano ideado en el 2009, fue creado con la intención de favorecer a los partidos mayoritarios, pero el hecho de privilegiar en la distribución de cargos a la nominalidad, en la mayoría de los casos y de que se ignore la incidencia de

los triunfos circunscriptoriales en la proporcionalidad de la representación al momento de adjudicar la poca representatividad que resta por la vía de las listas electorales, no es un parámetro meridiano para afirmar la antidemocraticidad desde el punto de vista material del sistema electoral, por las mismas consideraciones que, *mutatis mutandis*, hicimos con aquellos sistemas electorales que solo contemplan el sistema mayoritario inglés.

2. Las modificaciones concernientes a la distribución de cargos

De todo lo relatado con anterioridad resulta de PEROGRULLO concluir que la LOPE modificó el mecanismo de distribución de cargos, al potenciar la elección nominal y aminorar la elección de cargos por el mecanismo de las listas electorales.

Esto ha llevado a consecuencias disparatadas, porque mientras en algunas entidades federales la elección nominal supera el 70% de los representantes a elegir en otros son del 50% como es el caso de Vargas o incluso menor como en Amazonas, donde la elección de cargos nominales es más o menos del 40%.

Otra transformación fue la del criterio de adjudicación de cargos por las listas electorales, ya que se decidió ignorar la incidencia que tiene en la conformación de los grupos parlamentarios o fracciones parlamentarias las victorias circunscriptoriales y se ordenó no tomar en cuenta estas ganancias al momento de adjudicar los cargos por listas electorales en base al cociente o cifra más alta.

También resulta dable hacer notar, que hubo una mutación en el diseño de las circunscriptores electorales que varió tanto el universo electoral de la circunscriptura como en número de representantes a elegir en muchos casos y cuyo diseño parecía responder a concentrar el mayor número de electores de una determinada tendencia en algunas circunscriptores electorales.

3. La relación histórica del Gerrymandering

Como dijimos con anterioridad, cuando tratábamos la elección nominal, una circunscriptura electoral es aquella unidad territorial en la cual los votos de los electores constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos o partidos con independencia de los votos emitidos en otra unidad territorial –a menos que se trate de una circunscriptura nacional única en la cual cuentan la totalidad de los votos emitidos por los electores en todo el territorio nacional– en el que se le asignan los escaños a los candidatos o partidos ganadores.

Así, para determinar los efectos que ejercen las circunscriptores electorales en la conformación de las mayorías parlamentarias es muy importante tomar en cuenta sus dimensiones, es decir, el número de

representantes que se eligen por circunscripción y la magnitud de la base electoral que realiza esa elección circunscriptiva.

Así las cosas, las diferentes extensiones geográficas, demográficas y en la elección del número de representantes producen como efecto que cuanto mayor es la circunscripción mayor es la proporcionalidad, por el contrario, mientras menor es la circunscripción más se acerca a una elección del tipo mayoritario; razón por la cual los cambios en los tamaños de las circunscripciones pueden acarrear una mutabilidad del sistema electoral.

El tamaño de una circunscripción electoral establece una relación entre los electores y los aspirantes en la elección en términos de una mayor o menor proximidad en el conocimiento entre sí. De este modo, el voto adquiere una significación de identificación personal del elector con el candidato, vale decir, de confianza política, bien sea por planteamientos de índole económica, social o por razones ideológicas.

De esta manera, la tipología circunscriptiva influye en la estructuración de los partidos políticos y su significación en la representación política.

De tal forma, tenemos que la división geográfica de las circunscripciones electorales puede hacerse de las más diversas formas, estas pueden responder a razones de carácter histórico, político-partidista, político-administrativo, geográfico, étnico e incluso religioso; lo relevante aquí es conocer si existen o no claves de representación en la división del territorio electoral en circunscripciones electorales, conociendo, por ejemplo, si en todas las circunscripciones existe la misma relación de proporcionalidad entre el número de electores y los escaños a repartir.

Precisamente, resulta interesante que solo en los sistemas electorales que prevén la adjudicación de escaños en base a una determinada votación porcentual o absoluta, así como los SRP con igualación de escaños a escala nacional, vale decir, donde en cada provincia o entidad federal se asignan el mismo número de representantes a los cuerpos deliberantes o los sistemas de distrito único o circuito electoral nacional, están exentos de las desigualdades que se crean con motivo de la división de las circunscripciones electorales.

Igualmente, la manipulación de la clave de representación por parte del legislador electoral o de las autoridades electorales puede producir efectos nocivos para el pluralismo político y la igualdad de oportunidades entre las distintas organizaciones con fines políticos para alcanzar la mayoría parlamentaria, ocasionando distorsiones importantes en la representación política.

De esta forma, tenemos que la manipulación en el diseño de las circunscripciones electorales es sumamente conocida en el mundo

político y del derecho electoral con el nombre anglosajón de “gerrymandering”, el cual tiene su origen en un político americano llamado EL-BRIDGE GERRY, Gobernador del Estado de Massachusetts, el cual preocupado porque su partido no obtenía victorias en la parte noreste del Estado decidió agrupar a todos los distritos electorales opositores en un solo distrito electoral que arrojara menos representantes a la legislatura del Estado y de esta forma asegurarse la mayoría parlamentaria estatal.

Lo cierto es que se denomina gerrymandering el arreglo, deliberadamente doloso, de los límites de las circunscripciones electorales, según la dispersión geográfica del electorado de un determinado candidato o partido.

En el caso *sub examine*, observamos por ejemplo que la delimitación de las circunscripciones electorales realizadas por el Consejo Nacional Electoral para las elecciones legislativas nacionales del año 2010, buscaban la producción de un efecto similar, al tratar de agrupar a los electores de tendencias opositoras al gobierno en específicas circunscripciones electorales donde son mayoría con la finalidad de que estos no incidieran negativamente o amenazasen a la votación gubernamental.

Dos ejemplos icónicos que ilustran nuestra afirmación, son los casos de la circunscripción electoral conformada originalmente por los municipios Chacao, Baruta y El Hatillo del Estado Bolivariano de Miranda a la cual en la elección legislativa nacional del 2010 se le adicionó a la Parroquia Leoncio Martínez del Municipio Sucre, zona urbana de esta municipalidad conocida por su tendencia abiertamente opositora, razón por la cual al sumarla al electorado de Chacao, Baruta y El Hatillo, circunscripción predominantemente opositora, logra concentrar los votos de la oposición gubernamental en una sola circunscripción, permitiendo así una mayor ventaja electoral a los candidatos oficialistas, quienes encuentran agrupados a los electores que les son favorables en la Parroquia Petare, dispersando así la votación del electorado que le es adverso en esa circunscripción electoral.

Otro caso emblemático, es el de la circunscripción electoral conformada por las parroquias El Paraíso y La Vega del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, allí se le adicionó, deliberadamente, a la población de las parroquias de Antímano, Macarao y Caricuao con la finalidad de disminuir la efectividad de la votación de El Paraíso y las zonas de Montalbán y Juan Pablo II, clase media predominantemente opositora, con el electorado de Antímano, Macarao y Caricuao zonas populares predominantemente oficialistas.

Resulta entonces incuestionable, que el tamaño de las circunscripciones electorales cuando alteran el efecto proporcional buscan anular o disminuir la presión psicológica sobre los electores para estructurar sus preferencias políticas de acuerdo a cálculos de voto útil, vale decir,

que por razones de economía del voto cada elector termine sufragando por aquellos candidatos o partidos a quienes percibe como ganadores muy aventajados en la contienda electoral, ya que cuanto más fuertes sean esos condicionamientos y dependiendo de las variaciones en tamaño geográfico y demográfico de los distritos o circuitos electorales, mayor será el efecto psicológico concentrador que se tendrá sobre los votantes.

V. Casos de estudio

1. El impacto de la adopción del sistema electoral paralelo en la representatividad de las elecciones legislativas de 2010

Para las elecciones legislativas nacionales del 2010, el Consejo Nacional Electoral segmentó el territorio nacional en 87 circunscripciones electorales para la escogencia de 110 diputados nominales de las cuales 68 circunscripciones electorales son uninominales y 19 son plurinominales. Adicionalmente a ello, atendiendo a lo preceptuado en los artículos 14 y 15 de la LOPE, se escogieron 52 diputados por listas cerradas y bloqueadas atendiendo al principio de representación proporcional, más los 3 diputados representantes de las etnias indígenas, los cuales son electos nominalmente en circunscripciones electorales especiales.

Por otra parte, creemos que es de importancia recordar, que los criterios de agrupación para la conformación de circunscripciones electorales a los órganos legislativos nacional, estatales, distritales y municipales se encuentran establecidos en el “Compendio estadístico de cargos a elegir y conformación de las circunscripciones electorales de cargos nominales a cuerpos deliberantes”; entre los cuales se encuentran el de la tradición electoral y de los principios fundamentales de equilibrio, equidad y justicia electoral, similitud en la continuidad geográfica, económica, social y cultural (principio de homogeneidad); entre otros.

Así las cosas, podemos apreciar que son varios los factores que afectan la representatividad de los partidos por las innovaciones planteadas por la LOPE al adoptar el sistema electoral paralelo; el primero de ellos es que la potenciación de la elección nominal acentuó, más aún, los efectos propios del Sistema Mayoritario inglés al disponer que en la mayoría de los casos una proporción equivalente entre el 60% al 70% de los cargos sean electos nominalmente.

El segundo factor que afecta sensiblemente la representatividad viene dado por el hecho que la potenciación de la nominalidad ocasionó la necesidad de rediseñar las circunscripciones electorales, lo cual brindó la oportunidad perfecta para concentrar a la votación opositora en determinadas circunscripciones electorales que arrojasen un menor número de representantes y nuclear a la votación progubernamental en

el resto de la mayoría de la circunscripciones a fin de asegurar un mayor número de victorias circunscriptoriales.

Prueba de ello es el diseño de las nuevas circunscripciones en las entidades federales de Carabobo, Distrito Capital, Lara, Miranda, Táchira y Zulia, donde en realidad se produjeron cambios profundos en las localidades que tradicionalmente se han manifestado adversas al oficialismo en esas entidades.

Otro aspecto del diseño de las circunscripciones es el de las diferencias, abismales en algunos casos, del número de habitantes que respaldarán a cada diputado. En el afán de crear las circunscripciones más favorables a los candidatos del gobierno, de acuerdo con los resultados históricos evidenciados en ellas, el CNE en algunos casos creó circunscripciones con apenas algo más de la mitad de los habitantes necesarios para elegir un diputado; mientras que en otros casos unió parroquias para crear circunscripciones que superan ampliamente los requerimientos poblacionales suficientes para elegir a un diputado, en el límite antes de pasar a la elección de dos diputados.

También se detectó, en el presente estudio, la aplicación discrecional del desmembramiento de un municipio plurinominal en varios circuitos uninominales, como ocurrió en el caso del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, tradicionalmente opositora, no ocurriendo así en otros casos de municipalidades con características similares en otros Estados, como por ejemplo en la circunscripción plurinominal del Municipio Caroní del Estado Bolívar, tradicionalmente oficialista, la cual no fue modificada. De haberse utilizado algún criterio técnico que permitiera justificar esta modificación en la circunscripción del Municipio Maracaibo, cabría esperarse que este tipo de cambio se hubiese aplicado análoga y homogéneamente en otros casos similares.

En la mayoría de los casos los cambios fueron realizados con claros criterios políticos, no técnicos, respondiendo el diseño electoral a la medida de las necesidades electorales del partido de gobierno, en una clara posición de ventajismo.

En el análisis de cada uno de los ocho Estados que sufrieron cambios se demostrará como las modificaciones de las circunscripciones pretenden dos tipos de estrategias combinadas: Una de las estrategias fue concentrar y aislar el voto que en el pasado se ha manifestado adverso al gobierno, como pasó en Carabobo, cuyos resultados en las elecciones estatales de 2008 fueron adversas al Gobierno y había fundado temor que ocurriese lo mismo en las legislativas nacionales del 2010 y la otra estrategia fue desconcentrar y diluir el voto adverso al gobierno, para lo cual se pueden citar como ejemplos los casos de Distrito Capital y de Zulia.

A continuación, tomado del Informe SÚMATE "Circunscripciones Electorales Para Las Elecciones de Diputados a la AN 2010", realizaremos un cotejo de la conformación de las circunscripciones electorales en el año 2005 con las del año 2010 en cada una de las ocho entidades federales que experimentaron cambios en el diseño de sus circunscripciones los cuales concentran el 50,53% de la población electoral y eligen a 63 diputados a los fines de ilustrar y demostrar lo afirmado *ut supra*.

A. Amazonas

El cambio que presentaron las circunscripciones de Amazonas estuvo ajustado a criterios técnicos, con base en los lineamientos presentes en la nueva LOPE. De acuerdo con la legislación vigente para entonces, en la última elección de diputados a la AN de 2005, el 60% de los cargos correspondía a candidatos nominales, mientras que el restante 40% correspondía a candidatos presentados por listas.

Al Estado Amazonas, le correspondía un total de 3 diputados, y aplicando la distribución porcentual vigente para el momento, 2 eran nominales y 1 lista. Los 2 diputados nominales se distribuían en 2 circunscripciones.

En la actualidad, la LOPE establece que cuando un Estado tiene 9 o menos diputados en total, 2 son lista y el resto nominal. Este es el caso de Amazonas, al que le corresponde un total de 3 diputados, entre los cuales 2 son lista y sólo 1 nominal, por lo cual, la circunscripción es también sólo una y corresponde a toda el área geográfica del Estado.

B. Barinas

Barinas presentaba 2 circunscripciones en el año 2005, y para la elección de la AN 2010 también tuvo 2. A simple vista, el único cambio que sufre es que el Municipio Cruz Paredes fue movido de una a otra circunscripción. Pero al revisar los índices poblacionales, se puede detectar la manipulación en la nueva conformación de las circunscripciones.

El índice poblacional corresponde a la cantidad de personas que son necesarias para que una circunscripción alcance 1 diputado, para el caso de Barinas este número es 243.469. Es decir, en Barinas cada diputado nominal está asociado a 243.469 habitantes. En el año 2005 los índices poblacionales eran de 1,99 y 1,01, respectivamente, por lo tanto, a la primera circunscripción para el voto nominal le correspondían 2 diputados, y a la otra sólo 1. Los nuevos índices poblacionales para 2010, con el cambio del Municipio Cruz Paredes, son de 2,49 y 1,51 respectivamente; es decir, que a cada circunscripción le corresponden 2 diputados.

A la circunscripción con un índice poblacional de 2,49 le falta muy poco (apenas una centésima) para que le correspondan 3 diputados, en lugar de sólo 2. Esta situación está en el otro extremo para la otra

circunscripción, en la que con dos centésimas menos sólo le hubiera correspondido 1 diputado, en lugar de los 2 que obtiene ahora, justo en el límite.

Otra forma de visualizar la situación descrita se plantea asociando la cantidad de diputados con la población que estarán representando. En una circunscripción, la de índice poblacional 2,49, 2 diputados estarán representando a 504.238 habitantes; mientras en la otra circunscripción, con índice poblacional 1,51, 2 diputados representan a 306.629 habitantes de Barinas.

Si Barinas hubiera mantenido su tradición electoral, es decir, las mismas circunscripciones que en el año 2005, pero con la proyección del Instituto Nacional de Estadística, INE para el 30-09-2010, los índices serían de 2,62 y 1,38, correspondiéndole 3 diputados a una circunscripción y sólo 1 a la otra.

C. Carabobo

En diciembre del año 2005, cuando se realizaron las elecciones de diputados a la AN, Carabobo tenía las siguientes cinco circunscripciones: **(i) Circunscripción 1:** municipios Bejuma, Montalbán, Miranda, Juan José Mora y Puerto Cabello; **(ii) Circunscripción 2:** municipios San Joaquín, Guacara, Diego Ibarra y San Diego; **(iii) Circunscripción 3:** municipios Libertador y Naguanagua; **(iv) Circunscripción 4:** municipio Valencia; y **(v) Circunscripción 5:** municipios Carlos Arvelo y Los Guayos.

Las circunscripciones 1, 2, 3 y 5 elegían cada una un diputado nominal y la 4 elegía 2; en total se votaba por 10 diputados, de los cuales 6 eran nominales, a ser votados por sus nombres y apellidos, y 4 por lista.

Con lo establecido en la nueva Ley Orgánica de Procesos Electorales y los cambios en las circunscripciones, el Estado Carabobo queda de la siguiente manera: **(i) Circunscripción 1:** municipios Bejuma, Montalbán, Miranda, Juan José Mora y Puerto Cabello; **(ii) Circunscripción 2:** municipios San Joaquín, Guacara y Diego Ibarra; **(iii) Circunscripción 3:** municipios Naguanagua, San Diego y las parroquias del norte de Valencia (San José, El Socorro, Candelaria, Catedral y San Blas); **(iv) Circunscripción 4:** municipios Carlo Arvelo y Los Guayos; **(v) Circunscripción 5:** municipios Libertador y las parroquias al sur de Valencia (Miguel Peña, Santa Rosa, Rafael Urdaneta y Negro Primero).

Se mantiene para Carabobo un total de 10 diputados, de los cuales 7 son nominales, a ser votados por sus nombres y apellidos, y 3 por lista. Con las modificaciones que se realizaron, las circunscripciones 1, 2, 3 y 4 eligen cada una un diputado, mientras que la 5 escoge tres.

Con estos cambios, el gobierno pretendió agrupar a la mayor parte del voto contrario al oficialismo en los municipios Naguanagua, San Diego y en las parroquias del norte de Valencia, en una sola

circunscripción, que podrá elegir sólo un diputado. Por otro lado, unió al municipio Libertador con las parroquias del sur de Valencia, que son localidades en las que históricamente la oposición no ha conseguido resultados tan favorables, y les da la posibilidad de elegir tres diputados.

Un aspecto del diseño de las circunscripciones es el de las diferencias, abismales en algunos casos, del número de habitantes al que representará cada diputado, de acuerdo con el tipo de circunscripción.

En el afán de crear las circunscripciones más favorables al partido de gobierno, el CNE en algunos casos creó circunscripciones con apenas algo más de la mitad de los habitantes necesarios para elegir un diputado extra, y en otros casos unió parroquias para crear circuitos que superan ampliamente los requerimientos poblacionales para elegir un solo diputado, cuidando de no rebasar el límite que le obligaría a asignar un diputado adicional en estos casos.

Un ejemplo: en el Estado Carabobo la circunscripción N° 5 fue conformada para que pudiera elegir 3 diputados con 852.944 habitantes. El índice poblacional del Estado Carabobo, es decir, la cantidad de habitantes por diputado nominal es de 333.695. Si dividimos $852.944 / 333.695$ se obtiene 2,56, que queda redondeado a 3 para determinar el número de diputados que le corresponde y así aumentar, con un claro criterio político, la cantidad de diputados que el gobierno pretende obtener en este espacio geográfico definido discrecionalmente.

Así, se le quita un diputado a una zona que para el gobierno presume inconveniente para sus fines electorales con el fin de pasárselo a otra que considera más favorables. Con este interés por favorecer al gobierno, el CNE viola flagrantemente el derecho a la igualdad política de los venezolanos, así como compromete el principio de imparcialidad que deben regir todas las actuaciones del Consejo Nacional Electoral y a sus órganos subordinados que forman parte de la Administración Electoral.

Señala a este respecto el Informe SÚMATE:

Si se hubieran empleado los mismos criterios que en el Estado Carabobo, en el Estado Yaracuy, los votos adversos al partido de gobierno, en la circunscripción electoral N° 2, se hubiesen redistribuidos entre las circunscripciones electorales 1 y 3, reduciendo significativamente el impacto opositor en las elecciones del veintiséis (26) de septiembre de 2010. Igual pudieron haber desmembrado el Municipio Sucre del Estado Sucre, el cual fue adverso al partido de gobierno en el referendo del quince (15) de enero de 2007, con la finalidad de concentrar el voto opositor para la elección de un diputado, cuando en la actualidad eligen dos diputados a la Asamblea Nacional.

D. Distrito Capital

Para las elecciones parlamentarias de 2005, el Distrito Capital tenía seis circunscripciones uninominales, con un índice poblacional de 346.118 habitantes por diputado, a saber: **(i) Circunscripción 1:** Conformada por las parroquias 23 de Enero, Sucre; **(ii) Circunscripción 2:** Conformada por las parroquias San Bernardino, la Candelaria, San José, Altagracia, la Pastora y el Recreo; **(iii) Circunscripción 3:** Conformada por las parroquias La Vega y El Paraíso; **(iv) Circunscripción 4:** Conformada por las parroquias San Juan, Santa Teresa, Santa Rosalía, San Agustín, San Pedro y Catedral; **(v) Circunscripción 5:** Conformada por las parroquias Coche y el Valle; **(vi) Circunscripción 6:** Conformada por las parroquias Caricuao, Macarao, Antímano y El Junquito.

Las circunscripciones del Distrito Capital fueron cambiadas drásticamente para las elecciones parlamentarias del 26-09-2010. La nueva LOPE disminuye el número de diputados por lista a 3 (antes tenía 4), aumentando a 7 los diputados nominales. Sin embargo, se reducen a 5 el número de circuitos, con un índice poblacional de 300.140 habitantes por diputado, a saber: **(i) Circunscripción 1:** Separan Sucre de la parroquia 23 de Enero y la agrupan con el Junquito y la Pastora; **(ii) Circunscripción 2:** La única parroquia que permanece en la circunscripción es Altagracia. San Juan, Santa Teresa y Catedral, antes de la circunscripción 4, son agregadas a esta nueva circunscripción, junto con la populosa parroquia 23 de Enero. La parroquia Santa Rosalía es movida a la circunscripción 4 y las parroquias San Agustín y San Pedro para la circunscripción 3; **(iii) Circunscripción 3:** San José, San Bernardino, Candelaria y El Recreo son agrupadas con San Agustín y San Pedro, dejando por fuera a La Pastora y Altagracia; **(iv) Circunscripción 4:** El Valle y Coche se mantienen juntas, pero se les agrega la parroquia Santa Rosalía; y **(v) Circunscripción 5:** El Paraíso y la Vega permanecen agrupadas y se les agregan Antímano, Macarao y Caricuao.

Los circuitos 1 y 5 pasan a ser plurinominales, para elegir dos diputados en cada uno. El gobierno pretende cambiar la realidad electoral de los circuitos al reagrupar las parroquias en forma distinta a la tradición electoral del Distrito Capital, sin considerar las realidades económicas, sociales y culturales que mantienen las parroquias entre sí.

Si se analizan los resultados históricos para las circunscripciones del año 2005, el gobierno había obtenido resultados claramente adversos en los Circuitos 2, 3 y 4. Con las modificaciones aprobadas por el CNE, la mayoría de las parroquias que evidenciaban estos resultados son concentradas ahora en el nuevo circuito 3. El antiguo circuito 3, claramente opositor, es eliminado, diluyendo sus parroquias en el nuevo circuito 5, al unirlas a 3 de las 4 populosas parroquias que antes conformaban el circuito 6.

E. Lara

Para las elecciones parlamentarias de 2005, Lara tenía dos circunscripciones, plurinominales, una en la que se elegía a 3 diputados y otra en la que se elegía a 2, para un total de 5 diputados nominales (y 4 por listas), con un índice poblacional de 350.325 habitantes por diputado:

(i) Circunscripción 1: Conformada por los municipios Iribarren, Palavecino y Simón Planas; y **(ii) Circunscripción 2:** Conformada por los municipios Urdaneta, Crespo, Jiménez, Torres, Andrés Eloy Blanco y Morán.

Las circunscripciones del Estado Lara cambiaron sustancialmente para las elecciones parlamentarias del 26-09-2010. El CNE desmembró el Municipio Iribarren, guiado por el sesgo político. La nueva ley aumentó a 7 el número de diputados nominales y redujo a 2 los diputados lista. El índice poblacional bajó considerablemente a 270.917 habitantes por diputado: **(i) Circunscripción 1:** Quedó conformada por las parroquias Aguedo Felipe Alvarado, El Cují, Unión, Juan de Villegas, Buena Vista, Juárez, La Concepción y Tamaca del municipio Iribarren. Se eligen 3 diputados; **(ii) Circunscripción 2:** Quedó con la misma agrupación de municipios (Urdaneta, Crespo, Jiménez, Torres, Andrés Eloy Blanco y Morán) y con la misma cantidad de diputados a elegir (2); y **(iii) Circunscripción 3:** A Palavecino y Simón Planas le anexan las parroquias Catedral y Santa Rosa del municipio Iribarren. Se eligen 2 diputados.

El rediseño de las circunscripciones electorales por parte del Consejo Nacional Electoral pretende cambiar la realidad electoral de los circuitos al desmembrar un municipio, como es el caso del Municipio Iribarren, Barquisimeto, y distribuir sus parroquias entre los municipios aledaños y así modificar la geografía electoral del Estado en la búsqueda de la obtención de determinados resultados electorales, obviando su tradición electoral, las realidades económicas, sociales y culturales que mantienen los municipios entre sí. Así las cosas, podemos apreciar que los habitantes del Municipio Iribarren incidieron en los resultados de dos circunscripciones electorales del Estado Lara gracias a la elaboración de este diseño de ingeniería electoral.

F. Miranda

Para las elecciones parlamentarias de 2005, el estado Miranda tenía 7 circunscripciones, 6 uninominales y 1 plurinomial (2 diputados), para elegir 8 diputados, con un índice poblacional de 398.439 habitantes por diputado: **(i) Circunscripción 1:** Conformada por los municipios Pedro Gual, Páez, Andrés Bello, Buroz, Brión y Acevedo; **(ii) Circunscripción 2:** Conformada por los municipios Zamora y Plaza; **(iii) Circunscripción 3:** Conformada por el municipio Sucre; **(iv) Circunscripción 4:** Conformada por los municipios Baruta, Chacao y el Hatillo; **(v) Circunscripción 5:** Conformada por los municipios Cristóbal Rojas, Urdaneta y Paz Castillo; **(vi) Circunscripción 6:** Conformada por los municipios Lander, Simón

Bolívar e Independencia; **(vii) Circunscripción 7:** Conformada por los municipios Los Salias, Carrizal y Guaicaipuro

Las circunscripciones del Estado Miranda cambiaron radicalmente para las elecciones parlamentarias del 26-09-2010. El CNE desmembró el Municipio Sucre, guiado por el sesgo político. El número de diputados nominales a elegir aumenta a 9 y se reduce a 3 los diputados lista (antes tenía 5). El índice poblacional bajó a 334.501 habitantes por diputado: **(i) Circunscripción 1:** Los municipios Guaicaipuro, Carrizal y Los Salias permanecen juntos, eligiendo un diputado; **(ii) Circunscripción 2:** A los municipios Sucre, Chacao y Baruta se les agrega la parroquia Leoncio Martínez del municipio Sucre. Con esta agrupación eligen 2 diputados; **(iii) Circunscripción 3:** Queda conformada únicamente con la parroquia Petare del municipio Sucre, para elegir un diputado; **(iv) Circunscripción 4:** A los municipios Plaza y Zamora se les agregan las parroquias Cauca-güita, La Dolorita y Filas de Mariche del municipio Sucre, para elegir 2 diputados; **(v) Circunscripción 5:** Los municipios Brión, Acevedo, Buroz, Andrés Bello, Páez y Pedro Gual permanecen juntos, eligiendo un diputado; **(vi) Circunscripción 6:** A este circuito le quitan el municipio Independencia y le agregan los municipios Urdaneta y Cristóbal Rojas, que quedan acompañando a Simón Bolívar y Lander, eligiendo un diputado; y **(vii) Circunscripción 7:** Quedan agrupados Paz Castillo e Independencia para elegir un diputado.

El caso de los municipios Chacao, Baruta y El Hatillo, que anteriormente formaban una unidad geográfica electoral, pero que en la nueva conformación le fue anexada la parroquia Leoncio Martínez, separándola del Municipio Sucre, demuestra que se pretende unir el voto opuesto al gobierno nacional, y restárselo a la Parroquia Petare. Llama la atención la forma como fue fragmentado el Municipio Sucre, en el que la Parroquia Petare forma ahora una sola circunscripción, con derecho a elegir un diputado; mientras las parroquias Cauca-güita, La Dolorita y Filas de Mariches de esta misma localidad municipal fueron unidas a los municipios Plaza y Zamora para escoger otros dos diputados, donde el análisis de los resultados históricos es favorable al oficialismo.

Señala a este respecto el Informe SÚMATE:

El gobierno pretende cambiar la realidad electoral de los circuitos al desmembrar un municipio y distribuir sus parroquias entre los municipios aledaños y así modificar la geografía electoral del Estado Miranda, obviando su tradición electoral, las realidades económicas, sociales y culturales que mantienen los municipios entre sí. Los habitantes del Municipio Sucre incidirán en los resultados de tres circuitos del Estado.

G. Táchira

Táchira pasó de tener 4 circunscripciones en 2005 a 5 en 2010. Cada circunscripción con 1 diputado y los siguientes índices poblacionales: 1,14, 0,75, 0,86, 1,11 y 1,14.

Para 2010, se dividió la circunscripción 4, del 2005, en la 2 y la 3. A la circunscripción 2 se le agregaron los Municipios Guásimos y Ayacucho. Con una nueva circunscripción, el diseño bajo criterios políticos busca favorecer al gobierno intentando obtener un diputado adicional, respecto a 1 solo que ya podría haber considerado factible de lograr. La nueva ley aumentó a 5 el número de diputados nominales y redujo a 2 los diputados lista.

De haberse mantenido las mismas circunscripciones de 2005, con los datos del INE en su proyección al 30-09-2010, los índices poblacionales hubieran sido: 1,41, 1,3, 1,14 y 1,16.

H. Zulia

Para las elecciones parlamentarias de 2005 el Estado Zulia tenía 6 circunscripciones, una sola de ellas plurinominal en la que se elegían 4 diputados, totalizando 9 diputados nominales y 6 lista, con un índice poblacional de 391.153 habitantes por diputado: **(i) Circunscripción 1:** Conformada por el municipio Maracaibo, elegían 4 diputados; **(ii) Circunscripción 2:** Conformada por el municipio San Francisco; **(iii) Circunscripción 3:** Conformada por los municipios Cabimas, Santa Rita y Miranda; **(iv) Circunscripción 4:** Conformada por los municipios Simón Bolívar, Lagoonillas, Valmore Rodríguez y Baralt; **(v) Circunscripción 5:** Conformada por los municipios Almirante Padilla, Mara, Páez, La Cañada de Urdaneta y Jesús Enrique Losada; y **(vi) Circunscripción 6:** Conformada por los municipios Rosario de Perijá, Machiques de Perijá, Colón, Catatumbo, Jesús María Semprún, Francisco Javier Pulgar y Sucre.

Las circunscripciones del Estado Zulia cambiaron sustancialmente para las elecciones parlamentarias del 26-09-2010, pasando de 6 circuitos a 12. El CNE desmembró el Municipio Maracaibo en 5 circuitos, guiado por el sesgo político. El número de diputados nominales a elegir aumentó a 12 y se redujo a 3 los diputados lista (antes elegía 6). El índice poblacional bajó considerablemente, a 316.800 habitantes por diputado: **(i) Circunscripción 1:** Mantuvieron agrupados los municipios Rosario de Perijá, Machiques de Perijá y Jesús María Semprún y crearon un nuevo circuito (el 12) con el resto de los municipios de la antigua circunscripción 6 (Colón, Catatumbo, Francisco Javier Pulgar y Sucre), eligiendo 1 diputado; **(ii) Circunscripción 2:** Se separa el antiguo circuito 5 en dos partes: los municipios Jesús Enrique Losada y La Cañada de Urdaneta pasan a ser el circuito 2 y Páez, Almirante Padilla y Mara el circuito 3 En este circuito se elige 1 diputado; **(iii) Circunscripción 3:** Queda conformada por los municipios Páez, Almirante Padilla y Mara, eligiendo 1

diputado; **(iv)** *Circunscripción 4*: Queda conformada por la agrupación de las parroquias Venancio Pulgar, Idelfonso Vásquez y Antonio Borjas Romero del municipio Maracaibo, eligiendo 1 diputado; **(v)** *Circunscripción 5*: Queda conformada por la agrupación de las parroquias Coquivacoa, Juana de Ávila y Olegario Villalobos del municipio Maracaibo, eligiendo 1 diputado; **(vi)** *Circunscripción 6*: Queda conformada por la agrupación de las parroquias Raúl Leoni, Caracciolo Parra Pérez, Chiquinquirá, Bolívar y Santa Lucía del municipio Maracaibo, eligiendo 1 diputado; **(vii)** *Circunscripción 7*: Queda conformada por la agrupación de las parroquias Cacique Mara, Cecilio Acosta y Cristo de Aranza del municipio Maracaibo, eligiendo 1 diputado; **(viii)** *Circunscripción 8*: Queda conformada por la agrupación de las parroquias San Isidro, Francisco Eugenio Bustamante, Luis Hurtado Higuera y Manuel Dagnino del municipio Maracaibo, eligen 1 diputado; **(ix)** *Circunscripción 9*: Se mantienen el municipio San Francisco como un circuito uninominal; **(x)** *Circunscripción 10*: Se mantienen agrupados los municipios Miranda, Santa Rita y Cabimas, como un circuito uninominal; **(xi)** *Circunscripción 11*: Se mantienen agrupados los municipios Simón Bolívar, Lagunillas, Valmore Rodríguez y Baralt, como un circuito uninominal; y **(xii)** *Circunscripción 12*: Queda conformada por los municipios Colón, Catatumbo, Francisco Javier Pulgar y Sucre, como un circuito uninominal.

Aquí vemos como el gobierno pretende cambiar la realidad electoral de los circuitos al desmembrar un municipio en varias circunscripciones y así modificar la geografía electoral del Estado, obviando su tradición electoral, las realidades económicas, sociales y culturales que mantienen los municipios entre sí. Los habitantes del Municipio Maracaibo votarán por cinco diputados de forma aislada.

Señala a este respecto el Informe SÛMATE:

De haberse utilizado algún criterio técnico que permitiera justificar esta modificación en la circunscripción del municipio Maracaibo, cabría esperarse que este tipo de cambio se aplicara análoga y homogéneamente en otros casos similares. Por ejemplo, se hubiera podido esperar que también fuera desmembrada la circunscripción plurinominal del municipio Caroní del estado Bolívar, o el circuito 1 del estado Monagas.

Sin embargo, por un lado el CNE desmembró el municipio Maracaibo del estado Zulia en cinco circuitos, mientras que por otro dejó intacto el municipio Caroní del estado Bolívar y el circuito 1 de Monagas, que elige cada uno a tres diputados, respetando en estos casos la tradición electoral del estado. El municipio Caroní, por ejemplo, se pudo haber dividido en tres circunscripciones uninominales con índices poblacionales de 0,96, 1,06 y 0,98."

El tercer factor viene dado por la disposición de prohibir que los resultados de las elecciones nominales incidiesen en la adjudicación de escaños vía listas electorales, ya que se abolió el SRP de las minorías, para constituirse en un SRP de los partidos, en el cual resulta más beneficiado

el partido político que haya obtenido la mayor votación en la correspondiente entidad federal.

El efecto de todos estos factores es, inexorable e infaliblemente, la sobrerrepresentación de las organizaciones con fines políticos más votadas y la subrepresentación de las menos votadas, ocasionando consecuentemente, un resultado similar al de los Estados cuyo sistema electoral adopta el denominado Sistema Mayoritario.

2. El impacto de la adopción del sistema electoral paralelo en la representatividad de las elecciones legislativas de 2015

En diciembre del año 2015, se llevó a cabo una nueva elección de los miembros de la Asamblea Nacional, de conformidad con la elección quinquenal que prescribe el texto constitucional venezolano y para ello haremos el correspondiente análisis, el cual comprende su actualización mediante el examen de los resultados de los comicios legislativos llevados a cabo en el año 2015 para la elección de los diputados a la Asamblea Nacional.

Efectivamente, en el año 2015 se llevaron a cabo los comicios que constitucionalmente correspondían para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, bajo la vigencia de la LOPE en los cuales se replicaron las mismas anomalías en cuanto a la desproporción en la conversión de votos en escaños que ya había ocurrido en 2010 con la disimilitud que en esta segunda ocasión quien resultó ganancioso con la incongruencia porcentual fueron los partidos políticos de la oposición venezolana, la cual agrupada en una alianza electoral denominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD) con el 56,21% de los votos válidos, vale decir, 7.728.025 sufragios –de un total nacional de 13.747.450– logró obtener 109, vale decir, el 65,27% de los escaños legislativos de la Asamblea Nacional; en cambio, la alianza electoral Gran Polo Patriótico (GPP) con el 40,92% de los votos válidos, vale decir, 5.625.248 sufragios, logró obtener 55, vale decir, el 32,93% de los curules de la Asamblea Nacional, evidenciando una desigualdad proporcional al momento de la conversión de votos en escaños que origina una sobrerrepresentación de las organizaciones con fines políticos más votadas y una subrepresentación de las menos favorecidas en votos al momento de la elección, producto de la errada política establecida por el legislador electoral; ya que si tuviésemos una legislación que permitiese la adjudicación de escaños por listas electorales de forma porcentual, como ocurría en las anteriores leyes especiales sobre la materia –LOSPP y EEPP–, en justicia electoral, a la MUD con el 56,21% de los votos válidos le hubiese correspondido la adjudicación de un aproximado de 92 diputados, lejos de los 109 obtenidos, con una diferencia a favor de 17 diputados más, mientras al PSUV, la mayor organización política del GPP, le hubiese correspondido con el 40,92% de los votos válidos que se le adjudicaran 67 diputados, 12

diputados más de los conseguidos y los cuales establecen una diferencia en contra; lo cual se agrava aún más cuando se entra a analizar las manipulaciones realizadas por el CNE en la conformación de la magnitud de las distintas circunscripciones electorales.

Fue este sistema electoral ideado por el chavismo en el año 2009, para no perder el control de la Asamblea Nacional en las elecciones legislativas de diciembre de 2010, lo que hizo que en el año 2015 la MUD, obtuviera 109 diputados electos, los cuales aunados a los 3 diputados representantes de las etnias indígenas, que son electos nominalmente en circunscripciones electorales especiales, hizo que los partidos de la oposición democrática obtuviesen un total de 112 diputados, es decir, la mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, la cual viene a ser, la mayoría más ardua y exigente requerida por el constituyente con la cual se puede lograr la aprobación de leyes orgánicas, así como para el nombramiento y destitución de los jefes de la Rama Judicial (magistrados del Tribunal Supremo de Justicia); de la Rama Ciudadana (Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República) y de la Rama Electoral (rectores electorales) del Poder Público Nacional.

Razón por la cual, resulta de PEROGRULLO concluir, que la miope política pública establecida por el legislador electoral en el 2009, para solucionar en el 2010 un problema puntual, terminó, *a posteriori*, perjudicando a sus propios creadores y lesionando el pluralismo político que como principio de justicia electoral debe estar presente en toda sociedad democrática.

Este sistema impuesto por el legislador electoral de 2009, limita la representación proporcional sólo al voto lista, además, suprime el mecanismo o modalidad de sistema de representación proporcional compensatorio, mejor conocido, como sistema de representación proporcional de las minorías, ya que elimina el "correctivo" de reducción de los diputados obtenidos en circunscripciones electorales nominales, dejando al número máximo que les corresponde según la lista la adjudicación mediante el sistema de representación proporcional puro y simple, lo cual termina por favorecer a los partidos políticos más votados. Así también, la LOPE, legaliza distorsiones en la representación proporcional con relación al número de diputados adjudicables por el sistema de representación proporcional en cada entidad federal, prescribiendo arbitrariamente el número de cargos adjudicables en relación con el número de representantes que arroje la respectiva entidad federal a la Asamblea Nacional.

Razón por lo cual, se reitera que el sistema electoral instituido por la LOPE es desigual y anti pluralista, lo que lo hace injusto y antidemocrático, ya que un sistema electoral debe reflejar de forma adecuada o proporcional a la fuerzas sociales y políticas que se miden en un proceso

comicial y que luego se traducen en un número determinado de escaños a nivel de sus órganos legislativos nacional, estatales, distritales y municipales.

3. La coyuntura política y anomalía jurídica del sistema electoral en la representatividad de la convocatoria a las elecciones legislativas de 2020

En el año 2020, año hecatómbico por la pandemia global COVID-19 y su negativo impacto en la economía mundial y muy especialmente en la ya maltrecha economía venezolana, a requerimiento de los poderes facticos que detentan el control político en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia procedió a declarar la omisión legislativa y con ello a nombrar interinamente a los cinco miembros del Consejo Nacional Electoral.

Acto seguido, en sentencia N° 68 de fecha 05-06-2020, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia determinó que la forma de distribución para la adjudicación de escaños establecida para los órganos legislativos en los artículos 14 y 15 de la LOPE era contraria al espíritu de lo dispuesto por el constituyente en el artículo 63 constitucional y con fundamento a ello desaplicó las prenombradas disposiciones de la ley electoral y ordenó al Consejo Nacional Electoral la modificación del sistema electoral establecido desde 2009 en la LOPE mediante la creación de una nueva fórmula electoral; lo cual hizo el órgano comicial mediante un instrumento normativo denominado "Normas especiales para las elecciones parlamentarias período 2021-2026", mediante el cual instauró una fórmula electoral en la que incrementó en un 66% el número de escaños a elegir en la Asamblea Nacional para según uno de los considerando del instructivo electoral: *"lograr un equilibrio en el sistema electoral entre el voto lista y el nominal"*.

Estas normas no solo generan un cambio en el sistema electoral vigente, sino que también son abiertamente contrarias al texto de la Constitución de la República, ya que modifica los cálculos de base poblacional, claramente establecidos en el artículo 186 constitucional. Además, la inclusión de una supuesta lista nacional de 48 diputados es una violación, adicional, al sistema federal de gobierno que establece la ley fundamental venezolana y que los diputados serán electos en cada entidad federal.

De igual forma, se ha expuesto que la normativa electoral no puede modificarse con menos de seis meses de antelación a la fecha de las elecciones en cuestión por mandato expreso del artículo 298 constitucional, además del hecho que la regulación de la instauración o modificación de las distintas modalidades del sistema electoral en Venezuela, forman parte del principio de la reserva legal, por lo que solo la Asamblea Nacional puede reformar o sustituir la LOPE, ya que la potestad

reglamentaria del CNE no comprende la posibilidad de alterar el sistema electoral previsto en la ley, por lo que esos reglamentos y normativas especiales estarían viciadas de inconstitucionalidad y serían, eventualmente, objeto de la declaratoria de nulidad absoluta.

Así las cosas, resulta evidente que las “Normas especiales para las elecciones a la Asamblea Nacional período 2021-2026”, violan el artículo 186 de nuestra *Norma Normarum* que establece expresamente que la composición de la Asamblea Nacional será, citamos: “según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país”; razón por la cual, la resolución del Consejo Nacional Electoral afecta el procedimiento establecido para determinar la conformación numérica de los diputados y, por ende, altera, sensiblemente, el número de integrantes de la Asamblea Nacional, pues según la citada regla constitucional, cada entidad federal tendrá tantos diputados como le corresponda por base poblacional, los denominados diputados poblacionales, más tres diputados adicionales por cada entidad federal, denominados doctrinariamente diputados territoriales y es la suma de todos ellos, los diputados poblacionales más los territoriales, lo que va a determinar el número total de diputados que arroje cada entidad federal al legislativo nacional, siendo la suma de la totalidad de los diputados de las veinticuatro entidades federales lo que determine la integración completa del número de miembros que conformaran la universalidad de la plenaria de la Asamblea Nacional.

Para las elecciones parlamentarias a celebrarse este año 2020, el Consejo Nacional Electoral decidió arbitrariamente aumentar el número de escaños, sin justificar las razones, jurídicas ni técnicas, para adoptar esa decisión ni mucho menos exponer los criterios o la base de cálculo usada para incrementar ciento diez curules más.

Lo anterior, no solo revela que la normativa emitida por el írrito Consejo Nacional Electoral vulnera el artículo 186 constitucional, sino que violenta el principio de la reserva constitucional, es decir, la integración de la Asamblea Nacional mal podía ser modificada por el Consejo Nacional Electoral, pues es una potestad exclusiva del Poder Constituyente, que solo puede ser modificada por la voluntad del pueblo, mediante enmienda o reforma constitucional. Esto conduce a su vez a la vulneración de los principios constitucionales de supremacía constitucional, artículo 7, así como de separación orgánica de las ramas del Poder Público, artículo 136, ambas garantías democráticas necesarias para la existencia del Estado de derecho.

Llama la atención, además, que, presumiblemente, para calcular la base poblacional se está tomando en cuenta a la población que se encuentra en el extranjero, calculados en un número aproximado a los cinco millones de venezolanos dispersos a nivel mundial, en su mayor parte por distintos países de América Latina, España y Estados Unidos

de América; aunque en la práctica no se les permita a estos ciudadanos venezolanos ejercer su derecho al sufragio desde el exterior del país.

No obstante, en las condiciones *ut supra* referidas, el Consejo Nacional Electoral convocó a un proceso comicial para la elección de 277 diputados –número que no tiene fundamentación jurídica ni técnica como hemos expresado y que solo responde a la racionalidad política de conveniencia del partido gobernante–; así tenemos, que de estos 110 diputados adicionales creados por el Consejo Nacional Electoral el 52%, vale decir, 144 diputados serán electos por listas electorales mediante el sistema de representación proporcional y el restante 48%, vale decir, 133 diputados serán electos nominalmente en las 87 circunscripciones electorales nominales, ya existentes desde las elecciones del año 2015.

De esos 133 diputados, 130 serán electos en circunscripciones electorales nominales convencionales u ordinarias y los 3 representantes de las etnias indígenas en las tres circunscripciones electorales especiales establecidas en la Constitución de la República de 1999 para ello, las cuales eligen cada una un diputado indígena a la Asamblea Nacional.

De igual forma, del 52% de los diputados seleccionados por listas electorales, 48 serán electos en una lista electoral única de circunscripción nacional, cuya adjudicación se realizará utilizando como formula electoral el método de D'HONDT y aplicando la modalidad del sistema de representación proporcional compensatorio, conocido coloquialmente como sistema de representación proporcional de las minorías, cuya votación no será directa por parte de los electores a la lista electoral, sino que la adjudicación de esos escaños será el resultado de la suma del total de los votos listas obtenidos por cada partido político en cada una de las entidades federales estatales y los restantes 96 escaños serán electos por cada una de las listas electorales estatales en la circunscripción de la respectiva entidad federal.

4. La violación de los derechos políticos de las comunidades indígenas en la convocatoria a las elecciones legislativas de 2020

Mención aparte y especial, requiere la explicación de la ininteligible, atrabiliaria y destemplada decisión del Consejo Nacional Electoral en suprimir la elección directa, primaria o de primer grado de los diputados representantes de las etnias indígenas, lo cual también es conculcatorio del texto constitucional y de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Así pues, tal como lo hemos expresado en párrafos anteriores, el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de la potestad reglamentaria establecida en el numeral 1 del artículo 293 constitucional, dictó un acto administrativo de carácter general denominado “Reglamento Especial para Regular la Elección de la Representación Indígena en la Asamblea

Nacional 2020”, en el cual estableció que para la elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas deberá cumplirse el siguiente procedimiento: **(i)** Los pueblos y comunidades indígenas deberán reunirse en Asambleas Comunitarias, de conformidad con la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, allí elegirán, a mano alzada, a sus voceros, los cuales variarán en número en función de la demografía de cada comunidad indígena. Estos voceros actuarán en nombre y representación de sus respectivas Asambleas Comunitarias en un órgano llamado Asamblea General; **(ii)** Las Asambleas Generales estarán conformadas por los voceros electos del seno de los pueblos y comunidades indígenas de las Asambleas Comunitarias. Se conformará una Asamblea General por cada entidad federal de la circunscripción indígena. Luego, los voceros reunidos en Asambleas Generales tendrán la potestad de elegir, a mano alzada, un total un Diputado como Representación a la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas por cada región; **(iii)** Estas Asambleas Generales sesionarán en los respectivos Estados que conforman las tres circunscripciones electorales especiales de los pueblos indígenas, llevándose a cabo en los Estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Mérida, Monagas, Sucre, Trujillo y Zulia; y **(iv)** Quedará electo y en consecuencia le será adjudicado el cargo de diputado, por la representación indígena, al candidato con mayoría relativa de votos válidos, hecha la sumatoria de todos los sufragios emitidos por los voceros en las distintas Asambleas Generales de las respectivas entidades federales que comprendan la correspondiente circunscripción electoral especial indígena de la cual se trate.

Resulta evidente, que el procedimiento de elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas establecido en el “Reglamento Especial para Regular la Elección de la Representación Indígena en la Asamblea Nacional 2020” viola el principio de reserva legal, ya que la regulación de la materia electoral relativa al sistema electoral a instaurar solo puede ser establecido por la Asamblea Nacional y también conculca el derecho al sufragio, ya que suprime la elección mediante el ejercicio del sufragio universal, directo y secreto; creando una elección de segundo grado o indirecta, que además transgrede el secreto del voto al instituir su ejercicio en público, a mano alzada, en una asamblea comunitaria, constituyendo todo esto una violación tanto a los artículos 63 y 186 de la CRBV como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en contra de las comunidades indígenas al transgredir tratados, convenios, acuerdos, pactos y resoluciones internacionales en materia de derechos humanos celebradas y ratificadas por la República como la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pactos de Nueva York) o la Carta Democrática Interamericana que es una resolución de la plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) es flagrantemente contraventora de los artículos 23 y 24 y de los estándares o límites establecidos en la sentencia sobre el caso Yatama, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual el Estado tiene la obligación de arrogar todas las prevenciones indispensables para garantizar que los miembros de las colectividades indígenas puedan concurrir, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos de naturaleza política que incidan o puedan incidir en sus derechos ciudadanos.

Razón por la cual, resulta meridianamente irrefutable que la abolición del sufragio universal, directo y secreto vulnera esas pautas al impedir la libre y universal participación de las comunidades indígenas en los asuntos públicos.

En fecha 14-08-2020, en sesión permanente del directorio del Consejo Nacional Electoral, se aprobó la reforma de los artículos 6, 12 y 17 del Reglamento Especial, de la cual solo es relevante la modificación del artículo 17 *ejusdem*, establecedor del mecanismo de elección pública, a mano alzada, y su variación por el voto secreto, solo, en la elección de los diputados indígenas en las denominadas Asambleas Generales, pero continúa siendo una elección de segundo grado.

De este modo, el método de votación de los voceros para la elección de los diputados de la representación indígena se efectuará mediante voto secreto y manual con base en las boletas y demás instrumentos electorales que emitirá el Consejo Nacional Electoral.

Conclusiones

La primera conclusión es que desde el punto de vista de la juridicidad del sistema electoral paralelo adoptado por la LOPA, no puede afirmarse que el texto legal adolezca de algún vicio de inconstitucionalidad *in abstracto*, vale decir, no es directamente contrario a la letra del texto constitucional.

La segunda conclusión es que, no obstante lo afirmado en la primera conclusión, al ser analizado desde la perspectiva de la constitucionalidad *in concreto*, vale decir, de sus efectos, observamos que la aplicación del sistema electoral paralelo produce un efecto lesivo en la representatividad política que violenta el pluralismo, ya que ocasiona serias distorsiones en la conformación de las mayorías parlamentarias, razón por la cual, siendo el pluralismo uno de los principios del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que se encuentra expresamente prescrito en los artículos 2 y 6 de la CRBV, resulta lógico concluir que la LOPE adolecería del vicio de inconstitucionalidad por vía refleja o indirecta.

La tercera conclusión es que la adopción del denominado sistema electoral paralelo para la elección de cargos en los órganos legislativos, al violentar el principio del pluralismo en la representatividad de los partidos políticos, conculca también a la democracia como valor en que se fundamenta el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, razón por la cual también se puede afirmar que el sistema electoral adoptado por la LOPE es formalmente antidemocrático, o por lo menos, contrario a uno de los principios fundamentales del valor de la democracia como lo es el pluralismo, aun cuando ello pueda ser discutible en la acepción material de democracia.

La cuarta conclusión, es que la distorsión en la representatividad política creada por el sistema electoral paralelo establecido en la LOPE, trae como consecuencia en la práctica, como ya dijimos, una sobrerrepresentación inadecuada de los partidos mayoritarios y una subrepresentación impropia de los partidos minoritarios.

La quinta conclusión, está referida al hecho que los problemas políticos coyunturales no pueden ser resuelto mediante la modificación de mecanismos institucionales del sistema democrático, como lo es el sistema electoral y que al igual que en el 2010 resultaron favorecidos desproporcionadamente las fuerzas del entonces Gobierno nacional; luego en el 2015 resultaron perjudicadas, porque ese sistema electoral no favorece a un gobierno, *per se*, sino al partido o plataforma electoral que obtenga la mayoría de votos válidos.

En sexto lugar, se concluye que estos cambios en la legislación electoral parecieran pretender restarle representación parlamentaria, en la Asamblea Nacional, en los Consejos Legislativos Estadales, en los Cabildos Distritales y en los Concejos Municipales, a los sectores no oficialistas, lo que indefectiblemente, en nuestra opinión, hace del nuevo sistema electoral adoptado por el legislador venezolano en la LOPE, un sistema políticamente antidemocrático desde el punto de vista formal, vale decir, dentro de lo que es el espíritu idiosincrático de la concepción de democracia definida tanto por la Carta Democrática Interamericana como por la Constitución Política venezolana.

En séptimo lugar, resulta incontrovertible que la convocatoria a elecciones legislativas de diciembre de 2020, se encuentran viciadas de ilegalidad e inconstitucionalidad y por tal motivo su realización está sujeta jurídicamente al reproche de nulidad absoluta y políticamente al desconocimiento por parte de la población y la comunidad internacional, deslegitimando más al chavismo.

Razón por la cual, como resultado final, creemos que resulta imprescindible que los distintos actores lleguen a un gran acuerdo nacional que establezcan las condiciones necesarias para hablar de la existencia de un proceso electoral libre, justo y competitivo, para llevar a cabo las

elecciones legislativas nacionales, las cuales a nuestro juicio son: **(i)** Elección de nuevos rectores electorales de conformidad con las disposiciones constitucionales; **(ii)** Depuración y actualización del Registro Electoral, permitiendo la inscripción y ejercicio del sufragio de los venezolanos residentes en el exterior; **(iii)** Habilitación de todas las organizaciones con fines políticos que fueron inhabilitadas tanto por el Consejo Nacional Electoral como por el Tribunal Supremo de Justicia; **(iv)** Restablecer los derechos ciudadanos de carácter político a todos los venezolanos que han sido ilegal e inconstitucionalmente inhabilitados por la Contraloría General de la República; **(v)** Libertad plena para todos los presos políticos; **(vi)** Restablecimiento del número de centros de votación y mesas electorales que estuvieron en funcionamiento en la elección de la Asamblea Nacional del año 2015; **(vii)** Garantizar las condiciones para la existencia de la más amplia observación electoral calificada por parte de veedores u observadores nacionales e internacionales; **(viii)** Respeto a las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015; **(ix)** Respeto a la inmunidad parlamentaria de los diputados de la Asamblea Nacional electos en el año 2015; y **(x)** Que el resultado de cada mesa electoral sea el producto de la conciliación entre el computo electrónico de las máquinas de votación y el conteo manual de las papeletas sufragadas por cada elector en las urnas de votación y que en caso de incompatibilidad numérica prevalezca el resultado del conteo manual de las papeletas electorales por encima del cómputo electrónico con la finalidad de dar mayor confianza y fiabilidad a los resultados electorales. ■

El régimen jurídico de las plataformas costa afuera

Daniel GAITEIRO LÓPEZ*

REDAV, N° 21, 2020, pp. 161-208

Resumen: El objetivo fundamental de la presente investigación es efectuar un estudio comparado del régimen jurídico de las plataformas costa afuera, a fin de definir su naturaleza y evolución jurídica, analizar su régimen regulatorio según la legislación y doctrina venezolana; y presentar el régimen jurídico de las plataformas costa afuera en los tratados internacionales y en algunas legislaciones foráneas.

Palabras clave: Derecho comparado – Hidrocarburos – Plataformas petroleras.

Abstract: *The fundamental objective of this investigation is to carry out a comparative study of the legal regime of offshore platforms. the specific objectives to define their nature and legal evolution, analyze their regulatory regime according to Venezuelan legislation and doctrine and study the legal regime of the offshore platforms, in the international treaties and in some foreign legislations.*

Keywords: *Comparative law – Hydrocarbons – Oil platforms.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

10-05-2021

Introducción

El comercio internacional tiene su origen en la antigüedad, cuando las antiguas civilizaciones descubren la agricultura y empiezan a desempeñarse en esta actividad para satisfacer sus propias necesidades.

Con el transcurrir de las décadas la actividad fue sufriendo una evolución gracias a las mejoras tecnológicas, el uso de herramientas y una importante intervención de los animales en la actividad, por lo que el conjunto de bienes producto de la agricultura fueron multiplicándose al punto de obtener cosechas mayores a las requeridas por la comunidad.

Como consecuencia de lo anterior, las comunidades empiezan a intercambiar sus excedentes con las poblaciones vecinas a cambio de otros bienes y servicios, evitando de esta manera la putrefacción de sus cosechas remanentes, a cambio de otros pudieran satisfacer otras necesidades.

A raíz de esto, las civilizaciones comienzan a desarrollar el comercio, mediante lo que se denominó el trueque; las comunidades continúan

* Abogado y especialista en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior por la Universidad Central de Venezuela.

cosechando productos, empiezan a elaborar bienes y ofrecer servicios con la finalidad de intercambiarlos por otras posesiones o prestaciones de igual o similar valor con las poblaciones vecinas, ahora con la finalidad no solo de satisfacer las necesidades de los pobladores, sino de intercambiar productos innovadores y tecnológicos que pudieran ayudarlos a desempeñar las distintas actividades del día a día, así como desarrollar posteriormente los productos recibidos como consecuencia del intercambio.

A raíz del surgimiento del intercambio comercial, se introduce el factor de la moneda a las transacciones de comercio entre los distintos Estados constituidos. Éstos comienzan a producir bienes y servicios para ofrecerlos y venderlos a otros Estados en aras de abastecer sus mercados locales y proveerse a su vez de divisas a través de las exportaciones de sus productos.

El intercambio comercial internacional fue evolucionando en gran parte gracias al desarrollo de la navegación. La navegación por vía marítima ha sido objeto de especial atención para el desarrollo y crecimiento del comercio internacional, ya que los pueblos decidieron intercambiar y vender sus mercancías no solo con los pueblos circundantes a sus fronteras, sino que decidieron ir más allá, recorriendo miles de kilómetros para ofrecer sus productos a cambio de mayores ganancias así como, la obtención de artículos a mejores precios.

Los Estados a través de los siglos, han visto incrementada su necesidad de proveerse de divisas a través de las exportaciones de bienes, los cuales han ido variando en base al momento histórico que se estuviere viviendo. Buscando de esta manera exportar productos que reportaran grandes ganancias a menores costos de producción.

De esta manera los pueblos en pro de obtener mayores ganancias de sus mercancías, fueron explotando diversas áreas de producción, pasando de la agricultura, la pesca, la ganadería a la explotación de minerales. Es por esto, que siglos después, a finales del siglo XIX, con la invención del motor de combustión interna empieza a tener gran importancia el petróleo y sus derivados, iniciando de esta manera el auge de la industria petrolera, existente hasta la actualidad y siendo un componente importante en la política, la sociedad, la economía y la tecnología.

El petróleo ha generado un impacto positivo en la economía de todos aquellos Estados afortunados en disponer y explotar este recurso, proporcionándoles un desarrollo económico, social y tecnológico, y mejorando en la gran mayoría de los casos la calidad de vida de sus habitantes.

La explotación petrolífera en el transcurso de éstos casi 150 años ha ido evolucionando y buscando nuevas formas de exploración y explotación, que sean más productivas, generen mayores ganancias a menores

costos y evitando sobre todo, los daños colaterales que esta actividad genera al medioambiente y a la sociedad. Es así como, la industria petrolera pasó de la extracción del mineral bajo métodos anticuados, costosos y de altos riesgos, a una explotación segura, con alta tecnología e incluso procediendo a la extracción del mineral no solo bajo tierra, sino a la extracción en el lecho marino con la utilización de grandes plataformas petrolíferas.

De esta manera, es importante destacar que la explotación del petróleo ha generado un gran impacto en dos factores que en este trabajo interesa resaltar:

a) El comercio marítimo ha conseguido un alto desarrollo tecnológico en el sector naval, que se aprecia en la construcción de buques y en las operaciones de éstos, debido a que el principal medio utilizado para el transporte de este recurso y sus derivados, ha sido precisamente la vía marítima. Por esta razón los medios para el transporte y para el manejo del mineral han ido cambiando con la práctica para que se construyan buques más seguros y se ejecuten controles más rígidos con el fin de evitar desastres y mantener un comercio seguro y dinámico.

b) En el derecho se ha logrado que los legisladores y doctrinarios, debido al auge de la utilización de buques para el transporte del petróleo y sus derivados, dedicaran sus mejores esfuerzos en regular la actividad mediante un conjunto de normas preventivas y reactivas, para hacer de esta, una actividad mucho más segura para la comunidad internacional y el medio ambiente, así como, buscando medidas reactivas en caso de incidentes, para que la comunidad sepa como encauzar sus esfuerzos en caso de materializarse algún riesgo propio de la actividad comercial petrolera. De igual manera, los legisladores y profesionales se han dedicado a elaborar manuales y códigos que buscan reglamentar el sector naval en lo que concierne a la construcción de buques y la seguridad operacional de éstos, para hacer una actividad más segura y con la mayor precisión posible, tratando de minimizar los errores humanos en el desarrollo de la actividad.

El objetivo fundamental de esta investigación es efectuar un estudio comparado del régimen jurídico de las plataformas costa afuera, estudiando su naturaleza jurídica y el régimen regulatorio bajo la legislación y doctrina venezolana, los tratados internacionales y legislaciones foráneas.

La importancia de este trabajo radica en la creciente utilización de las plataformas para la explotación petrolífera y dada la falta de regulaciones legislativas sobre la naturaleza jurídica de estas, se considera que es necesario su estudio. El investigador está consciente que será poca la doctrina y la jurisprudencia nacional en la que podrá apoyarse, sin

embargo los resultados servirán de fuente documental al codificar en este estudio la información existente, en aras de facilitar su comprensión.

Con esta investigación se aspira hacer un aporte jurídico-dogmático que pueda servir de base de estudio y análisis a futuros investigadores y estudiosos que se interesen en dicha institución.

I. Las plataformas costa afuera

El término costa afuera, frecuentemente utilizado en el contexto de las plataformas costa afuera, deviene del término anglosajón *offshore*, el cual se encuentra definido en el Cambridge Dictionary como “*away from or at a distance from the coast*”¹, traducido como *lejos de o a cierta distancia de la costa*; entendiéndose de esta manera como instalaciones que se encuentran en el mar lejos o a cierta distancia de tierra.

Estas instalaciones ubicadas lejos de la costa son de variada índole, pudiendo encontrar desde oleoductos submarinos (*pipelines offshore*), buques de apoyo en altamar (*offshore support vessels*) hasta el objeto de estudio del presente trabajo como lo son las plataformas costa afuera (*offshore platform - offshore rigs*). De esta manera, las plataformas costa afuera, se encuentran definidas en el Oxford Advanced Learner’s Dictionary como “*a structure with which to extract oil from under the ground or under the sea*”², es decir, una estructura con la que se extraen hidrocarburos desde debajo de la tierra o debajo del mar.

Por su parte, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a las plataformas petrolíferas como “*Una instalación destinada a las prospección y extracción de petróleo del subsuelo marino*”³.

Una vez hecha una introducción al tema con una conceptualización genérica de las plataformas costa afuera con las definiciones previamente expuestas, es importante destacar que en el desarrollo del presente trabajo se manejarán los términos “plataformas costa afuera” y “plataformas offshore” como una sinonimia, sin algún tipo de distinción entre ambas.

Por su parte, el desarrollo petrolero costa afuera consiste en la exploración, explotación y desarrollo de los yacimientos petrolíferos y gasíferos que se encuentran bajo la superficie terrestre y el lecho marino. Para el tema que ocupa desarrollar, acerca de las plataformas costa afuera, es importante retrotraerse a los orígenes de estas en el transcurso de la historia.

¹ CAMBRIDGE DICTIONARY: Offshore. <https://bit.ly/3lXh2J>

² OXFORD DICTIONARY: Offshore. <https://bit.ly/3pDyGTH>

³ RAE: Plataforma Petrolífera. <https://bit.ly/3lwKExv>

Variados son los orígenes que intentan explicar a qué época se remontan las plataformas offshore; el primero se retrotrae a la Bahía de Bibi-Heybat en Baku, Azerbaiján, cuando en el año 1803 un habitante de la localidad llamado Gasimbey Mansurbeyov, mediante el uso de palas y equipamiento no especializado perforó el primer y segundo pozo de petróleo de la bahía de Bibi-Heybat a una distancia de 18 y 30 metros de la costa. Posteriormente en el año 1846, en la misma localidad y bajo el mando del ingeniero F.N. Semyenov fue perforado a 21 metros de profundidad el primer pozo petrolero haciendo uso de procedimientos mecánicos. Años después, en el Gran Lago St. Marys, en Ohio, Estados Unidos, fueron construidas unas plataformas en madera para la perforación de los primeros pozos de petróleo que se encontraban a una profundidad de 3 metros de la superficie marina.

Los antecedentes en Venezuela se remontan a inicios del Siglo XX en el Lago de Maracaibo; cuando se construyeron las primeras plataformas para la extracción de hidrocarburos a base de madera, con una profundidad de entre 10 y 20 metros.

La construcción de las plataformas fue en constante evolución gracias al desarrollo tecnológico con el curso de las décadas, así como por la búsqueda de vías más económicas, resistentes y que generaran una mayor seguridad operacional. De esta manera se pasó de la elaboración de plataformas en madera, a través del uso de troncos con unas determinadas especificaciones y tratamientos especiales provenientes de Estados Unidos, a la elaboración de estas en concreto, vigas y estructuras metálicas con tratamientos resistentes a la corrosión; lo que permitió que el desarrollo petrolero pudiera llevarse a cabo a mayor distancia de la costa, extrayendo hidrocarburos a considerables profundidades con mejores sistemas de seguridad, así como extendiendo la vida útil de estas estructuras.

La constante búsqueda en la tarea de extraer hidrocarburos a mayores distancias de la costa permitió que gracias a los desarrollos científicos y tecnológicos las plataformas evolucionaran, haciendo a estas cada vez más independientes y autosustentables, por medio de plantas de procesado, almacenes de hidrocarburos, construcción de helipuertos, sectores habitacionales con capacidad para una tripulación de hasta 250 personas, comedores, antenas de telecomunicaciones, plantas de desalinización y de tratamiento de aguas negras, entre otras.

Actualmente se consumen en el mundo 80 millones de barriles de combustibles fósiles, sin embargo; tres cuartas partes del planeta están compuestas por agua, es por esto que cerca del 60% de la producción mundial de hidrocarburos se extraen y producen en las más de 6.000 plataformas offshore que hacen vida en nuestro planeta, las cuales permiten extraer hidrocarburos a más de 2.000 metros de profundidad sin discriminar en océanos ni condiciones ambientales.

Así, de regreso a la definición de las plataformas costa afuera, podríamos decir en un sentido más técnica que ellas son infraestructuras de grandes dimensiones ubicadas lejos de la costa, las cuales pueden encontrarse flotantes o fijas al lecho marino y tienen como función principal la exploración, explotación y procesamiento de hidrocarburos del lecho marino para exportarlo a la costa mediante oleoductos submarinos o embarcaciones.

Por las actividades que desempeñan, como es la manipulación y extracción de crudo y gas natural, así como por encontrarse ubicadas en alta mar, la gran mayoría están expuestas a los riesgos propios del mar y a condiciones meteorológicas adversas, como lo son la corrosión, los oleajes, las tormentas, los abordajes, entre otros. En otras palabras:

Una plataforma marina se describe como una instalación industrial localizada costa afuera, cuya función original fue la extracción del petróleo y gas natural de los yacimientos del lecho marino.

La estructura de una plataforma marina fija al fondo del océano está constituida de acero, compuesta de marcos, vigas, columnas, arriostramientos, elementos diagonales y puntales principalmente; que dan soporte a los diferentes equipos, herramientas y personal que desarrolla la explotación de hidrocarburos costa afuera⁴.

1. Las etapas de las operaciones offshore

Para que una plataforma offshore inicie las operaciones de extracción y procesamiento de gas natural o petróleo, se llevan a cabo un conjunto de etapas previas que determinaran en primer la ubicación del yacimientos y en segundo lugar, la viabilidad para la extracción o no de hidrocarburos en esa zona. De igual forma, una vez que se ha culminado con la extracción de hidrocarburos de un pozo, se hace necesario el cumplimiento de un conjunto de etapas para el cese de las operaciones de extracción, para dejar el yacimiento estable y seguro, que no genere riesgos de contaminación al medioambiente ante posibles fugas, ni pérdidas humanas debido a la emulsión de gases, explosiones, entre otros factores. Es por esto que las operaciones offshore se encuentran divididas en las siguientes etapas:

a) *Exploración*: esta fase tiene como finalidad la búsqueda y ubicación de yacimientos en el lecho marino. Mediante un conjunto de estudios geofísicos y geológicos, se determina una zona, en la que un buque de exploración, equipado con un sistema especializado se encargará de navegar cubriendo una determinada zona geográfica, con la finalidad de encontrar yacimientos de hidrocarburos en el lecho marino.

⁴ CABALLERO DÍAZ, José R.: *Ingeniería costa afuera orientada al diseño estructural de una plataforma marina fija tipo jacket, para tirantes de aguas someras, instalada en el Golfo de México*. UNAM. México D.F., 2014, p. 22.

El método geofísico que se emplea para la detección de yacimientos de hidrocarburos es el denominado prospección sísmica de reflexión⁵, el cual se suele realizar las 24 horas del día, en el transcurso de unas tres semanas hasta varios meses. Obtenidos los datos como resultado de la prospección sísmica y una vez que éstos han sido procesados por los geólogos y geofísicos, se podrá determinar con certeza que zona del lecho marítimo contiene yacimientos de hidrocarburos.

b) Extracción o perforación: con esta información, se procederá a constatar la veracidad de los estudios realizados, mediante la perforación del lecho marino por medio de barcos perforadores o plataformas fijas, *Jack-up* o semi sumergibles, dependiendo de las condiciones meteorológicas y del suelo.

Esta perforación no tiene por finalidad la extracción de petróleo para ser procesado y comercialización, sino la realización de estudios del yacimiento, para averiguar si resultaría rentable la explotación del pozo, en base a la cantidad de hidrocarburos, gastos en que se incurrirían, maquinaria a utilizar, entre otros.

Una vez culminadas las labores de perforación del pozo, surgen dos posibles resultados: **(i)** no resulta rentable la explotación de dicho pozo; en este caso se deberá sellar el pozo para evitar fugas de hidrocarburos y realizar la recuperación ambiental de la zona o **(ii)** resulta rentable la explotación de dicho pozo; en este caso se deberán realizar estudios técnicos del yacimiento, del suelo, condiciones ambientales de esa determinada zona geográfica, estudios de costos-ganancias, para proceder a la elaboración de la maquinaria adecuada que realizará sus actividades en dicho yacimiento.

c) Construcción: una vez realizados todos los estudios de viabilidad, se procederá a la construcción en un astillero de la plataforma, la cual se utilizará para la extracción de hidrocarburos en ese yacimiento; la culminación de la construcción suele llevar entre tres y diez años aproximadamente.

Es importante destacar la importancia de los estudios previos a esta fase, ya que cada plataforma petrolífera dispone de características que las individualizan y las hacen diferentes unas de otras; esto debido a que son construidas conforme con las zonas en las que realizarán sus operaciones; por lo que mal podría pensarse que una plataforma semi

⁵ La prospección sísmica de reflexión consiste en: "la emisión y después la captura de ondas acústicas desde instrumentos remolcados por un barco. Las ondas emitidas viajan a través del agua, penetran al fondo marino y son reflejadas desde las diversas capas subterráneas hacia la superficie, donde el barco captura, registra e interpreta los datos". GIL VILLAMER, Pedro L.: *Plataformas petrolíferas y procesos para la extracción del petróleo*. España. Universidad de La Laguna, 2015, p. 85.

sumergible, fija o *Jack up* ya construida para un determinado pozo, servirá para la extracción en otro yacimiento; o que una plataforma construida para la extracción de hidrocarburos en el Golfo de México, puede utilizarse para yacimientos en el mar del Norte, donde las condiciones geográficas y meteorológicas suelen ser bastante agresivas.

Cada ubicación de yacimiento presenta unas características geográficas, geológicas, oceanográficas, meteorológicas y ambientales que se distinguen de otras, por lo que cada plataforma y las herramientas que se utilizarán para la explotación del yacimiento se elaboran tomando en cuenta los estudios realizados con anterioridad, en los que se consideran todas las características de la zona, lecho marino, profundidad del pozo, tipo de hidrocarburo del yacimiento, entre otros; por lo tanto, cada plataforma offshore es personalizada y única de las demás.

d) Exploración o producción: en esta etapa, es cuando finalmente se da inicio a las operaciones propias de las plataformas offshore, como lo es la extracción de petróleo y gas natural, para su procesado, transporte a tierra mediante buques u oleoductos y su posterior comercialización. Es acá donde se empiezan a obtener las ganancias que cubrirán los gastos en los que se han incurrido los años previos, necesarios para llegar a esta fase, así como las ganancias que cubrirán futuros proyectos que se desarrollen en otros yacimientos.

e) Abandono: una vez que se considera que culminó la vida útil de un determinado pozo o se produce algún accidente irreparable, se procede al abandono del yacimiento, que consistirá en el desarmado de la plataforma offshore y el sellado definitivo del pozo para evitar eventuales fugas de hidrocarburos y afecciones al medio ambiente.

f) Post abandono: culminadas las actividades de explotación, desarmado y transporte de la plataforma offshore y el sellado definitivo del pozo, se realizarán estudios medioambientales para verificar el estado de la zona en la que se ha trabajado, comparando estos estudios con los realizados justos en la primera etapa (exploración); verificando de esta manera si se ha generado un impacto ambiental negativo al ecosistema.

2. Los tipos de plataformas costa afuera

Las Plataformas Costa Afuera pueden ser clasificadas en base a distintos criterios:

A. Según su sistema de soporte

a) Fijas o sumergibles: las plataformas fijas son aquellas que descansan directamente sobre el lecho marino por medio de las “piernas” de su estructura, las cuales son construidas en acero u hormigón. Normalmente este tipo de Plataformas suelen utilizarse para operaciones de extracción de hidrocarburos por debajo de los 1.000 metros de profundidad.

b) Flotantes o semi sumergibles: las plataformas flotantes son aquellas que por medio de su estructura no descansan directamente sobre el lecho marino; estas se encuentran fijadas al lecho mediante anclas, para la realización de sus operaciones de exploración o extracción y producción de hidrocarburos. A diferencia de las fijas, este tipo de Plataformas suelen utilizarse para operaciones de extracción de hidrocarburos de hasta 2.500 metros de profundidad.

B. Según la etapa en la que se encuentren las operaciones

a) Plataformas de perforación exploratoria: acá se ubican las plataformas que son utilizadas en la etapa de extracción o perforación de las actividades offshore. Las plataformas de Perforación exploratoria tienen por finalidad comprobar la veracidad de los estudios realizados en la etapa de exploración, a través de la perforación de los yacimientos de hidrocarburos, con el objetivo de verificar la existencia de combustibles fósiles, la cantidad estimada y la rentabilidad económica del pozo.

En esta categoría se ubican las siguientes: **(i) Jack Up**, que suelen utilizarse tanto para la perforación exploratoria como para la producción en mares de baja profundidad. Suelen estar apoyadas al lecho marino sobre tres piernas, con la particularidad que la cubierta puede elevarse por encima del mar; **(ii) semi sumergibles**, que cuentan con un sistema propio de propulsión para trasladarse a la ubicación geográfica que desee realizar sus actividades. Su estructura no se fija al lecho marino, sino que se fija mediante un sistema de anclas para la realización de las operaciones que tenga asignadas; y **(iii) barcos perforadores**, que son barcos, equipados con una torre de perforación, para la realización de labores exploratorias de los yacimientos de hidrocarburos.

b) Plataformas de producción: son aquellas que se construyeron conforme a las especificaciones técnicas que determinaron los estudios del yacimiento, el medioambiente en el que interactuará, entre otros factores. Estas son las que finalmente dan inicio al proceso de extracción de hidrocarburos, para procesarlo, transportarlo a tierra y posteriormente comercializarlo.

En esta categoría se ubican las siguientes: **(i) fijas (fixed platform – jacket platform)**, conformadas por una estructura que descansa del lecho marino. Están formadas en dos partes, la estructura fijada al lecho marino propiamente llamada *Jacket*, y la estructura que consiste en la cubierta (*deck*) en donde se arman las grúas, equipos de perforación, producción, entre otros. Estas no alcanzan profundidades superiores a los 500 metros; **(ii) compliant tower**, que suelen ser similares a las plataformas fijas, pero están preparadas para resistir fuertes condiciones climáticas; **(iii) plataforma con piernas tensionadas (tension leg platform – TLP)**, que son plataformas flotantes, que se encuentran fijadas al lecho

marino por medio de tendones, estando la de mayor profundidad a 1.425 metros; y **(iv)** *plataforma spar (spar platform)* diseñadas con una estructura flotante en forma de cilindro de gran diámetro y longitud que se encuentra inmerso en el mar y anclado en el lecho marino, y se encarga de sostener la cubierta de la plataforma. En la actualidad la Plataforma Spar anclada a mayor profundidad se encuentra a 2.383 metros de profundidad.

C. Según su función

Una plataforma offshore suele estar conformada por un conjunto de plataformas más pequeñas ubicadas en la misma estructura pero a distintos niveles de altura, así como pueden encontrarse aledañas a la plataforma principal; estas vienen a complementar las actividades que se llevan a cabo en la plataforma principal. Por lo que, normalmente ese “complejo industrial” puede estar conformado por las siguientes plataformas: **(i)** *plataforma de perforación*, donde se lleva a cabo la función principal, como es la perforación de un yacimiento petrolífero y la remisión de lo extraído a la plataforma de producción o a la de enlace según sea el caso; **(ii)** *plataforma de producción*, que llevan a cabo tareas de separación del petróleo y del gas, para posteriormente enviarlas a tierra por medio de la plataforma de enlace; **(iii)** *plataforma de enlace*, que se encarga de enlazar la producción de una plataforma con otra plataforma o de una plataforma con tierra; **(iv)** *plataforma de compresión*, que se encarga de la compresión del gas generado en el complejo para enviarlos a tierra o a la plataforma de producción según sea el caso; y **(v)** *plataformas habitacionales*, que son las que suelen disponer del complejo habitacional y sanitario de la gente de mar, que hace vida en la plataforma.

D. Según la profundidad de las aguas en las que operan

Se habla de **(i)** *plataformas para aguas pocas profundas (shallow water)*, aquellas aptas para realizar operaciones de exploración o producción en mares con una profundidad de hasta 350 metros; **(ii)** *plataformas para aguas profundas (deep water)*, que realizan sus actividades en mares con profundidades que oscilan desde los 351 metros hasta los 1.499 metros de profundidad; y **(iii)** *plataformas para aguas ultra profundas (ultra deep water)*, que realizan sus operaciones a profundidades por encima de los 1.500 metros.

3. Los riesgos y medidas de seguridad para la perforación en yacimientos de aguas profundas

La exploración y explotación de pozos de hidrocarburos en tierra es, *per se*, una actividad sometida a gran cantidad de riesgos, es por esto que los Estados y las Organizaciones Internacionales que rigen y supervisan la actividad, en aras de evitar la materialización de éstos riesgos, ha sometido la actividad a legislaciones y manuales muy rigurosos,

buscando de esta manera evitar la ocurrencia de catástrofes que puedan generar pérdidas de vidas humanas, daños ecológicos, operacionales y económicos; o en caso de haber ocurrido, la toma de medidas inmediatas que reparen y eviten la magnificación de los hechos acontecidos. No obstante, la explotación de hidrocarburos en alta mar, agrega más factores de riesgos a la actividad y amerita una mayor y más efectiva vigilancia de los Estados en esta materia.

Cuando se explotan yacimientos en aguas profundas las empresas se enfrentan a riesgos geológicos, geotécnicos, meteorológicos, oceanográficos, operacionales y financieros. Estos riesgos se traducen en retos y dificultades que las empresas tienen que solucionar.

Entre los riesgos latentes a los que puede estar sometida una plataforma offshore en el transcurso de la explotación de un pozo de hidrocarburos se pueden encontrar: **(i) ambientes marinos**, el oleaje, las corrientes, vientos, tormentas y corrosión suelen ser situaciones regulares en el mar, las cuales representan un riesgo en las operaciones de una plataforma costa afuera. Estos riesgos deben considerarse al momento del diseño y construcción de las plataformas; **(ii) infraestructura**, debido a las actividades que desarrollan y a su complejidad, se hace necesario renovar continuamente la infraestructura de la plataforma y los equipos que se utilizan en sus operaciones; **(iii) problemas en las perforaciones**, son un riesgo permanente los escombros que genera la perforación, las emulsiones de gases inflamables, los cambios de temperaturas en el lecho marino y el mar, así como las altas presiones del agua y de los hidrocarburos; **(iv) tecnología**, la actividad requiere la aplicación de nuevas tecnologías, automatización y aplicación de tecnología robótica, lo que se traduce en una alta inversión constante de dinero; **(v) habitabilidad**, en una plataforma pueden convivir entre 25 a 200 personas, lo que hace necesario un ambiente habitable y con medidas de seguridad óptimas para el establecimiento de una comunidad en una infraestructura aislada de la sociedad y en el medio del mar; y **(vi) equipamiento**, aunado al equipamiento operativo necesario para el desenvolvimiento regular de las actividades de extracción y procesamiento de una plataforma, se hace vital que estas cuenten con un conjunto de equipos de telecomunicaciones, posicionamiento geográfico, helipuertos, comedores, equipos de incendios, salvavidas, sistemas de anclaje, generadores eléctricos, entre muchos más.

En todo caso, una vez suscitado un desastre, es de vital importancia conocer las razones que generaron su ocurrencia, para evitar de esta manera reincidir en un futuro en los mismos errores que dieron lugar al hecho. Las vías para evitar reincidir en acontecimientos fatales pueden ser: **(i)** la redacción y aplicación de recomendaciones y regulaciones jurídicas estrictas que regulen la seguridad de las embarcaciones y de las operaciones del sector naviero, así como, **(ii)** la aplicación de avances

tecnológicos en la construcción, reformas y operación de las embarcaciones que surcan los océanos.

Los grandes siniestros marítimos de la historia tienen una estrecha vinculación con las más importantes reformas legales que han procurado regular el sector marítimo. El siniestro que da inicio a este vínculo reactivo "siniestro-reforma legal" es el hundimiento del RMS Titanic en 1912. Con ese acontecimiento, en 1914 surgió la primera versión del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS)⁶, en aras de evitar la reincidencia en los errores que permitieron la pérdida de más de 2.500 personas a bordo del Titanic. Sin embargo; JAIME RODRIGO DE LARRUCEA expone la siguiente interrogante:

Los cien años transcurridos desde el hundimiento del Titanic coincidente con el accidente del Costa Concordia nos hace plantear una pregunta fundamental: ¿los grandes avances tecnológicos y el desarrollo e implementación de una ingente normativa de seguridad marítima durante estos cien años, no descartan racionalmente la posibilidad de un gran accidente marítimo?⁷

Hasta la actualidad, lamentablemente no han cesado en su totalidad los grandes accidentes marítimos, sin embargo, todas las reformas legislativas y tecnológicas han coadyuvado a reducir la ocurrencia de grandes siniestros. No obstante, es importante destacar que, en el desarrollo de las actividades del sector marítimo, y concretamente en las de las plataformas costa afuera, se hace necesario la presencia del factor humano en todas y cada una de las labores que se desempeñan, siendo imposible el reemplazo del hombre por los avances tecnológicos o por reformas legales. Expone JAIME RODRIGO DE LARRUCEA, que:

Ni toda la normativa ni la tecnología más desarrollada pueden suplir a la persona: se podrán automatizar las máquinas, dictar cada vez normativas más exigentes, etc.; pero nunca un ordenador, por muy avanzado que sea, podrá suplir al Capitán del buque y la complejidad de sus funciones⁸.

El hombre siempre será un factor de vital importancia en todas las actividades marítimas, sin embargo, en muchas ocasiones, este mismo puede ser el principal factor de muchos de los incidentes y desastres marítimos que acontecen en nuestro planeta.

Es importante destacar que el derecho ambiental marítimo se ha caracterizado por su carácter reactivo, y en el tema bajo estudio, las grandes reformas han sido precedidas de algún gran siniestro. Siempre

⁶ Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) - International Convention for the Safety of Life at Sea.

⁷ RODRIGO DE LARRUCEA, Jaime: *Hacia una teoría general de la Seguridad Marítima*. Reial Acadèmia de Doctors. España, 2015, p. 19.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

buscando acciones correctivas al daño ocurrido y prevenir futuros siniestros marítimos.

El autor JAIME RODRIGO DE LARRUCEA, en su libro “Hacia una teoría general de la seguridad” presenta un cuadro esquemático que expone la ocurrencia de un gran siniestro y la respectiva reacción por medio de una reforma legislativa en aras de corregir y evitar futuros siniestros. La relación de causalidad “siniestro-reforma normativa” queda visualizado en la siguiente tabla:

Buque	Año	Reforma Normativa
Titanic	1912	Primera versión SOLAS 1914
Andrea Doria	1956	Nuevo COLREG 1972 sustituye versión 1960
Castillo de Montjuic	1963	Capítulo VI SOLAS-Anexo Transporte de grano
Torrey Canyon	1967	Convenio MARPOL Convenio CLC 1969 Convenio FONDOS 1971 Fondos FIDAC Constitución del Comité Jurídico OMI
Amoco Cádiz Tanio	1978 1980	Enmiendas SOLAS 1981 Memorandum Paris
Derbyshire	1980	Código BLU 1997 Enmiendas SOLAS Código CG Seguridad Bulk Carriers CSM
Herald of Free Enterprise	1987	Enmiendas SOLAS
Piper Alpha	1988	Formal Safety Assessment (FSA)
Exxon Valdez	1989	OPRC Convention USA-OPA Oil Pollution Act
Estonia	1994	Código ISM Seguridad buques ROPAX Estabilidad
Erika	1999	Paquetes ERIKA I, II Y III
Prestige	2002	Paquete Post Prestige HNS Control

II. La naturaleza y evolución jurídica de las plataformas costa afuera

1. Definición de buque

La definición de buque ha sido tanto a nivel nacional, como a nivel internacional producto de diversas opiniones y grandes debates, por la importancia que reviste la definición del mismo a la hora de la aplicación de normativas en los diversos ámbitos jurídicos en los cuales se puede ver inmerso el mismo. Se partirá del concepto de buque que consagra la legislación nacional, para posteriormente hacer una revisión exhaustiva de las convenciones internacionales más relevantes y cuyo concepto e inclusión en cada una de ellas, ha sido producto de serios debates y estudio por parte de quienes en su momento representaron a los Estados Miembros.

a) *Ley de Marina y Actividades Conexas (2014) (LMAC)*: la LMAC en su artículo 17, expresa lo siguiente: “Se entiende por buque toda construcción flotante apta para navegar por agua, cualquiera que sea su clasificación y dimensión que cuente con seguridad, flotabilidad y estabilidad”⁹. En esta definición se aprecia que la característica por excelencia está determinada por la vocación para navegar por agua, que tenga la construcción flotante; no discrimina el artículo, ni por tamaño, ni por tipo de aguas en que navegue, ni por el uso que se le dé a la embarcación. Resulta entonces apropiado deducir, en base a esta definición que las plataformas al cumplir con las características descritas (aptitud para navegar, flotabilidad, seguridad y estabilidad) son consideradas por nuestra legislación como buques.

b) *Convención internacional sobre responsabilidad civil nacida por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos 1969 (CLC 69)*: en la Convención se puede apreciar una definición de buque, al expresar en su texto que ese convenio se aplicará a todos los buques de navegación marítima que transporten hidrocarburos a granel, pero sólo los que transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburos deberán mantener un seguro de daños debidos a contaminación por hidrocarburos¹⁰.

Esta definición se refería únicamente a los buques de navegación marítima, de lo que se deduce que aquellos buques de navegación exclusiva fluvial o lacustre, quedaban exceptuados de la aplicación del mismo. Es también interesante la excepción que se hacía en el mismo de la obligatoriedad de mantener un seguro de daños por

⁹ Gaceta Oficial N° 6.153 Extraordinario del 18-11-2014.

¹⁰ En <https://bit.ly/3EDRAqi>

contaminación de hidrocarburos a aquellos buques que transportaran una cantidad inferior a las 2.000 toneladas.

c) *Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos 1992 (CLC 92)*: para los efectos de este convenio, se considera “buque” a:

...toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, del tipo que sea, construido o adaptado para el transporte de hidrocarburos y otras cargas sea considerado como tal solo cuando esté efectivamente transportando hidrocarburos a granel como carga y durante cualquier viaje efectuado a continuación de ese transporte a menos que se demuestre que no hay a bordo residuos de los hidrocarburos a granel objeto de dicho transporte¹¹.

Es interesante observar cómo se ha evolucionado de la definición que hiciera el CLC 69, a la CLC 92, en el sentido que en este último se da una definición mucho más amplia de buque, puesto que se incluye a los artefactos flotantes. Cabe preguntarse en este punto lo siguiente: dado que en la definición se expresa claramente “*construido o adaptado para el transporte de hidrocarburos y otras cargas*” ¿se podrían incluir las plataformas tengan o no propulsión propia, ya que las mismas a pesar que en su mayoría están provistas de sistemas de almacenamiento de hidrocarburos u otras cargas similares, no han sido diseñadas o construidas para “el transporte”, sino para la exploración y explotación de hidrocarburos?

Por otra parte, se mantiene la exclusión de los buques de navegación exclusivamente fluvial o lacustre, es decir, que sólo incluye a los de navegación marítima. Se entiende también del análisis de la norma precitada, que si un buque que viaje a lastre, contiene en su interior residuos de hidrocarburos producto de su trabajo como transporte de los mismos, estará incluido en la definición que de buque se da en dicha Convención y de los efectos que de ella se derivan.

d) *Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques (BUNKERS 2001)*: este convenio define al buque: “*Ship means any seagoing vessel and seaborne craft, of any type whatsoever*” (artículo 11)¹², es decir, a cualquier buque de navegación marítima y embarcaciones marítimas. Como se puede apreciar es una definición muy amplia que puede incluir cualquier buque (sin importar su tamaño y su tipo: granelero, buque portacontenedores, buque de pasajeros, remolcador, buque pesquero, lanzamiento, etc.) siempre que sea de mar.

La principal restricción incorporada en la definición es la referencia a que han de ser buques de navegación marítima. En este caso, la

¹¹ En <https://bit.ly/3pHirv4>

¹² En <https://bit.ly/3DD73FM>

definición tampoco pareciera abarcar a buques fluviales, lacustres o un buque que en la práctica nunca abandonó un puerto (por ejemplo, un pequeño remolcador de puerto que ayuda a los buques cerca del muelle durante la operación de atraque y desembarque). Por otra parte, y debido a la amplitud de esta definición se podría considerar que las plataformas con propulsión propia podrían ser susceptibles de aplicación de esta convención, este es un tema susceptible de debate jurídico.

e) *Convenio de Londres para prevenir la contaminación por los buques, de 02-11-1973, y protocolo de 17-02-1978. (MARPOL 73/78)*: del examen del Convenio MARPOL, se observa la siguiente definición de buque: “Por buque se entiende todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes” (artículo 2.4)¹³.

Se aprecia que es una definición sumamente amplia si se toma en cuenta el tipo de embarcaciones que abarca ya que incluso las plataformas se encuentran enmarcadas en el mismo. Sin embargo, es limitativo solamente a las embarcaciones que operen en aguas marítimas, excluyendo por lo tanto a las embarcaciones fluviales o lacustres, como en el caso de las anteriormente comentadas.

f) *Decisión 487 de la Comunidad Andina en materia de Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buques del año 2000*: la Decisión 487 de la CAN consolidó en un solo instrumento, dos Convenios Internacionales adoptados por la comunidad marítima internacional cuya finalidad es la de fomentar las marinas mercantes de la región andina y los cuales no habían sido ratificados por ninguno de los miembros de la CAN: el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval (1993) y el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques (1999). La finalidad de unirlos en uno sólo fue la de facilitar su aplicación a los Países Miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

En este instrumento se define el buque de la siguiente manera: “Toda construcción flotante con medios de propulsión propios destinada a la navegación por agua, que se utiliza en el comercio para el transporte de carga o pasajeros o ambos de más de 500 toneladas de registro bruto”¹⁴. Esta amplia definición, al señalar que sean construcciones dedicadas a la navegación por agua, no excluye a las que no naveguen en aguas marinas, y por otra parte se entiende que en el caso de las plataformas, incluye sólo a las que tienen propulsión propia, ya que se habla de construcciones flotantes con medios de propulsión, habida cuenta que muchísimas de las plataformas marinas, hoy en día, cuentan

¹³ En <https://bit.ly/31I8pSr>

¹⁴ En <https://bit.ly/3DD4cN5>

con medios propios de propulsión, pero no incluiría a aquellas que carecen de los mismos.

Sólo establece como limitante del concepto, el que se trate de construcciones mayores a 500 toneladas de registro bruto, lo que indica que los buques de menor tonelaje no serán considerados como tales a los fines de esta normativa.

2. Definición de accesorios de la navegación o construcciones flotantes

La LMAC en su artículo 17, expresa lo siguiente: “...*Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera accesorio de navegación*”. Adicionalmente en el artículo 4 *eiusdem* expresa:

Están sometidos, además, a esta Ley cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua. En el evento que esta se desplace para el cumplimiento de sus fines específicos con el apoyo de un buque, será considerada buque, y por lo tanto deberá con todas las regulaciones previstas en la ley.

De la definición enmarcada dentro de los artículos 4 y 17 de la LMAC se desprenden dos diferencias respecto al buque las cual consisten, en primer lugar, en que carezca de medio de propulsión y en segundo lugar el que no esté destinado a la navegación. Se podría inferir que se refiere entonces, a plataformas de perforación, casas flotantes, diques flotantes, que carezcan de medios de propulsión y no se desplacen, sino que se encuentran fijos o anclados al fondo marino.

3. Definición de plataforma costa afuera

Se podría iniciar este punto, formulando una pregunta ¿Es una plataforma de perforación mar afuera construida con la finalidad de que navegue? Es evidente que la finalidad primigenia de la misma no consiste en navegar, sino cumplir una tarea bien sea de exploración, perforación o de explotación de una actividad específica y que precisamente para poder cumplir con esas exigencias para las cuales ha sido construida, es de capital importancia que tenga aptitud para navegar, puesto que debe desplazarse en el mar.

Es importante tomar en cuenta que las plataformas offshore operan en áreas navegables, muchas flotan y generalmente cuentan con propulsión propia para trasladarse, son diseñadas para tareas que en muchas ocasiones requieren ser fuertemente fijadas al fondo marino.

No existe en la legislación nacional una definición expresa de plataforma costa afuera, sin embargo; es posible afirmar que existe una definición tácita, la cual está contenida en el artículo 17 de la LMAC, el cual expresa lo siguiente: “*Se entiende por buque toda construcción flotante apta para navegar por agua, cualquiera que sea su clasificación y*

dimensión que cuente con seguridad, flotabilidad y estabilidad. Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera accesorio de navegación”.

En atención a las características descritas en el citado artículo es pertinente indicar que en Venezuela, las plataformas costa afuera pueden ser consideradas dentro de dos perspectivas diferentes en atención al medio de propulsión: **(i)** si poseen medio propio de propulsión serán consideradas como buques siempre y cuando se encuentren desplazándose por agua, esto quiere decir que si a pesar de tener propulsión se encuentra fijadas al lecho marino se considerarán como una construcción y no como buque; y **(ii)** si no cuentan con propulsión propia serán consideradas como accesorios de navegación.

La Asociación Canadiense de Derecho Marítimo presentó en el año 2001 al Comité Marítimo Internacional el Proyecto denominado Convención sobre unidades de plataforma costa afuera, islas artificiales y estructuras relacionadas con el uso en la exploración y explotación de petróleo en el suelo marino y recursos minerales; en dicho proyecto que no fue tomado en cuenta por la Organización Marítima Internacional presentaban una interesante definición de Plataforma Marítima, la cual se incluye en esta sección a los fines de abundar un poco en el tema y mostrar diferentes opiniones. En dicho proyecto definen a la plataforma costa afuera como: cualquier estructura sea cual sea su naturaleza, cuando no esté fijada de manera permanente al lecho marino, que tenga las siguientes características: **(i)** que sea capaz de moverse por sí misma (propulsión propia) o susceptible de ser movida; **(ii)** que se utilice o esté destinada a actividades de índole económico; y **(iii)** que incluya unidades destinadas a alojamiento de personal y equipamientos especiales y afines a las actividades a realizar¹⁵.

Nadie puede negar que día a día la utilización de las plataformas costa afuera se ha hecho cada vez mayor, debido a la versatilidad que ofrecen al uso al que son destinadas, al punto de convertirse en una industria proveedora de las grandes compañías petroleras. Por ser estructuras que deben ser trasladadas y luego deben operar en áreas marinas, son susceptibles de verse involucradas en accidentes marítimos que pueden concluir en verdaderos desastres ambientales y pérdidas de vidas humanas, que se traducen también en graves pérdidas económicas.

Las plataformas costa afuera son inscritas en los registros navales como buques y para operar deben contar con los seguros marítimos pertinentes y cumplir con normativas y convenciones internacionales, sin embargo; sigue habiendo lagunas a la hora de conocer su verdadera naturaleza jurídica, debido a su compleja situación una vez se

¹⁵ CANADIAN MARITIME LAW ASSOCIATION. *The draft convention on offshore units, artificial islands and related structures*. CMI newsletter, 2004, p. 4.

encuentran ubicadas en un área determinada para realizar el trabajo para el cual han sido construidas. Al no existir uniformidad normativa internacional, hay ambigüedad y disparidad de criterios a la hora de saber cuál es la norma adecuada a aplicar.

Ha habido intentos por parte de algunas asociaciones especialistas en la materia, (como es el caso de la Canadian Maritime Law Association), que hasta ahora han resultado infructuosos, de elaborar una Convención que las regule a nivel internacional.

Acorde con el doctrinario JOSÉ DOMINGO RAY, "*Todas las instituciones, sean el sujeto, el objeto o las fuentes contractuales o extracontractuales de las relaciones jurídicas referentes a la navegación, se vinculan especialmente al buque*"¹⁶. Es por ello de importancia capital determinar y establecer de manera uniforme la naturaleza jurídica de las plataformas offshore, ya que en las mismas, se conjugan todos los elementos que la vinculan con las relaciones contractuales y extracontractuales que a través de las mismas se dan y que generan responsabilidades.

Es por tanto imperativo y urgente definir la situación jurídica de las plataformas costa afuera, poder determinar a ciencia cierta si deben ser consideradas buques, construcciones flotantes, islas artificiales o auxiliares de la navegación, ya que una vez definida su naturaleza jurídica, será posible saber qué normativa legal debe ser aplicada en aquellos casos que se ameriten, en especial ante los accidentes y desastres ambientales que ocurren con frecuencia.

A tal efecto, debe tenerse presente que nos encontramos ante una materia que destaca por su internacionalización, ya que la actividad desarrollada por estas plataformas no se da únicamente dentro de las fronteras de los Estados, sino precisamente hay una manifestación de esa actividad en aguas internacionales y traspasando las fronteras de otros Estados. Es precisamente de esa internacionalización de donde van a surgir problemas si no existe una legislación uniforme que regule la actividad, los riesgos, y defina claramente los elementos esenciales y fundamentales que se regulan a través de las normas, tales como: el buque, los accesorios de la navegación, la gente de mar, los riesgos, la responsabilidad, etc.

Es a partir del carácter internacional de estas normas que entre los Estados surge una cooperación y reciprocidad, por lo que se puede garantizar un trato igualitario a sus buques cuando se encuentran fuera de su jurisdicción, dando lugar a una cooperación internacional entre ellos, en aras de minimizar los riesgos de la navegación y resolver los conflictos que pudieran ocurrir.

¹⁶ RAY, José Domingo: *Derecho de la Navegación*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1992, Tomo I, p. 232.

De manera tal, que de la carencia de uniformidad normativa pueden surgir entre otros, los siguientes problemas: (i) soluciones unilaterales adoptadas como voluntarias, al no existir una norma general que regule la situación; (ii) dificultad a la hora de establecer la cobertura de riesgos por parte de las compañías aseguradoras; (iii) determinación de la responsabilidad de la empresa que opere la plataforma offshore, así como de los límites cuantitativos frente a los daños sufridos por muerte o lesiones de los trabajadores a bordo y daños al medio ambiente; y (iv) determinar el límite de responsabilidad contractual y extracontractual del armador frente la muerte de alguna persona a bordo o de accidentes laborales.

III. El régimen de las plataformas costa afuera en Venezuela

1. Según la legislación

En la legislación marítima venezolana no existe de manera expresa una definición de lo que son las plataformas costa afuera, por lo que para poder conceptualizarlas hay que ceñirse a dos momentos que caracterizan a las plataformas en el desarrollo de las actividades que le son propias, como son la exploración y la explotación de hidrocarburos. Cuando se desplazan a través del mar, lagos o ríos, hasta determinado punto para dar inicio a sus operaciones de exploración o explotación, se considerarán a estas como buques o accesorios de navegación, de conformidad con la legislación venezolana. Cuando se encuentren en operaciones de exploración o explotación de hidrocarburos, por lo tanto, fijadas al lecho marino, se considerarán construcciones.

El Artículo 17 de la LMAC establece: “Se entiende por buque toda construcción flotante apta para navegar por agua, cualquiera sea su clasificación y dimensión que cuente con seguridad, flotabilidad y estabilidad” y “Toda construcción flotante carente de medio de propulsión, se considera accesorio de navegación”.

Si son construcciones flotantes con medios de propulsión, aptas para navegar por agua, sin importar sus dimensiones, clasificación y cuentan con seguridad, flotabilidad y estabilidad serán considerados buques. Sin embargo; si son construcciones flotantes sin medios de propulsión, aptas para navegar por agua, sin importar sus dimensiones, clasificación y cuentan con seguridad, flotabilidad y estabilidad serán considerados accesorios de la navegación.

En el artículo previamente expuesto se logra subsumir a las plataformas costa afuera en el régimen jurídico venezolano, bajo la consideración de que son buques o accesorios de la navegación, todo dependerá del momento en que se quiera evaluar la naturaleza jurídica de la plataforma.

Es importante determinar que el traslado por mar es simplemente una “herramienta” que emplean las plataformas para la consecución de sus fines como lo son la exploración y explotación de hidrocarburos, estas no se encuentran destinadas para navegar; a diferencia de los buques, los cuales se encuentran destinados a la navegación y el uso de sus medios de propulsión son indispensables para el cumplimiento de sus actividades de transporte marítimo.

Aunado a esto, el artículo 4 de la LMAC expresa lo siguiente:

Todo buque nacional y los extranjeros, así como también los hidroaviones cuando se encuentren posados en el espacio acuático nacional, están sometidos a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. Los buques de bandera nacional, en alta mar o en aguas territoriales o interiores de otra nación, estarán igualmente sometidos a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto sea aplicable.

Están sometidos, además a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua. En el evento en que esta se desplace para el cumplimiento de sus fines específicos con el apoyo de un buque, será considerada como buque y por lo tanto deberá cumplir con todas las regulaciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

Se considera entonces que, las construcciones flotantes que carezcan de propulsión y sean aptas para navegar, aun cuando no están destinadas para la navegación pero se desplacen por mar con el apoyo de un buque para el cumplimiento de sus fines, serán consideradas buques.

Visto lo anterior podría determinarse que una plataforma offshore en la legislación venezolana se consideraría un buque o un accesorio de navegación, según sea el caso, sin embargo; si una plataforma fuere construida y fijada directamente al lecho marino y sin medios de propulsión, GUSTAVO OMAÑA PARÉS expone:

Ahora bien, una plataforma que sea construida directamente sobre el lugar donde se va a asentar, ya sea para perforar o explotar, sin haberse desplazado previamente por un espacio acuático no estará sometida al régimen aplicable a los buques o accesorios de navegación¹⁷.

Dentro de la legislación marítima nacional, la Ley de Comercio Marítimo¹⁸, promulgada con el objeto de “Regular las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua” establece que el objeto de su ley se aplicará a:

¹⁷ OMAÑA PARÉS, Gustavo A: *Régimen Jurídico de las Plataformas Acuáticas en Venezuela*. Conferencia dictada en el I Foro visión integral del desarrollo de gas costa afuera en Venezuela. Caracas, 2004, p. 6.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 38.351 del 05-01-2006.

...los buques y a los hidroaviones nacionales o extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la República; a los buques nacionales que se encuentren en alta mar o aguas jurisdiccionales de otro país; a cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación destinada o no a ella; a las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas en el espacio acuático Nacional, salvo disposición expresa en contrario establecida en la ley.

La disposición *in comento*, en conjunto con las disposiciones de la LMAC proporcionan de manera tácita una conceptualización de las plataformas costa afuera, permitiendo que sean englobadas bajo el concepto de “buque” y las características que las leyes describen. De esta manera, las precitadas normas regularán en la materia que el legislador les asignó, a las plataformas costa afuera.

Es importante destacar sin embargo; que al carecer de una definición clara y una regulación específica en materia de plataformas costa afuera, y al ser consideradas como buques, se encontrarán obligadas al cumplimiento de un conjunto de normativas constitucionales, legales y Administrativas que le son aplicables a los buques, pudiéndose observar los siguientes casos.

a) *Registro Naval Venezolano (RENAVE)*: los artículos 100 y 101 de la LMAC establecen la obligación de inscribir todo buque construido o en construcción en el Registro Naval Venezolano. En caso de ser buques con más de 500 Unidades de Arqueo Bruto (500 AB) en la sede Principal del Registro Naval Venezolano; y en el caso de ser buques menores de 500 Unidades de Arqueo Bruto (500 AB) en el Registro Naval Venezolano de la circunscripción acuática en que vaya a operar el buque.

Visto lo anterior, GUSTAVO OMAÑA PARÉS expresa que, una vez efectuada la inscripción de la Plataforma Costa Afuera en el Registro Naval Venezolano que corresponda, la Autoridad Náutica de conformidad con los Artículos 132 y siguientes de la Ley de Marinas y Actividades Conexas:

...le expedirá la Patente Provisional de Navegación. Noventa días después, si la plataforma acuática móvil ha cumplido con todos los requisitos legales y reglamentarios, se le entregará la Patente de Navegación Definitiva, la cual será válida por cinco años y acredita la nacionalidad venezolana de la Plataforma Acuática Móvil¹⁹.

Por lo anterior, las plataformas costa afuera una vez registradas serán legalmente consideradas buques de conformidad con la legislación venezolana, por lo que, como bien expresa OMAÑA, estarán obligadas a llevar a bordo de la embarcación toda la documentación original que exige la Autoridad Náutica en el Artículo 23 de la LMAC y que es del siguiente tenor:

¹⁹ OMAÑA PARÉS, Gustavo A: ob. cit., p. 7.

Artículo 23. Todos los buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, de arqueo bruto mayor de ciento cincuenta unidades (150 AB) deberán llevar a bordo, en original, los siguientes documentos:

1. Patente de Navegación;
2. Certificado Internacional de Arqueo;
3. Certificado Internacional de Francobordo;
4. Cuaderno de estabilidad sin Avería;
5. Certificado de tripulación mínima;
6. Certificado Internacional de Contaminación por hidrocarburos;
7. Libro de Registro de hidrocarburos;
8. Plan de Emergencia por Contaminación de Hidrocarburos;
9. Títulos y demás documentos exigibles de toda la tripulación;
10. Certificado Internacional de Gestión de la Seguridad;
11. Rol de Tripulantes;
12. Cualquier otro certificado que establezca la Ley.

b) Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT)²⁰: la legislación laboral ordinaria, consagra en su Capítulo VI, Sección Segunda: “Del trabajo en la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”, artículos 245 al 267, la normativa a aplicar a los integrantes de la tripulación que prestan servicio a bordo de un buque, tanto durante el tiempo que se encuentran navegando, como el tiempo que están en tierra, en concordancia con las convenciones colectivas, la LMAC y los tratados internacionales que normen esta actividad. De igual manera en el artículo 267 de la LOTTT se establece que las normas que rigen las actividades laborales de los trabajadores de transporte marítimo, fluvial o lacustre serán establecidas en una ley especial (ley que a fecha actual no ha sido sancionada aún) lo que implica que estas normas establecidas en la LOTTT son transitorias hasta tanto se legisle en consonancia.

Por lo tanto, en el caso que las plataformas offshore se consideren buques, la legislación laboral aplicable al personal que labore en las mismas, es el explicado en el párrafo anterior.

c) Regulaciones ambientales: las obligaciones que surgen en materia ambiental para las plataformas costa afuera, nacen en virtud de las actividades que estas desempeñan, como son la exploración y explotación de hidrocarburos y el manejo de sustancias peligrosas; y no en base

²⁰ Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 07-05-2012.

a la naturaleza jurídica que les confiere la legislación al considerarlas buques o accesorios de la navegación.

Así, se aprecia que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 129 la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental y socio cultural a todas aquellas actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas; esto es con la finalidad de predecir posibles daños y desarrollar las medidas o políticas que coadyuven en su mitigación o prevención.

Entre las obligaciones que tienen los sujetos que pudieren producir algún tipo de daño ambiental a través del desempeño de sus actividades, está la inscripción ante el Registro de actividades capaces de degradar el ambiente, adscrito al Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo; registro que las plataformas offshore deben realizar por encontrarse su actividad asociada a la explotación de hidrocarburos, susceptible de generar posibles daños medio ambientales.

De igual forma, es importante destacar que aun cuando no existe una definición expresa de las plataformas costa afuera en el ordenamiento jurídico venezolano, el legislador ha sido cuidadoso al ir incluyendo a las plataformas en las distintas normas del marco normativo del país, para distintas finalidades.

d) *De los beneficios fiscales:* en el artículo 4 de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, se hace un nombramiento expreso de las Plataformas Costa Afuera, haciendo uso del término "Plataforma de Perforación". El Artículo expresa:

Artículo 4. Se declara exentos del pago de los derechos y tasas que cause la importación temporal o definitiva, a los buques y accesorios de navegación en los términos establecidos en los Artículos 9 y 10 de la Ley de Navegación, incluidas las plataformas de perforación.

Se declaran exentas del Impuesto al Valor Agregado las importaciones, temporales o definitivas, de los buques y accesorios de navegación incluidas las plataformas de perforación²¹.

Con esta disposición, la norma lo que pretendía era estimular al armador nacional, en la compra de buques y accesorios de navegación a los fines del fortalecimiento y desarrollo de la flota marítima nacional, a través del otorgamiento de exenciones en el pago de aquellos impuestos y tasas que estuvieran involucradas en la importación de buques, accesorios de la navegación o plataformas de perforación, a todos aquellos interesados en ingresar al Estado dichas naves, consiguiendo con este incentivo la finalidad que se buscaba con la promulgación de la norma que es la reactivación de la Marina Mercante Nacional.

²¹ Gaceta Oficial N° 36.980 del 26-06-2000.

La prenombrada disposición fue derogada en su oportunidad por la Ley del Impuesto al Valor Agregado²² del 2002, otorgándose por medio de esta norma una exención únicamente en el pago del Impuesto al Valor Agregado; dicha disposición que derogó al artículo 4º de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional ha ido renovándose en el transcurso del tiempo hasta la actualidad, quedando expresada en la Ley del Impuesto al Valor Agregado de 2014²³, de la siguiente manera:

Artículo 64. (...) Hasta tanto entren en vigencia los decretos de exoneración que dicte el Ejecutivo Nacional, estará exenta del impuesto previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley la importación o venta de los siguientes bienes:

(...) 3. La importación temporal o definitiva de buques y accesorios de navegación, así como materias primas, accesorios, repuestos y equipos necesarios para la industria naval y de astilleros destinados directamente a la construcción, modificación y reparaciones mayores de buques y accesorios de navegación; igualmente las maquinarias y equipos portuarios destinados directamente a la manipulación de carga.

De la precitada disposición se concluye lo siguiente. En primer lugar, el legislador suprime de la Ley del Impuesto al Valor Agregado a las “plataformas de perforación” como bien las nombró en el año 2000 en la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional; por lo que, haciendo interpretación de las disposiciones en la LMAC, se considerarán a las Plataformas Costa Afuera dentro del concepto de “buque”. En segundo lugar, se otorga (hasta tanto el Ejecutivo no promulgue un decreto con exoneraciones) exenciones del pago del Impuesto al Valor Agregado a todos aquellos que importen a la República Bolivariana de Venezuela *buques y accesorios de navegación*; dando a entender que todos aquellos impuestos o tasas (distintos al Impuesto al Valor Agregado) que involucren el ingreso y permanencia en el territorio Nacional de buques, accesorios de la navegación y demás, deberán ser asumidos por el importador, sin ningún tipo de beneficio fiscal.

Sin embargo, es importante indicar que la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos²⁴ en su artículo 115, reincorpora la disposición establecida en la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, quedando de la siguiente manera:

Artículo 115. Están exentos del pago de impuesto de importación, los buques, accesorios de navegación y las plataformas de perforación, así como los bienes relacionados con la industria naval y portuaria, destinados exclusivamente para la construcción, modificación, reparación y reciclaje de buques; y el equipamiento, reparación de las máquinas, equipos y componentes para la industrias naval y portuaria.

²² Gaceta Oficial N° 5.600 Extraordinario del 26-08-2002.

²³ Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18-11-2014.

²⁴ Gaceta Oficial N° 6.153 Extraordinario del 18-11-2014.

Visto lo anterior, se prevén nuevamente en la legislación Nacional beneficios fiscales, por medio de la exención de pago de tasas e impuestos, a todos aquellos que deseen importar a la República Bolivariana de Venezuela buques, accesorios de navegación y expresamente a las plataformas de perforación.

Es importante establecer una definición expresa y uniforme que conceptualice a las plataformas costa afuera, ya que la aplicación de conceptos como el de “buque” para una plataforma costa afuera, genera inseguridad jurídica y podría traer conflictos en la aplicación de normas, debido a que, a pesar de ambas ser aptas para navegar, poseer medios de propulsión (o carecer de estos en el caso de algunas plataformas) y gozar de seguridad, flotabilidad y estabilidad, ambas tienen finalidades distintas. Mientras que los buques están destinados para navegar y realizar transporte marítimo; las plataformas no están destinadas para navegar (así puedan hacerlo), sino que el fin para que han sido construidas es para la exploración y explotación de hidrocarburos en el lecho marino.

2. Según la doctrina

Es poco lo que se ha escrito acerca de este interesante y trascendental tema. Se hará el mejor esfuerzo para dejar aquí las opiniones dadas al respecto por honorables estudiosos del área.

Comenta el Capitán de Navío JULIO PEÑA, en su artículo “Definición de buque”, que en el Proyecto de Ley de Marina del Dr. TULIO ÁLVAREZ LEDO, en su artículo 13, hacía una clara diferenciación entre los conceptos de buque y de accesorio de navegación, según el cual “*Se entiende por buque o nave toda construcción flotante con medios propios de propulsión destinada a navegar por agua...*” y “*Son accesorios de navegación las construcciones flotantes sin autonomía de movimiento. Se considerarán igualmente accesorios de navegación las islas artificiales y plataformas de exploración o explotación costa afuera, que tengan la propiedad de flotar mientras están siendo trasladadas*”²⁵. Se puede sustraer de esta definición que para el Dr. ÁLVAREZ la característica preponderante a la hora de definir el buque es que tenga medios de propulsión propios, de manera tal que las plataformas carentes del mismo, no serían consideradas buques.

El Capitán ÁNGEL TILLEROS SILVA durante las mesas de trabajo de la comisión relatora de las leyes marítimas del 2002, expresó:

Para los efectos de esta ley, el término buque o nave comprende todo vaso flotante, impermeable y resistente dotado de medios de propulsión, que le permitan desplazarse con seguridad por el medio acuático.

²⁵ PEÑA ACEVEDO, Julio: *Definición de buque. El espacio acuático venezolano*, en <https://bit.ly/3DvLiYo>

Las gabarras, grúas, botes y diques, casas, embarcaderos, dragas flotantes, plataformas de perforación y sus equipos, así como las demás construcciones destinadas al medio acuático, pero sin autonomía de movimiento, serán consideradas accesorios de navegación²⁶.

El Capitán TILLEROS coincide con el Dr. ÁLVAREZ, en tomar como elemento diferenciador la autonomía de movimiento para definir a las plataformas costa afuera, por lo que se entiende que si tienen medios propios de propulsión han de ser consideradas buques.

El doctor TULLIO ÁLVAREZ LEDO, en su obra Derecho Marítimo²⁷ expresa que aun en el caso de las construcciones flotantes “no destinadas a la navegación”, como sería el caso de las plataformas de perforación, serán consideradas buques cuando se desplacen en el agua; por lo que se ciñe a lo previsto en el artículo 4 de la LMAC.

Por su parte GUSTAVO OMAÑA PARÉS, suscribe la definición que de plataformas costa afuera hace el Instituto Mexicano del Petróleo, según la cual:

Podemos concebir a las plataformas acuáticas como las estructuras fijas o flotantes, ubicadas costa afuera destinadas a la perforación de pozos o a convertirse en plataformas de producción, una vez que los pozos produzcan o para ser más exhaustivos como las estructuras móviles, fijas, flotantes o sumergibles que sean susceptibles de navegar o de ser instaladas en los espacios acuáticos destinadas a la exploración y explotación de recursos naturales²⁸.

Por su parte la Dra. MARÍA GRAZIA BLANCO en su artículo “Régimen legal de las Plataformas Costa Afuera” señala la inexistencia de una definición de las plataformas offshore dentro de la legislación nacional, sin embargo, expresa que existen dos momentos que permiten caracterizarlas, los cuales son: “1) cuando se encuentran perforando o produciendo, se consideran construcciones fijas; 2) cuando se desplazan por agua utilizando medios propios de propulsión o son remolcadas o empujadas por otro buque se comportan como buques o accesorios de navegación”²⁹. Esta dualidad conlleva a problemas de interpretación jurídica.

3. Según la jurisprudencia

De la revisión realizada se encontró una sentencia significativa que permite apreciar la inclinación de los jueces nacionales hacia una

²⁶ Ibid.

²⁷ ALVAREZ LEDO, Tulio: *Derecho marítimo*. Tomo I. 3° ed. Caracas. Publicaciones UCAB, 2011, p. 141.

²⁸ OMAÑA PARÉS, Gustavo: “Análisis jurídico de las Plataformas Acuáticas”. *Libro-Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 107.

²⁹ BLANCO, María G.: *Régimen legal de las Plataformas Costa Afuera*, inédito, pp. 15-16. Caracas, 2016.

definición de las plataformas costa afuera a la hora de aplicar una norma específica para resolver el conflicto.

De esta manera la conocida sentencia Petrolago emanada de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15-04-2004, en la que para decidir el avocamiento de la causa se hizo necesario llegar a una definición de buque. Para dar solución a la controversia, la Sala realiza un amplio análisis del término consagrado en la Ley General de Marinas y Actividades Conexas y posteriormente transcribe en dicha sentencia el criterio del Dr. TULLIO ÁLVAREZ LEDO, expresado en su obra Derecho Marítimo, quien hace un estudio comparado del tema en la misma y cuya definición, comparte la Sala.

“Artículo 4. Todo buque nacional y los extranjeros, así como también los hidroaviones cuando se encuentren posados en el espacio acuático nacional, están sometidos a esta Ley, en cuanto sea aplicable.

Están sometidos, además, a esta Ley cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua. En el evento que esta se desplace para el cumplimiento de sus fines específicos con el apoyo de un buque, será considerada buque, y por lo tanto deberá cumplir con todas las regulaciones previstas en la ley”.

La redacción del Artículo transcrito supra, evidencia:

a) La Ley es aplicable a todo buque.

b) En el aparte único se extiende la aplicación a “...cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación pero no destinada a ella, que se desplace por agua...”. Es decir: aún el caso de las construcciones flotantes no destinadas a la navegación (plataformas de perforación, casas flotantes, diques flotantes, etc.), serán consideradas buque, cuando se desplacen en el agua.

c) Por vía de consecuencia, las gabarras, que son construcciones flotantes aptas para navegar y siempre están destinadas a la navegación son, en todo momento buques.

Habida cuenta de lo expresado queda demostrado que, el término es aplicable, tanto a buques con medios fijos de propulsión como sin ellos; de navegación interior o marítima; afectados a servicios comerciales o no.

De esta decisión jurisprudencial se puede inferir que más allá de la evaluación del conocido artículo 17 de la LMAC que estipula el concepto de buque, se hace necesario ir más allá para poder obtener una definición jurídica de las plataformas costa afuera que pueda ser aplicable al tema bajo estudio y se considera que es el artículo 4 de la mencionada ley, el que da luces al respecto, tal como lo señala la sentencia *supra* comentada.

IV. El régimen de las plataformas costa afuera en el extranjero

En el transcurso del siglo XX hubo un incremento vertiginoso en el uso de combustibles fósiles para el mantenimiento de los Estados desde el aspecto político, económico y social. Esto provocó un desarrollo tecnológico que buscaba la obtención de mayores recursos naturales con la finalidad de obtener mayores beneficios económicos.

Este desarrollo tecnológico permitió el diseño, construcción y operación de plataformas de exploración y explotación de hidrocarburos en los mares, lagos y ríos. Lamentablemente, este acelerado desarrollo tecnológico no llevó consigo un desarrollo legislativo idóneo por parte de los Estados u organizaciones internacionales que protegiera ni legislara a profundidad el desarrollo de esta actividad.

Sin embargo, se debe expresar que son pocas las legislaciones nacionales en el mundo que regulan expresamente la materia, así como, ha habido intentos por parte de organizaciones internacionales u organizaciones regionales en regular el régimen de las plataformas costa afuera.

El primer intento, en el ámbito internacional en regular las plataformas offshore y sus operaciones se materializó mediante el denominado *Proyecto de Río*; la elaboración del cual fue encomendada por la Organización Marítima Internacional (OMI) al Comité Marítimo Internacional (CMI). Dicho proyecto fue presentado en la Conferencia del CMI llevada a cabo en 1977 en Río de Janeiro, en cuyo seno fue aprobado el proyecto por el CMI, para ser presentado ante la OMI; sin embargo el Comité legal de la OMI le dio mayor prioridad a otros asuntos, por lo que el borrador de Río no fue seriamente considerado hasta inicios de 1990, cuando la OMI le solicitó al CMI que revisara nuevamente el Proyecto de Río y lo actualice. En 1994, el Proyecto de Río con algunas modificaciones fue presentado nuevamente al CMI en la 35ª Conferencia en Sídney, el cual fue aprobado y denominado *Proyecto de Sídney*.

La conferencia acordó que este proyecto a pesar de constituir una mejora respecto al de Río, necesitaba un mayor desarrollo para poder constituirse en un instrumento Internacional que regulara el funcionamiento de las plataformas costa afuera.

Luego de la Conferencia de Sídney, el CMI constituyó un comité de trabajo con la tarea de estudiar la viabilidad de una Convención que regulara las plataformas offshore, el grupo de trabajo tras consultas con diferentes asociaciones y otros entes concluyó que este proyecto resultaba insuficiente y se hacía necesario abordar una serie más amplia y específica de temas que permitieran lograr una regulación eficiente de las plataformas costa afuera, como por ejemplo: registro y bandera,

limitación de responsabilidad, jurisdicción civil y penal, salvamento, responsabilidad por contaminación ambiental, entre otros.

En el año 2001 la Organización Marítima Internacional, decide desistir del tema y por ende también lo hace el Comité Marítimo Internacional. Posteriormente tomando como base los años de trabajo del CMI, la Asociación de Derecho Marítimo Canadiense, produjo lo que denominaron “Convención Internacional sobre Unidades Costa Afuera, las Islas Artificiales y las Estructuras Relacionadas, Usadas en la Exploración y la Explotación del Petróleo y los recursos minerales del fondo del mar”, proyecto que sería publicado en enero del año 2004 por el CMI en su boletín.

El Proyecto Canadiense es bastante amplio y complejo y no sólo aborda a las plataformas costa afuera, sino también a las islas artificiales y a otras estructuras relacionadas. Además de estar enfocado hacia la obtención de un concepto jurídico uniforme para las plataformas costa afuera y de trazar las reglas que les son aplicables, también trata temas como el registro, la propiedad, jurisdicción civil y penal, salvamento, privilegios, hipotecas y establece su propio esquema de responsabilidad.

En la conferencia del CMI llevada a cabo en Vancouver en junio del 2004, se discutió el Proyecto Canadiense y se acordó que el grupo de trabajo debía mantenerse activo y trabajar para mejorar el proyecto canadiense.

Entre los años 2004 y 2011 ocurren los desastres de la Plataforma West Atlas en el Campo petrolero Montara en Australia y el de la Deepwater Horizon en el Golfo de México, lo que de nuevo avivaría la necesidad de una regulación internacional en la materia que nos atañe. Es así, como en la Conferencia del CMI llevada a cabo en Beijing en el año 2012, se aprueba nuevamente la constitución de un grupo de trabajo que se encargaría de elaborar una Convención Internacional en materia de plataformas costa afuera.

Sin embargo, en la centésima Conferencia de la Comisión legal de la OMI, llevada a cabo en Londres en el 2013, se someten a discusión los desastres ocurridos recientemente y concluyen que a pesar de ellos, no es meritoria la regulación de la actividad a través de Convenio Internacional, ya que consideran que son suficientes las regulaciones existentes por medio de acuerdos bilaterales y regionales, y recomiendan que los Estados que ya cuenten con la experiencia de dichos acuerdos asistan y apoyen a aquellos que no los tienen a los fines de que se alcancen dichos objetivos. En este mismo orden de ideas la Comisión Legal de la OMI, recomendó que se deben considerar los principios establecidos en las Convenciones CLC, FONDO del 92 y BUNKER, y en materia ambiental tomar en cuenta los artículos 192, 194 y 197 de la UNCLOS.

La Dra. MARÍA GRAZIA BLANCO señala, que durante un simposio realizado en Dublín en el año 2013, la Dra. ROSALIE BALKIN, la cual ha trabajado

en el Comité Legal de la OMI, explicó las razones por las que la OMI rechazó los intentos de elaborar un Tratado Internacional en materia de Plataformas Costa Afuera, de la siguiente manera:

Dentro de las razones esgrimidas, encontramos que la regulación de la actividad Offshore, no forma parte de los fines de la OMI, lo que se desprende de su propio convenio constitutivo. Para ello se citó en la intervención, el Artículo 1, referido a las finalidades de la organización. Y efectivamente se subrayó que entre los objetivos que tiene el organismo internacional, está: a) establecer un sistema de colaboración entre los gobiernos en materia de reglamentación y prácticas gubernamentales relativas a cuestiones técnicas de toda índole, concernientes a la navegación comercial, y fomentar la adopción general de normas para alcanzar los más altos niveles posibles en lo referente a seguridad marítima y a eficiencia de la navegación³⁰.

La mayoría de los Estados no han mostrado un interés real, ni la OMI, ha apoyado irrestrictamente la idea de una Convención Internacional que regule el tema en cuestión, más allá de dar recomendaciones para que se suscriban acuerdos regionales, bilaterales y se sigan aplicando normas establecidas en Convenciones existentes que no son exclusivas de la materia; por lo tanto a día de hoy no hay una normativa internacional vigente y exclusiva que regule y defina las unidades offshore.

En los puntos subsiguientes se analizarán brevemente algunos de los acuerdos internacionales vigentes (se presentarán en orden cronológico acorde con la fecha de su creación) y alguna legislación nacional que regulan en mayor o menor medida ciertos aspectos de las plataformas costa afuera.

1. Según los tratados internacionales

a) *Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (LDC) 1972 y su Protocolo de 1996.* El objetivo fundamental de esta normativa persigue el control efectivo de todas las fuentes de contaminación del medio marino.

Este convenio regula el vertido de materiales y desechos tóxicos de la siguiente manera: **(i)** prohibición del vertido de desechos y otras sustancias preestablecidas en su anexo I, **(ii)** obligatoriedad para todas las naves, aeronaves y plataformas de solicitar un permiso especial para el vertimiento de las sustancias enumeradas en su anexo II, **(iii)** obligatoriedad para todas las naves, aeronaves y plataformas de obtener un permiso general previo para el vertimiento de las sustancias que no se encuentren en el cuerpo del convenio, **(iv)** se permitirá el vertimiento cuando sea necesario para reducir al mínimo las probabilidades de daño a la vida humana, a las plataformas, al buque o aeronave en caso de fuerza mayor, cuando se considere que los daños ocasionados por el

³⁰ BLANCO, María G.: *Propuesta presentada por Venezuela en el CMI, el 6 de mayo del 2016*, inédito. Caracas, 2016.

vertimiento serán menores a los que pudieren ocasionarse de otro modo, y (v) las evacuaciones incidentales que deriven de las operaciones normales de los buques, aeronaves y plataformas, a los efectos del convenio, no serán consideradas como vertimientos. Efectúa el texto una definición de vertimiento de la siguiente manera:

Artículo III. A los efectos del presente Convenio:

1- a) Por "vertimiento" se entiende:

i) toda evacuación deliberada en el mar de desechos u otras materias efectuada desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar;

ii) todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar.

Por su parte respecto al buque lo define de la manera siguiente: *"se entienden los vehículos que se mueven por el agua o por el aire, de cualquier tipo que sean. Esta expresión incluye los vehículos que se desplazan sobre un colchón de aire y los vehículos flotantes, sean o no autopulsados"*.

Del precepto del artículo precitado se deriva que las plataformas costa afuera son consideradas buques, por el hecho de ser construcciones flotantes sin importar si disponen de sistemas de propulsión o carecen de ellos.

El Protocolo al Convenio ha resultado más restrictivo que el Convenio mismo ya que adopta dos premisas para su aplicación: (i) un enfoque preventivo según el cual se establece la obligatoriedad de tomar todas las medidas preventivas necesarias cuando se presume que los desechos que se viertan al mar pudieran ocasionar daños, aun cuando no existan pruebas fehacientes de los mismos, y (ii) un enfoque inverso acorde con el cual, se prohíbe todo vertido que no esté expresamente permitido en el texto del Convenio y su Protocolo.

En el capítulo de las definiciones, el Protocolo mantiene la misma que se encuentra en el texto del Convenio respecto a "buque", igual ocurre respecto a la de "vertimiento", pero agrega aquí dos literales a dicho concepto, los cuales se transcriben a continuación: "4.3 todo almacenamiento de desechos u otras materias en el lecho del mar o en el subsuelo de este desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar" y "4.4 todo abandono o derribo in situ de plataformas u otras construcciones en el mar, con el único objeto de deshacerse deliberadamente de ellas".

Conforme a lo anterior, el protocolo no solo considera que "vertimiento" es la evacuación deliberada de desechos desde las plataformas costa afuera y el hundimiento deliberado en el mar de estas, sino que ahonda más en el concepto, indicando que también se considerará

vertimiento el almacenamiento de desechos en el lecho del mar desde plataformas así como el abandono o derribo intencional de las plataformas costa afuera.

b) *Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los buques. (MARPOL 1973/1978)*. MARPOL se ocupa principalmente de los buques, sin embargo se aplica a las plataformas mar adentro fijas y flotantes cuando no se encuentren ancladas al lecho marino ejecutando operaciones de exploración o explotación de hidrocarburos.

Esta convención estipula que las estructuras en alta mar deben estar equipadas con dispositivos de control de contaminación necesarios en todo buque 400 Unidades de Arqueo Bruto (400 AB) o más, entre los que deberán incluirse los sistemas de control y supervisión de las descargas de hidrocarburos y basuras, así como los equipos de separación de aceites y de agua y los tanques de lodos.

Con relación a los que considera como descargas, se hace necesaria la revisión del artículo que define a las mismas.

Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, salvo indicación expresa en otro sentido:

(...)

3) a) Por "descarga", en relación con las sustancias perjudiciales o con efluentes que contengan tales sustancias, se entiende cualquier derrame procedente de un buque por cualquier causa y comprende todo tipo de escape, evacuación, rebose, fuga, achique, emisión o vaciamiento.

b) El término "descarga" no incluye:

i) ni las operaciones de vertimiento en el sentido que se da a este término en el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias adoptado en Londres el 13 de noviembre de 1972;

ii) ni el derrame de sustancias perjudiciales directamente resultantes de la exploración, la explotación y el consiguiente tratamiento, en instalaciones mar adentro, de los recursos minerales de los fondos marinos.

Aunque MARPOL generalmente se aplica a plataformas costa afuera en configuración móvil, no aborda muchos otros aspectos operacionales de la exploración y producción de petróleo y gas en el mar que pueden causar daño al medio marino, como se puede apreciar de la disposición previamente citada.

Por otra parte entre las definiciones que incluye el Convenio MARPOL, se encuentra la de buque en su artículo 2.4 como: " *todo tipo de embarcaciones que operen en el medio marino, incluidos los aliscafos, así como los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes y las plataformas fijas o flotantes*".

De la lectura de esa norma se puede entender que las plataformas costa afuera serán consideradas buques, ya que se toma como elemento definidor el que operen en el medio marino sin importar si están fijas o móviles o si tienen o no medios propios de propulsión.

c) *Convención de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo (Convención de Barcelona) 1976-1995*. La Convención de Barcelona es un acuerdo regional, que se lleva a cabo con la finalidad de proteger el Mar Mediterráneo de contaminación, y fue suscrito en Barcelona en 1976. En esta misma fecha se suscribieron los dos primeros Protocolos del Convenio:

El Protocolo I, “Sobre la prevención de la contaminación del mar Mediterráneo, causada por vertidos desde buques y aeronaves”, establece el compromiso por parte de los Estados que lo conforman de adoptar todas las medidas y políticas necesarias tendientes a la prevención de la contaminación del Mar Mediterráneo causada por el vertido de sustancias perjudiciales desde buques y aeronaves. Acorde al mismo se entiende por buque (artículo 3.1):

...los vehículos que se mueven por el agua o por el aire, de cualquier tipo que sean. Esta expresión, incluye los vehículos que se desplazan sobre un colchón de aire y los vehículos flotantes, sean o no autopropulsados, así como las plataformas u otras construcciones en el mar y su equipo.

Es interesante apreciar de la definición transcrita, que en esta Convención se considera que las plataformas costa afuera, son buques, es decir, esa será su naturaleza jurídica para la aplicación de dicho acuerdo entre los países que la han suscrito.

También se define el término “vertido”, según la cual (artículo 3.3): *“Por ‘vertidos’ se entiende: a) toda evacuación deliberada en el mar, de desechos u otras materias efectuadas desde buques y aeronaves; b) todo hundimiento deliberado en el mar de buques y aeronaves”*.

El protocolo regula la protección del medio ambiente marino de la Región del Mar Mediterráneo contra la contaminación, de la siguiente manera: (i) prohíbe el vertimiento de las sustancias y materiales que en el texto del Anexo I del protocolo se desprenden, (ii) igualmente, el Anexo II establece aquellas sustancias que pueden ser vertidas desde buques y aeronaves, por medio de la concesión de una autorización especial expedida por las autoridades nacionales competentes, y (iii) por último, se le requerirá a los buques y aeronaves la tenencia de un permiso general para el vertido de todas aquellas sustancias excluidas de los Anexos I y II, permiso que será expedido por las autoridades nacionales competentes.

De igual forma, el artículo 7 establece que toda la información relativa a los permisos expedidos por los Autoridades de los Estados Partes deberá ser remitida a la Organización.

Las disposiciones establecidas en el Protocolo no serán aplicables para todos aquellos vertidos que sean realizados en causas de fuerza mayor, ni cuando se encuentre en riesgo la vida humana o la seguridad de la nave o aeronave.

En tanto, el Protocolo II, "Sobre cooperación para combatir la contaminación en situaciones de emergencia la contaminación del Mar Mediterráneo causada por hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales", insta a las partes a la colaboración que debe existir, traducida en la elaboración de planes de emergencia que permitan tomar acciones ante situaciones de peligro para el medio ambiente producto de vertidos de hidrocarburo u otras sustancias perjudiciales, de igual manera a estimular la vigilancia sobre las actividades llevadas a cabo en el Mar Mediterráneo, e intercambiar información y difundir información y medios de prevenir y luchar contra la contaminación del área.

Del mismo modo las partes a través de este Protocolo están obligadas, ante una situación de peligro a hacer las evaluaciones pertinentes con miras a reducir o eliminar en su totalidad los efectos derivados de la contaminación.

Finalmente, el Protocolo V, sobre la protección del Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental y del fondo del mar y su subsuelo", también denominado como Protocolo Offshore o Protocolo de Madrid, fue elaborado en 1994 en Madrid, y regula de manera amplia las actividades de exploración y producción de hidrocarburos en alta mar. En el mismo se exige a los Estados Partes la obligatoriedad de contemplar medidas de seguridad efectivas y eficientes en relación con el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las plataformas offshore.

Las regulaciones del Protocolo de Madrid abarcan desde medidas para la lucha contra la contaminación, evaluaciones de impacto ambiental, estipulaciones referentes a los vertidos y descargas operacionales, hasta los protocolos de retirada de las plataformas offshore.

El instrumento en su artículo 1 establece dos definiciones concernientes a la materia bajo estudio:

Artículo 1. A los efectos del presente Protocolo: (...)

d) Por "actividades relativas a la exploración y/o explotación de los recursos en la zona del Protocolo" (que en adelante se designarán como «las actividades») se entiende: (...)

ii) las actividades de exploración: actividades sismológicas; prospecciones del fondo del mar y su subsuelo; toma de muestras, perforaciones de exploración,

iii) actividades de explotación: establecimiento de una instalación con miras a la extracción de recursos, y actividades conexas, perforaciones

preparatorias, extracción, tratamiento y almacenamiento, transporte hasta la orilla por tubería y carga a bordo de buques, mantenimiento, reparación y otras actividades auxiliares;

(...)

f) por “instalación” se entiende cualquier estructura fija o flotante, así como cualquier parte integrante de ella, que se utilice en las actividades, comprendidas, en particular:

- i) los equipos, fijos o móviles, de perforación en el mar,
- ii) las unidades de producción fijas o flotantes, incluidas las unidades de emplazamiento dinámico,
- iii) las instalaciones de almacenamiento en el mar, incluidos los buques utilizados con este fin,
- iv) las terminales de carga en el mar y los sistemas de transporte de los productos extraídos, como las tuberías submarinas,
- v) los aparatos incorporados a la estructura y el equipo para el transbordo, el procesamiento, el almacenamiento y la eliminación de las sustancias extraídas del fondo del mar o de su subsuelo.

A los fines de la aplicación del presente protocolo, la naturaleza jurídica asignada a las plataformas offshore es de “instalación” tomando en cuenta las actividades a que están destinadas. Es importante destacar que esta definición se aparta de la establecida en el Protocolo I, en el cual las Plataformas tienen naturaleza jurídica de buque, posiblemente esto se deba a que el Protocolo V, es específico para las instalaciones offshore y en el mismo se toman en consideración no sólo la posibilidad de su desplazamiento o no por vía acuática, sino las actividades que le son propias, mientras que el I es más general.

Se considera relevante hacer notar que la normativa del Convenio de Barcelona y sus Protocolos, sobre vertido de sustancias, guarda gran similitud con la establecida en el Convenio LDC de 1972. Existen otros Protocolos a la Convención de Barcelona que no se tocarán en esta investigación por considerar que no son relevantes a los fines del estudio que se está realizando.

d) *Convenio Regional de Kuwait sobre cooperación para la Protección del medio marino contra la Contaminación 1978.* El Convenio de Kuwait es de carácter regional, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al Golfo Pérsico. El objeto de esta Convención es la prevención, reducción, control y combate de la contaminación del medio marino en la zona objeto del mismo, específicamente la contaminación ocasionada por buques, aeronaves, fuentes terrestres y las actividades relacionadas con la exploración y explotación del lecho marino.

De igual forma el Convenio estimula el acuerdo de medidas de cooperación entre los Estados partes, ante situaciones de emergencia

ocasionadas por la contaminación en el área, así como el establecimiento de procedimientos para determinar la responsabilidad y las indemnizaciones debidas por los daños causados.

e) *Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo 1979 (SAR 1979)*. El Convenio sobre Salvamento Marítimo es una convención internacional suscrita en la ciudad de Hamburgo en el año 1979. Su objeto consiste entre otros tantos, en la elaboración de un sistema internacional que rijan las operaciones de búsqueda y salvamento de personas en situación de peligro en el mar, independientemente del lugar en donde ocurra el incidente.

Según el texto del Convenio, se deben establecer planes de emergencia, los cuales deben ser ejecutados por los organismos de búsqueda y rescate del Estado ribereño en el que ocurrió el suceso, así como se estimula a que otras organizaciones de búsqueda y salvamento de Estados aledaños presten su cooperación y contribuyan a solventar la contingencia, preservar la seguridad de la vida humana, los buques, bienes y el medio marino.

Sobre el tema bajo estudio, la convención expresa en su articulado la definición de Buque, quedando expresada de la siguiente manera en su artículo 1: *“toda nave o embarcación, o toda estructura apta para la navegación”*.

Como se observa, establece un concepto de buque amplísimo, en el que podría considerarse inmerso a las plataformas costa afuera, sin embargo; la convención más adelante esclarece que, las plataformas y unidades fijas o flotantes, de exploración y perforación, que se encuentren fijadas al lecho marino realizando las operaciones que le son propias, no le serán aplicables las disposiciones del convenio³¹. Situación que podría considerarse crítica, ya que a pesar de que en las plataformas no se presentan con la misma frecuencia que en los buques, sucesos que expongan la seguridad de la vida humana y medio marino, ha quedado demostrado con los desastres de la Deepwater Horizon, Piper Alpha, entre otros, que la magnitud de los daños que pueden generarse en las mismas pueden ser terribles en detrimento de la vida humana, seguridad marítima y medio ambiente.

f) *Convenio para la Cooperación en la Protección y el desarrollo del medio marino y costero de Occidente y la Región de África Central (Abidjan Convention 1981)*. La Abidjan Convention es de carácter regional, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la Región de África

³¹ *“Artículo 3. Plataformas y unidades de perforación: El presente Convenio no será aplicable a las plataformas fijas o flotantes ni a las unidades móviles de perforación mar adentro cuando tales plataformas o unidades estén en estación y realizando operaciones de exploración, explotación o producción de recursos minerales en los fondos marinos”*.

Occidental y Central. Al igual que la convención de Kuwait, el objeto de esta Convención es la prevención, reducción, control y combate de la contaminación del medio marino en la zona objeto del mismo, específicamente la contaminación ocasionada por buques, aeronaves, fuentes terrestres y las actividades relacionadas con la exploración y explotación del lecho marino.

De igual forma el Convenio estimula el acuerdo de medidas de cooperación entre los Estados partes, ante situaciones de emergencia ocasionadas por la contaminación en el área, así como el establecimiento de procedimientos para determinar la responsabilidad y las indemnizaciones debidas por los daños causados.

g) *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (UNCLOS 1994)*. Esta Convención gestada en el seno de Naciones Unidas, tiene carácter internacional y es la de mayor alcance, siendo considerada como una de las más importantes en la materia, también se la conoce como la Constitución de los Mares. Sus regulaciones sobre Derecho del Mar, abarcan temas de importancia vital para los Estados, como es el caso del mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y el alta mar.

Sus principios se fundamentan en el derecho de los Estados para la navegación internacional, la búsqueda de la paz y la seguridad en el mar, la gestión, protección y conservación de los recursos marinos vivos así como del medio marino y los procedimientos para solventar controversias. Este Convenio autoriza a los Estados ribereños a construir instalaciones en alta mar, en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva y ejercer jurisdicción sobre las mismas. Contiene una serie de disposiciones generales y específicas relativas a la protección del mar contra los efectos nocivos de actividades tales como la construcción, el funcionamiento y el mantenimiento de plataformas mar adentro.

Fundamentalmente la Convención exige a los Estados: **(i)** la adopción de medidas que permitan al mínimo la contaminación marina procedente de instalaciones offshore; **(ii)** que realicen esfuerzos para aplicar las leyes y normas nacionales que regulan las actividades de los fondos marinos; y **(iii)** que se creen normativas regionales e internacionales en función de la cooperación global y regional, para la eficiente protección del medio marino y que en las mismas se determine la compensación adecuada por los daños causados producto de la contaminación del mar.

De igual manera se refiere a las medidas que deben ser tomadas en materias tales como prevención y control de la contaminación, prácticas de tratamiento de emergencias así como la seguridad del diseño, construcción y el funcionamiento de las instalaciones offshore.

La UNCLOS establece un marco internacional general amplio con respecto a la prevención de la contaminación marina resultante de las actividades de los fondos marinos, tales como la exploración y explotación de hidrocarburos, aunque no establece estándares definidos ni específicos, muy por el contrario, alienta a los Estados costeros a desarrollar leyes nacionales a tal fin.

h) *Convenio Internacional sobre la Preparación, Lucha y Cooperación en materia de contaminación por hidrocarburos (OPRC) 1990 y su Protocolo (HNS) del año 2000.* Esta Convención establece la obligación que tienen los buques y las plataformas costa afuera de contar con planes de emergencia en casos de contaminación por hidrocarburos; del mismo modo les establece la obligación de notificar a los Estados costeros cualquier incidente susceptible de generar daños al ambiente, así como cualquier evento materializado que esté poniendo en peligro el ecosistema.

Esta convención de carácter internacional, cuyo depositario es la OMI, insta a los Estados el establecimiento de convenios de cooperación entre ellos, bajo la coordinación de la OMI, para dar una rápida respuesta a la contaminación por hidrocarburos. Abarca temas de asistencia mutua, intercambio de información sobre las capacidades de los Estados, establecimiento de planes de emergencia, entre otros.

También establece en su artículo 2 la definición de buque ("*toda nave que opere en el medio marino, del tipo que sea, incluidos los aliscafos, los aerodeslizadores, los sumergibles y los artefactos flotantes de cualquier tipo*") y de unidad mar adentro ("*toda instalación o estructura mar adentro, fija o flotante, dedicada a actividades de exploración, explotación o producción de gas o hidrocarburos, o a carga o descarga de hidrocarburos*"). Como se aprecia en el texto antes citado, la Convención OPRC marca una clara diferencia entre las definiciones de buque y unidad mar adentro, procurando una individualización conceptual de las plataformas costa afuera.

En materia de notificaciones se establece que las unidades costa afuera, tienen la obligación de notificar al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren de: **(i)** cualquier evento ocurrido en su unidad, que genere contaminación por hidrocarburos o sea susceptible de producirla y **(ii)** cualquier evento observado que genere contaminación por hidrocarburos o sea susceptible de producirla.

Se considera que esta convención trata ampliamente el tema de la contaminación marina por hidrocarburos proveniente de las instalaciones costa afuera regulando de manera concreta la materia.

El Protocolo HNS, persigue los mismos objetivos de la Convención OPRC, que consiste en la cooperación, preparación y lucha contra la contaminación, sin embargo este regula específicamente el caso de la

contaminación por sustancias nocivas y peligrosas, las cuales se encuentran plenamente descritas en el texto del Protocolo.

Finalmente es importante mencionar que ambos instrumentos, sugieren que los planes de emergencia requeridos a bordo para los casos de contaminación, cuando se trata de plataformas costa afuera, que sean los Estados los que se encarguen mediante disposiciones nacionales de la regulación de los mismos.

Debido a la falta de una convención específica, el OPRC y su Protocolo son posiblemente en este momento las normativas internacionales más importantes que regulan la contaminación del medio ambiente marino resultante de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en alta mar provenientes de las plataformas offshore.

i) *Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos (CLC 92) y del Convenio Internacional sobre la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños debidos a contaminación por Hidrocarburos, 1992 (FUND92)*. El objeto de CLC es establecer la responsabilidad civil como consecuencia de los daños ocasionados por contaminación por hidrocarburos y el sistema de resarcimiento de tales daños, con la finalidad de reducir los daños ocasionados por contaminación.

El convenio define el término buque de la siguiente manera en su artículo 1.a *“Toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, del tipo que sea, construido o adaptado para el transporte de hidrocarburos a granel como carga”*. No se puede subsumir en esta definición a las plataformas costa afuera, ya que no son estructuras construidas con la finalidad de transportar hidrocarburos, su tarea fundamental es la exploración y explotación de hidrocarburos. Tampoco se encuentra en la presente convención mención alguna que permita inferir algún tipo de aplicación de sus normas a posibles derrames durante la actividad llevada a cabo por las plataformas, ya que es una normativa muy específica desde el punto de vista de que debe ser aplicada a cierto tipo de buques y que transporten determinados hidrocarburos.

El Fondo es una organización intergubernamental de ámbito mundial cuyo propósito es proveer una compensación a cualquier persona, que haya sido afectada por daños provenientes de contaminación por hidrocarburos persistentes procedentes de buques tanques y no haya podido obtener la compensación total; para que se pueda obtener tal la indemnización han de cumplirse una serie de criterios establecidos en el Convenio.

Sin embargo, se considera que los principios que rigen tanto el CLC como el FONDO deben ser tomados en cuenta a la hora de elaborar una

normativa Internacional, exclusiva y amplia que regule las plataformas costa afuera.

j) *Convenio para la protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Nordeste (Convenio OSPAR) 1998.* El Convenio OSPAR, es un convenio regional del Atlántico Norte y constituye el trabajo de refundir dos convenios anteriores: el convenio de Oslo (1972) para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves y el convenio de París (1974) para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre. Con la entrada en vigor el 25-03-1998, este convenio pasa a sustituir a los dos antes mencionados, acorde a lo establecido en el Artículo 31 del Convenio OSPAR, siendo prudente mencionar que conforme con el segundo apartado de este artículo:

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente Artículo, las decisiones, recomendaciones y todos los demás acuerdos adoptados en virtud del Convenio de Oslo o del Convenio de París seguirán siendo aplicables, sin modificaciones en cuanto a su naturaleza jurídica, en la medida en que sean compatibles con el Convenio, con cualquier decisión o, en el caso de que existieran, con cualesquiera recomendaciones adoptadas en virtud de aquel, o que no hayan sido explícitamente revocados por uno u otras.

El objeto fundamental del Convenio OSPAR es la prevención y eliminación de la contaminación del medio marino del Nordeste Atlántico, así como protegerlo de los efectos nefastos de la actividad humana. Pretende ser una herramienta en la conservación de los ecosistemas marinos, de la salud humana e impulsar la restauración, en la medida de lo posible, de las áreas marinas que hayan sido afectadas por la actividad del hombre.

Este convenio, se plantea varios objetivos estratégicos en áreas, tales como: diversidad biológica y ecosistemas; sustancias peligrosas; sustancias radioactivas, industria del gas y del petróleo en alta mar, entre otros. A los fines de esta investigación se tocará someramente el objetivo referido a la estrategia sobre la industria de gas y petróleo, ya que para el desarrollo de esta industria se utilizan las plataformas costa afuera, que es el tema que ocupa a este trabajo.

Este punto del Convenio OSPAR tiene por objetivo prevenir y eliminar la contaminación en el medio marino, contra los efectos nocivos que devienen de las actividades offshore llevadas a cabo para exploración y explotación de gas e hidrocarburos a través del establecimiento de objetivos ambientales y mejoramiento de los mecanismos de gestión para proteger la salud humana y conservar el ecosistema. En el artículo 1 de las definiciones se establece:

A los efectos del presente Convenio:

j) Por actividades mar adentro se entenderán las actividades realizadas en la zona marítima para la prospección, evaluación o explotación de hidrocarburos líquidos y gaseosos.

k) Por fuentes mar adentro se entenderán las instalaciones mar adentro y las tuberías mar adentro desde las cuales las sustancias o la energía alcanzan la zona marítima.

l) Por instalación mar adentro se entenderá la estructura artificial, maquina, buque o cualquiera de sus partes, ya sea flotante o fija en el fondo marino, colocada dentro de la zona marítima para realizar actividades mar adentro.

n) Por buque o aeronave se entenderá toda embarcación marina o artefacto volador de cualquier tipo, sus piezas y otros accesorios. Esta expresión comprende los aparatos que se deslizan sobre un colchón de aire, los artefactos flotantes, autopropulsados o no, y otras estructuras artificiales situadas en la zona marítima y su equipamiento, pero no incluye las instalaciones mar adentro ni las tuberías mar adentro.

Acorde con este convenio se le da una doble connotación jurídica a las plataformas costa afuera, por lo tanto: **(i)** si están fijadas al fondo marino o se encuentran simplemente flotando en la zona marítima realizando actividades que le son propias se consideran como una instalación mar adentro; **(ii)** cuando se deslizan con medios propios de propulsión o sin ellos, inclusive cuando se encuentran simplemente flotando en la zona marítima, pero sin realizar actividades mar adentro, se consideran buques. Es interesante apreciar que lo que determina la naturaleza jurídica de las plataformas en esta Convención es el fin o trabajo que realiza en un momento dado y no los medios de propulsión en sí.

El Convenio establece para las partes dos principios fundamentales: **(i)** en materia de prevención, “el principio de precaución”, según el cual las partes deben adoptar medidas convenientes cuando tengan motivos para pensar que ciertas sustancias pudieran constituir peligro para los recursos marinos y la vida humana; y **(ii)** en materia de responsabilidad por contaminación el convenio establece en su artículo 2 el principio “el que contamina, paga”, lo que implica que el responsable de generar daños por contaminación ambiental deberá asumir los costos de prevención, control y reducción de la misma.

El convenio establece que las partes están obligadas a utilizar “las mejores técnicas disponibles” y las “mejores prácticas medio ambientales” a los fines de prevención y eliminación de contaminación causada por las plataformas costa afuera. Este convenio regula el vertimiento de desechos y otras materias, el uso, y el abandono parcial o total de las plataformas costa afuera.

k) Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques (BUNKERS 2001). BUNKERS es un convenio Internacional que nace del seno de la OMI inspirado en el CLC. El objetivo es regular la responsabilidad civil derivada de la contaminación por hidrocarburos para combustible utilizado para la propulsión de los buques, lo cual no regula el CLC. Además, este Convenio se aplica a todo tipo de buques

sin excepción, lo que lo diferencia del CLC que sólo se aplica a los buques tanques para transporte de hidrocarburos.

Este Convenio pretende garantizar el pago de las indemnizaciones a las víctimas de la contaminación producto de fugas de hidrocarburos o de descargas de los mismos cuando los buques se encuentran aprovisionando y que las mismas se lleven a cabo de una forma adecuada, pronta y efectiva, para ello, esta normativa sigue el esquema propuesto por CLC y FUND. La materia que regula esta Convención se refiere tanto a la fuga de combustible como a los derrames ocasionados producto de las operaciones de aprovisionamiento de combustible de los buques.

En el Artículo 1 del Convenio BUNKERS, se define el buque de la siguiente manera: "*Buque es toda nave apta para la navegación marítima y todo artefacto flotante en el mar, del tipo que sea*". Se puede apreciar que es una definición amplísima en la que puede subsumirse perfectamente a las plataformas costa afuera, por lo que se considera que podría ser aplicable esta normativa a las plataformas offshore en materia de fugas de combustible o derrames al momento de aprovisionamiento del mismo y que le son necesarios para su funcionamiento.

1) *Convenio Internacional sobre el Control de los Sistemas Anti incrustantes perjudiciales en los buques (AFS) 2001*. El objeto fundamental de este instrumento internacional de la OMI, es el de contribuir en la preservación del ecosistema marino a través de la prohibición y restricción del uso de todos aquellos compuestos orgánicos que se encuentren presentes en la composición de las pinturas anti incrustantes que se usan en los buques y en las plataformas costa afuera y que afectan o pudieren afectar a futuro el medio ambiente.

De la revisión del artículo 2.9 del texto se puede encontrar la definición que hace de buque, según la cual se subsume en la misma a las plataformas offshore al ser el primero:

...toda nave, del tipo que sea, que opere en el medio marino, incluidos los hidro alas, los aerodeslizadores, los sumergibles, los artefactos flotantes, las plataformas fijas o flotantes, las unidades flotantes de almacenamiento (UFA) y las unidades flotantes de producción, almacenamiento y descarga (unidades FPAD).

En base a esto se puede afirmar que este es uno de los convenios que regula de algún modo a las plataformas costa afuera.

Analizadas las convenciones antes expuestas, se observa que en la actualidad se carece de una regulación a nivel internacional exclusiva y amplia que regule toda la materia concerniente a las plataformas costa afuera y las actividades que estas realizan, sin embargo; en cada una de las convenciones precitadas, es posible apreciar que la gran mayoría permiten que sus preceptos sean aplicados a las plataformas offshore, a través de una mención expresa sobre la aplicación del objeto de la

Convención a las mismas o, por considerar a estas unidades dentro del concepto de buque. Consiguiendo de esta manera que sean regulados en dichos instrumentos, diferentes aspectos de la vida y seguridad marítima, relativos a las plataformas costa afuera.

No obstante, se considera importante enumerar algunos otros instrumentos internacionales que de algún modo norman ciertos aspectos de las plataformas costa afuera, como por ejemplo: **(i)** Código para la Construcción y equipamiento de las Unidades móviles de perforación Costa Afuera de 1989/2009 resolución A649 aprobada el 19-10-1989 por la Asamblea de la Organización Marítima Internacional, **(ii)** Guía de seguridad para buques remolcados y otras estructuras en el mar, **(iii)** Directrices y normas para la remoción de instalaciones y estructuras emplazadas mar adentro en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva; resolución A.672 de la Organización Marítima Internacional, **(iv)** Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988, específicamente su protocolo de 1988/2005 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 1988, **(v)** Convenio Internacional para el reciclaje seguro y ambientalmente racional de los Buques, 2009, **(vi)** Convenio sobre la Protección del medio Ambiente Nórdico, 1974, **(vii)** Convención para la Protección del Mar Negro contra la contaminación, 1992, **(viii)** Convenio Regional para la Conservación del Medio Marino del Mar Rojo y el Golfo de Adén (Convenio de Jeddah), 1982, y **(ix)** Contrato de responsabilidad de contaminación Offshore, 1974.

2. Según el derecho comparado

En este aparte se hará una muy breve revisión de las disposiciones que hacen referencia a la regulación de las plataformas costa afuera en las legislaciones de Noruega y Uruguay, con la finalidad de ver el nivel de desarrollo legislativo que hay en la materia, en estas naciones. Se eligieron las mismas tomando en cuenta, por una parte la larga data de Noruega en el área de exploración y explotación de hidrocarburos y en el caso de Uruguay su reciente incursión en dichas actividades.

A. Noruega

El sistema normativo noruego no dispone de una ley específica que regule bajo un único instrumento las plataformas costa afuera. Actualmente la principal herramienta con que cuenta para normar gran parte de la materia offshore, es la Ley relativa a las actividades petroleras. La precitada norma regula principalmente la parte administrativa de las actividades costa afuera, como por ejemplo: el otorgamiento de licencias de exploración y de producción; registro e hipoteca; lo relativo al cese de las actividades petroleras, entre otros aspectos generales; además de normar también en áreas especiales como la seguridad, planes

de emergencia y la responsabilidad por daños de contaminación, entre otros.

La *Act Relating to Petroleum Activities*, cuenta con un Reglamento, denominado *Regulations to Act Relating to Petroleum Activities* de 1997, el cual ahonda en la aplicación de las disposiciones de dicha Ley.

Noruega cuenta además con otras cinco leyes³² que complementan el sistema jurídico en este ámbito, que son la ley relativa a la protección del medio ambiente en Svalbard, las normas relativas a la práctica segura en la exploración y explotación de perforación de depósitos de petróleo en Svalbard, el Código Marítimo Noruego, la ley relativa a la protección contra la contaminación y residuos y la ley de compensación en ciertas circunstancias.

Noruega posee una considerable cantidad de instalaciones costa afuera, dedicadas a la explotación de hidrocarburos, precisamente por ello, es quizás por lo que ha desarrollado un cuerpo normativo interno bastante extenso para regular dicha actividad, además de las regulaciones internacionales suscritas como por ejemplo: Convenio sobre la Protección del medio Ambiente Nórdico, 1974; el Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (OSPAR); Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las Aguas por Hidrocarburos (CLC), MARPOL, entre muchas otras.

B. Uruguay

De la revisión de la legislación marítima uruguaya, no fue posible encontrar leyes que regulen las plataformas costa afuera, más allá de una brevísima mención en un Proyecto de Ley para regular las operaciones de buques y plataformas en operaciones costa afuera, elaborado por la Prefectura Nacional Naval en el año 2013, en la que textualmente se mencionan de la siguiente manera:

Artículo 1. Interpretése que las actividades de exploración y explotación costa afuera (offshore), así como las de apoyo y prestación de servicios accesorios a aquellas actividades, no se consideran transporte de cabotaje y por ende no resulta de aplicación la Ley 12.091.

Artículo 4. Las instalaciones y/o buques que realicen las actividades detalladas en los Artículos 1 y 2, deberán cumplir con todos los requisitos establecidos por la legislación vigente, en lo relacionado a la prevención de contaminación de las aguas, planes de contingencia, seguridad y protección marítima y poseer seguro de responsabilidad civil por daños a bienes, personas y medio ambiente, por medio de seguros de Clubes de P&I (Protección e Indemnización) miembros de la Asociación Internacional de Clubes de Protección e Indemnización.

Artículo 5. Las empresas propietarias de las instalaciones y estructuras mar adentro, son responsables de su remoción, así como de la disposición final

³² Todas consultadas en <https://bit.ly/3pGZcBY>

de estas del equipamiento utilizado, luego de que haya cesado su actividad. Los plazos y aspectos técnicos del desguace, remoción y disposición final serán reglamentados por el Poder Ejecutivo, utilizando como base las resoluciones de la Organización Marítima Internacional.

Artículo 6. La República Oriental del Uruguay, en calidad de Estado Ribereño, y a través de la Prefectura Nacional Naval, inspeccionará las Unidades Móviles de Perforación Mar Adentro (MODU en su sigla en idioma inglés) toda vez que así lo considere conveniente, a efectos de verificar el Cumplimiento de las normas nacionales e internacionales aplicables a la actividad³³.

La actividad costa afuera es muy reciente en Uruguay, es por ello que se eligió este país para su revisión legislativa en el área, la cual se aprecia que es exigua y a nivel de suscripción de convenios internacionales en la materia, se puede indicar que ha suscrito: Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las Aguas por Hidrocarburos (CLC) 92, con su Protocolo del 92; MARPOL; OPRC 90, entre otras.

Conclusiones

Es indudable que en los últimos 120 años ha habido un auge vertiginoso en el área de la exploración y explotación de combustibles fósiles como una vía para impulsar el crecimiento económico, político y social en los Estados; es por esto, buscando siempre nuevas fuentes de recursos y bajo la implementación de los nuevos desarrollos tecnológicos, en las últimas décadas se dio inicio a la exploración y explotación de nuestros océanos para continuar el crecimiento de las naciones.

Como es lógico y por encontrarse nuestro planeta compuesto en más de un 70% de agua, se descubre en el lecho marino la presencia de más recursos energéticos principalmente, petróleo y gas.

Las Naciones, en aras del logro de sus fines dan inicio a las actividades de exploración y explotación en los océanos y mares, por medio de la utilización de lo que se denominan plataformas costa afuera, sin embargo; hasta la fecha no existe una reglamentación Internacional amplia, precisa, clara y eficiente que regule esta actividad que los Estados han venido desempeñando cada vez con más fuerza y frecuencia. Actividad que requiere de un gran conjunto de materias especializadas como lo son la oceanografía, geología y geofísica para su exitoso desempeño.

La actividad de las plataformas costa afuera se puede considerar de alto riesgo, precisamente por desenvolverse bajo ambientes hostiles,

³³ Prefectura Nacional Naval: *Proyecto de Ley para regular las operaciones de buques y plataformas en operaciones costa afuera*. Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, Uruguay 2013, e <https://bit.ly/3EGWgM7>

condiciones climatológicas adversas, expuestas a la corrosión, buques, oleaje, icebergs que condicionan la actividad y pueden ocasionar graves problemas de contaminación ambiental por hidrocarburos. Sin embargo, a pesar de todas estas condiciones adversas que pueden estar presentes en el desarrollo de las actividades de una plataforma costa afuera, han logrado desarrollarse en el transcurso de las décadas con pocas situaciones que lamentar, en comparación con el transporte marítimo de pasajeros, mercancías e hidrocarburos.

Hay que destacar un punto que merece gran atención por parte de todos los Estados, y este se refiere a que las actividades de exploración y explotación costa afuera se han venido desarrollando sin ningún tipo de normativa internacional que las regule, situación que no debería tomarse a la ligera, en vista de que, aun cuando no son frecuentes los accidentes en la materia, cuando ocurren generan un gran impacto en la vida humana, seguridad de la navegación, medio ambiente y biodiversidad.

Desde el año 1970 se ha venido impulsando la idea de la constitución de una regulación efectiva y específica en materia de las plataformas costa afuera y sus operaciones, por medio de los conocidos Borradores de Río, Sídney y la propuesta de la Asociación Canadiense de Derecho Marítimo, sin embargo; la mayoría de los Estados y en específico, la Organización Marítima Internacional han rechazado tales propuestas y consideran que no es un punto relevante a tomar en cuenta para la regulación en estos momentos, incentivando que la materia sea regulada por medio de convenios regionales entre los Estados.

Por lo anterior, en la actualidad se puede observar que la materia bajo estudio carece de una regulación única y exclusiva internacional, es por esto que se aprecia que existen algunas convenciones internacionales que permiten la aplicabilidad de su objeto a las plataformas costa afuera, bien sea por una mención expresa de su aplicación sobre las plataformas costa afuera o por considerar a estas unidades dentro del concepto de buque, sin embargo; por no ser convenciones especiales para la materia bajo estudio podrían encontrarse muchas lagunas legislativas.

En la actualidad, se aprecia que el ámbito en que las plataformas costa afuera y sus operaciones cuentan con un mayor blindaje regulatorio, es en la materia referida a la contaminación marítima.

No obstante, vistos los muy recientes desastres acaecidos en la Plataforma West Atlas en 2009, la Deepwater Horizon en 2010 entre otras de menor magnitud, aunque no menos importantes, se destaca nuevamente la necesidad vital de disponer de una Convención Internacional que regule las plataformas costa afuera y sus operaciones, para de esta manera conseguir un mayor control sobre la construcción, registro,

propiedad, certificación, seguridad operacional, así como las medidas para la prevención, lucha y planes de emergencia en casos de contaminación causadas por estas, la responsabilidad civil, penal y los sistemas indemnizatorios. ■



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 21, Julio – Diciembre 2020
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://twitter.com/cidepVE)