

# Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

## 17-19 *Homenaje a Pedro Nikken*

### **Presentación**

*José Ignacio Hernández G.*

Perder el miedo: Una semblanza de Pedro Nikken

*Claudia Nikken*

### **Estudios**

Algo más sobre el control de convencionalidad por los funcionarios  
de la Administración Pública: Estado de Cosas Inconvencional

*María Lidia Álvarez Chamosa*

Control de convencionalidad

*Rafael Badell Madrid*

Los derechos humanos en la Administración Pública a través de Internet

*José Rafael Belandria García*

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

*José Rafael Belandria García*

Sobre la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)  
y su influencia en la Declaración Venezolana de Derechos del Pueblo (1811)

*Allan R. Brewer-Carías*

Derechos de consumidores y usuarios como derechos humanos:  
Consideraciones sobre la figura del Defensor del Asegurado en Venezuela

*Pedro Luis Carmona B.*

“Mora e inflación”: Pedro Nikken, más allá de los derechos humanos

*María Candelaria Domínguez Guillén*

El principio de la legalidad tributaria

*Luis Fraga-Pittaluga*

Repensando la tutela judicial de los derechos económicos, sociales  
y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derechos prestacionales en emergencias humanitarias complejas

*José Ignacio Hernández G.*

Apuntes sobre derechos fundamentales y sus instrumentos de protección.  
La vigencia de los derechos y libertades  
*Rafael Lárez Fermín*

Asedio: El control de la discrecionalidad y sus límites  
*Gustavo Linares Benzo*

La responsabilidad de los funcionarios policiales por violación a los derechos humanos.  
Caso: Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana  
*Luís Alonso Macías*

Notas sobre el derecho al debido proceso y los procedimientos administrativos sancionatorios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
*Juan Andrés Miralles Quintero*

La participación ciudadana en el ámbito del funcionamiento  
de los órganos de control fiscal en Venezuela  
*Iván D. Paredes Calderón*

Rendición de cuentas: un instrumento protector de los derechos humanos  
*Angello J. Peña B.*

Los barrios, la propiedad y el Estado de Derecho en Venezuela:  
Un homenaje memorioso a Pedro Nikken  
*Rogelio Pérez Perdomo*

Las teorías de discurso de odio de Fiss y Post y lecciones para Las Américas  
*Ricardo F. Rosales*

La restricción de garantías según la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
*Gabriel Sira Santana*

La destrucción constitucional de la institución militar  
*Cecilia Sosa Gómez*

Los derechos humanos y las personas incorporeales  
*Adelaida María Suárez Díaz*

De la omisión legislativa absoluta, a la omisión legislativa parcial  
en materia de ejecución de sentencias y reparación de víctimas  
*Andrea Trocel Yabrudy, Mario J. D' Andrea*

Algunas notas introductorias sobre la interpretación del art. 187,  
numeral 11, de la Constitución de 1999  
*Carlos Urdaneta Sandoval*

Tendencias jurisprudenciales y desafíos actuales del Sistema Interamericano  
de Derechos Humanos. Breves notas en homenaje al Profesor Pedro Nikken  
*Daniela Urosa Maggi*

**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**



**Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano**

**N° 17-19 enero - diciembre 2019**



© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano  
© Universidad Monteávila

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano  
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público  
de la Universidad Monteávila

Final Av. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte,  
Caracas, Venezuela

Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80

Fax (0212) 232-56-23

RIF J-30647247-9

[www.uma.edu.ve](http://www.uma.edu.ve)

[www.redav.com.ve](http://www.redav.com.ve)

Hecho el Depósito de ley

Depósito legal ppi201302DC4673

ISSN: 2542-3169

Carcacas, 2019

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

REVISTA ELECTRÓNICA DE  
DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO  
**Publicación cuatrimestral**

**Consejo de Redacción**

**José Ignacio Hernández G.**  
Director

**Carlos Reverón Boulton**  
Subdirector

**Miembros del Consejo de Redacción**

Antonio Silva  
Claudia Nikken  
Cosimina Pellegrino  
Daniela Urosa Maggi  
Flavia Pesci-Feltri  
José Valentín González  
Fabiola Tavares

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

Federico Urbano  
*Exposición de Derecho administrativo venezolano*  
1910

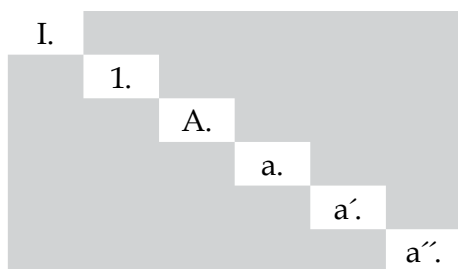
## *Normas de publicación*

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

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

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

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



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



## PRESENTACIÓN

José Ignacio Hernández G.

Claudia Nikken, *Perder el miedo: Una semblanza de Pedro Nikken.*

## ESTUDIOS

María Lidia Álvarez Chamosa, *Algo más sobre el control de convencionalidad por los funcionarios de la Administración Pública: Estado de Cosas Inconvencional.*

Rafael Badell Madrid, *Control de convencionalidad.*

José Rafael Belandria García, *Los derechos humanos en la Administración Pública a través de Internet.*

José Rafael Belandria García, *La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.*

Allan R. Brewer-Carías, *Sobre la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y su influencia en la Declaración Venezolana de Derechos del Pueblo (1811).*

Pedro Luis Carmona B., *Derechos de consumidores y usuarios como derechos humanos: Consideraciones sobre la figura del Defensor del Asegurado en Venezuela.*

María Candelaria Domínguez Guillén, *“Mora e inflación”: Pedro Nikken, más allá de los derechos humanos.*

Luis Fraga-Pittaluga, *El principio de la legalidad tributaria.*

José Ignacio Hernández G., *Repensando la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derechos prestacionales en emergencias humanitarias complejas.*

Rafael Lárez Fermín, *Apuntes sobre derechos fundamentales y sus instrumentos de protección. La vigencia de los derechos y libertades.*

Gustavo Linares Benzo, *Asedio: El control de la discrecionalidad y sus límites.*

Luís Alonso Macías, *La responsabilidad de los funcionarios policiales por violación a los derechos humanos. Caso: Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana.*

Juan Andrés Miralles Quintero, *Notas sobre el derecho al debido proceso y los procedimientos administrativos sancionatorios en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Iván D. Paredes Calderón, *La participación ciudadana en el ámbito del funcionamiento de los órganos de control fiscal en Venezuela.*

Angello J. Peña B, *Rendición de cuentas: un instrumento protector de los derechos humanos.*

Rogelio Pérez Perdomo, *Los barrios, la propiedad y el Estado de Derecho en Venezuela: Un homenaje memorioso a Pedro Nikken.*

Ricardo F. Rosales, *Las teorías de discurso de odio de Fiss y Post y lecciones para Las Américas.*

Gabriel Sira Santana, *La restricción de garantías según la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Cecilia Sosa Gómez, *La destrucción constitucional de la institución militar.*

Adelaida María Suárez Díaz, *Los derechos humanos y las personas incorporales.*

Andrea Trocel Yabrudy y Mario J. D' Andrea, *De la omisión legislativa absoluta, a la omisión legislativa parcial en materia de ejecución de sentencias y reparación de víctimas.*

Carlos Urdaneta Sandoval, *Algunas notas introductorias sobre la interpretación del art. 187, numeral 11, de la Constitución de 1999.*

Daniela Urosa Maggi, *Tendencias jurisprudenciales y desafíos actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breves notas en homenaje al Profesor Pedro Nikken.*



## PRESENTACIÓN

La *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* se complace en presentar este número homenaje a la memoria del profesor Pedro Nikken, que ha sido coordinado por Carlos Reverón Boulton. Pedro Nikken puede ser considerado el *jurista de los derechos humanos*, en tanto su trayectoria académica versó, precisamente, sobre el estudio, comprensión y difusión de los derechos humanos, no solo en el campo del Derecho Internacional -destacándose su rol en la Corte Interamericana de Derechos Humanos- sino también en el Derecho Público venezolano.

La protección jurídica efectiva de los derechos humanos en el Derecho Público venezolano es de tardía aparición, en parte, por la lenta evolución de las instituciones democráticas en Venezuela. El efecto vinculante de la Constitución de 1961 en esta materia tuvo que esperar a la difusión de la acción de amparo constitucional, cuya Legislación reguladora -no esencial en el estricto plano jurídico, pero fundamental en el aspecto práctico- apenas si aparece a fines de la década de los ochenta. Esto contribuyó a lo que consideramos fue la última evolución del Derecho Público venezolano antes del colapso iniciado en 1999, esto es, la transformación del Derecho Público a través de los derechos humanos.

El Derecho Administrativo se vio favorecido de esta transformación en dos dimensiones que conviene destacar. Así, la actividad administrativa comenzó a pivotar en la centralidad del ciudadano y sus derechos humanos. Ello contribuyó a reforzar las garantías jurídicas de la libertad general del ciudadano frente a la actividad administrativa de limitación, no solo en el aspecto formal -a través del procedimiento administrativo- sino también en el plano sustancial -mediante las garantías jurídicas arraigadas en el principio *favor libertate*. Además, la actividad administrativa prestacional también comenzó a

valorarse desde la óptica del ciudadano como titular de derechos, y no como simple beneficiario de prestaciones a cargo de la Administración.

La otra dimensión en la cual la influencia de los derechos humanos fue determinante en el Derecho Administrativo es la transformación de la jurisdicción contencioso-administrativa, de un sistema revisor de la Administración Pública a un sistema procesal de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

De allí la pertinencia de organizar un número especial que, en homenaje a la memoria del profesor Nikken, permita reflexionar sobre el rol actual de los derechos humanos en el Derecho Administrativo. En 1999, como se dijo, las políticas autoritarias-populistas implementadas en Venezuela llevaron a la configuración del Derecho Administrativo contrario a los derechos humanos e incluso, alejado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La ausencia de Estado de Derecho y la arbitrariedad de las Administraciones Públicas desencadenaron una emergencia humanitaria compleja sin precedentes.

La atención de la emergencia humanitaria compleja, y para ello, la reconstrucción del Derecho Administrativo venezolano pasa necesariamente por el restablecimiento de los derechos humanos. Tomando como referencia el discurso de incorporación del profesor Nikken a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, debe concluirse que la reforma del Estado venezolano -hoy más bien reconstrucción del Estado- pasa por hacer de los derechos humanos el centro del pensamiento jurídico volcado a la acción para avanzar en la compleja transición venezolana.

*José Ignacio Hernández G.*  
Boston, 30 de junio de 2020

# PERDER EL MIEDO: UNA SEMBLANZA DE PEDRO NIKKEN

**Claudia Nikken<sup>1</sup>**

*Es el mejor de los buenos  
quien sabe que en esta vida  
todo es cuestión de medida:  
un poco más, algo menos...*

Antonio Machado

Pedro Nikken, mi padre, murió el 9 de diciembre de 2019. Su fallecimiento fue la consecuencia de un traspie al levantarse del breve descanso que había tomado tras una ávida jornada de trabajo, al final de la tarde del día anterior. Preparaba el prólogo del libro *Elementos de una transición integral e incluyente en Venezuela: una visión desde lo local*, editado por el *Institute For Integrated Transitions (IFIT)*<sup>2</sup>. No pudo terminarlo.

Durante años, Pedro Nikken se dedicó a tratar de construir un camino hacia la salida de la crisis política en la que está sumida Venezuela, en particular desde la asunción del poder por Nicolás Maduro Moros en 2013, agravada por el proceso electoral ejecutado en mayo de 2018. Lo hizo bajo el manto de varias organizaciones no gubernamentales internacionales y de la mano de muchas organizaciones sociales y activistas venezolanos.

---

1 Creo que el único mérito que tengo para escribir este trabajo es el de ser la hija del homenajeado.

2 J. C. Rueda Azcuénaga (editor y coordinador), *Elementos de una transición integral e incluyente en Venezuela: una visión desde lo local*, IFIT, 2020. Disponible en <https://www.ifit-transitions.org/resources/publications/major-publications-briefings/building-an-inclusive-and-integrated-transition-in-venezuela-a-local-perspective/ifit-libro-gev-elementos-transicion-en-venezuela-1.pdf/view>. En el libro escriben, en ese orden, Rocío San Miguel, Jesús María Casal, Guillermo Aveledo Coll, Margarita López Maya, Claudia Curiel Leidenz y Orlando Ochoa Pacheco.

En ese proceso logró muchos acercamientos, pero lamentablemente nada definitivo. *Nadie es profeta en su tierra, "dice la voz popular"*. Mi padre no escapó de esa "verdad tan verdadera", "aunque se piense al revés"<sup>3</sup>.

Escribiendo estas líneas recuerdo el día en que mi hermano y yo comentábamos una noticia que nuestro padre venía de darnos. Trabajaría junto con el Secretario General de la ONU, en las negociaciones de paz en El Salvador. Eso fue en 1990. Nos dijimos entonces –y éramos muy jóvenes, que conste– que, si él lograba eso, sería recordado como una especie de *superhéroe*. Y lo logró. Y en El Salvador es en efecto recordado como un *héroe*<sup>4</sup>. En Venezuela no. Incluso entre amigos y conocidos fue muy criticado por sus intentos de diálogo<sup>5</sup>.

Pero insistió y, para ello, se basó en su experiencia en El Salvador, donde, como él mismo decía, su trabajo consistió en hilar entre uno y otro extremo los puntos de acuerdo, de manera de tejer luego las soluciones que, después de más o

---

3 Paráfrasis del poema XXX incluido en el libro de Antonio Machado, *Campos de Castilla*, que puede leerse en [https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios\\_y\\_cantares\\_\(Campos\\_de\\_Castilla\)](https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios_y_cantares_(Campos_de_Castilla)).

4 B. Cuéllar, *Un homenaje a Pedro Nikken*, en Diario "El Mundo" (San Salvador), 11/12/2019, disponible en <https://diario.elmundo.sv/un-homenaje-a-pedro-nikken/>; R. Cuéllar, *En memoria del Prof. Pedro Nikken en el 71º aniversario de la DUDH/ONU*, 12/12/2019, en <https://www.elsalvador.com/opinion/editoriales/en-memoria-del-prof-dr-pedro-nikken-en-el-71o-aniversario-de-la-dudh-onu/667942/2019/>; M. González y E. Velásquez, *Consternación por muerte del jurista Pedro Nikken, pieza clave en firma de la paz*, 12/12/2019, en <https://www.elsalvador.com/eldiariodehoy/consternacion-por-muerte-del-jurista-pedro-nikken-pieza-clave-en-firma-de-la-paz/667977/2019/>; S. Samayoa, *Un bastión en la batalla de la paz*, 12/12/2019, en [https://www.elsalvador.com/opinion/editoriales/un-bastion-en-la-batalla-de-la-paz/667944/2019/#utm\\_source=twitter&utm\\_medium=eldiariodehoy&utm\\_campaign=opinion](https://www.elsalvador.com/opinion/editoriales/un-bastion-en-la-batalla-de-la-paz/667944/2019/#utm_source=twitter&utm_medium=eldiariodehoy&utm_campaign=opinion).

5 Se puede hacer una búsqueda sencilla en Internet para corroborarlo, especialmente en Twitter, donde incluso personas que se decían sus amigos manifestaron en su contra palabras terribles. Por respeto a la memoria de mi padre, me abstengo de nombrarlas.

menos dos años se concretaron en los acuerdos de paz; recordando siempre que durante ese proceso la guerra continuaba...<sup>6</sup>

Yo misma, conversando con él, le decía con regularidad que el problema en Venezuela es que quienes detentan el poder tienen oscuros motivos para insistir en conservarlo a toda costa. Él lo sabía y lo entendía: pocas personas tienen la inteligencia que él tuvo.

Al final de todas las conversaciones, entendiéndolo que “si un gobierno no le teme a levantarse de la mesa no se toma en serio nada”<sup>7</sup>, la respuesta era siempre más o menos la misma: *ellos cederán cuando no hacerlo les resulte más costoso que insistir en sus posiciones.*

En cualquier caso, como lo repetía casi como un mantra, para salir de la crisis en Venezuela *la negociación no es la mejor alternativa, es la única alternativa*, por lo que el diálogo es inevitable<sup>8</sup>.

En una entrevista que ofreció el 18 de octubre de 2019 dijo muchas cosas importantes, de las cuales rescato, en primer lugar, lo que acabo de mencionar: que la *negociación* es nuestra única alternativa; que antes que enfrentar, lo que hay que

---

6 Sobre este proceso, entre otros documentos, puede consultarse su *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, disponible en: [https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS\\_1997\\_64\\_134\\_59-81.pdf](https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1997_64_134_59-81.pdf)

7 Entrevista realizada el 25/02/2018, en nombre de PROVEA, por L. Silva, titulada justamente “*Si un gobierno no le teme a levantarse de la mesa no se toma en serio nada*”, disponible en <https://www.derechos.org.ve/actualidad/entrevista-provea-pedro-nikken-si-un-gobierno-no-le-teme-a-levantarse-de-la-mesa-no-se-toma-en-serio-nada>.

8 Entrevista realizada el 7/10/2019 por J.G. Yépez para Contrapunto. “*El diálogo es inevitable*”, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QXoVOYUMY-8>

hacer es *seducir* y; que hay que actuar con generosidad para salir del enfrentamiento<sup>9</sup>.

En noviembre, refiriéndose al caso de El Salvador, donde “ninguna de las dos partes tenía mejor alternativa que la de un acuerdo negociado”, recordó algo que dijo el líder del FMLN -Schafik Handal- al sentarse a negociar con el gobierno: “[n]osotros no estamos aquí para capitular sino porque ustedes no pudieron ganarnos la guerra y porque nosotros tampoco pudimos ganársela a ustedes”. Mi padre afirmó en la entrevista que “[o]jalá [esa frase] se les metiera en la cabeza a estos bandos políticos que ya tienen 20 años tratando de destruirse y que solo han logrado destruir al país. Debemos buscar esos caminos de entendimiento. Nosotros ya no tenemos más tiempo, el país está destruido y necesitamos detener ese proceso para revertirlo”<sup>10</sup>.

Y así estamos. Así nos encontró la crisis del COVID-19, la escasez de gasolina y el derrumbe histórico de los precios del petróleo.

Así nos encuentra el asesto a la Asamblea Nacional de la estocada que consistió en dar por válida la elección de la junta directiva presidida por el diputado Luis Parra y calificar como “Asamblea Nacional paralela o virtual” a la conformada por la mayoría de los diputados, presidida por Juan Guaidó. Nos encuentra también la clausura de la puerta a la negociación que era la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral, a solicitud de los supuestos representantes de la oposición en la sedicente Mesa de Diálogo Nacional.

---

9 Entrevista realizada el 14/10/2019 por S. Dahbar y T. Porras y en el marco del Proyecto Orinoco, titulada “La negociación no es la mejor alternativa ¡Es la única alternativa!”, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7NRRHT5fbps>

10 Entrevista realizada por C. Hernández, publicada el 13/11/2019 para Supuesto Negado, “Pedro Nikken: El diálogo debe ser opción principal, no un plan B”, disponible en <https://supuestonegado.com/pedro-nikken-dialogo-opcion-principal-no-plan-b/> .

Y a pesar de eso o, mejor, por eso, resuenan cada vez más las palabras de Pedro Nikken: “*Hay que ponerse muy imaginativo. La historia de la política y de la diplomacia está llena de negociaciones imposibles. Sin embargo, se abren*”<sup>11</sup>.

\*\*\*

Pedro Nikken nació en Caracas el 12 de junio de 1945.

Fue el primer alumno inscrito en el *Instituto Champagnat*, formando parte de su primera promoción de bachilleres en 1962.

Estudió economía... No le gustó. Decía que gracias al profesor Jesús María Casal Montbrún, prefirió el derecho, que estudió en la Universidad Católica Andrés Bello, donde se graduó en 1968.

Comenzó su vida de servicio siendo profesor universitario, al tiempo que trabajaba para el Ministerio de Relaciones Exteriores.

En su carrera académica, desarrollada esencialmente en la Universidad Central de Venezuela, además de dar clases (1968-1992), ocupó prácticamente todos los cargos directivos principales, llegando a ser el decano más joven de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (1978-1981). Enseñó obligaciones por un tiempo; bienes hasta que se jubiló. Enseñó derechos humanos en pregrado y postgrado. Además, cofundó en 1980 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que presidió entre 1992 y 2001, pasando luego a ser un *asesor permanente*. Allí, sin temor a equivocarme, participó cada agosto en el curso interdisciplinario sobre derechos humanos, que se celebra en San José de Costa Rica. Además, fue incorporado a la Acade-

---

11 Entrevista realizada por H. Prieto para Prodavinci, el 2/12/2017, titulada “*Venezuela clama por una esperanza*”, disponible en <https://prodavinci.com/pedro-nikken-venezuela-clama-por-una-esperanza-por-hugo-prieto/> .

mia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela (1997) y le fue otorgado un Doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Buenos Aires (2017).

Como ya señalé, también prestó servicios al Estado venezolano como asesor del Ministro de Relaciones Exteriores (1968-1974 y 1979-1984), entre otras cosas, integrando la Comisión Negociadora Venezolana de áreas marinas y submarinas tanto con Colombia (1979-1980<sup>12</sup>), como con Francia (1980). Fue Consultor Jurídico del Consejo Nacional de Universidades (1982-1987) y asesor de la Comisión Legislativa del Congreso de la República (1984-1989). También fue juez suplente de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1986-1989) y diputado suplente al Congreso de la República (1989-1993).

Por sus conocimientos en derecho internacional público, fue propuesto para integrar –e integró en 1980– la entonces recién instalada Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual presidió entre 1983 y 1985. Fue el relator para casos esenciales como *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>13</sup>, “piedra angular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reiteradamente citado luego en casos como la *masacre de Mapiripán* en Colombia, el *Caracazo* de Venezuela o *El Mozote* de El Salvador”<sup>14</sup>. Su mandato expiró en 1989.

En 1990, de la mano de su amigo Allan R. Brewer-Carías, se integró al escritorio jurídico Baumeister & Brewer para, por primera vez, ejercer libremente la profesión de abogado, y donde permaneció *por siempre*.

---

12 No fueron pocas las críticas que recibió en esa época, vale decirlo.

13 CorteIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Puede verse ficha en [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=189&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=es).

14 F. Singer, *Muere el venezolano Pedro Nikken, un defensor irrepitible*, El País (Madrid), 10/12/2019, en [https://elpais.com/internacional/2019/12/10/america/1575935525\\_304859.html](https://elpais.com/internacional/2019/12/10/america/1575935525_304859.html).

Ese mismo año, comenzó a trabajar con el Secretario General de Naciones Unidas en la construcción de la paz para El Salvador. Luego, en 1995, trabajó en el proceso de paz guatemalteco y fue enviado en una misión especial a Burundi, en el marco del sangriento conflicto que existía entonces entre Hutus y Tutsis, como ocurría en Ruanda.

Participó como árbitro internacional en materia de límites, en particular en la resolución del conflicto que existía entre Chile y Argentina para el caso llamado “*Laguna del Desierto*”<sup>15</sup>.

También participó como árbitro en conflictos de otro orden, relacionados con la protección de inversiones<sup>16</sup>. Por muchos de esos arbitrajes -yo diría que por todos-, estudiaba para entender mejor el *derecho administrativo*, al menos algunas de sus instituciones esenciales, como el contrato administrativo en general y, la concesión en particular.

Ya habrá tiempo para analizar sus aportes desde ese espacio al derecho administrativo, en particular al derecho administrativo global.

\*\*\*

Pedro Nikken, mi padre, más allá de todo eso, fue en esencia un *defensor de la persona* y su dignidad, y, desde esa perspectiva, un activísimo luchador por los derechos humanos.

En Venezuela fue un gran promotor de las organizaciones para la defensa de los derechos humanos, entre otras, del Programa de Educación- Acción en Derechos Humanos

---

15 Ver nota de AFP-EFE del 22/10/1994, publicada en el diario “El Tiempo” (Bogotá), disponible en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-236259>.

16 Se pueden consultar los casos en que participó como árbitro en <https://www.italaw.com/arbitrators/pedro-nikken>.

(PROVEA) en 1988, del Comité de Familiares de las Víctimas del *Caracazo* (COFAVIC) en 1989.

Fue protector de la libertad de expresión, de lo cual pueden dar fe, entre otros, los miembros del Caracas Press Club -del cual fue cofundador-, y organizaciones como Espacio Público.

Más recientemente, en el ámbito electoral, aprovechando su experiencia de observación internacional de elecciones<sup>17</sup>, promovió Ojo Electoral -organización de la cual fue integrante- y luego el Observatorio Electoral Venezolano, que derivó de aquella.

Formó parte de la Comisión Andina de Juristas (1986) y, desde 1996, de la Comisión Internacional de Juristas<sup>18</sup>, la cual presidió entre 2011 y 2013, habiendo sido luego designado miembro honorario de la misma. Desde esta última, participó en una misión relacionada con Palestina<sup>19</sup> y, por supuesto, en los trabajos relativos a Venezuela.

Acompañó año a año a diversas organizaciones de derechos humanos a las audiencias para la sociedad civil que tienen lugar, entre otros, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Por su trabajo incansable, se convirtió en una referencia obligada en materia de derechos humanos en diversos organismos especializados tanto de la OEA como de la ONU.

---

17 Especialmente desde el Centro de Asesoría y Promoción Electoral, CAPEL, que es un programa especial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Para conocerlo, puede visitarse su sitio web: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>

18 La noticia se puede leer en: <https://www.icj.org/icj-elects-new-members-from-costa-rica-indonesia-japan-and-venezuela/>.

19 La noticia se puede leer en: <https://www.icj.org/icj-includes-a-second-high-level-mission-to-the-occupied-palestinian-territories-and-israel/>.

En el marco del diseño de una salida democrática a la crisis venezolana, solía repetir que los derechos humanos debían ser la base de la reconstrucción del país; que esa reconstrucción debía pasar por un proceso de reconciliación nacional; y que esa reconciliación, lejos de implicar impunidad, lo que suponía era justicia -no venganza o retaliación- y también *perdón*.

Según lo escribió y repitió de manera incansable, a su juicio los derechos humanos tienen como denominador común la lucha contra la opresión y, a fin de cuentas, por la liberación del ser humano<sup>20</sup>.

\*\*\*

Pedro Nikken amaba la literatura como su madre, en particular la poesía, que recitaba de tal manera que entre sus amigos lo bautizaron *juglar*. Amaba también la música como su padre, que como él solo coleccionaba. Sin embargo, su mayor y más querido tesoro fueron las *estrellas Michelin*. Sin duda, en el largo camino de su recolección aprendió a cocinar como los mejores<sup>21</sup>.

Pocas veces fuimos juntos al cine, pero lo apreciaba mucho. Recuerdo especialmente que vi con él *Buena Vista Social Club* en el CELARG horas antes de que iniciara en ese mismo sitio la celebración del nacimiento del diario *Tal Cual* (a cuya gestación contribuyó) y; más recientemente, en Madrid, *Mientras dure la guerra*<sup>22</sup>, que dejó la sala en un silencio sepulcral. No sabía yo que era la última vez que iríamos juntos al cine.

---

20 P. Nikken, *El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su efecto sobre Venezuela*, in "Venezuela y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos - Libro Homenaje a Alirio Abreu Burelli", Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Monteávila - Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2011, pp. 210.

21 De esto da fe su amigo Germán Carrera Damas en la dedicatoria de su *Elogio de la gula*, Epsilon Libros, Caracas, 2005.

22 *Mientras dure la guerra* es una película española estrenada el 27 de septiembre de 2019, dirigida por Alejandro Amenábar con guion del director y

Volviendo a la película... Claro que los españoles se quedaron mudos al verse reflejados hoy en una trama que se fundamenta en historia supuestamente pasada. Y nosotros también nos quedamos mudos. Porque allí se muestra cómo la imposibilidad de diálogo en una sociedad termina en violencia, en guerra civil, y la guerra civil no termina en nada bueno si alguien gana -o no, como lo recordó en una entrevista<sup>23</sup>, parafraseando a Antonio Machado, que ahora cito:

*Ya hay un español que quiere  
vivir y a vivir empieza,  
entre una España que muere  
y otra España que bosteza.*

*Españolito que vienes  
al mundo te guarde Dios.  
Una de las dos Españas  
ha de helarte el corazón.*<sup>24</sup>

\*\*\*

En mayo de 2019, se llevaron a cabo unas jornadas de reflexión ciudadana denominadas *Construyendo espacios de entendimiento*, impulsadas por diversas organizaciones sociales<sup>25</sup>. En esa ocasión, Pedro Nikken expresó las ideas que justifican el título de esta *semblanza*, llamando a los ciudadanos, a

---

Alejandro Hernández. Relata los sucesos ocurridos en la Salamanca de la segunda mitad de 1936 teniendo como hilo conductor el conflicto político y personal del escritor y filósofo Miguel de Unamuno. El tráiler oficial puede verse -debe verse- aquí: [https://www.youtube.com/watch?v=EP\\_LIHqmwmg](https://www.youtube.com/watch?v=EP_LIHqmwmg)

23 Entrevista realizada por H. Prieto para Prodavinci, el 2/12/2017, titulada "Venezuela clama por una esperanza", disponible en <https://prodavinci.com/pedro-nikken-venezuela-clama-por-una-esperanza-por-hugo-prieto/>.

24 Poema LIII incluido en el libro de Antonio Machado, *Campos de Castilla*. Puede leerse en [https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios\\_y\\_cantares\\_\(Campos\\_de\\_Castilla\)](https://es.wikisource.org/wiki/Proverbios_y_cantares_(Campos_de_Castilla)).

25 Ver la reseña escrita por I.L. Ordóñez el 17/05/2019 para Contrapunto, disponible en <https://contrapunto.com/nacional/organizaciones-sociales-apuestan-al-dialogo-para-la-resolucion-de-los-conflictos-entre-los-venezolanos/>.

cada ciudadano, a alzar la voz, *sin miedo*, para exigir que se encuentren caminos para el entendimiento, no solo para salir de nuestra crisis, sino para garantizar la futura gobernabilidad del país<sup>26</sup>.

Y, efectivamente, ¡hay que perder el miedo! Hay que avanzar en la construcción de espacios para el entendimiento y el acuerdo. Para generar acuerdos y pactos que nos permitan recobrar la serenidad, construir la prosperidad y, sobre todo, vivir en paz.

Porque al final, como tantas veces lo dije, la negociación es la única salida; la cuestión está en la oportunidad: antes o después de los muertos.

Para terminar, quiero simplemente decir que, en esencia, Pedro Nikken fue un hombre justo que, a fuerza de solo poder mitigar *sus* conflictos, pasó la vida tratando de resolver los de otros o, al menos, de contribuir con su solución. Lamentablemente, la vida no le alcanzó para ver la solución de este conflicto venezolano que se nos hace eterno.

Como me han dicho tantos de aquellos con quienes trabajó estos temas: ¡Qué falta hace!

Caracas, 27 de junio de 2020

---

26 Puede verse el segmento referido de su intervención en [https://twitter.com/Dale\\_Letra/status/1247628467279138816](https://twitter.com/Dale_Letra/status/1247628467279138816).



## ESTUDIOS



# ALGO MÁS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL

María Lidia Álvarez Chamosa<sup>1</sup>

*Resumen: Tomando como fundamento decisiones e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad y la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) desarrollada principalmente por la jurisprudencia colombiana, esta contribución tiene como objetivo rendirle tributo al profesor Pedro Nikken, quien de forma sencilla y a la vez exhaustiva fue, es y será guía desde lo básico a lo más complejo en los temas ius fundamentales. En consecuencia, se procederá a señalar algo más sobre el control de convencionalidad cuya revisión y análisis no le eran ajenos,<sup>2</sup> aprovechando la ocasión para plantear aspectos adicionales a los expresados en un trabajo previo en la materia.<sup>3</sup> La propuesta es que la inexistencia de mecanismos para dicho control por parte de la Administración Pública, si deriva en fallas estructurales del Estado y violaciones masivas de derechos, genera un Estado de Cosas Inconvencional que la Corte Interamericana debe declarar, con las correspondientes consecuencias, es decir, la posibilidad de dictar órdenes estructurales que involucren a las diversas auto-*

- 
- 1 Abogada, especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Constitucional, todo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Actualmente en revisión de proyecto de tesis del Doctorado en Derecho (UCAB). Profesora de pre y post grado de la misma Universidad.
  - 2 Vid. Pedro Nikken. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno". En *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 57, enero-junio 2013 pp. 11-68. En [www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf)
  - 3 Vid. María Lidia Álvarez Chamosa. "El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública". En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo REDAV* 15, Homenaje a Luis Enrique Farías Mata, 2019. Centro de Estudios de Derecho Público Universidad Monteávila. pp- 37-61. En <http://redav.com/ve/>

*ridades transgresoras, el hecho de que la sentencia surta efectos de cosa juzgada cuando todas las órdenes se cumplan y que será precedente vinculante para los Estados parte al entrar en la constelación que configura el corpus iuris interamericano.*

**Palabras clave:** *Control de convencionalidad. Administración Pública. Estado de Cosas Inconvencional. Estado de Cosas Inconstitucional.*

**Summary:** *Based on decisions and reports of the Inter-American Human Rights System, the conventionality control and the Unconstitutional State of Affairs (Estado de Cosas Inconstitucional, ECI) technique developed mainly by Colombian jurisprudence, this contribution aims to pay tribute to professor Pedro Nikken, who in a simple and at the same time exhaustive way was, is and will be a guide from the basic to the most complex on issues of fundamental rights. Consequently, it will proceed to point out something more about the conventionality control whose review and analysis were not alien to him, [1] taking the opportunity to raise additional aspects to those expressed in a previous work on the subject. [2] 2The proposal is that the absence of mechanisms for such control by public administration, if it results in structural failures of the State and massive violations of rights, generates an Unconventional State of Affairs that the Inter-American Court must declare, with the corresponding consequences, that is to say, the possibility of issuing structural orders involving the various transgressing authorities, the fact that the sentence takes res judicata effect when all the orders are carried out and that it will be a binding precedent for the States parties upon entering the constellation that configures the Inter-American corpus iuris.*

**Keywords:** *Conventionality control. Public administration. Unconventional State of Affairs. Unconstitutional State of Affairs.*

Recibido: 16 de abril de 2020

Aceptado: 13 de julio de 2020

## SUMARIO

- I. A manera de introducción: El control de convencionalidad y la Administración Pública.
- II. La Administración Pública y el Estado de Cosas Inconvencional.  
A modo de terminación  
Referencias

### I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante sus decisiones en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de otra serie de regulaciones, ha ido configurando el control de convencionalidad cuyas principales características se resumen de la siguiente manera<sup>4</sup>:

- i) *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.*
- ii) *Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.*
- iii) *Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.*

---

4 Claudio Nash Rojas. "Breve introducción al control de convencionalidad". En *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: Control de Convencionalidad*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.6, en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

- iv) *La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas. Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.*
  
- v) *La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

De lo anterior interesa principalmente que dicho control debe ser ejecutado de oficio por todas las autoridades, incluyendo las administrativas, en el ámbito de sus competencias, amplitud competencial no exenta de debates porque básicamente se asume que solo el Poder Judicial es el llamado a ejercerlo, así como solo él debe llevar a cabo el control de constitucionalidad, concentrado o difuso, sobre las actuaciones y omisiones de los restantes poderes.

Sin embargo, tal como indica el profesor Nikken (2013), el solo hecho de que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que a su vez es un principio del derecho internacional consuetudinario plasmado en la Convención de Viena (artículo 27), obligue a los Estados a garantizar los derechos protegidos sin condiciones y de manera inmediata, trae como consecuencia que no puede alegarse el sistema jurídico interno para justificar el incumplimiento de la CADH<sup>5</sup> o en definitiva para transgredir el corpus iuris interamericano, esto es, el bloque de convencionalidad configurado por esta Convención, por las demás convenciones americanas e internacionales en esta materia, el ius cogens, las opiniones de la

---

5 P. Nikken. *Ob. cit.*

Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte IDH.<sup>6</sup> Mediante estas últimas, la Corte además de señalar su propia competencia concentrada para llevar a cabo el control de convencionalidad, ha extendido el ejercicio difuso del mismo a los Estados parte en cabeza de todas las autoridades internas más allá de las judiciales, abarcando con ello a los funcionarios de la Administración Pública.

Es de advertir, que en este trabajo se parte de la postura por la cual la competencia para ejercer el control de convencionalidad por las autoridades internas de un Estado, no deriva de que el órgano a su vez tenga la competencia para el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que aquel no nace de instrumentos normativos internos sino directamente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en este caso decisiones de la Corte en ejercicio del control concentrado de convencionalidad), por lo que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública (en sentido orgánico y funcional) de los Estados parte, cuentan con la competencia para ejercer el control difuso de convencionalidad aunque le esté vedado el control de constitucionalidad.<sup>7</sup>

---

6 Domingo García Belaúnde plantea que tal cantidad de instrumentos hace de este *corpus iuris* un conjunto normativo variopinto y extenso, que más bien debiera limitarse a un bloque sólido, pequeño, permanente y propone por razones de practicidad que el mismo se centre en "...el sistema interamericano con sus instrumentos —no más de seis o siete realmente importantes— y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente..." "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015, p.144 / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

7 Vid. Allan Brewer-Carías. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, obra facilitada en digital por el autor. Para consultar las posturas en contra o sobre los límites del control de convencionalidad ejercido por la Administración Pública, Vid. M.L. Álvarez Chamosa, *Ob. cit.* A favor del control de convencionalidad difuso por parte de la Administración Pública Vid. Elard Bolaños Salazar. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa?. *Administración Pública & control*, no. 27,

Como indica Sagüés (2015), en definitiva, interesa que la Administración cuente con mecanismos para resolver la violación del *corpus iuris* interamericano, en el entendido que

*...lo que no es admisible es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.<sup>8</sup>*

No se propone la violación del principio de legalidad, elemento basal del Estado de Derecho, pero como es menester que el ordenamiento interno se ajuste al interamericano dando cumplimiento a las normativas internacionales garantes de derechos humanos, las autoridades de cada Estado parte deben levantar las barreras, promoviendo y ejecutando las reformas constitucionales, legislativas y reglamentarias requeridas, ya que en el caso específico de la Administración Pública, como señala el profesor Hernández-Mendible, si esta no cuenta con la competencia expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico nacional,

*...Estaría impedida de ejercer el referido control difuso de convencionalidad como lo haría un órgano jurisdiccional, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión de vicio de nulidad*

---

marzo 2016 en [https://www.academia.edu/24216016/Puede\\_el\\_control\\_de\\_convencionalidad\\_ser\\_una\\_alternativa\\_ante\\_la\\_prohibición\\_del\\_control\\_difuso\\_en\\_sede\\_administrativa?email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/24216016/Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibición_del_control_difuso_en_sede_administrativa?email_work_card=title)

8 Néstor Sagüés. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>, p. 148.

*absoluta del acto por ella expedido, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de convencionalidad.*<sup>9</sup>

Interesa a los fines del cumplimiento del corpus iuris interamericano y su efecto útil, que todos los poderes del Estado en general y la Administración Pública en particular, dentro del ámbito de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, puedan interpretar, desaplicar, anular o promover procedimientos mediante los cuales eviten decidir conforme a actos o normativas internas transgresoras de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A tal efecto, en esta breve contribución se plantea que de suceder lo contrario, esto es, la incompetencia de la autoridad administrativa para el control difuso de la convencionalidad, alegando las normativas domésticas que limitan exclusivamente al Poder Judicial el control constitucional o convencional, configura un Estado de Cosas Inconvencional derivado de la abierta omisión por parte de los restantes poderes de dotar o reconocerle a la Administración Pública tal atributo, siempre que se determine la violación masiva y estructural de derechos humanos garantizados en el bloque regulador interamericano, situación de cosas que debería ser declarada por la Corte IDH a través de una sentencia estructural aplicable como precedente vinculante (al formar parte del corpus iuris) por todos los demás Estados parte del Sistema.

---

9 Víctor Hernández-Mendible, *El Estado Convencional, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2019, p. 85.

## II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL

### 1. Qué es el Estado de Cosas Inconvencional?

Construir los fundamentos del Estado de Cosas Inconvencional, requiere aplicar análogamente la figura del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) que ha sido especialmente desarrollada por la Corte Constitucional de la República de Colombia.<sup>10</sup>

El ECI se ha configurado como una técnica jurídica coadyuvante en la protección de los derechos fundamentales, por

---

10 Según la doctrina, el origen del ECI se sitúa en la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997 de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Para solventar la violación del derecho de igualdad de un grupo de docentes que por omisión no fueron afiliados al fondo de prestaciones sociales se decretó dicho estado de cosas al constatarse que la causa de la transgresión radicaba en la ejecución irracional y desordenada de políticas públicas aplicadas a la materia educativa. Vid. Omar Huertas Díaz, Ana De Carli y Bruno de Paula Soares, "El Estado de Cosas Inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema". *Revista Direito UFMS*, n.º. 1, vol. 3 (enero-julio 2017): 33-51, en DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4096>. Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Situado Fiscal en materia educativa en procesos de tutela números T-115839 - promovido por Délfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza, Pedro Carval San Martín, Carmen Rosario Torres Acevedo, Merlyn Vanegas Alvarez, Carmen Serrano España, María Isabel Arcia Herrera, Miladys Vanegas Batista y Josefina Fuentes Pérez contra el municipio de María la Baja, Bolívar, - y T-116052, promovido por Wilson Cabeza Arroyo, Edilberto Calderón Polanco, Alberto Montes, José Alvarez Larios, Xiomara Cantillo, Candelaria Causado, Minerva Tobias, Wilson Carey Palencia, Brigitte Torres, Asunción Simanca, Gloria Suárez Herrera, Orlando Beltrán, Rosario Mulford Hernández, Jenny Acosta, Gehovanny Barcas, Yarlis Cabarcas, Amaury Guzmán, Marina Mercado, Daici Rodríguez, Tatiana Torres, Martha Arzayus, Jorge Rosales, Wilmer Madera, Hildeberto Avila, Amarilda Vergara de Ávila, José Herrera Esquivel, Emiro Mercado Moreno, Dalgy Hernández Cotes, Ana del C. Hernández, Donaldo Gamarra, Margarita Durán, Ana Hernández e Ivonne Lozano contra el municipio de Zambrano, Bolívar*. Sentencia SU.559-97, de 1997 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

la cual los tribunales<sup>11</sup> constatan que aun cuando la Constitución esté vigente es ineficaz por falla estructural -sistemática- de un Estado que desconoce masivamente derechos humanos contemplados en la Norma Suprema.

Se debe entender por masivo que la actividad o inactividad del órgano o ente afecte a multitud de personas lo que a su vez viene acompañado de la repetición y gravedad de la acción u omisión violatorias de derechos humanos. Por su parte estructural implica según Vásquez Armas (2010) que el ECI se justifica ante la existencia de un problema estructural de fondo, es decir el que se refiere a múltiples situaciones de hecho que derivan en una violación masiva de derechos fundamentales y hacen pensar en la posible interposición de muchas acciones de tutela.<sup>12</sup>

---

11 Es menester precisar que debido a la cantidad de autoridades involucradas, la variedad de órdenes, exhortos y propuestas que contempla la sentencia que declara el ECI, la constatación a su vez de elementos de violación masiva y estructural de derechos humanos, la jurisprudencia colombiana ha establecido que la competencia para declararlo corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, aunque después en la ejecución y seguimiento del fallo, los tribunales de instancia pueden a través de las acciones de tutela, conocer de situaciones similares que ameriten dictar sentencias para resolver un caso puntual. En esos casos estos tribunales pueden adoptar medidas, pero siempre en el marco del ECI decretado por la Corte Constitucional. Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, *caso: Solicitud pronunciamiento del Gobierno Nacional frente al informe de cumplimiento entregado el 1 de julio de 2010, en el marco del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento*. Auto 385 de 2010 de 10 de diciembre. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/AUTO%20385%20de%202010.pdf>

12 Renato Vásquez Armas, La técnica de declaración del "Estado de cosas Inconstitucional" Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. En *Ius et Veritas*, n.º. 1, (2010): 128-147. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/0>

## Se puntualiza que el aludido estado de cosas

*“ha sido descrito recientemente como el evento en que “el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal”, y en que “las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”.*<sup>13</sup>

Por aplicación análoga, el Estado de Cosas Inconvencional implicaría similares supuestos, solo que el parámetro de control lo configuran los diversos componentes del corpus iuris interamericano, de manera tal que las acciones u omisiones de los Estados serán inconvencionales en la medida en que contraríen ese bloque normativo de forma masiva y estructural, declarado o a nivel interno (difuso-autónomo-horizontal) por la máxima instancia judicial (a semejanza de lo que sucede con el ECI) o de forma concentrada-heterónoma-vertical por la Corte IDH.

Como técnica el Estado de Cosas Inconvencional no sería una institución jurídica sino una constatación fáctica, en la que concurren “(1) una vulneración generalizada de derechos fundamentales respecto de un número plural de personas, (2) causada por fallas estructurales”,<sup>14</sup> por la cual una vez que el juez ya sea interno o la Corte IDH, constatan los hechos, declara el estado de cosas y dictan órdenes complejas o estructurales para alcanzar su solución.<sup>15</sup>

13 Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la salud, al agua y a la alimentación de los niños y niñas del pueblo Wayuu del Departamento de la Guajira*. Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>: pp. 127-128, esta decisión se fundamenta a su vez en la sentencia de la Corte Constitucional T-762/15, 2015.

14 *Ibíd.* p. 127.

15 *Ibíd.* Debe advertirse que la existencia del ECI no es requisito para dictar esas órdenes, aunque para la solución de dicho estado de cosas si es necesario que sean dictadas. Entonces, en el entendido que se está utilizando la analogía para establecer ciertas definiciones del Estado de Cosas Incon-

Por tanto, se trata de una situación, esto es, un estado de cosas, que requiere como condiciones, por una parte, detectar la repetida violación de derechos convencionales de muchas personas que pudieran en virtud de ello acudir a las instancias judiciales para intentar acciones de tutela o en este caso acciones ante las instancias interamericanas, con la consecuencial congestión y caos institucional, y por la otra, que la causa de la vulneración sea imputable no solo a la autoridad contra la cual se intentan las acciones, sino que se origine en factores estructurales.<sup>16</sup> En virtud del carácter sistemático de las violaciones y con el fin de superar la situación, queda habilitada la instancia correspondiente para dictar órdenes, es decir, exhortos, indicaciones, sugerencias, establecer plazos, etc, para que las autoridades involucradas en la conculcación y por ende en su solución, adopten medidas o cesen en actuaciones u omisiones violatorias.

## 2. ¿Existen antecedentes sobre el Estado de Cosas Inconvencional?

Se han hecho algunas menciones doctrinarias y jurisprudenciales en relación a esta situación o estado de cosas.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos calificó como Estado de Cosas Inconvencional la violación masiva y generalizada de algunos derechos en República

---

vencional, la aludida sentencia T-302/2017 señala que en decisiones como la T-760 de 2008 y T-488 de 2014 de la Corte Constitucional colombiana, sin previa declaración del ECI han sido dictadas múltiples órdenes estructurales. De igual forma ha sucedido en el Sistema Interamericano en el que se han detectado problemas estructurales que han generado órdenes de ese estilo sin haberse declarado previamente un estado de cosas contrario al bloque de convencionalidad. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: *Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2009 de 16 de noviembre en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

16 *Ibíd.* Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo. En este fallo la Corte reitera las sentencias SU-090 de 2000, T-025 de 2004 y T-762 de 2015, todas de la misma instancia.

Dominicana, derivado de omisiones respecto a personas dominicanas de ascendencia haitiana en el acceso y la tenencia de documentos de identidad requeridos para probar su nacionalidad dominicana.<sup>17</sup> Aunque no se trata de un reconocimiento judicial, la naturaleza de *soft law* del informe emitido por ese órgano, puede derivar en *hard law* y fundamento de futuras sentencias de la Corte IDH.

*Nogueira Alcalá hace referencia a dicho estado de cosas, partiendo del caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile sentenciado por la Corte IDH en 2001, que según su criterio, configura un ilícito internacional continuado latente que existe cuando las normas constitucionales de un Estado parte vulneran la Convención Americana e internamente no se modifica el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección.*<sup>18</sup>

En este mismo orden de ideas, Sánchez Vallejo alude al Estado de Cosas Inconvencional basado en una sentencia estructural del Consejo de Estado de la República de Colombia de 10-09-2014 que aprecia un Estado de Cosas Inconstitucional e Inconvencional (situación de cosas) derivado de la violación por omisión por falta de atención oportuna en la satisfacción del derecho a la salud.<sup>19</sup>

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*, doc. 45/15, 2015 de 31 de diciembre. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Republica Dominicana-2015.pdf>.

18 Humerto Nogueira Alcalá, "El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 19, año 10, (enero-junio 2013): 221-270. Universidad de Granada. Instituto Andaluz de Administración Pública en <https://www.ugr.es/~redce/RED-CE19pdf/ ReDCE19.pdf>

19 Juliana Sánchez Vallejo, "Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado". En *Revista Academia & Derecho*, n° 11, año 6 (julio-diciembre 2015): 183-226. Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetEntreLaRecepcionYLaOmisionDeUna

### 3. ¿Cómo se configura un Estado de Cosas Inconvencional por acciones u omisiones de la Administración Pública?

La multiplicidad de funciones administrativas ejecutadas desde el Estado hace que cualquier desvío por acción u omisión, tenga impacto en ocasiones a nivel particular, pero en otras a niveles macro, ya que el número de personas beneficiadas o afectadas puede ser muy alto.

Tomemos el caso de la violación de derechos en República Dominicana, de dominicanos con ascendencia haitiana. Allí se detectaron problemas estructurales, consistentes en la discriminación en el acceso, obtención y tenencia de documentos que les permitieran a tales sujetos probar su nacionalidad dominicana, que involucraban una serie de autoridades (administrativas, judiciales, legislativas) y afectaban a un número importante de personas.

Acorde al Informe del 2015 de la Comisión Interamericana,<sup>20</sup> la magnitud y carácter prolongado de dicha problemática de violaciones reiteradas, continuadas y de patrones sistemáticos, se derivaba de prácticas de diversas autoridades internas, implementación de políticas, reformas administrativas, medidas legales aunadas a interpretaciones del Tribunal Constitucional incluso retroactivas, que durante años moldearon un proceso dirigido a la desnacionalización de hijos de migrantes haitianos regulares e irregulares

---

ObligaciónInternaci-6713581.pdf y Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *caso: Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda en caso intentado por María González y otros contra el Instituto de Seguros Sociales*, radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), 2014, de 10 de septiembre. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01\(29590\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).pdf)

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*. Ob. cit.

convirtiéndolos en apátridas, al negárseles documentos de identidad aun habiendo nacido en República Dominicana y expulsarlos colectivamente del país, generando la vulnerabilidad de una población que ve lesionados sus derechos a la nacionalidad, a poseer documentos de identidad, a la igualdad y a la no discriminación por motivos raciales y de nacionalidad.

No en balde la Comisión catalogó tal situación como un Estado de Cosas Inconvencional, porque lejos de la normativa interna que avalaba y servía de fundamento a las decisiones de las autoridades dominicanas, sucede que tales instrumentos internos, las interpretaciones judiciales, las políticas públicas, etc., violaban la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, la Convención para reducir los casos de apatridia y otros instrumentos que conforman el bloque de convencionalidad.<sup>21</sup>

Y es entonces que mantener normativas o prácticas internas que impiden o no le reconocen competencia o no establecen procedimientos para que la Administración Pública ejerza el control interno de convencionalidad, puede generar situaciones en las que esas autoridades ante regulaciones de cualquier jerarquía incluso constitucionales, políticas públicas, actos administrativos, sentencias, etcétera, contrarias al corpus iuris interamericano, deban aplicar instrumentos y decisiones que a su vez harían que sus propias decisiones –actos administrativos, contratos, etc.– sean violatorias de derechos humanos.

La inexistencia de mecanismos de control de convencionalidad en manos de la Administración Pública, si involucra a varias autoridades y afecta a muchos sujetos es una omisión inconvencional estructural que requiere de medi-

---

21 *Ibíd.*

das que resuelvan la situación, por tanto, como puede inferirse de lo expuesto hasta ahora, no interesan todas las violaciones por acción u omisión, sino solo aquellas que son estructurales -involucran varias autoridades- y además a muchas personas, respecto a las que la Corte IDH no debiera limitarse a señalar esa condición sino declarar un Estado de Cosas Inconvencional que sirva de mayor sustento y a la vez de límite a las órdenes destinadas a influir o modificar conductas de los Poderes Públicos de cada Estado parte, para la mayor protección de los derechos lesionados.

En este caso la declaratoria de un Estado de Cosas Inconvencional por la Corte IDH parte de la base de que la protección de derechos hoy en día no se limita al sujeto que sufrió la lesión, ya que los derechos fundamentales cumplen funciones estructurales. La consecuencia de esto es que no solo deben verse como derechos de defensa, es decir como derechos subjetivos políticos, sociales, culturales, económicos o civiles, de primera, segunda, tercera, cuarta o quinta generación, cuyo titular puede exigir su satisfacción ante las instancias correspondientes, sino que además como principios que son, el Estado fundamentado en el sentido objetivo de los derechos, debe velar su garantía a todos aquellos que los detentan, independientemente de la clase de derecho o de si ha sido o no exigido formalmente por el afectado, lo cual habilita a las autoridades a decidir en el caso concreto tomando las medidas que impidan o logren el cese de la violación para el particular accionante y además a adoptar medidas, dictar órdenes y establecer pautas a fin que la violación puntual no se repita en casos similares.

Ambos sentidos (subjetivo y objetivo) implican ampliar el contenido de los derechos al enfocarlos como facultades de defensa ante las violaciones y como prestaciones del Estado que involucran a la colectividad, porque

*...en el Estado democrático, los derechos fundamentales, particularmente los de participación política, constituyen, como lo ha sostenido HÄBERLE «el fundamento funcional de la democracia por antonomasia»; por consiguiente representan las garantías de organización y procedimiento que contribuyen para que el proceso de decisión sea libre y abierto. Y en el Estado Social, los derechos fundamentales tienen implicaciones de naturaleza económica y social, las cuales exigen que las libertades clásicas deban ser algo más que prerrogativas sin posibilidad de realización, es decir, su contenido debe ser algo más que simple prohibición de las intervenciones del Estado. Por tanto, desde el contenido subjetivo, son derechos a prestaciones sociales que comprenden la puesta en marcha de la actividad general del Estado, y en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como «directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa» (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal. El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (objektive Grundsatznormen) y decisiones axiológicas (Wertentscheidungen) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana. Esta doble cualificación es el resultado de la denominada teoría objetiva, que sobresale por la ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que se produce un cambio de dirección iusfundamental, se convierten en valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico.<sup>22</sup>*

22 Julián Tole Martínez, "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. el Estado de Cosas Inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n.º. 1 (julio.diciembre 2006). <https://revistas.uridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/228>. Planteamiento de este autor citando a Schneider, Häberle y Fernández Segado, 258 y 259.

#### 4. ¿Qué tipo de decisión adoptaría la Corte IDH al detectar el Estado de Cosas Inconvencional?

Los problemas sistemáticos corroborados por la Corte Interamericana deben solucionarse mediante sentencias estructurales, es decir un tipo de sentencias atípicas, cuyo efecto consiste en "...superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos".<sup>23</sup>

Como fórmula de protección objetiva de derechos el origen de este tipo de decisiones se ubica en Estados Unidos en los *structural remedies* de los años cincuenta cuyo antecedente es la sentencia sobre la discriminación racial en las escuelas públicas (Brown II), generando la aparición de nuevas acciones procesales caracterizadas por lo siguiente:

*la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un status quo injusto; 2) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4) la sentencia no tiene sólo efectos interpartes; 5) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.*<sup>24</sup>

23 Estas decisiones atípicas son además las adoptadas para solucionar el ECI por ello han sido definidas en Colombia por la jurisprudencia y la doctrina. Vid. Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n°5, 91-116, (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung e V., 2015): 114. [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_41796\\_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591)

24 Las sentencias estructurales fundamentadas en *structural remedies* norteamericanos han sido objeto de análisis en varias decisiones colombianas

Debe aclararse que dentro del Sistema Interamericano no son desconocidas tales decisiones, cimentadas en la búsqueda de la igualdad estructural exclusivamente respecto a poblaciones en desventaja, en virtud de que los Estados deben cumplir obligaciones positivas, es decir, formular y ejecutar políticas, llevar a cabo prácticas, dictar y aplicar normativas, etc. a fin de garantizar la igualdad material de grupos o sectores sociales que viven en condiciones estructurales desventajosas en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

La Corte IDH fundamentada en el logro de la justicia material, ha resuelto casos vinculados con violaciones estructurales por omisión de derechos humanos como indica Miranda Bonilla<sup>25</sup>, en materias como niños, mujeres, privados de libertad, desplazados, LGBTI.<sup>26</sup> Se observan dentro del Sistema Interamericano informes o decisiones relacionados con violencia estructural o pautas sistemáticas del Estado contra las mujeres

---

que declaran el ECI y que pueden calcarse a sentencias que declaren el Estado de Cosas Inconvencional. *Vid.* Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Acción de tutela por vulneración de la dignidad humana; la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la igualdad; a la intimidad; al libre desarrollo de la personalidad; a la información; a la presunción de inocencia; a la salud; a la defensa; al ejercicio libre de una profesión (para el caso de sus abogados); a la unidad familiar; los derechos del menor a no ser separado de su familia, así como el derecho de petición promovida por internos del Pabellón de Máxima Seguridad de Cóbbita (Boyacá) contra el INPEC – Dirección del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Barne”, Sentencia T-1030/03, 2003 de 30 de octubre, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm> (tomando como base a Farber, VII. Consideraciones).*

25 Haideer Miranda Bonilla, “Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica”. En *Revista Ius Doctrina*, n.º. 2, vol. 11 (2018), en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>

26 Claudio Nash Rojas, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n.º.5, 125-144 (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogota, 2015), en [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_41796\\_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591)

como el caso *María da Penha Fernandes vs. Brasil* o el caso *Campo Algodonero vs. México*, o casos como el de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana* a las que este país les negó la nacionalidad aunque habían nacido dentro del territorio de ese Estado.<sup>27</sup>

Una lectura a dichos documentos revela la existencia de patrones estructurales que violan derechos humanos -básicamente sociales- y que derivaron en una condena al Estado cuya actuación o inacción toleró la transgresión por parte de varios de sus funcionarios, órganos y entes, planteando la exigencia de instituciones, políticas, regulaciones, recursos humanos y financieros adecuados para mejorar o lograr el cese de la violación más allá del caso puntual.<sup>28</sup>

- 
- 27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe número 54/01, 2001 de 16 de abril. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Campo Algodonero vs. México*. *Ob. cit.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, (Fondo, Reparaciones y Costas), 2005 de 8 de septiembre en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf)
- 28 Las violaciones masivas y sistemáticas en su sentido clásico requerían pasividad y severidad, pero luego se consideró que adicionalmente ameritaban la planificación de dichas violaciones por parte de los Estados como mecanismo para conservar el poder. A este respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su Informe Anual 1979-1980 “que había una relación orgánica entre las violaciones a la integridad personal, el no cumplimiento de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política” lo que llevó a dicho órgano a evolucionar de dar en un principio respuesta a violaciones individualmente consideradas, a diseñar mecanismos para responder a las violaciones masivas y sistemáticas en sentido clásico o en el más actualizado, preparando informes sobre la situación general de los países a fin de documentarlas mediante los *country reports*. *Vid.* Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, abril 2007: 98 y 99, en [http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads\\_f9f12250/CDH\\_025.pdf](http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf)

Sin embargo aunque pareciera que los anteriores casos mayoritariamente remiten a violaciones estructurales por incumplimiento del *corpus iuris* vinculadas de forma exclusiva a la noción de igualdad estructural de derechos sociales, se observa una cierta apertura hacia otros derechos que no son típicamente prestacionales, como en el caso *María da Penha Fernandes vs. Brasil* de 2001 cuyo debate se centra en derechos civiles ya que el entonces cónyuge trató de asesinarla en dos oportunidades, a su vez desde el inicio de las investigaciones habían transcurrido diecisiete años, no se había abierto el procedimiento contra el presunto responsable y tampoco se había dictado sentencia definitiva ni la reparación de los daños sufridos, todo ello con riesgo de prescripción, sucediendo que la situación según el Informe elaborado por la Comisión Interamericana, lejos de limitarse a la situación concreta, se repetía en otros casos que revelaban reiteración y patrones estructurales violatorios por una clara discriminación contra mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales.<sup>29</sup> Este caso evidencia la manera en que el Sistema con base al concepto de igualdad le da una nueva lectura a derechos civiles o políticos y a las obligaciones del Estado en ciertos contextos sociales.<sup>30</sup>

Hoy en día la dimensión objetiva de los derechos implica que el Estado siempre, en mayor o menor medida, tiene que satisfacer una faceta prestacional respecto a todos ellos, sin limitarse a los denominados de segunda generación.

Las clasificaciones de derechos responden a razones más aparentes que reales<sup>31</sup> porque además que las diferencias entre

---

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso: *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*. *Ob cit.*

30 Víctor Abramovich, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Revista Derechos Humanos* 1, año 1, Infojus, (noviembre 2012): 95-138, en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las\\_violaciones\\_masivas\\_patrones.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las_violaciones_masivas_patrones.htm)

31 Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª ed. (Navarra: Aranzadi, S.A., 2008).

“clases” de derechos es vaga y peca de simplificación, es imposible establecer a priori el contenido total de ellos a fin de identificar si su satisfacción se logra con la abstención del Estado o al contrario con la actividad prestacional del mismo ya que más bien existe un complejo conjunto de deberes de diferente índole que deben ser cumplidos a fin de protegerlos.<sup>32</sup> Gutiérrez Beltrán ejemplifica lo anterior al señalar que existen derechos políticos de primera generación como las elecciones que requieren de obligaciones positivas para organizarlas y llevarlas a cabo y por tanto no se satisfacen exclusivamente con la abstención estatal, mientras otros como la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas considerado derecho cultural de tercera generación ameritan de la abstención por parte del Estado.<sup>33</sup>

Entonces la posibilidad de que la Administración Pública dicte actos o tome decisiones inconvencionales por no poder ejercer internamente el control de convencionalidad cuando alguna acción, inacción, normativa, política, etc., sea contraria al bloque ius proteccionista interamericano, si involucra a diversas autoridades y amenaza a un número importante de sujetos, evidencia un patrón de transgresión sistemática. De ser conocido por la Corte IDH ameritaría una sentencia estructural en búsqueda de una acción conjunta y coordinada de varios órganos, entes o autoridades a fin de superar el patrón de tolerancia del Estado, pero a su vez para instar a las autoridades a dictar leyes, aprobar presupuestos y en definitiva adoptar todas las decisiones requeridas para que los órganos y entes administrativos (o que cumplan funciones administrativas) asuman competencias de control convencional y con ello se procure superar las violaciones estructurales.

---

32 Andrés Gutiérrez Beltrán, “Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Revista Derecho del Estado Nueva Serie* n.º 24 (julio 2010): 81-104. Universidad del Externado de Colombia. <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/421>

33 *Ibíd.*

La decisión de la instancia judicial interamericana debe estar compuesta por órdenes de variada índole, inclusive en materia de políticas públicas, exhortos a todas las autoridades involucradas en el problema, etc., cuyos efectos se extiendan más allá del caso puntual en búsqueda de la igualdad material en todo tipo de derecho.

Cabe decir que esa clase de sentencias generan controversia por el hecho de que a las autoridades judiciales se les ha limitado su actuación a aplicar la letra de la ley o anular normativas que contraríen de forma grosera las Constituciones.

Admitir decisiones estructurales que incidan en materias exclusivas de la Administración Pública –como el caso de las políticas públicas- o del Poder Legislativo exhortándole a que sancione leyes que atribuyan competencia convencional a dicha Administración o de las instancias judiciales internas para que reinterpreten o desapliquen normas contrarias a la aludida competencia, implica abrir la puerta a sentencias complejas propias del activismo judicial, pero que buscan satisfacer la faceta prestacional y con ello la dimensión objetiva del derecho conculcado.

No debe significar, por señalar un ejemplo, la formulación o diseño de políticas públicas para las que en definitiva los tribunales no cuentan con la capacidad técnica propia del Poder Ejecutivo, tampoco dictar leyes o sentencias atribuidas a las instancias domésticas. Significa que la Corte IDH puede y debe moderar e instar a las autoridades competentes a colaborar en conjunto con la colectividad afectada para la solución del problema y de no ser así determinar las responsabilidades correspondientes.

La Corte Interamericana ante el caso puntual en el que la Administración Pública haya llevado a cabo sus funciones aplicando el derecho interno en violación del corpus iuris por no contar con la herramienta del control de convencionalidad,

siempre que tal situación de hecho trascienda a muchos más sujetos que los presentes en el caso debatido y evidencie patrones estructurales de transgresión, debe poner coto al problema estructural. Su solución no se logra con medidas puntuales y particularizadas ineficaces para evitar múltiples reclamaciones y un posible colapso las instancias judiciales internas y más aún las instancias interamericanas, sino que previa constatación fáctica de un Estado de Cosas Inconvencional debe proceder a dictar una sentencia estructural que contenga órdenes dirigidas a resolver el caso puntual y cualesquiera otros semejantes y así evitar futuras acciones ante la Corte.

Las mencionadas órdenes deben cumplir una serie de características que en definitiva son los límites de la actuación judicial, a saber,<sup>34</sup>

- i. Complejas: determinar si una orden es simple o compleja, es cuestión de grado no de cualidad;<sup>35</sup>

---

34 Se sigue en este punto una serie de características expresadas por la jurisprudencia colombiana en materia de órdenes de tutela y que pueden tomarse de guía para las sentencias estructurales interamericanas. Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Revisión de decisiones judiciales proferidas por jueces de tutela de instancia en procesos relacionados con las violaciones de los derechos a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la salud y a la reintegración social de personas privadas de la libertad en seis (6) centros de reclusión del país.* Sentencia T-388/2013 de 28 de junio en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

35 *La jurisprudencia constitucional ha sostenido que “[...] una orden de tutela es simple cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario, una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno. Para la Corte, las ‘órdenes complejas’ son ‘mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública’.* *Ibid.* Sentencia T-388

- ii. Efectivas: la orden compleja se toma por inexistencia de coordinación entre diversas autoridades, agencias o instituciones, para lo cual los jueces, no de cualquier forma sino de conformidad con las normas constitucionales, están llamados a desenredar tal '*marasmo institucional*';<sup>36</sup>
- iii. Respetuosas de las competencias constitucionalmente establecidas en democracia: las competencias de otros poderes que en democracia ameritan de la deliberación y participación política no pueden ser asumidas por las instancias judiciales so pretexto de la defensa de derechos humanos. Los asuntos de políticas públicas deben garantizar la participación de todas las partes interesadas. Así, las órdenes judiciales hacia la Administración o cualquier otro Poder, no deben ser detalladas, permitiéndose la intervención judicial a través de medidas concretas siempre que cuenten con el concurso de las autoridades competentes en democracia, garantizando la deliberación y participación, sin suplantar a las autoridades, ni creando instituciones paralelas que sustituyan a las autoridades constitucionalmente competentes. Las órdenes deben ser razonables, no irrealizables, absurdas o desproporcionadas;
- iv. Prudentes y abiertas al diálogo entre las instituciones: las órdenes complejas presentan niveles de incertidumbre por la cantidad de factores involucrados (derechos, interesados, autoridades, órdenes emitidas, etc.) que ameritan negociación, diálogo y ponderación judicial en la concepción, ordenación y control del remedio ideado. Cuanto más compleja es una situación menos aconsejable es centrarse en una sola solución. A su vez

---

de 2013, reiterando decisión de la Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

36 Ibid. T-388 de 2013, reiterando la decisión de la Corte Constitucional, sentencia T-974 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo).

el diálogo amerita conocer que una cosa es la decisión, esto es, el derecho que fue objeto de transgresión y el por qué, respecto a lo cual opera la cosa juzgada, y otra cosa son las órdenes establecidas en la sentencia, es decir aquellos remedios señalados judicialmente para resolver la violación o la amenaza, las que con posterioridad pueden ser modificadas o complementadas y sobre las cuales el juez mantiene la competencia pudiendo adoptar aquellas que sean requeridas para el cumplimiento de la decisión, por cuanto a fin de asegurar el goce efectivo, dentro de los límites competenciales puede modificar los aspectos accidentales;<sup>37</sup>

- v. Cuyo cumplimiento sea objeto de control y supervisión judicial, aunque en el entendido que, por motivos de respeto a las competencias democráticas y administrativas, el juez debe contar con la participación democrática y con el soporte de los entes con competencia técnica en materia de políticas públicas;
- vi. Como órdenes complejas comprenden un catálogo variado de herramientas: medidas cautelares (medidas provisionales en el caso de la Corte IDH), suspensión de trámites administrativos, ordenar que se den procesos participativos, crear mesas de trabajo, verificación de cumplimiento de actos o soluciones paliativas de carácter temporal, realización de estudios, construir

---

37 *Ibíd.* En este punto la Sentencia T-388/2013 reitera la decisión T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) de la misma instancia, trayendo a colación el Decreto 2591 de 1991 como uno de los estatutos fundacionales de la Constitución Política de 1991, aprobado mediante el excepcional procedimiento transitorio que para el efecto destinó la Asamblea Nacional Constituyente, relacionado con el artículo 27 por el cual el juez establecerá los demás efectos del fallo de tutela para el caso concreto y *mantendrá la competencia* hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

o terminar construcción de obras que estaban presupuestadas, etc.,<sup>38</sup>

- vii. Que busquen la materialización o goce efectivo de los derechos, para lo cual la jurisprudencia ha ordenado el desarrollo de indicadores que permitan conocer y medir los avances que se logran en la implementación de las políticas públicas.<sup>39</sup>

Es importante tener en cuenta que la ampliación de las competencias decisorias de las instancias judiciales no es ni puede ser ilimitada, tampoco una excusa para violar el principio de legalidad o incurrir en usurpación de funciones. A tal efecto la declaratoria del Estado de Cosas Inconvencional constituye un parámetro de ponderación para los jueces quienes no pueden dictar órdenes que excedan de la superación de dicha situación de cosas. En definitiva, se trata de una colaboración entre poderes públicos para lograr la vigencia efectiva de los derechos humanos y no como se señaló, de la sustitución de las funciones de otros poderes.

Vistas, así las cosas, el estado de cosas funcionaría como parámetro y límite para determinar si la sentencia estructural proferida es desproporcionada. Esto implica revisar si cada orden, exhorto, mandato, plazo o indicación judicial a las diferentes autoridades concernidas además de tener relación con la situación detectada, superan los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto porque

---

38 *Ibíd.* La decisión T-388 de 2013 presenta un grupo de órdenes contenidas en sentencias y autos como el inventario presentado en materia de acceso al agua potable en materia de políticas públicas contemplado en la sentencia de la Corte Constitucional sentencia T-418 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa).

39 Los esfuerzos presupuestales se relacionan con que las políticas públicas se orienten hacia la protección de los derechos humanos y libertades, es decir de todos los derechos, por lo cual siempre deben contar con una dimensión prestacional, en el entendido que esas políticas son el catálogo de acciones y omisiones de una autoridad sobre una determinada cuestión y no un conjunto de directrices y promesas.

solo estarán justificadas aquellas decisiones que cumplan esas condiciones para lograr el cese de la situación contraria al *corpus iuris* interamericano.

La Corte IDH debe controlar si las autoridades competentes cumplen con el contenido de la faceta prestacional de un derecho que a su vez implica el derecho de sus titulares a que se adopten las medidas idóneas y necesarias, con lo cual la adecuación y la necesidad dependerán de cada caso sin ser excesivas ni invadir sin ponderación las competencias de los restantes poderes. Es menester indicar que el nivel de cumplimiento de los derechos puede medirse a través de indicadores, conformados por estadísticas, informes, estudios, etc., que determinan el avance concreto en la protección, respeto y garantía de los mismos.<sup>40</sup>

Dentro de tales controles se encuentra determinar si la Administración Pública cuenta con procedimientos internos para ejercer un control de convencionalidad que garantice el efecto útil del *corpus iuris* interamericano.

En consecuencia en aquellos Estados parte del Sistema cuya inexistencia de tales procedimientos en manos de la Administración Pública-Poder Ejecutivo genere daños masivos que involucren a varias autoridades producto de problemas o fallas estructurales de ese Estado, se genera un Estado de Cosas Inconvencional que legitima a la Corte IDH a dictar órdenes, recomendaciones, exhortos, etc., dirigidos exclusivamente a dar término a eses estado de cosas y que por ello, constituye límites a las decisiones adoptadas por la Corte.

---

40 Vid. Organización de Estados Americanos. Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, 2da. ed. Washington, 2015 en [https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores\\_progreso.pdf](https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf). Vid. Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Nueva York y Ginebra, 2012. En [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf)

Declarar un Estado de Cosas Inconvencional en esos casos permite primero identificar el problema como una determinada situación de hecho que debe ser resuelta, además limita los poderes de la Corte única y exclusivamente a las medidas que sean necesarias, idóneas y proporcionales para la superación de tal situación a través de sentencias que formarán parte del *corpus iuris* y por tanto de obligatorio acatamiento, de oficio, por los Estados Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### III. A MODO DE TERMINACIÓN

El profesor Brewer-Carías (2017) abordando el tema de la competencia de los jueces internos para ejercer el control difuso de convencionalidad y con fundamento en la jurisprudencia interamericana, ha planteado que ejercer ese control no depende de si la normativa interna confiere o no la competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad.<sup>41</sup>

A su vez, siguiendo a Jinesta, indica que de oficio los tribunales deben efectuar el test de convencionalidad de normas, disposiciones o actos internos, aun cuando no haya sido solicitado por la parte interesada, en virtud de una suerte de reforma tácita de las legislaciones nacionales en materia de acciones de constitucionalidad<sup>42</sup>.

---

41 A. Brewer-Carías. (2017). *Ibíd.*

42 *Vid.* la mención del profesor Brewer-Carías sobre opinión del magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica. Este considera que a partir de la sentencia de la Corte IDH, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú de 2006, la competencia convencional de oficio, convirtió el sistema de dispositivo en uno parcialmente inquisitivo en el que las instancias judiciales a fin de evitar la responsabilidad del Estado por omisión, han de efectuar tal control en el marco de sus competencias y regulaciones procesales internas. *Ibíd.* Igualmente *Vid.* M. Álvarez Chamosa. *Ob. cit.*

Utilizando los anteriores argumentos, de igual manera se puede razonar cuando se propone que la Administración Pública-Poder Ejecutivo puede ejercer el control de convencionalidad dentro de sus competencias, aun cuando no ejerzan el control de constitucionalidad. En caso contrario cualquier violación sistemática y masiva que se derive de impedimentos u omisiones internas para el ejercicio de aquel, constituye un Estado de Cosas Inconvencional que como tal debe ser decidido por la Corte IDH.

De nuevo con apoyo de la jurisprudencia colombiana y además de los instrumentos internacionales relacionados con índices de satisfacción de derechos, el levantamiento de dicho Estado de Cosas Inconvencional requeriría por parte de la Corte IDH analizar los parámetros de cumplimiento para que se genere cosa juzgada material.

Debido a la imposibilidad de responder a priori cuándo se considera cumplida una orden compleja o en virtud de la multiplicidad de escenarios que al respecto se presentan, se debe en cada caso concreto determinar el cumplimiento siguiendo los parámetros elaborados como consecuencia de los procesos participativos, de la doctrina y de la jurisprudencia, a saber 1-de estructura; 2.- de proceso y 3- de resultado,<sup>43</sup> indicadores y parámetros considerados herramienta central de monitoreo para precisar el logro del goce efectivo del derecho, que se desprende de comparar el nivel ideal con el nivel real de prestación, siendo que no solo la instancia judicial puede analizar la situación, sino que las autoridades involucradas se ven comprometidas a mayor transparencia y eficacia y a su vez la

---

43 La decisión T-388 de 2013 alude a que la Corte Constitucional colombiana en el Auto 226 de 2011 en cuanto a la protección de las personas que requieren con necesidad servicios de salud (MP Jorge Iván Palacio Palacio), clasificó los parámetros de cumplimiento en de estructura, de proceso y de resultado siguiendo para ello propuestas de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob. cit.*

sociedad civil puede hacerle seguimiento y evaluar la gestión estatal.<sup>44</sup>

A la Corte Interamericana le correspondería respetar discusiones sociales, administrativas y técnicas propias de los poderes internos. No podría establecer los indicadores ni verificarlos de forma directa, ya que debe valerse de expertos, peritos y autoridades que colaboren con la función judicial. Lo que sí puede es vigilar que las autoridades competentes cumplan esos indicadores y parámetros, que contemplen condiciones mínimas de razonabilidad, participación, técnica y transparencia.<sup>45</sup>

A todo evento, una vez cumplidas todas las órdenes, exhortos, etc., y superada la situación estructural y masiva contraria al corpus iuris interamericano, en pocas palabras, cuando se dicten las normas, se determinen los procedimientos administrativos de control de convencionalidad tanto de primer como de segundo grado con los controles judiciales correspondientes, se acuerde el presupuesto para capacitar a los funcionarios y se le confiera la atribución a la Administración Pública para ejercer el control de convencionalidad, la Corte IDH en definitiva declarará el cese del Estado de Cosas Inconvencional generado por los daños producto de la aplicación de normas y prácticas contrarias al corpus iuris interamericano por una Administración imposibilitada de ejercer el control de convencionalidad.

---

44 Ibid. La sentencia T-388 de 2013 fundamentando su decisión entre otros en propuestas de las Naciones Unidas, el Auto 226 de 2011 y obras de 2010 de Luis Eduardo Pérez, “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos” y de 2001 de Amartya Sen, Desarrollo y libertad.

45 Ibid. T-388 del 2013 fundamentando su decisión en el Auto 226 de 2011, reportes de las Naciones Unidas y la sentencia T-760 dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia en el año 2008.

## REFERENCIAS

- Abramovich, V. "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Revista Derechos Humanos* 1, año 1, Infojus, (noviembre 2012): 95-138, en [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las-violaciones\\_masivas\\_patrones.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las-violaciones_masivas_patrones.htm)
- Álvarez Chamosa, M. El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo REDAV* 15, *Homenaje a Luis Henrique Farías Mata*, 2019. Centro de Estudios de Derecho Público Universidad Monteávila. pp- 37-61. En <http://redav.com.ve/>
- Bolaños Salazar, E. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Administración Pública & control*, no. 27, marzo 2016 en [https://www.academia.edu/24216016/Puede\\_el\\_control\\_de\\_convencionalidad\\_ser\\_una\\_alternativa\\_ante\\_la\\_prohibición\\_del\\_control\\_difuso\\_en\\_sede\\_administrativa?email\\_work\\_card=title](https://www.academia.edu/24216016/Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibición_del_control_difuso_en_sede_administrativa?email_work_card=title)
- Brewer-Carías, A. *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*. Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe número 54/01, 2001 de 16 de abril. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*, doc.

45/15, 2015 de 31 de diciembre. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/RepublicaDominicana-2015.pdf>.

Consejo de Estado de la República de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *caso: Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda en caso intentado por María González y otros contra el Instituto de Seguros Sociales*, radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), 2014, de 10 de septiembre. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01\(29590\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).pdf)

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Situado Fiscal en materia educativa en procesos de tutela números T-115839 - promovido por Délfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza, Pedro Carval San Martín, Carmen Rosario Torres Acevedo, Merlyn Vanegas Alvarez, Carmen Serrano España, María Isabel Arcia Herrera, Miladys Vanegas Batista y Josefina Fuentes Pérez contra el municipio de María la Baja, Bolívar, - y T-116052, promovido por Wilson Cabeza Arroyo, Edilberto Calderón Polanco, Alberto Montes, José Alvarez Larios, Xiomara Cantillo, Candelaria Causado, Minerva Tobias, Wilson Carey Palencia, Brigitte Torres, Asunción Simanca, Gloria Suárez Herrera, Orlando Beltrán, Rosario Mulford Hernández, Jenny Acosta, Gehovanny Barcas, Yarlis Cabarcas, Amaury Guzmán, Marina Mercado, Daici Rodríguez, Tatiana Torres, Martha Arzayus, Jorge Rosales, Wilmer Madera, Hildeberto Avila, Amarilda Vergara de Ávila, José Herrera Esquivel, Emiro Mercado Moreno, Dalgy Hernández Cotes, Ana del C. Hernández, Donald Gamarra, Margarita Durán, Ana Hernández e Ivonne Lozano contra el municipio de Zambrano, Bolívar. Sentencia SU.559-97 de 1997 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Acción de tutela por vulneración de la dignidad humana; la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la igualdad; a la intimidad; al libre desarrollo de la personalidad; a la información; a la presunción de inocencia; a la salud; a la defensa; al ejercicio libre de una profesión (para el caso de sus abogados); a la unidad familiar; los derechos del menor a no ser separado de su familia, así como el derecho de petición promovida por internos del Pabellón de Máxima Seguridad de Cóbbita (Boyacá) contra el INPEC – Dirección del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Barne”, Sentencia T-1030/03, 2003 de 30 de octubre en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento. *Caso: Solicitud pronunciamiento del Gobierno Nacional frente al informe de cumplimiento entregado el 1 de julio de 2010, en el marco del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento. Auto 385 de 2010 de 10 de diciembre en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/AUTO%20385%20de%202010.pdf>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Revisión de decisiones judiciales proferidas por jueces de tutela de instancia en procesos relacionados con las violaciones de los derechos a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la salud y a la reintegración social de personas privadas de la libertad en seis (6) centros de reclusión del país. Sentencia T-388/2013 de 28 de junio en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la salud, al agua y a la alimentación de los niños y niñas del pueblo Wayuu del Departamento de la Guajira. Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2005 de 8 de septiembre en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, noviembre 16, 2009 en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

Díez-Picazo, L. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2008.

García Belaúnde, D. "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015, / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

Gutiérrez Beltrán, A. "Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En *Revista Derecho del Estado Nueva Serie* n°. 24 (julio 2010): 81-104. Universidad del Externado de Colombia en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/421>

Hernández-Mendible, V. *El Estado Convencional. Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2019.

Huertas Díaz, O., Ana De Carli y Bruno de Paula Soares. "El Estado de Cosas Inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema". *Revista Direito UFMS*, n°. 1, vol. 3 (enero-julio 2017): 33-51 en DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4096>

Medina Quiroga, C. y Claudio Nash Rojas. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, abril 2007 en [http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads/f9f12250/CDH\\_025.pdf](http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads/f9f12250/CDH_025.pdf)

Miranda Bonilla, H. "Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica". En *Revista Ius Doctrina*, nº. 2, vol. 11 (2018), en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>

Nash Rojas, C. "Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, nº.5, 125-144 (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogotá, 2015), en [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_41796\\_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591)

Nash Rojas, C. "Breve introducción al control de convencionalidad". En *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.6 en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Nikken, P. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno". En *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 57, enero-junio 2013 pp. 11-68 en [www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf)

Nogueira Alcalá, H. "El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Inter-

mericana de Derechos Humanos". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n°. 19, año 10, (enero-junio 2013): 221-270. Universidad de Granada. Instituto Andaluz de Administración Pública en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/ReDCE19.pdf>

Organización de Estados Americanos. Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, 2da. ed. Washington, 2015 en [https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores\\_progreso.pdf](https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf). Vid.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Nueva York y Ginebra, 2012. En [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf)

Osuna, N. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n°.5, 91-116, (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogotá: 2015) en [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_41796\\_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591)

Sagüés, N. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá), año XXI, 2015, pp.141-149 en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

Sánchez Vallejo, J. "Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado". En *Revista Academia & Derecho*, n° 11, año 6 (julio-diciembre 2015): 183-226. Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones en file:///C:/Users/

Usuario/Downloads/ DialnetEntreLaRecepcionYLa Omision  
DeUna ObligacionInternaci-6713581.pdf

Tole Martínez, J. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. el Estado de Cosas Inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”. *Cuestiones Constitucionales*. En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n°. 1 (julio-diciembre 2006): 253-336 en [https:// revistas. juridicas.unam. mx /index. php/ cuestiones-constitucionales/issue/view/228](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/228).

Vásquez Armas, R. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional” Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. En *Ius et Veritas*, n°. 1, (2010): 128-147. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en [http:// revistas.pucp.edu.pe/ index.php/iusetveritas/article/view/12114/0](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/0)



# CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Rafael Badell Madrid<sup>1</sup>

*Resumen: Estudio sobre la protección de los derechos humanos a través del control de convencionalidad como deber ineludible por parte de la jurisdicción interna de cada Estado como instrumento para armonizar sus actos y aplicar el corpus iure de los derechos humanos.*

*Palabras clave: Control de convencionalidad. Jurisdicción. Control concentrado. Control difuso. Interpretación.*

*Summary: Study of the protection of human rights by means of controlling conventional acts as an unavoidable part of State's internal jurisdiction as an instrument for harmonizing its acts and applying the corpus iure of human rights.*

**Key words:** *Conventionality Control. Jurisdiction. Concentrated Control. Diffuse Control. Interpretation.*

Recibido: 15 de julio de 2020

Aceptado: 29 de julio de 2020

---

1 Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.



## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Origen jurisprudencial del control de la convencionalidad
- III. Tipos de control de la convencionalidad
- IV. El control de la convencionalidad en Venezuela
- V. Los límites del juez en el control de la convencionalidad
- VI. Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

Considero un gran acierto de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano haber dedicado esta entrega para rendir homenaje a un ilustre Venezolano, fallecido recientemente, Dr. Pedro Antonio Nikken Belshaw. Este brillante jurista tuvo un extraordinario desempeño profesional. Fue profesor y decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Fue Juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, donde fue su vicepresidente y su presidente. Ocupó la vicepresidencia, también, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y fue asesor de la Organización de las Naciones Unidas. El Dr. Pedro Nikken tuvo una destacada labor diplomática en la negociación y discusión de un acuerdo para limitar la áreas marinas y submarinas entre Venezuela y Colombia. Fue escogido por Argentina y Chile como uno de los árbitros para resolver el conflicto entre ellos para la delimitación de su frontera en el suroeste chileno y sureste argentino. El Dr. Pedro Nikken fue un notable y eficiente numerario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En esa Corporación ocupó con brillo el Sillón número 9, en sustitución del Dr. Andrés Aguilar Mawdsley.

Agradezco al Director y al Sub Director de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano por haberme invitado a participar en este homenaje al Dr. Pedro Nikken, para lo cual he escogido realizar este estudio sobre el *“Control de Convencionalidad”*, en la consideración de que al estudio y desarrollo de esa materia, puso especial atención y empeño el Dr. Pedro Nikken.

Después de la introducción del tema voy a referirme al origen jurisprudencial del control de la convencionalidad y luego a los tipos de control de la convencionalidad, estos son: el control concentrado de la convencionalidad y el control difuso de la convencionalidad. Posteriormente, haremos referencia a la forma cómo está regulado el control de la convencionalidad en Venezuela y cómo fue recibido inicialmente en nuestro país. Finalmente, vamos a comentar los límites del juez que aplica el control de la convencionalidad y alguna lamentable jurisprudencia regresiva de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

Para introducir el tema, empecemos por referirnos a lo que hoy en día es un fenómeno generalizado. La protección de los derechos fundamentales y, especialmente, los derechos humanos, se ha internacionalizado y ha dejado de estar limitada por fronteras, por lo que en su consagración y protección pueden coincidir tanto normas de derecho interno como disposiciones de derecho internacional.

Efectivamente, los derechos humanos pueden estar contenidos tanto en instrumentos normativos constitucionales como en convenios internacionales. Lo mismo ocurre, consecuentemente, con su protección que puede hacerse efectiva a través de los tribunales nacionales o por medio de los internacionales. El juez nacional deja de ser sólo intérprete y aplicador del derecho interno y *aplica “muchas veces, con primacía sobre el dere-*

*cho interno, el derecho material internacional o supranacional, desarrollando lo que puede denominarse un control de convencionalidad”<sup>2</sup>.*

Cierto que además de las fuentes formales internas del derecho de un Estado, son consideradas fuentes del derecho, también, las regulaciones supranacionales y las derivadas de los tratados internacionales. De modo que se ha producido una internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Mundialización de los derechos humanos, lo denomina Carlos Ayala Corao<sup>3</sup>.

En relación a la internacionalización de la protección de los derechos humanos, Pedro Nikken señaló que *“un capítulo de singular trascendencia en el desarrollo de la protección de los derechos humanos es su internacionalización. En efecto, si bien su garantía supraestatal debe presentarse, racionalmente, como una consecuencia natural de que los mismos sean inherentes a la persona y no una concesión de la sociedad, la protección internacional tropezó con grandes obstáculos de orden político y no se abrió plenamente sino después de largas luchas y de la conmoción histórica que provocaron los crímenes de la era nazi y stalinista. Tradicionalmente, y aún algunos gobiernos de nuestros días, a la protección internacional se opusieron consideraciones de soberanía, partiendo del hecho de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos están reservadas al dominio interno del Estado”<sup>4</sup>.*

Pedro Nikken fue, sin duda, uno de los venezolanos más relevantes en el estudio y protección de los derechos humanos. Sobre este tema señaló:

- 
- 2 Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávil, Caracas, 2016. p.27.
  - 3 Carlos Ayala Corao, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.
  - 4 Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, ob. Cit. p. 19.

*“Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. La expresión más notoria de esa gran conquista es el artículo 1 de la declaración Universal de Derechos Humanos:*

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>5</sup>.*

Pedro Nikken definió los derechos humanos como *“los atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer”*. En efecto, para Pedro Nikken la noción de derechos humanos *“se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”*, de forma que *“El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”*. Son estos los derechos que la sociedad contemporánea reconoce a todo ser humano frente al Estado, *“derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización”<sup>6</sup>.*

---

5 Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, en AA.VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Serie: Estudios de Derechos Humanos Tomo 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994. p. 16. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1835/3.pdf>

6 Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, también publicado en *Manual de Derechos Humanos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. p. 17. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/manual-de-derechos-humanos-ucv-2008-1.pdf>

Por su parte Héctor Faúndez define los derechos humanos como *“las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”*. Faúndez explica que los derechos humanos, es decir, aquellos derechos básicos, o mínimos, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano, *“son, ante todo, las prerrogativas que el individuo tiene frente al poder estatal, y que limitan el ejercicio de este último”*<sup>7</sup>.

Para Héctor Faúndez *“La función del Derecho de los derechos humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad; con tal fin, se ha dispuesto que los agentes del Estado no pueden ser la excepción en lo que concierne al imperio del derecho, y que éstos no pueden ejercer el poder en forma ilimitada, con pleno desprecio de los ciudadanos que están llamados a servir y de los principios y valores que sirven de fundamento a la vida en comunidad.”*<sup>8</sup>

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup> (CorIDH) ha dispuesto que *“el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o*

---

7 Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996. Pp. 3, 5-6.

8 *Ibidem*. P. 17.

9 Institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, ejerciendo de esta forma una función jurisdiccional y una función consultiva (artículos 1 y 2 de la Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979).

*funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas”<sup>10</sup>.*

Una de las formas para hacer efectiva la limitación de la actuación del Estado en protección de los derechos humanos, es precisamente a través del control de la convencionalidad. El control de la convencionalidad se deriva de la naturaleza erga omnes de las obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos humanos.

En efecto, como señaló Pedro Nikken, *“entre los tribunales nacionales e internacionales se impone una relación materialmente, aunque no procesalmente, jerárquica, que obliga a las instancias nacionales, en cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales del Estado, a aplicar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los casos sometidos a su conocimiento, sujetos por esa vía, a lo que se ha denominado control de convencionalidad”<sup>11</sup>.*

La labor de interpretar y aplicar el derecho interno y proteger los derechos humanos por parte del juez nacional y de todos los funcionarios del Estado en todos los países, es lo que se ha denominado control interno de convencionalidad. Esto ocurre especialmente cuando las normas de carácter internacional pasan a formar parte del bloque de la constitucionalidad y a tener rango constitucional. Los jueces nacionales en estos casos deben velar por su eficacia como si se tratara de la Constitución, y en este sentido, el control de la convencionalidad se equipara a un control de la constitucionalidad, el cual puede

---

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), sentencia del 3 de enero de 2001, párrafo 68. Cit. en Héctor Faundez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, ob. Cit. p. 7.

11 Pedro Nikken, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 153, enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014. p.206. Disponible en: [https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS\\_2014\\_153\\_201-211.pdf](https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_2014_153_201-211.pdf)

y debe ser ejercido por los tribunales constitucionales como por todos los jueces de un país, sin importar su jerarquía. De lo anterior es fácil deducir la intensa interrelación que existe entre el derecho procesal internacional de los derechos humanos y el derecho procesal constitucional.

También hay control internacional de convencionalidad que es el llevado adelante por los órganos de protección internacional. El control concentrado de la convencionalidad consiste en la potestad que tienen los órganos internacionales de juzgar un caso concreto sobre la compatibilidad o no de un determinado acto o norma de derecho interno de un Estado parte, respecto de una convención o tratado internacional.

El control de la convencionalidad comprende entonces la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales, de verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado (como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, etc.), con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que conforma el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos<sup>12</sup>, así como los demás instrumentos

---

12 Algunos de estos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos son: la Declaración universal de los derechos humanos; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño, todos de la Organización de Naciones Unidas (ONU); y en el ámbito americano: la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Convención americana sobre derechos humanos; la Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Conven-

normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”.

Este control de la convencionalidad tiene por finalidad armonizar el ordenamiento jurídico del Estado parte con la convención de que se trate y, de esta forma, asegurar su efectividad a través de la desaplicación o el desconocimiento, en un caso concreto, de las normas o actos internos contrarios a las convenciones internacionales.

El control de la convencionalidad es ejercido por los jueces internacionales y nacionales a través de la aplicación directa de las normas internacionales en los casos que conocen y de acuerdo a sus competencias procesales, y consiste en verificar la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico o nacional, respecto del ordenamiento internacional, considerado este como el conjunto de convenios o tratados internacionales suscritos válidamente por un Estado y los distintos actos dictados en ejecución de tales tratados.

El control de la convencionalidad está fundamentado en el principio de derecho internacional *“pacta sunt servanda”*, según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sin la posibilidad de invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo, como está establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Es decir, que a partir de que un Estado ha manifestado formalmente su voluntad, a través de los mecanismos que dispone su ordenamiento interno, de someterse a

---

ción interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”; la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, entre otras.

las disposiciones de un tratado internacional, surge el deber de cumplir las obligaciones que de él se deriven.

En relación con lo anterior, Pedro Nikken afirmó que *“Los Estados comprometen el honor nacional al obligarse por un tratado, de cuya ejecución son los garantes últimos, de modo que, al deshonorar ese compromiso se colocan fuera de la ley, resquebrajan en orden internacional y se exponen a las consecuencias jurídicas y políticas de tal proceder”*, al mismo tiempo que señala que *“tratar de justificar el incumplimiento en argumentos traídos del Derecho Interno, incluso de la Constitución, (...), es insustentable, pues es un principio inalterable de Derecho Internacional consuetudinario que jamás puede invocarse una disposición de Derecho Interno como justificación para el cumplimiento de un tratado, como ha quedado recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”*<sup>13</sup>.

En efecto, a través de la ratificación e incorporación de las normas internacionales al derecho interno, el Estado reconoce un conjunto de obligaciones generales que constituyen objeto de respeto y garantía efectiva por todos los órganos del Estado.

De esta forma, el control de la convencionalidad se convierte en una herramienta que permite a los estados concretar las obligaciones derivadas de los convenios y tratados internacionales mediante la desaplicación de normas o actos nacionales que sean contrarios a las disposiciones convencionales y, en consecuencia, la aplicación preferente de estas últimas.

En Venezuela, el control de la constitucionalidad respecto de los convenios internacionales sobre derechos humanos, se encuentra reconocido expresamente en el artículo 23 de la Constitución según el cual: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en*

---

13 Pedro Nikken, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ob. Cit. p. 207.

*la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."*

De este modo, el control concentrado de la constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional, de forma que ejercería a su vez un control concentrado interno de la convencionalidad.<sup>14</sup>

Asimismo, todos los jueces de la República, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, *deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos*. De acuerdo con lo anterior, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre Derechos Humanos y una ley u otra norma jurídica, los tribunales de la República -en cualquier causa y aun de oficio- deberán decidir lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado.

## II. ORIGEN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

El control de la convencionalidad ha sido producto del desarrollo jurisprudencial de la CorIDH, pero la doctrina señala, y así en efecto ha sido, que se ha aplicado por los tribunales internos incluso antes de que la jurisprudencia internacional lo hubiera establecido. En efecto, desde la suscripción

---

14 Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>15</sup> (CADH) en 1977, los tribunales internos en Venezuela comenzaron a aplicar con preferencia la CADH sobre el derecho interno, para admitir las acciones de amparo constitucionales, dado que conforme a una interpretación jurisprudencial restrictiva de la Corte Suprema de Justicia en 1970, había quedado como una cláusula programática que requería desarrollo legislativo, excepto en materia de *hábeas corpus*, lo cual incluso fue ratificado en 1972 mediante un Acuerdo de la misma Corte Suprema<sup>16</sup>.

El referido Acuerdo establecía que:

*“la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de hábeas corpus previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones”.*

Después que Venezuela ratificó la CADH en 1977, los tribunales de instancia comenzaron a admitir las acciones de amparo constitucionales propuestas por ante sus tribunales en razón de que la referida convención establecía en el artículo 25.5 el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales compe-

15 También conocida como “Pacto de San José”, la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. V.: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

16 Allan Brewer-Carías, “Derecho administrativo y control de la convencionalidad”, Texto de la conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2015. p.5. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/I-1-1100-DECHO-AMINISRAT-CONTROL-CONVENCIONALIDAD.-San-Jose-2015.pdf>

tentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos<sup>17</sup>. En efecto, los tribunales de la República dejaron de considerar la norma constitucional relativa al amparo constitucional como programática porque así lo establecía la CADH.

Con fundamento en lo anterior, lo cual en realidad fue una manifestación del control de convencionalidad, se admitieron las acciones de amparo constitucional aun en ausencia de una ley que lo regulara. Concretamente, en el caso “Andrés Velásquez” del 20 de octubre de 1983, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia consideró que el carácter programático del artículo 49 de la Constitución había quedado superado *“desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos”*<sup>18</sup>.

En efecto, en esta ocasión la Corte Suprema de Justicia estimó que: *“al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía, y demás instrumentos de interpretación que les provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia”*.

Otro ejemplo del ejercicio del control de la convencionalidad fue el llevado adelante por la SC del TSJ mediante sentencia número 87 del 14 de marzo de 2000 (caso: C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia), cuando, para proteger el derecho de doble instancia en materia contencioso-administrativa, aplicó de forma preferente la Convención Americana en relación con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, debido a que esta no preveía el recurso de apelación contra algunas de las decisiones dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

---

17 Ibídem, p. 6.

18 Ibídem.

En efecto, por cuanto el primer aparte del artículo 185 de la Ley de la Corte Suprema de Justicia establecía que contra las decisiones que dictara la Corte Primera de lo Contencioso administrativo señaladas en los ordinales 1° al 4° de ese artículo no se oiría recurso alguno, la Sala Constitucional, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, admitió la apelación contra todas las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8,2,h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró que formaba parte del derecho constitucional interno.

La SC del TSJ, determinó que dado el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, establecido en el artículo 23 de la Constitución: *“el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”*

Repetimos que el control de la convencionalidad ha sido producto del desarrollo jurisprudencial de la CorIDH, la cual, mediante decisiones de principios de los años 2000, se pronunció a favor de la obligación de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos consagrados en la CADH, así como de la existencia de un control que, ejercido por los órganos jurisdiccionales, asegurara el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la CADH.

A través de las decisiones de la CorIDH, en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003) y “Tibi vs. Ecuador” (2004), comenzó a elaborarse la tesis del control de la convencionalidad como el deber de los jueces de garantizar la efectividad

de la CADH ante el incumplimiento de sus preceptos por los órganos de los Estados parte. En los referidos casos, los votos salvados del juez de la CorIDH Sergio García Ramírez explicaron en qué consistía la idea del control de convencionalidad llevado a cabo por la CorIDH, haciendo analogía con el control de constitucionalidad llevado a cabo por los tribunales constitucionales, de la siguiente forma:

*“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados disposiciones de alcance general a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”. (caso “Tibi vs. Ecuador”, 2004)*

Este control luego fue definido, desde el punto de vista interno, en el famoso caso “Almonacid Arellano vs Chile”, del 26 de septiembre de 2006, en el que se estableció que:

*“...el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del*

*mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*

De esta forma se concibió que en el supuesto en que el Poder Legislativo falle en su labor de suprimir o adaptar leyes contrarias a la CADH, el Poder Judicial debe permanecer en la obligación de garantizar lo establecido en la misma, y, en consecuencia, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella<sup>19</sup>.

Este criterio de la CorIDH fue ratificado y ampliado en posteriores decisiones<sup>20</sup>. Por ejemplo, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2006, Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs Perú”, la CorIDH reiteró que los órganos del Poder Judicial deben ejercer el control de la constitucionalidad, así como el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y que ello lo deben hacer inclusive de oficio. En esta misma decisión se precisó que el control de la convencionalidad puede estar sujeto a requisitos de admisibilidad y procedencia.

Asimismo, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2010, caso “Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”, se ratificó que, en el ejercicio del control de la convencionalidad, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

---

19 *Ibidem.*

20 V. Leandro Luis Mai, “¿De qué hablamos cuando nos referimos al “control de convencionalidad”?” en Nota22.com, 09 de junio de 2016, disponible en: <https://www.nota22.com/noticia/49060-de-que-hablamos-cuando-nos-referimos-al-control-de-convencionalidad.html>

De otra parte, mediante sentencias del 24 de febrero de 2011 y del 14 de octubre de 2014 (Casos “Gelman Vs. Uruguay” y caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”, respectivamente), la CorIDH dejó establecido que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objetivo y fin, haciendo énfasis en que esta obligación vincula a todos los poderes y órganos del Estado, pero especialmente a los jueces y a los órganos vinculados a la administración de justicia.

De esta forma, la CorIDH, adoptó la tesis que establece que para que el sistema interamericano de derechos humanos conserve su vigencia y sea constantemente protegido, y, para que un Estado cumpla con las obligaciones asumidas en estos sistemas internacionales, debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas, constituyentes, administrativas o jurisdiccionales (entre otros), al convenio o tratado internacional que se trata, así como a las interpretaciones y aplicaciones que del mismo realicen los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales con competencia para ello.

En decisión del 20 de noviembre de 2012, caso “Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, la CorIDH extendió el objeto del control de la convencionalidad a otros tratados de derechos humanos de los que un Estado fuese parte, como por ejemplo: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, los cuales obligan a todos los órganos del estado a velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.

Por último, tengamos presente que la CorIDH ha ampliado el parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual contribuye, de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos. En efecto, dispuso la CorIDH que “estima que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale [la Comisión Interamericana de Derechos Humanos] en su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”<sup>21</sup>.

### III. TIPOS DE CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

El control de la convencionalidad ha sido dividido por la doctrina en dos: el control concentrado (externo, internacional) y el control difuso (interno, nacional o doméstico).

#### 1. Control concentrado de la convencionalidad

El control concentrado -también llamado internacional- de la convencionalidad es aquel que ejercen los organismos internacionales o supranacionales con competencia otorgada por los tratados o convenciones internacionales, con el fin de determinar cuándo los estados partes, a través de sus normas, actos u omisiones, vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional<sup>22</sup>.

Este control concentrado de la convencionalidad consiste en la potestad que tienen los órganos internacionales de juzgar, un caso concreto, sobre la compatibilidad o no de un deter-

---

21 V. Opinión consultiva OC-21/14 y Resolución del 19 de agosto de 2014.

22 Humberto Nogueira Alcalá, *Ob. Cit.* p. 34.

minado acto o norma de derecho interno de un Estado parte, respecto de una convención o tratado internacional.

También ha sido definido, el control propio, original o externo de la convencionalidad como aquel que *“recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas -bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos-, resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda”*<sup>23</sup>.

De esta forma, este control de convencionalidad en el plano externo, *“constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que este determine cuando lo estados partes a través de sus normas o actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional”*<sup>24</sup>. Las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales con carácter internacional o supranacional, en virtud del control de convencionalidad, gozan de un carácter vinculante por ser considerados estos órganos los intérpretes auténticos y supremos del *corpus iuris* de que se trate.

Ahora bien, específicamente en el ámbito relativo a la CADH, el control de la convencionalidad es aquel ejercido por la CorIDH y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De forma que el control judicial concentrado de la convencionalidad es el llevado a cabo por la CorIDH *“tanto en su competencia contenciosa como en su competencia consultiva”*, a través de los pronunciamientos que, en el ejercicio de sus competencias, aplica e interpreta de forma original y final

---

23 Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coordinador), *El control difuso de la convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012. p.213.

24 Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, Ob. Cit. p.34.

tanto la CADH, como sus protocolos y demás instrumentos convencionales, de conformidad con lo dispuesto en la propia CADH<sup>25</sup>.

La CorIDH ejerce sus funciones a través de la vía contenciosa, mediante la cual “*interpreta los derechos reconocidos en la CADH (y en su caso, en los demás tratados) y la concreta, a través de sus diversos fallos sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, interpretación, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento*”<sup>26</sup>; y a través de la vía consultiva, que comprende “(i) *a la interpretación abstracta de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos [artículo 64.1, CADH]; y (ii) sobre la compatibilidad del derecho interno de un Estado miembro de la OEA con los mencionados instrumentos internacionales [artículo 64.2, CADH]*”<sup>27</sup>, y cuya denominación ha sido establecida por la Corte como “*opiniones consultivas*”.

Señala Ayala Corao, que en el sistema específico de la CADH al que hacemos referencia, el objeto de este control de la convencionalidad comprende desde “*la Constitución (vgr. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile [sentencia 5 de febrero de 2001]; las leyes (vgr. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela [Sentencia 5 de julio de 2006], las decisiones de organismos electorales (vgr. caso Yatama vs Nicaragua [sentencia de 23 de junio de 2005]; y caso López Mendoza vs. Venezuela [Sentencia de 1 de septiembre de 2011]); y las sentencias (vgr. Caso de los “Niños de la Calle”-Villagrán Morales y otros. Vs. Guatemala [Sentencia de 19 de noviembre de 1999]; y caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala [sentencia de 25 de noviembre de 2003])*”<sup>28</sup>, dictados por los órganos de poder público de los Estados partes.

25 Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. pp. 120-126.

26 *Ibíd.* p. 124

27 *Ibíd.*, p. 126.

28 *Ibíd.* pp. 130-131.

Este control internacional de la convencionalidad, de carácter judicial, ejercido por la CorIDH, tiene como producto la interpretación última *“y por tanto jurídicamente auténtica de la CADH y demás tratados sobre derechos humanos en los Estados partes”*. Dicha interpretación sobre una determinada norma convencional, explica Ayala Corao, *“se convierte en norma interpretada con carácter de cosa juzgada y de precedente vinculante”*<sup>29</sup>, y como *“cosa interpretada”*, constituyen punto de referencia obligatorio para que los Estados partes conozcan con precisión el contenido y alcance de sus obligaciones convencionales en derechos humanos y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellos, además de cumplir una *“función de seguridad jurídica y certeza para todo el sistema y sus integrantes”*<sup>30</sup>.

De esta forma, en el ejercicio de control concentrado de la convencionalidad, y tras la determinación de la incompatibilidad de un acto o norma interno de un Estado parte de la CADH, la CorIDH puede disponer la reforma, inaplicación o abrogación de dicho acto.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar la CorIDH, cuyas sentencias vinculantes constituyen *“una obligación jurídica de resultados para el Estado Parte, conforme determinan los artículos 67 y 68 de la CADH, como asimismo, obliga al cumplimiento de las medidas de reparación integral conforme al artículo 63 de la CADH, ello puede implicar la anulación de la cosa juzgada de sentencias nacionales contrarias a los estándares de derecho humanos como fallos írritos que carecen de validez jurídica, obligando al estado parte a retrotraer el caso a la etapa de análisis, investigación en su caso, para luego dictar una sentencia conforme a los estándares convencionales”*<sup>31</sup>.

---

29 Ibídem. p. 130.

30 Ibídem.

31 Humberto Nogueira Alcalá, *“El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”*, Ob. Cit. p. 58.

De otra parte, la CIDH, a través de sus informes sobre países, sus informes temáticos y al adoptar los informes sobre el fondo de los casos, ejerce el control internacional de convencionalidad aplicando e interpretando la CADH y los demás instrumentos convencionales, con “carácter obligatorio” derivado de “la obligación general que tienen los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, reconocida en el artículo 1 de la CADH”, además de la “competencia de la CIDH para velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes, de conformidad con los artículos 33 y 41 de la CADH”<sup>32</sup>. Esta obligatoriedad ha sido plasmada por la Corte en su jurisprudencia de la siguiente forma:

*“[...] el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (effet utile), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte”<sup>33</sup>.*

Asimismo, ha dispuesto la Corte, en otra decisión, que:

*“...los Estados Partes en la Convención Americana deben respetar sus disposiciones de buena fe (pacta sunt seroanda), incluyendo aquellas normas que permiten el desarrollo de los procedimientos ante los dos órganos de protección y aseguran la realización de sus fines. Por esta razón y para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, propósito fundamental de la Convención (artículos 1.1, 2, 51 y 63.2), los Estados Partes no deben tomar acciones que harían imposible la restitutio in integrum de los derechos de las presuntas víctimas”<sup>34</sup>.*

32 Ibidem., p.127.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Penitenciarías de Mendoza. Resolución de 22 de noviembre de 2004, párr... resolutivo 16. V. en Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ob. Cit., p.127.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Resolución de la Corte de 29 de agosto de 1998,

Ahora bien, el control concentrado de la convencionalidad tiene una naturaleza convencional complementaria, teniendo por ende un carácter subsidiario al control interno de la convencionalidad. Este tipo de control se emplea cuando los controles jurisdiccionales nacionales han fallado, no son eficaces o no existen<sup>35</sup>.

En efecto, la concepción tradicional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es que este sea coadyuvante del sistema de protección nacional, partiendo del hecho de que los Estados partes son los que tienen la responsabilidad primaria de tutelar los derechos de los individuos. Al respecto téngase en cuenta, como bien lo señala Héctor Faúndez, que en el sistema interamericano, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la CADH, *“es el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y es el Estado el que debe organizar el poder público de manera que pueda garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*<sup>36</sup>.

Ahora bien, para el caso en que los órganos internos no logren este cometido, la CADH actúa como complemento del orden jurídico interno y el sistema interamericano acude en subsidio para proteger a las personas lesionadas en sus derechos humanos.

En este orden de ideas Héctor Faúndez ha aclarado que *“la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos obedece a la necesidad de proporcionar una instancia a la que el individuo pueda recurrir cuando sus derechos hayan sido violados por los órganos o agentes del Estado; pero los órganos internacionales, previstos para supervisar el respeto de las obligaciones asumidas*

---

considerando 7. V. en Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ob. Cit., p.127.

35 Ibídem, p.36.

36 Héctor Faundez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, ob. Cit. p. 7

*por los Estados en esta materia, no pueden sustituir a las instancias nacionales en la labor de investigar la comisión de actos delictivos, ni mucho menos en la misión de juzgar y sancionar a quienes resulten responsables de los mismos*<sup>37</sup>.

Al respecto debemos comentar que en Venezuela, en la mayoría de las ocasiones el control interno de convencionalidad no ha sido efectivo, es decir, no ha cumplido con la función específica del restablecimiento y reparación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos normativos internacionales, por lo que las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales han debido recurrir a instancias supranacionales para su efectiva protección, accionando de esta forma el control concentrado de la convencionalidad.

## **2. Control difuso de la convencionalidad**

El control difuso o interno de la convencionalidad consiste en la obligación que tienen todos los órganos del poder público de un Estado parte, de verificar que las normas que se dicten o apliquen dentro del ordenamiento jurídico nacional o doméstico, sean compatibles con el tratado o convención de que se trate.

Los Estados tienen la obligación de controlar la convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico interno con el tratado, de modo que dicha obligación comprende todos los actos y actividades del Estado, y que por lo tanto *“debe ser ejercido por todos los órganos del poder público de los Estados en el ámbito de sus competencias”*<sup>38</sup>.

De esta forma, el control interno de la convencionalidad compete a todos los órganos del poder público de un Estado

---

37 *Ibíd.*p . 17

38 *Ibíd.* p.120.

parte<sup>39</sup> (caso “Gelman vs. Uruguay”, entre otros, de la CorIDH), para vigilar y proteger la vigencia del sistema normativo supranacional de que se trate.

En efecto, si bien la jurisprudencia de la CorIDH determinó en un primer momento que el control de convencionalidad recaía en el “Poder Judicial” (caso Almonacid Arellano vs. Chile), en “los órganos del Poder judicial” (caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú), e inclusive en los “jueces y órganos vinculados con la Administración de Justicia en todos los niveles” (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México), lo cierto es que en el caso Gelman vs. Uruguay, la CorIDH finalmente estableció que el control de convencionalidad recae sobre “cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial”.

En efecto, como lo ha determinado la CorIDH, el control de la convencionalidad deberá ejercerse de oficio, dentro del marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes, lo que implica que todas las autoridades del Estado están en la obligación de aplicar el corpus iuris interamericano en protección de los derechos humanos de acuerdo a las competencias que la Constitución y la ley interna le otorgan.

El sistema interamericano de derechos humanos ha determinado que la prevención de la violación de los derechos humanos es una obligación del Estado y consiste principalmente en adoptar todas las medidas de carácter administrativo, jurídico, político y cultural que promuevan el resguardo de los derechos humanos.

---

39 En este sentido, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Al respecto téngase en cuenta lo señalado por la CorIDH en sentencia del caso: Rocha Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas (sentencia de 14 de octubre de 2014), cuando dispuso que *“Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”*.

De conformidad con lo anterior, todas las autoridades internas, además de ajustar sus actuaciones a su ordenamiento interno, también deben hacerlo con respecto de los instrumentos normativos, principios y valores del “bloque de la convencionalidad”. De modo que incluso las autoridades administrativas están llamadas a proteger los derechos humanos, a través de un control de convencionalidad, en el ejercicio de sus competencias administrativas.

Ciertamente la doctrina ha señalado que la administración está directamente facultada por las decisiones de la CorIDH para ejercer el control de la convencionalidad en garantía del pleno y eficiente ejercicio de derechos humanos, la administración. De lo contrario, la administración pública se podría ver obligada a tomar decisiones violatorias del bloque de la convencionalidad por la imposibilidad de desaplicar o por no contar con mecanismos céleres para resolver las incompatibilidades entre el ordenamiento local y el interamericano<sup>40</sup>.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, en sentido contrario, ha señalado que otorgarle tales poderes a la administración

---

40 María Luisa Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, número 15, mayo-agosto 2018. Caracas, 2019. Pp. 37-61. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2019/12/Redav-15.pdf>

pública puede resultar peligroso e inclusive inconveniente<sup>41</sup>, de modo que se inclinan a aceptar que los órganos y entes de la administración solo podrían ejercer dicho control de la convencionalidad cuando el ordenamiento interno del Estado de que se trate lo autorice expresamente para ello<sup>42</sup>. Es decir que la administración pública solo podría ejercer el control de la convencionalidad, a través de la desaplicación de normas internas que se presenten como contrarias a la CADH o a los tratados interamericanos sobre derechos humanos y aplicar esta preferentemente, si tienen la competencia interna para llevar a cabo dicho control, siguiendo de esta forma el principio rector de la administración pública: el principio de legalidad<sup>43</sup>.

De esta forma, hay dos posiciones contrapuestas respecto del ejercicio del control de la convencionalidad por parte de la administración pública; una que defiende la tesis de que las autoridades administrativas están plenamente facultadas por la CorIDH para desaplicar directamente normas contrarias al *corpus iuris* interamericano y otra que desconoce tales facultades, a menos de que el ordenamiento jurídico interno se las otorgue expresamente.

En el caso de Venezuela Álvarez Chamosa señala que el control de la convencionalidad debería ser ejercido por la administración pública de conformidad con los principios de progresividad e inherencia de los derechos humanos estable-

---

41 Véase Domingo García Belaúnde, "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional* número 20, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2015. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/14888/15428>

42 María Luisa Álvarez Chamosa, "El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública", ob. cit.

43 Véase al respecto Néstor Sagüés. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, e.V., año XXI, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015, pp.141-149. Cit. en María Luisa Álvarez Chamosa, "El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública", ob. Cit. p. 49.

cidos en los artículos 19 y 27 de la Constitución, de forma que los órganos y entes de la administración puedan aplicar directamente instrumentos internacionales en materia de derechos humanos cuyo tratamiento sea más beneficioso al contemplado en las disposiciones jurídicas nacionales<sup>44</sup>.

De otra parte, cuando el control interno de la convencionalidad es ejercido de manera específica por los órganos judiciales de determinado Estado parte, mediante *todo el complejo sistema de articulación de acciones y recursos procesales*, es denominado control judicial interno de la convencionalidad. En efecto, específicamente, el control judicial interno de la convencionalidad constituye la obligación que tienen los jueces y magistrados de un país de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales”<sup>45</sup> a los que está obligado el Estado.

El control judicial interno de convencionalidad es definido como *“la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales -o a todos los órganos jurisdiccionales, (...) - para verificar la congruencia entre actos internos -así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera- con las disposiciones del Derecho Internacional (...)”*<sup>46</sup>.

En términos generales, el control judicial interno de convencionalidad precisa que los jueces nacionales, por una

44 María Luisa Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, ob. Cit.

45 Eduardo Ferrer MacGregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, consultado el 19 de septiembre de 2019. Cit. por Manuel Esquivel Leyva, “El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/18.pdf>, consultado el 18 de septiembre de 2019. Ob. cit. p. 318

46 Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, Ob. Cit. p.213.

parte, desapliquen las normas internas, incluso las constitucionales, opuestas a la CADH y demás tratados sobre derechos humanos, así como la interpretación que sobre dicha convención realice la CorIDH o la CIDH; y por la otra, que los jueces realicen una interpretación conforme, “armonizante” o “adaptativa” del derecho local o doméstico con la CADH y la exégesis dada a dicho convenio por los órganos supranacionales del sistema interamericano, con el fin de evitar que existan incongruencias o interpretaciones opuestas a la CADH o a la forma en que ha sido interpretada o aplicada por la CorIDH.

Sobre la obligación de la protección judicial de la convencionalidad, hay que tener presente que los tribunales llevan a cabo dicha competencia, como hemos adelantado en líneas anteriores, mediante todo el complejo sistema de articulación de acciones y recursos procesales<sup>47</sup>.

El control de la convencionalidad interno puede consistir en (i) un control ejercido por parte de un tribunal constitucional, o su equivalente como altos tribunales y (ii) en un control ejercido por todos los jueces del Estado, de acuerdo a sus competencias procesales.

Así pues, el control de convencionalidad ejercido por los jueces constitucionales, puede ser llevado a cabo mediante los diversos recursos y acciones constitucionales tales como la excepción o defensa incidental de inconstitucionalidad, la consulta de inconstitucionalidad, la acción declarativa de inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad, la revisión de sentencias, el informe de inconstitucionalidad, el veto traslativo u objeción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo y el habeas data<sup>48</sup>.

---

47 Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, Ob. Cit., p. 122.

48 Ibídem. p. 123.

De allí, como lo afirma la doctrina -Ayala Corao- deriva la importancia de la interrelación del derecho procesal internacional de los derechos humanos con el derecho procesal constitucional, puesto que *“los procesos constitucionales juegan un papel fundamental, por ser una jurisdicción que se especializa en la protección de la Constitución, incluido por lo tanto los derechos”*. Y es que, *“entre los derechos tutelados por este tipo de acciones, se encuentran no sólo los derechos constitucionales consagrados expresamente en el texto fundamental, sino, además, los derechos constitucionales implícitos y los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales”*<sup>49</sup>.

Ahora bien, las decisiones judiciales que pueden dictar las cortes o tribunales constitucionales o bien los máximos órganos jurisdiccionales de los estados parte, pueden consistir en reformas, derogaciones o revocatorias de los distintos actos del Estado, incluyendo la Constitución, leyes, actos administrativos, políticas públicas, entre otras, además de las omisiones, con el fin de que estos actos se adapten, por ejemplo en el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos, a la CADH, y, como dijimos, a las interpretaciones dadas por la CorIDH<sup>50</sup>.

De otra parte, el control interno de la convencionalidad que cumplen todos los jueces del Estado parte, puede ser llevado adelante de oficio en el caso determinado que estén conociendo y consistirá en el análisis de la norma interna o doméstica que se debe aplicar al caso concreto y a las disposiciones convencionales.

---

49 Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. P.123.

50 Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ob. Cit. Íbidem. p.121

De esta forma, si en el caso se declara la inconventionalidad de una norma, esta carecerá de efectos jurídicos para el caso concreto y, en consecuencia, la norma se desaplicará. La regla general es que, si una norma de un país no es convencional, no puede ser aplicada en el caso concreto, y, en su defecto, será aplicada preferentemente la norma convencional.

De ese control judicial interno de la convencionalidad se desprenden dos “itinerarios”, como lo denomina García Belaunde, de modo que: i) *“De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del pacto de San José, así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen”*; y ii) *“Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de Derechos Humanos, aun cuando la Corte IDH jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver”*<sup>51</sup>.

#### IV. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN VENEZUELA

En Venezuela, así como en muchos otros países, tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana, entre otras<sup>52</sup>, los tratados internacionales pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno como fuentes del derecho constitucional y como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales<sup>53</sup>.

De modo que la Constitución *“puede compartir el máximo rango normativo con otras normas, como asimismo subordinarse a*

---

51 Domingo García Belaunde, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, p. 89.

52 *Ibíd*em, p. 32.

53 *Ibíd*em, p. 32.

*otro ordenamiento jurídico al que reconoce superioridad (ordenamientos jurídicos supranacionales), si así lo determina el constituyente*<sup>54</sup>.

El artículo 23 de la Constitución establece que los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado de Venezuela, gozarán de jerarquía constitucional y además, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, prevalecen en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Ahora bien, que los tratados internacionales conformen dicho bloque de la Constitución tiene consecuencias jurídicas con inmensa relevancia, tal como la vinculación de todo el ordenamiento jurídico de Venezuela a dichos tratados, en la misma relación que lo está con la Constitución.

Como lo explica Ayala Corao, *“al igual que la Constitución, los tratados sobre derechos humanos son «la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico» por lo que «todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos» a ellos (artículo 7)*<sup>55</sup>.

Así pues, tal y como lo prevé el artículo 334 de la Constitución, todos los jueces de la República, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, los tribunales de la República -en cualquier causa y, aun de oficio- deberán decidir

---

54 *Ibíd.*, p. 28.

55 *Ibíd.*

lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado (artículo 334, primer párrafo)<sup>56</sup>.

En este sentido, el control de la convencionalidad en Venezuela se equipara al control de la constitucionalidad en tanto que no puede aplicarse el control de la convencionalidad sin ejercer un control de la constitucionalidad porque el tratado internacional o convención ya forma parte de la Constitución, del bloque de la constitucionalidad que debe garantizar. De la misma forma, y según el propio artículo 334 constitucional (segundo párrafo), si una ley, un acto que tenga rango de ley, u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, colidiere con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la SC del TSJ.

Como consecuencia de ello, *el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede en definitiva ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336)*<sup>57</sup>, de modo que ejercería a su vez un control concentrado de la convencionalidad.

En Venezuela, por lo tanto, cualquier acto –u omisión– del poder público que viole o menoscabe los derechos humanos garantizados en los tratados sobre dicha materia es nulo<sup>58</sup>.

---

56 Ibídem.

57 Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Ob. Cit.

58 Por lo que 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 superiores (art. 25). Cfr. Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Ob. Cit.

## V. LOS LÍMITES DEL JUEZ EN EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

El ejercicio del control de la convencionalidad por parte de la SC, como por los jueces de la República, estará limitado al bloque de la convencionalidad y también al medio de impugnación utilizado dependiendo de las facultades procesales constitucional o legalmente otorgadas a cada uno.

En este sentido, mediante el control concentrado de la convencionalidad, la SC del TSJ podrá declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, revisar las sentencias definitivamente firmes, y controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, que contraríen los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional.

De otra parte, los demás jueces de la República, al estar obligados a *garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos*, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, -en cualquier causa y aun de oficio- deberán decidir lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado con preferencia.

Es importante comprender que el control de la convencionalidad, consagrado en el artículo 23 de la Constitución, se manifiesta en la tutela por parte de los jueces constitucionales, no solo del cumplimiento de las normas de derecho interno, sino además, del efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que confor-

man el “bloque de la convencionalidad”, en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, en Venezuela el control de la convencionalidad no ha sido entendido de esta forma por la jurisprudencia del máximo tribunal de la República. Téngase en cuenta la decisión número RC-00201 de fecha 04 de junio de 2019, dictada por la Sala de Casación Civil (SCC) del TSJ, por medio de la cual se fijó criterio sobre el control de la convencionalidad.

La sentencia de la SCC resolvió declarar sin lugar el recurso de casación, confirmar el fallo recurrido “en los términos de esta Sala” y condenar a la demandada recurrente -La Patilla- *“a resarcir como indemnización por daño moral causado al ciudadano DIOSDADO CABELLO RONDÓN, la cantidad de TREINTA MIL MILLONES DE BOLÍVARES SOBERANOS (BS. 30.000.000.000,00)”*.

Pero además, con motivo de la denuncia por la recurrente del *“vicio de incongruencia negativa por la falta de pronunciamiento de una solicitud de control de convencionalidad”*, la SCC fijó criterio sobre el control de convencionalidad, pero lamentablemente lo hizo distorsionando y confundiendo el control de la convencionalidad con el control concentrado de la constitucionalidad -el cual es ejercido de forma exclusiva por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- negando, por esta razón, la competencia de los jueces de primera instancia para ejercer el control de la convencionalidad, lo cual viola los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución.

En efecto, en esta ocasión la empresa demandada había denunciado en su recurso de casación la falta de pronunciamiento del juez de instancia y posteriormente, del juez de apelación, sobre la denuncia de violación del derecho de libertad de expresión, contemplado además de en el artículo 58 de la Constitución, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 13 de la CADH.

Es el caso que la demandada había solicitado a los jueces de instancia que realizaran el respectivo control de la convencionalidad y aplicaran de forma directa los precitados instrumentos normativos internacionales, en particular en relación con el tema de la penalización de las *“expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público”*, exigiendo *“valuar la compatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico interno aplicables, y los estándares universalmente aceptados y compartidos en materia de derechos humanos y el derecho interno venezolano.”*<sup>59</sup>.

Ante esta denuncia, la SCC se limitó a señalar que el ejercicio del control de la convencionalidad estaba reservado a la SC del TSJ, ignorando de esta forma el control difuso de la convencionalidad que prevé el sistema venezolano y desconociendo esa potestad que constitucionalmente se atribuye a todos los jueces de la República<sup>60</sup>.

A través de la sentencia de la SCC, se determinó el significado y el alcance del control de la convencionalidad y estableció -erróneamente- que se trata de un control de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de los actos en ejecución de dichos tratados, que es ejercido de forma exclusiva y excluyente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y que consiste en la confrontación de los actos dictados en ejecución de las convenciones internacionales (como por ejemplo de las sentencias de la CorIDH), respecto de las normas, principios y valores constitucionales de Venezuela, para determinar la validez y aplicación de dichos actos supranacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

59 Allan Brewer-Carías, “La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por daños morales contra el portal la patilla.com”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/revista-derecho-publico-director-no-158-160-julio-diciembre-2019/>

60 *Ibidem*

Valiéndose de la reiteración de los fallos dictados con anterioridad sobre la materia por el TSJ (en SC, Sala Plena e inclusive por la propia SCC), la SCC definió el control de la convencionalidad en los términos que se señalan a continuación:

En primer lugar, la SCC señaló que se entiende por control de la convencionalidad, la facultad exclusiva de la Sala Constitucional de *“incluso de oficio, velar por la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un control de convencionalidad (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)”* (vid. sentencia número 1077/2000 y número 1.547 del 17 de noviembre 2011 de la Sala Constitucional).

De otra parte, la SCC citó un fallo de su propia jurisprudencia (sentencia número RC-666, de fecha 13 de diciembre de 2018), por medio de la cual había determinado que: *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional”,* por cuanto dichos jueces *“no tienen potestad jurisdiccional para emitir opinión al respecto”*. En esa ocasión la SCC incluso hizo un *“llamado”* a los jueces de primera instancia y de alzada *“para que en casos similares se pronuncien, señalando a los justiciables que dicha decisión no es de su competencia jurisdiccional y en consecuencia el alegato sea desechado más no guardar silencio al respecto en incongruencia negativa”*. Por esta razón, dispuso además la SCC que *“la solicitud de control de convencionalidad realizada por los codemandados en su escrito de contestación debió haber sido presentada ante la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia como máximo y último intérprete de la Constitución”*<sup>61</sup>.

---

61 Y continuó la SCC afirmando en ese sentido que *“(…), es la Sala competente para establecer la aplicabilidad o no de los denunciados artículos 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además, es la Sala garante para hacer valer el principio de la supremacía de la Constitución a través de su defensa, para que sus*

La SCC estableció erróneamente un inconstitucional criterio según el cual se niega rotundamente la competencia de los jueces de instancia, como de las demás salas del TSJ, de ejercer el control de convencionalidad, señalando que *“De la jurisprudencia de esta Sala antes reseñada se desprende, que no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano.”*

La sentencia de la SCC es inconstitucional porque viola los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución cuando estableció que *“No se advierte ningún dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales”,* y que: *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano.”*

En efecto, la SCC violó el artículo 23 constitucional que reconoce como fuente de protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen, y que dispone además, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos, que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia suscritos y ratificados por Venezuela prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público.

---

*juzgadores no deban aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, es la última verificadora si las normas denunciadas contradicen a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”*

Pero además la sentencia de la SCC violó flagrantemente el artículo 334 de la Constitución al afirmar que *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano”*, cuando es lo cierto que el precitado artículo 23 y el artículo 334 de la Constitución otorgan esta facultad específicamente a todos los jueces de la República. Así, en efecto, estas normas atribuyen competencia a todos los jueces, en el ámbito de sus materias, para aplicar inmediata y directamente los tratados y convenciones internacionales relativos a los derechos humanos; así como asegurar la integridad y supremacía de la Constitución establecida en el artículo 7 de la Constitución, la cual está compuesta, por disposición del propio artículo 23, por los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela.

Ratificamos que de conformidad con el artículo 334, en concordancia con el artículo 23, de la Constitución todos los jueces de la República tienen el deber de aplicar directa e inmediatamente, las disposiciones convencionales sobre derechos humanos en caso de que una ley u otra norma jurídica colidan con ellas, o cuando contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República.

Todos los jueces de la República -no sólo los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- están en la obligación de velar por la aplicación de los convenios internacionales sobre derechos humanos, para garantizar la efectiva protección de los mismos.

La sentencia de la SCC, al declarar que en Venezuela los jueces no tienen competencia para ejercer el control de la convencionalidad, sino que ello corresponde de forma exclusiva a la SC, confundió el control concentrado de la constitucionalidad, el cual es ejercido de forma exclusiva por la SC del TSJ,

consagrado en los artículos 334 y 336 de la Constitución, con el control de convencionalidad, que es competencia de todos los tribunales de la República según lo dispuesto en los artículos 23 y 334 de la Constitución, y representa, además de un error judicial grave, un retroceso enorme en el derecho constitucional venezolano y en la protección de los derechos humanos, y configura, sin duda, una violación flagrante de los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CHAMOSA, María L., “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nro. 15, mayo-agosto 2018. Caracas, 2019. Pp. 37-61. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2019/12/Redav-15.pdf>

AYALA CORAO, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

\_\_\_\_\_, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

\_\_\_\_\_, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

BREWER-CARÍAS, Allan “Derecho administrativo y control de la convencionalidad”, Texto de la conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 19 de

marzo de 2015. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/I-1-1100-DECHO-AMINISRAT-CONTROL-CONVENCIONALIDAD.-San-Jose-2015.pdf>

---

\_\_\_\_\_, “La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por daños morales contra el portal la patilla.com”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/revista-derecho-publico-director-no-158-160-julio-diciembre-2019/>

ESQUIVEL LEYVA, Manuel, “El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/18.pdf>

FAÚNDEZ, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.

FERRER MACGREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, consultado el 19 de septiembre de 2019.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”. En *Revista Pensamiento Constitucional* número 20, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2015. Disponible en: [http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view File/ 14888/ 15428](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428)

---

\_\_\_\_\_, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), *El control difuso de la convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012.

MAI, Leandro L., “¿De qué hablamos cuando nos referimos al “control de convencionalidad”?” en *Nota22.com*, 09 de junio de 2016, disponible en: <https://www.nota22.com/noticia/49060-de-que-hablamos-cuando-nos-referimos-al-control-de-convencionalidad.html> , consultado el 18 de septiembre de 2019.

NIKKEN, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en AA.VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Serie: Estudios de Derechos Humanos Tomo 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1835/3.pdf>

---

\_\_\_\_\_, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número, 153, enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014. Disponible en: [https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS\\_2014\\_153\\_201-211.pdf](https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_2014_153_201-211.pdf)

---

\_\_\_\_\_, “El concepto de derechos humanos”, en *Manual de Derechos Humanos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/manual-de-derechos-humanos-ucv-2008-1.pdf>

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

SAGÜÉS, Néstor, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, e.V., año XXI, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015.

# LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE INTERNET

**José Rafael Belandria García<sup>1</sup>**

*Resumen: Este trabajo expone la denominación que seleccionó la Constitución de 1999 para los derechos, que es la de derechos humanos; analiza los derechos previstos en el ordenamiento jurídico en relación con el funcionamiento de la Administración Pública venezolana a través de Internet; y resuelve la interrogante de si en el país existe un derecho de acceso a la mencionada red.*

*Palabras clave: Derechos Humanos. Administración Pública. Internet.*

*Summary: This paper explains the name that the Constitution of 1999 selected for the rights, which is the human rights; analyzes the rights established in the legal system in the functioning of the Venezuelan Public Administration through the Internet; and resolves the question if there is a right in the country for the Internet access.*

*Key words: Human Rights. Public Administration. Internet.*

Recibido: 16 de julio de 2020    Aceptado: 29 de julio de 2020

---

1    Doctor en Derecho con la calificación *Sobresaliente Cum Laude* y Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado distinción *Magna Cum Laude* por la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Miembro ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).



## SUMARIO

### Introducción

- I. La fórmula que adoptó la Constitución de 1999
- II. Los derechos en el funcionamiento de la Administración Pública a través de Internet
- III. ¿Existe un derecho de acceso a Internet?

## INTRODUCCIÓN

Los derechos previstos en el ordenamiento jurídico tienen muchas veces como destinatarios a la Administración Pública. La Administración del Estado debe acomodar su organización y funcionamiento, así como realizar distintas actuaciones para satisfacer los derechos humanos o incluso abstenciones para respetar los mismos. Hoy en día cuando los derechos se ejercen ante la Administración Pública puede ser ante las sedes materiales o en virtud de las Tecnologías de la Información y la Comunicación<sup>2</sup> (TIC) ante los portales en Internet y otros medios digitales<sup>3</sup>.

Para atender a la convocatoria de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) con el propósito de dedicar un número en homenaje al Doctor Pedro Nikken, se presenta este trabajo en honor a su memoria y obra. El Doctor

---

2 Las tecnologías son un conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico (Diccionario de la Real Academia Española, en <http://dle.rae.es/?id=ZJ2KRZZ>). Las Tecnologías de la Información y la Comunicación, por su parte, se refieren al conjunto convergente de tecnologías de la microelectrónica, la informática (hardware y software), las telecomunicaciones (radio, televisión, teléfono y redes de comunicación) y la optoelectrónica (sistemas ópticos y electrónicos), que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

3 Las redes sociales como, por ejemplo: Twitter, Facebook o Instagram; y otros medios que se creen a futuro.

Nikken fue decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y distinguido experto latinoamericano en materia de derechos humanos.

El objeto de este trabajo es analizar los derechos humanos en la Administración Pública venezolana a través de Internet<sup>4</sup>. El mismo es la versión redactada de una conferencia que dicté en el Seminario titulado *“Incidencia del Derecho Informático en el Derecho Privado y el Derecho Público”*, celebrado el 08 de julio de 2019 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, bajo los auspicios del Instituto de Derecho Público y el Instituto de Derecho Privado de la mencionada Facultad. La conferencia de manera individual está publicada en Youtube<sup>5</sup> e igualmente el evento completo<sup>6</sup>.

El referido objeto lo desarrollaremos conforme al siguiente esquema: en primer lugar se efectuará una exposición sobre la denominación adoptada por la Constitución de 1999 en relación con los derechos; en segundo lugar se indicarán y explicarán los derechos previstos en el ordenamiento jurídico venezolano con respecto al funcionamiento de la Administración Pública a través de Internet; y en tercer lugar, sin haber formado parte original de la conferencia, se resolverá la interrogante de si existe un derecho de acceso a la mencionada red.

La utilización de las TIC e Internet por la Administración Pública (en los distintos órganos del Poder Público y niveles territoriales) es un fenómeno en expansión. Dice Isaac Martín Delgado que *“ha llegado el momento de tomarse la Administración*

---

4 Se trata de una red mundial de computadores conectados con base en un protocolo especial de comunicación (el TCP-IP, los cuales son convenios de entendimiento entre los nodos y los computadores, destinados a cumplir las premisas de funcionamiento de Internet), haciendo uso de las telecomunicaciones.

5 En [https://www.youtube.com/watch?v=H\\_yVmAFGIQg](https://www.youtube.com/watch?v=H_yVmAFGIQg)

6 En <https://www.youtube.com/watch?v=nYMVpfaATvw>

*electrónica como lo que realmente es: el modelo de Administración del s. XXI*<sup>7</sup>. Desde ese punto de vista la intención es colocar de manifiesto la riqueza de los derechos humanos conforme a esta dimensión de funcionamiento público administrativo.

## I. LA FÓRMULA QUE ADOPTÓ LA CONSTITUCIÓN DE 1999

En la doctrina nacional y extranjera, así como a nivel normativo, es posible encontrar numerosas clasificaciones de los derechos y libertades como son: libertades públicas, derechos subjetivos, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de primera, segunda y tercera generación, etc. Algunas clasificaciones, como la de derechos fundamentales han adquirido fortuna por ejemplo en España, pues la Constitución Española de 1978 alude a esta categoría. Incluso dicha Constitución dentro de su articulado establece una distinción entre los derechos que reciben la denominación de derechos fundamentales –los de la Sección 1era, del Capítulo II, del Título I-, los que sólo se denominan derechos –los de la Sección 2da, del referido Capítulo y Título- y los principios rectores de la política social y económica –los del Capítulo III, del mismo Título- donde también hay derechos.

La clasificación de los derechos en generaciones de igual modo ha adquirido notoriedad, siendo la misma elaborada por el jurista checo Karel Vasak, quien estudió en Francia, desarrolló su carrera en ese país y elaboró la misma en el Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin, con sede en Estrasburgo (del cual llegó a ser Secretario General). Esta clasificación está basada a su vez en la categorización de los derechos subjetivos según el *status* de las personas, elaborada por el jurista alemán Georg Jellinek. Así serían derechos

---

7 Martín Delgado, Isaac. "Introducción. La reforma de la administración electrónica: hacia una auténtica innovación electrónica". En: Martín Delgado, Isaac (Director). *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2017. p. 12.

de primera generación los relacionados esencialmente con la noción de libertad y participación en la vida política; este tipo de derechos intenta proteger a los ciudadanos de la intromisión y excesos del Estado, por lo cual quedan incluidos en esta categoría los derechos a la libertad de expresión, libertad de religión, debido proceso, sufragio activo y pasivo. La segunda generación de derechos se desarrolla a partir de la noción de igualdad, en la cual se procura un estado de bienestar en el que se diseñen, ejecuten y evalúen políticas dirigidas a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos; se trata de los derechos económicos, sociales y culturales, en los cuales es posible distinguir los derechos al trabajo, a la seguridad social, a formar sindicatos, a la protección de la salud, a la educación, etc. En tercer lugar, están los derechos de tercera generación, los cuales están basados en la inter-relación de las personas e intereses en común y por lo general son producto de tratados internacionales o reformas a las Constituciones de los países; desde ese punto de vista es posible mencionar los derechos al ambiente, a la calidad de vida, a la paz, garantías frente a la manipulación genética.

Cuando se habla de derechos y libertades en el ámbito de la denominada Administración Pública electrónica o telemática, es posible postular que se trata de una continuación de la clasificación expuesta o de una dimensión adicional. Dicha manifestación de los derechos obedece a la evolución de la sociedad, del Derecho y de la propia Administración Pública. Puede tratarse de iguales derechos, pero bajo otra manera de ejercicio. Hay cambios en el espacio y en el tiempo. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación son un producto del siglo XX e Internet proviene de las mismas. Ellas permiten en general el intercambio de información y la comunicación de personas con ubicación diferente, por medio de computadores y redes informáticas, formadas por cables de telefonía, audio y video, entre otros. En ese entorno es posible ejercer derechos

sin duda y desde esa perspectiva invocamos la clasificación de los derechos en generaciones<sup>8</sup>.

Con relación a la denominación en el país de tales derechos, de si se trata de derechos humanos o derechos fundamentales, habría que seleccionar a la usanza venezolana la primera fórmula: *derechos humanos*. Ello debido a que esa fue la que eligió el constituyente, como se puede comprobar al acudir al Título III de la Constitución y leer el mismo.

De otra parte, al referirse a los derechos humanos en la Administración Pública en la época actual, es necesario recordar que Venezuela está bajo examen en esta materia por organismos internacionales. Desde hace años se vienen denunciando violaciones al respecto e incluso en junio de 2019 estuvo en el país la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet. Esta alta representante del organismo internacional en su visita se entrevistó con funcionarios y particulares, evaluó la situación y presentó un Informe sobre el estado actual de los derechos humanos a los fines de su protección conforme a su mandato<sup>9</sup>.

---

8 La Ley Orgánica española 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales contiene un título entero –el X– destinado a los derechos digitales. Esta Ley en su Preámbulo hace referencia a una deseable futura reforma de la Constitución Española para incluir esta clase de derechos en su articulado y además alude a los mismos como “una nueva generación de derechos digitales”. En concreto el mencionado Preámbulo (rótulo IV) dice lo siguiente: “Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales”.

9 Entre otros pueden verse los siguientes comentarios a dicho Informe: Brewer-Carías, Allan. “El Informe Bachelet: desahucio al régimen”. *Revista de Derecho Público* N° 159 – 160, julio-diciembre de 2019. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019. pp. 185 a la 201.

## II. LOS DERECHOS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE INTERNET

Por lo que respecta a los derechos específicos en el funcionamiento de la Administración Pública venezolana a través de Internet, es preciso realizar las siguientes consideraciones.

En el ámbito Iberoamericano se dictó la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada durante la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Pucón, Chile, el 31 de mayo y el 1º de julio de 2007. Dicha Carta en sus artículos 7, 8 y 9 establece y desarrolla el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con sus Gobiernos y Administraciones Públicas (el artículo 9 posee además ocho literales con derechos específicos). No obstante, esta Carta si bien es un instrumento jurídico internacional importante, no constituye un tratado internacional<sup>10</sup>, ni ostenta la jerarquía de éstos.

En Venezuela diversas leyes como la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>11</sup>, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos<sup>12</sup>, la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado<sup>13</sup> (en adelante, Ley de Interoperabilidad) y la Ley de Infogobierno<sup>14</sup>, hacen referencia a la posibilidad de

---

10 Se trata de “un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y concluido por escrito: (i) Entre uno o más Estados y una o varias organizaciones internacionales; y, ii) entre dos Organizaciones Internacionales” (Rodríguez Cedeño, Víctor; Betancourt Catalá, Milagros; y Torres Cazorla, María. *Diccionario de Derecho Internacional*. Editorial CEC. Caracas, 2012. p. 262), a cuyo efecto se debe seguir un procedimiento formado por varias fases.

11 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 6.147 Extraordinario, de fecha 17 de noviembre de 2014.

12 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 6.149 Extraordinario, de fecha 18 de noviembre de 2014.

13 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.945, de fecha 15 de junio de 2012.

14 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 40.274, de fecha 17 de octubre de 2013.

realizar actividades a través de las TIC, en distintas circunstancias referidas al funcionamiento de la Administración Pública y establecen derechos al respecto. Estos derechos en el contexto del Derecho Administrativo reciben la denominación de derechos públicos subjetivos, debido a que son derechos de los particulares o administrados que se ejercen ante la Administración Pública. Esa denominación no es contradictoria con la de derechos humanos, pues algunos de ellos están previstos en la propia Constitución o el género lo está. En nuestra opinión es una forma adicional de denominarlos y puede existir entre ambas en todo caso una relación de género a especie. El análisis de estos derechos se puede hacer del modo siguiente.

En relación con la formulación de peticiones y el acceso a la información pública, se hallan los siguientes derechos:

1. *Dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de la información y la comunicación.* El artículo 8, numeral 1 de la Ley de Infogobierno, contempla el derecho a dirigir peticiones haciendo uso de las TIC, en cuyo caso el Poder Público está obligado a responder y resolver las mismas de igual forma que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales.
2. *Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad.* El artículo 8, numeral 4 de la Ley de Infogobierno, establece el derecho de las personas de acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por medios tradicionales.
3. *Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren.* El artículo 8, numeral 5 de la Ley de Infogobierno, prevé el derecho de acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, así

como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, haciendo uso de las tecnologías de información. Esta norma alude al expediente electrónico, que implica la formación ordenada y secuencial de un conjunto de documentos de forma electrónica. Por ejemplo, la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda (SUNAVI) en el contexto del procedimiento previo a las demandas por desalojo previsto en la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda<sup>15</sup>, en concordancia con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas<sup>16</sup>, dispone en su portal en Internet de un sitio para cada usuario registrado, en el que se halla un expediente electrónico. Sin embargo, el mismo para la fecha -julio de 2019- no está operativo, ni posee igual información que el expediente en papel, lo cual para este caso desvirtúa al denominado expediente electrónico, siendo que debe existir identidad entre uno y otro<sup>17</sup>.

Por lo que respecta a la posibilidad de hacer pagos a la Administración Pública a través de las TIC, está lo siguiente:

1. *Realizar pagos, presentar y liquidar impuestos.* El artículo 8, numeral 2 de la Ley de Infogobierno, hace referencia al derecho de realizar pagos, presentar y liquidar

---

15 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 6.053 Extraordinario, de fecha 12 de noviembre de 2011.

16 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.668, de fecha 6 de mayo de 2011.

17 En relación con el expediente electrónico puede consultarse: Belandria García, José. "Expediente administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y transparencia administrativa". En: Belandria García, José (Coordinador). *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) - Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2019. pp. 103 a la 122.

impuestos, cumplir con las obligaciones pecuniarias y cualquier clase de obligación de esta naturaleza, haciendo uso de las tecnologías de información.

En materia de procedimiento administrativo están previstos los siguientes derechos<sup>18</sup>:

1. *Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad, citado con anterioridad.*
2. *Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, citado con anterioridad.*
3. *Utilizar y presentar ante los órganos del Poder Público, así como ante las personas naturales y jurídicas de carácter privado, los documentos electrónicos emitidos por aquél.* El artículo 8, numeral 6 de la Ley de Infogobierno prevé el derecho de las personas a utilizar y presentar ante los órganos del Poder Público y demás personas naturales y jurídicas, los documentos electrónicos emitidos por éstos, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio, de conformidad con la presente Ley y la normativa aplicable.
4. *Recibir notificaciones por medios electrónicos.* El artículo 8, numeral 3 de la Ley de Infogobierno contempla el derecho a recibir notificaciones por medios electrónicos en los términos y condiciones establecidos en

---

18 En relación con el procedimiento administrativo electrónico o telemático puede consultarse: Belandria García, José. "El procedimiento administrativo telemático". *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo sobre las "II Jornadas de Derecho Administrativo José Araujo-Juárez: 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: revisión y propuestas de reforma"*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2018. pp. 32 a la 51.

la ley que rige la materia de mensajes de datos<sup>19</sup> y las normas especiales que la regulan. Por su parte, el artículo 62, numeral 7 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (LSTA), dispone que es de la competencia de la Autoridad Nacional de Simplificación de Trámites y Permisos (Instituto Nacional para la Gestión Eficiente de Trámites y Permisos): *“Fijar un domicilio electrónico obligatorio para la notificación de comunicaciones o actos administrativos, que requiera hacer la Administración Pública Nacional a los usuarios...”*. En abono de lo anterior, está lo previsto en el encabezado del artículo 17 de la LSTA, que alude a la preferencia que dará la Administración Pública en la utilización de medios tecnológicos, a los fines de la emisión de las notificaciones correspondientes. La realización de esta clase de notificaciones, sin embargo, debe cumplir en nuestra opinión con lo siguiente: voluntariedad de la persona a la que va dirigida la notificación; indicación por ella de una dirección de correo electrónico válida para practicar la misma; y una dirección material para realizar la notificación personal en caso de imposibilidad de hacerla de manera electrónica. De no cumplir con los primeros dos aspectos la Administración actuante debería reflexionar sobre la idoneidad de la notificación electrónica en este caso<sup>20</sup>.

5. *Obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado.* El artículo 8, numeral 7 de la Ley de Info-

---

19 Se trata del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (vid. Gaceta Oficial de la República núm. 37.076, de fecha 13 de diciembre de 2000).

20 En relación con las notificaciones electrónicas previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, puede consultarse: Belandria García, José. *“Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 136 junio 2012. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2012. pp. 93 a la 99.

gobierno, prevé el derecho a obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado.

6. *Preferencia en la utilización de medios tecnológicos para la emisión de actos administrativos o resultados de los trámites que realiza la Administración Pública.* Por último, sin tratarse de un derecho público subjetivo, el artículo 17 de la LSTA contempla que la Administración Pública dará preferencia a la utilización de medios tecnológicos para la emisión de los actos o resultados de los trámites que realiza.

Para el caso específico del procedimiento administrativo electrónico existe a la fecha en Venezuela una discusión científica sobre si es posible y válido realizar el mismo enteramente de acuerdo con la legislación en vigor<sup>21</sup>. A nuestro modo de

---

21 Un sector de la doctrina postula la invalidez del procedimiento administrativo electrónico, por tratarse de una materia de la reserva legal y prevalecer la forma escrita (Hernández, José Ignacio. "El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011". *Revista de Derecho Público* núm. 131, julio-septiembre 2012. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. p. 224). Otro sector de la doctrina sostiene que el procedimiento administrativo electrónico sería válido mediante una reforma legislativa (Abreu González, Gigliolla. "Hacia el Procedimiento Administrativo Electrónico Venezolano en el contexto de la Administración Pública Electrónica". *1er Congreso ONLINE del Observatorio para la Ciber-Sociedad*. En <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g08abreu.htm>. Septiembre, 2002. p. 5; y Pellegrino Pacera, Cosimina. "La necesidad de replantear la noción de acto administrativo en un mundo virtual (Una propuesta para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos)". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 3. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2014. p. 285). Por último, otro sector de la doctrina postula la validez jurídica del procedimiento administrativo electrónico a partir de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente y de una interpretación sistemática del mismo (Amoni Reverón, Gustavo. *Las Tecnologías de Información y Comunicación en las diversas formas de la actividad administrativa*. Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo.

ver no lo es, porque la ley de la materia –la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos<sup>22</sup>– no lo prevé así; porque se trata de una materia de la reserva legal de acuerdo con el artículo 156, numeral 32 de la Constitución<sup>23</sup>, lo que implica que una ley debe desarrollar el mismo; y porque tiene numerosas particularidades (registros telemáticos, expedientes electrónicos, pruebas electrónicas, archivos electrónicos, notificaciones telemáticas, acto administrativo electrónico, etc.) que deben ser reguladas con detalle y conocimiento y no en cambio quedar sujetas a la discrecionalidad o apreciación de la autoridad respectiva, con el riesgo de que la decisión se convierta en la arbitrariedad proscrita. Por consiguiente, los derechos mencionados en los párrafos anteriores pueden realizarse en determinadas etapas del procedimiento de manera individual y constituir un aporte aún con la legislación en vigor, pero en sí mismos no implican la existencia y validez de un procedimiento administrativo telemático entero.

Por último, es posible citar otra categoría de derechos referida al control, que es la siguiente:

1. *Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las TIC.* El artículo 8, numeral 8 de la Ley de Infogobierno, establece el derecho a disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las tecnologías de la información. Una manifestación de este derecho en el procedimiento administrativo es a través de la

---

Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2010; y Amoni Reverón, Gustavo. “El Procedimiento Administrativo a partir del Decreto Ley de Interooperabilidad y la Ley de Infogobierno”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 7. Volumen II. Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. Caracas, 2016).

22 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 2.818 Extraordinario, de fecha 01 de julio de 1981.

23 “**Artículo 156.** Es de la competencia del Poder Público Nacional: [...]

32. *La legislación en materia [...] de procedimientos”.*

consulta pública para regulaciones sectoriales, dirigidas a la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía (artículo 140, primer y segundo aparte de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>24</sup>). Asimismo, a través de los portales en Internet de los órganos del Estado es posible incorporar espacios para suministrar información sobre la gestión del órgano o ente de que se trate, ejecución del presupuesto, rendición de cuentas, enlaces para formular solicitudes, quejas o sugerencias, etc.

El catálogo de derechos expuesto, al igual que los que se pregonan para las sedes materiales de la Administración Pública, tiene vocación de progreso. En efecto, con la evolución de las TIC y la adaptación de la normativa a cada momento, es posible que se produzca la aparición de nuevos derechos en los medios digitales, asociados con maneras de hacer más sencilla o cercana la relación entre la Administración Pública y los ciudadanos o particulares.

### III. ¿EXISTE UN DERECHO DE ACCESO A INTERNET?

Sobre el acceso y uso de Internet por las personas existe en el país regulaciones a nivel legal e infra legal. La Constitución de manera directa no contiene referencia a Internet y sólo en su artículo 108 dice que el Estado garantizará las redes de informática<sup>25</sup>; y en su artículo 110 establece que el Estado reco-

24 "Artículo 140. [...]

*Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera, lo informará a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales versa la consulta.*

*Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto".*

25 "Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el

nocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones<sup>26</sup>. Así, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>27</sup> prevé en su artículo 50, numeral 4, que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones establecerá como prioridad a los efectos de alcanzar progresivamente las obligaciones del servicio universal, lo siguiente: *“Que todas las personas tengan acceso a la red mundial de información internet”*.

En segundo lugar, el Decreto N° 825 de fecha 10 de mayo de 2000<sup>28</sup> prevé dos aspectos importantes en relación con el tema. Dice este decreto presidencial en su artículo 1 lo siguiente: *“Se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República...”*; y su artículo 10 dispone: *“El Ejecutivo Nacional establecerá políticas tendentes a la promoción y masificación del uso de Internet”*.

Las normas citadas contemplan que el acceso de las personas a Internet es una política y una obligación de la Administración Pública. Se trata de un mandato previsto en la legislación dirigido a la Administración Pública. En el ordenamiento jurídico venezolano, salvo omisión nuestra, no está previsto el acceso a Internet como un derecho subjetivo. Es decir, en tanto poder o facultad de hacer aquello que la ley permite, exigir una determinada conducta a las autoridades y generar consecuencias jurídicas. Desde el punto de vista del Derecho Positivo se requiere que los órganos estatales a través de una ley u otro acto relativo a sus funciones, prevean un derecho de esta naturaleza para poder postular su existencia.

---

*conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley”.*

26 **“Artículo 110.** El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional. [...]”.

27 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 39.610, de fecha 07 de febrero de 2011.

28 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 36.955, de fecha 22 de mayo de 2000.

En la doctrina española Moisés Barrio Andrés explica que en los últimos tiempos un sector doctrinal *“ha venido defendiendo la conceptualización del derecho de acceso a Internet”, pues se trataría de “un derecho autónomo que cabría extrapolar de la propia libertad de expresión e información”*<sup>29</sup>. Sin embargo, este mismo autor afirma que *“esta dirección todavía no ha cuajado en el estado actual de la ciencia jurídica”*<sup>30</sup>, por lo que su opinión consiste en que debe ir ya abriéndose camino en la misma *“el momento de sustantivar un nuevo derecho fundamental de acceso a Internet”*<sup>31</sup>. Al respecto, añade: *“Internet es una herramienta tecnológica que facilita el ejercicio de otros derechos, tales como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la libertad de información e, incluso, los derechos de educación, trabajo, y libertad de empresa”*<sup>32</sup>.

Con posterioridad a la opinión anterior se dictó en España la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>33</sup>. Esta Ley<sup>34</sup> en su artículo 81.1 reguló el derecho de acceso a Internet, al disponer lo siguiente: *“Todos tienen derecho a acceder a Inter-*

---

29 Barrio Andrés, Moisés. “El acceso a Internet como elemento cardinal del servicio universal de telecomunicaciones”. En: Parejo Alfonso, Luciano y Vida Fernández, José (Coordinadores). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. p. 1.655.

30 Barrio Andrés, “El acceso a Internet como elemento cardinal...”, cit., p. 1.657.

31 Barrio Andrés, “El acceso a Internet como elemento cardinal...”, cit., p. 1.658.

32 Ídem.

33 Boletín Oficial del Estado núm. 294, de fecha 06 de diciembre de 2018.

34 El Preámbulo de esta Ley (rótulo IV) dice lo siguiente: *“Una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital [...] Pero, en tanto no se acometa este reto, el legislador debe abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales que, inequívocamente, encuentra su anclaje en el mandato impuesto por el apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española y que, en algunos casos, ya han sido perfilados por la jurisprudencia ordinaria, constitucional y europea”*.

*net independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica*<sup>35</sup>.

Situándonos de nuevo en el caso de Venezuela es preciso decir que no está previsto en el ordenamiento jurídico a la fecha el acceso a Internet como un derecho humano o un derecho subjetivo. En consecuencia, no existe un derecho de ese tipo en tanto poder o facultad de las personas. Sin embargo, ello no implica que los órganos del Estado estén exentos de procurar el referido acceso o de adoptar medidas administrativas, tecnológicas o de cualquier naturaleza para ello. En efecto, hay un mandato y una política, que por lo demás no se ha cumplido, dirigida a la Administración Pública a los fines de que todas las personas tengan acceso a Internet.

---

35 La norma completa prevé lo siguiente:

**“Artículo 81.** *Derecho de acceso universal a Internet.*

1. *Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.*
2. *Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población.*
3. *El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.*
4. *El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores.*
5. *La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales.*
6. *El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales”.*

# LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**José Rafael Belandria García<sup>1</sup>**

*Resumen: Este trabajo expone los orígenes, evolución y actividad a la fecha de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.*

*Palabras clave: Derecho Administrativo. Derecho de asociación. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.*

*Summary: This paper explains the origins, evolution and activity to the present of the Venezuelan Association of Administrative Law.*

*Key words: Administrative Law. Right of association. Venezuelan Association of Administrative Law.*

Recibido: 16 de julio de 2020    Aceptado: 29 de julio de 2020

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Abogado por la Universidad de los Andes. Miembro ordinario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).



## SUMARIO

- I. Los inicios
- II. Modificación del documento constitutivo estatutario, nueva denominación (la actual) y elección de un Consejo Directivo
- III. Una nueva etapa
- IV. El Derecho de la Administración del Estado
- V. De manera mediata: una mejor Administración Pública

## I. LOS INICIOS

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración fue constituida por los eminentes juristas Eloy Lares Martínez, Antonio Moles Caubet, Gonzalo Pérez Luciani, Tomás Polanco Alcántara, Gustavo Planchart Manrique, Enrique Pérez Olivares, Carlos Leañez, Luis Enrique Farías Mata, Juan De Stefano, Hildegard Rondón de Sansó, Luis Torrealba Narváez, Ezra Mizrachi Cohen y Allan Brewer-Carías, el día 17 de mayo de 1968 en la Biblioteca Central de la Universidad Central de Venezuela, de la Ciudad Universitaria de Caracas, mediante acta de esa fecha. La iniciativa y liderazgo en la constitución de la Asociación estuvo a cargo de Allan Brewer-Carías<sup>2</sup>. El acta constitutiva y estatutos sociales quedaron inscritos en la oficina de Registro Público el día 07

---

2 El propio Profesor Allan Brewer-Carías en una entrevista sobre la fundación de la Asociación, dijo lo siguiente: *“Usted fue de los fundadores de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. ¿Qué nos puede contar sobre los inicios de la Asociación? Efectivamente fui uno de los fundadores, o más precisamente, fui quien tomó la iniciativa de fundar la AVEDA. Preparé el proyecto, convoqué a tal efecto a los profesores de la materia del momento, y les presenté el proyecto de Estatutos que había elaborado, el cual aceptaron todos. Propuse que se incorporaran a la Directiva a los profesores mayores y yo asumí la Secretaría de la Asociación. Y así fue que nació la AVEDA”* (Brewer-Carías, Allan. 80 años de Allan R. Brewer-Carías, miembro fundador de AVEDA. Palabras de Allan R. Brewer-Carías. Sobre la fundación de AVEDA. En: <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/80-abc.pdf>).

de febrero de 1969. Como autoridades para el primer periodo de funcionamiento, en el Consejo Directivo, fueron electos los profesores: Antonio Moles Caubet, Presidente; Eloy Lares Martínez, Tomás Polanco Alcántara y Gonzalo Pérez Luciani, vocales; y Allan Brewer-Carías, Secretario. En esta solemne sesión se designó asimismo como miembro honorario de la Asociación al Profesor de la Universidad de Roma, Massimo Severo Giannini, quien aceptó el nombramiento; y como miembro corresponsal extranjero por el Uruguay, al Dr. León Cortinas Peláez. Dicha histórica acta fue firmada por todos los juristas mencionados.

## II. MODIFICACIÓN DEL DOCUMENTO CONSTITUTIVO ESTATUTARIO, NUEVA DENOMINACIÓN (LA ACTUAL) Y ELECCIÓN DE UN CONSEJO DIRECTIVO

Unos lustros más adelante, el día 12 de julio de 2000 en reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación se consideraron, debatieron y decidieron los siguientes aspectos: la reforma integral del documento constitutivo estatutario, pasando a denominarse a partir de este momento Asociación Venezolana de Derecho Administrativo o nombrada con las siglas AVEDA; la admisión de nuevos miembros; y la elección de autoridades. Estos temas quedaron expresados en el acta de la misma fecha y que fue inscrita en la oficina de Registro Público el día 22 de enero de 2001.

La AVEDA, según el artículo 2 de los referidos Estatutos que se hallan en vigor, es una asociación civil sin fines de lucro, de carácter apolítico y con domicilio en la ciudad de Caracas. La Asociación tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 4 de la citada normativa, el siguiente:

*“agrupar institucionalmente a los abogados y otros profesionales universitarios especializados en el área del Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración; promover el estudio, inves-*

*tigación, actualización y divulgación de los distintos aspectos que comprenden estas disciplinas; participar institucionalmente en los procesos de redacción y discusión de instrumentos normativos y otros actos jurídicos por ante las autoridades competentes, brindando su apoyo técnico, científico y de investigación; participar en procesos judiciales relevantes para el desarrollo del Derecho Administrativo; y en general, realizar cualquier tipo de actividad dirigida al fomento y desarrollo del estudio, investigación, métodos de enseñanza, actualización, evolución y avance de las disciplinas relacionadas con el funcionamiento y organización de la Administración Pública, así como de la regulación jurídica de la actividad administrativa en general”.*

En dichos Estatutos se estableció como órgano de dirección y administración el Consejo Directivo, que a su vez está integrado por un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario General, un Tesorero y tres Vocales, con sus respectivos suplentes (artículo 25). Las faltas del Presidente deben ser suplidas por el Vicepresidente, cuyo cargo será ocupado por el suplente del Presidente.

Con base en una manifestación de interés y previo cumplimiento de los requisitos establecidos en los Estatutos, en la citada reunión de la Asamblea General Extraordinaria del día 12 de julio de 2000, se acordó por unanimidad la incorporación de nuevos miembros, pasando a formar parte de la AVEDA veintidós abogados especialistas en Derecho Administrativo. Por lo que respecta al tercer aspecto de aquella sesión, la Asamblea resolvió por unanimidad igualmente designar las autoridades del Consejo Directivo para el periodo entrante<sup>3</sup>.

---

3 Fueron designados los siguientes integrantes de la AVEDA: Belén Ramírez Landaeta, Presidente; Gustavo Adolfo Grau Fortoul, Vicepresidente; Gabriel Ruan Santos, primer suplente; Ana Elvira Araujo, segundo suplente; Rafael Chavero Gazdik, Secretario General; Guissepe Rosito, suplente; Isabel Boscán de Ruesta, Tesorero; Dolores Aguerrevere, suplente; Henrique Iribarren Monteverde, vocal; Carlos Ayala Corao, suplente; Luis Ortiz Álvarez, vocal; Margarita Escudero, suplente; Rafael Badell Madrid, vocal; y Luis Fraga Pittaluga, suplente.

Por otro lado, en el número 9 de la Revista de Derecho Administrativo de Editorial Sherwood –a modo de editorial, pues no está suscrito por un autor en particular– se dio noticia de las decisiones adoptadas en la reunión de la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación del día 12 de julio de 2000<sup>4</sup>. El texto advierte el crecimiento del Derecho Administrativo en Venezuela, que se manifiesta –dice– a nivel profesional, académico, institucional, normativo y jurisprudencial. De allí que –continúa la noticia– para constituir una comunidad organizada y mantener una actualización en los avances del Derecho Administrativo se creó recientemente (tomado de manera textual) la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, la cual viene a sustituir a la Asociación de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración. Cabe advertir que es cierto lo último, no así lo primero. En efecto, la Asociación se constituyó en mayo de 1968 y en la ocasión reseñada pasó a denominarse como se le conoce actualmente. No obstante, es la misma Asociación para lo cual basta con revisar las actas correspondientes a cada fecha. Es anecdótico que el texto en referencia menciona la incorporación de la Asociación al sistema de los *e-groups*, que fue un sitio en Internet para la administración de listas de correo electrónico de finales del siglo pasado e inicios del presente, y expresa que para empezar a remitir información sobre su actividad y asuntos relacionados con el Derecho Administrativo. Hoy en día, en virtud de la popularización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación e Internet, es sin embargo la manera habitual de comunicarse y suministrar información desde las instancias de dirección hacia los miembros y a la inversa. Por último, la noticia expresa los nombres de los integrantes del nuevo Consejo Directivo y transcribe los Estatutos<sup>5</sup>.

---

4 *Revista de Derecho Administrativo* N° 9, mayo-agosto de 2000. Editorial Sherwood. Caracas, 2000. pp. 381 a la 386.

5 Tales Estatutos, sin embargo, por motivos que desconocemos no se corresponden en su totalidad o fielmente con los que fueron aprobados e inscritos en la oficina de Registro Público el día 22 de enero de 2001, que utilizamos en esta investigación.

En relación con la fundación de la Asociación es útil por último comentar lo siguiente: ocurrió su constitución en mayo de 1968 –coincidiendo, por cierto, con el *mayo francés*, a pesar de obedecer a circunstancias muy distintas- mediante acta del día 17 y la protocolización de la misma se efectuó el día 07 de febrero de 1969. El Profesor Freddy J. Orlando S. en un trabajo relacionado con la constitución de la AVEDA, relata algunos hechos de gran interés que ocurrieron en esa época<sup>6</sup>. La personalidad jurídica de la misma, en consecuencia, fue adquirida con la protocolización del acta. La constitución en virtud de la manifestación de voluntad ocurrió el día 17 de mayo de 1968.

### III. UNA NUEVA ETAPA

La AVEDA continuó su actividad y en reunión de la Asamblea General Extraordinaria de fecha 07 de julio de 2017 se eligió un nuevo Consejo Directivo, que es el tercero de la

---

6 Dice lo siguiente: “Los mencionados miembros fundadores suscribieron inicialmente el documento constitutivo de la entonces ‘Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración’, como originalmente se llamó, el 17 de mayo de 1968. El Dr. Brewer, en su condición de promotor de la asociación, trabajó con todo ahínco y con la dedicación que lo caracteriza para que los trabajos preparatorios de constitución de la asociación estuvieran listos para la fecha antes anotada. [...] sí recuerdo con total claridad es que entre mayo de 1968 y febrero de 1969, sucedieron una diversidad de hechos imposibles de olvidar por la trascendencia que tuvieron para aquella época. Aun así, Brewer trabajaba afanosamente para constituir nuestra agrupación: por ejemplo, la revuelta en Francia protagonizada por estudiantes, obreros y sindicatos en demanda de reivindicaciones sociales que pusieron en jaque, durante las primeras semanas del mes de mayo de 1968, al gobierno del Presidente Charles de Gaulle. Este suceso interesaba de manera especial al Dr. Brewer, ya que casi un año antes se había desempeñado como profesor del Curso sobre *Les problèmes juridiques de l’integration latino-américaine*, en el Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris. En Venezuela, una nueva división del partido Acción Democrática poco antes de las elecciones generales de diciembre del año 1968, contribuirá al ascenso, por primera vez, a la Presidencia de la República del Dr. Rafael Caldera para el periodo que comenzaba el 11 de marzo de 1969 hasta marzo de 1972. [...]” (Freddy J. Orlando S. 80 años de Allan R. Brewer-Carías, miembro fundador de AVEDA. En: <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/80-fos.pdf>).

Asociación<sup>7</sup>. El acta redactada en dicha ocasión fue inscrita en la oficina de Registro Público en fecha 21 de junio de 2019. Se debe decir que desde los meses previos a esta última reunión de la Asamblea General Extraordinaria y a partir de este momento, la AVEDA experimentó un nuevo vigor en su organización y funcionamiento, con una nueva etapa de proyectos y actividades, perceptible a lo interno y externo. Con sus congéneres ha ocurrido un fenómeno similar<sup>8</sup> que quizá guardar relación con este o no<sup>9</sup> y se manifiesta en las actividades de tales asociaciones jurídicas nacionales<sup>10</sup>.

Transcurrido el periodo respectivo, de nuevo en reunión de la Asamblea General Extraordinaria del día 08 de noviembre de 2019 se eligió un nuevo Consejo Directivo de la AVEDA, que es el cuarto y actual<sup>11</sup>. El referido órgano supremo de direc-

---

7 Dicho Consejo quedó formado por los siguientes integrantes: Freddy J. Orlando S., Presidente; Daniela Urosa Maggi, Vicepresidente; José Valentín González, primer suplente; Rosibel Grisanti, segundo suplente; Carlos García Soto, Secretario General; José Rafael Blandria García, suplente; Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Tesorero; Manuel Rojas Pérez, suplente; Alejandro Canónico, vocal; Mauricio Subero, suplente; Antonio Silva Aranguren, vocal; Diana Trías Bertorelli, suplente; Belén Ramírez Landaeta, vocal; José Ignacio Hernández, suplente.

8 Este impulso notable a nuestro modo de ver ha tenido lugar también en la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT); la Asociación Venezolana de Derecho Privado (AVDP); la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA); y la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEVEM), creada incluso en 2017 (el 07 de diciembre de 2017).

9 Puede tratarse en general de una circunstancia sociológica (el referido incremento en la actividad de las asociaciones jurídicas), como respuesta a la crisis plurí-dimensional que atraviesa el país.

10 Por ejemplo, *Derecho y Sociedad* dedicó en su blog un especial en diciembre de 2019 titulado *Balance, retos y proyectos de las Asociaciones jurídicas en Venezuela*. En el mismo el Consejo Editorial preguntó a cinco asociaciones venezolanas sobre el balance de su trabajo en 2019 y los proyectos para 2020, en donde el resultado puede verse en: <http://www.derysoc.com/especial-nro-1/balance-retos-y-proyectos-de-las-asociaciones-juridicas-en-venezuela/>

11 El mismo está integrado del siguiente modo: Juan Domingo Alfonzo Paradisi, Presidente; Antonio Silva Aranguren, Vicepresidente; Flavia Pesci-Feltri, Secretaria General; Carlos García Soto, Tesorero; Luis Ernesto Andueza, Claudia Nikken y Belén Ramírez Landaeta, vocales; Alejandro

ción y administración de la Asociación desde la constitución de la misma ha estado presidido por: Antonio Moles Caubet, Belén Ramírez Landaeta, Freddy J. Orlando S. y Juan Domingo Alfonzo Paradisi.

#### IV. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Desarrollando el tema desde otra perspectiva se debe expresar que el Derecho Administrativo, cuya investigación, actualización y divulgación es uno de los propósitos primordiales de la AVEDA, es una disciplina jurídica que consiste en la ordenación jurídica de la Administración Pública. Dicha rama de la ciencia obedece al principio de legalidad, a los elementos y características de la Administración Pública y a las situaciones subjetivas de los administrados o ciudadanos, que en Venezuela comprende el principio de Administración servicial, vicarial o buena Administración<sup>12</sup> previsto en el artículo 141 de la Constitución<sup>13</sup>. Las definiciones del Derecho Administrativo varían en elementos según cada autor o docente universitario, al punto de que hay obras enteras dedicadas al tema<sup>14</sup>. A pesar de ello *la nota común es que se trata del Derecho de la Administración del Estado*.

En la realización de su objeto social, la AVEDA a lo largo de los años ha desarrollado distintas actividades a favor del Derecho Administrativo. Son varios aspectos los que se pueden destacar en ese sentido. En primer lugar, se encuentra la agrupación de profesionales: la Asociación está formada hoy en día por varias decenas de especialistas en Derecho Administra-

---

Canónico, María Alejandra Correa, Jorge Kiriakidis, Cosimina Pellegrino, Manuel Rojas Pérez y Gabriel Sira Santana, suplentes.

12 Puede verse al respecto el número 11 de la *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (REDAV) dedicado a esta temática.

13 Vid. Gaceta Oficial de la República núm. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

14 Alli Aranguren, Juan-Cruz. *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*. Civitas. Primera edición. Navarra, 2006.

tivo<sup>15</sup>. Desde el punto de vista universitario muchos de ellos poseen maestría y doctorado en la materia, así como un alto número de sus miembros son docentes de Derecho Administrativo en las principales universidades del país. Sus integrantes pertenecen además a distintas generaciones. Probablemente los más cualificados especialistas nacionales de la materia, sin que sean todos, forman parte de la AVEDA.

Por otro lado, la AVEDA tiene una página en Internet para ofrecer información acerca de su actividad y funcionamiento<sup>16</sup>. Para promover el estudio, actualización y divulgación del Derecho Administrativo, la Asociación ha publicado libros colectivos<sup>17</sup> y acordó la creación de un Anuario<sup>18</sup>. A título de ejemplo, con motivo de los 80 años del Profesor Allan Brewer-Carías, fundador de la AVEDA y decano de los administrativistas venezolanos (por su magisterio, intensa actividad y vasta obra), la Asociación le rindió un homenaje académico consistente en un conjunto de artículos y trabajos los cuales están en la página en Internet de la AVEDA<sup>19</sup> y fueron publicados como libro bajo el título *“Allan R. Brewer-Carías: Una personalidad multifacética”*<sup>20</sup>. En abril de 2020 la AVEDA publicó el libro -junto con el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)- titulado *“Temas Fundamentales de Derecho*

15 Para junio de 2020 se halla en: <https://www.aveda.org.ve/miembros/>

16 En <https://www.aveda.org.ve/>

17 Puede citarse en los últimos años el libro relativo al *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo* (2014), con dos volúmenes, publicado por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

18 Véase: Acuerdo de creación del Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) en <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2019/12/acuerdo-av-2019-002.pdf>.

19 En <https://www.aveda.org.ve/80-abc/>

20 García Soto, Carlos y Silva Aranguren, Antonio. *Allan R. Brewer-Carías: una personalidad multifacética. Libro-homenaje de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por sus 80 años*. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)-Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Caracas, 2020. En <https://www.aveda.org.ve/novedades/>

*Público. En homenaje a Jesús González Pérez*<sup>21</sup>, que está formado por veintiún colaboraciones de autores nacionales y extranjeros. De igual modo, desde la fundación de la Asociación se han realizando actividades científicas –seminarios, charlas, jornadas– para el análisis y difusión del Derecho Administrativo; actualmente se celebran encuentros bimestrales<sup>22</sup>; y está contemplada la figura de un reconocimiento para premiar la promoción del estudio, investigación, actualización y divulgación del Derecho Administrativo<sup>23</sup>.

Otra labor importante ha sido la remisión de información desde las instancias de dirección y coordinación, a sus miembros. En efecto, de manera periódica, ordenada y eficiente se remite por correo electrónico –desde hace años y actualmente– información jurídica a los asociados, que persigue la actualización y consigue además cohesión.

## V. DE MANERA MEDIATA: UNA MEJOR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En ejercicio del derecho de asociación –previsto en el artículo 52 de la Constitución de 1999 (en la Constitución de 1961, en su artículo 70) y en tratados internacionales<sup>24</sup>– ha tenido lugar esta unión de profesionales especialistas en Derecho

21 Urosa Maggi, Daniela; Rojas Pérez, Manuel; y Belandria García, José. *Temas Fundamentales de Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez*. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) – Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) – Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2020. En <https://www.aveda.org.ve/novedades/>

22 Al respecto véase: Reglamento de los encuentros bimestrales de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA); y Reglamento de la Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) en <https://www.aveda.org.ve/reglamentos-y-acuerdos/>

23 Véase: Reglamento del Reconocimiento de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), en <https://www.aveda.org.ve/wp-content/uploads/2019/12/reglamento-av-2019-004.pdf>.

24 En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 22.1; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

Administrativo. La realización del objeto de la Asociación en los términos expuestos persigue, de manera mediata, una mejor Administración Pública. Es relevante en ese sentido lo que se puede aportar al país.

Creo que es una aspiración común la realización de la cláusula del artículo 2 de la Constitución de 1999, de manera que el Estado sea democrático, de Derecho y de Justicia. Por lo que respecta a la Administración Pública la aspiración asimismo consiste en mi opinión en que esté al servicio de los ciudadanos, con todo lo que ello implica (participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, etc.). En lo personal redacto estas líneas -entre enero y junio de 2020- con la esperanza e ilusión de la transformación del país en moderno, democrático, institucional y que asegure el respeto y promoción de los derechos humanos en la realización de sus funciones. Sirva pues este trabajo como exposición sobre los orígenes, evolución y actividad a la fecha de esta Asociación, hoy en día cincuentenaria.

---

en su artículo 22; y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su vertiente negativa en el artículo 20.1.

# SOBRE LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO (1789) Y SU INFLUENCIA EN LA DECLARACIÓN VENEZOLANA DE DERECHOS DEL PUEBLO (1811)\*

**Allan R. Brewer-Carías**

*Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela*

*Resumen: Estudio de la influencia que ejerció la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en el proceso político que se llevó a cabo en las antiguas colonias que conformaban la Capitanía General de Venezuela, eliminando los privilegios coloniales y la estratificación de la sociedad sobre la base del mismo principio igualitario, rechazando el régimen monárquico.*

*Palabras clave: Estado. Monarquía. Absolutismo. Constitución. Federalismo.*

*Summary: Analysis of the influence exerted by the French Revolution and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in the political process that took place in the former colonies that made up the General Captaincy of Venezuela, thereby eliminating colonial privileges and the social order on the basis of the same egalitarian principle, rejecting the monarchical regime.*

*Key words: State. Monarchy. Absolutism. Constitution. Federalism.*

Recibido: 15 de enero de 2020    Aceptado: 3 de julio de 2020

---

\* Trabajo preparado en homenaje a la memoria del profesor Pedro Nikken.



El nombre de Pedro Nikken está indisolublemente ligado al desarrollo en el mundo contemporáneo, de derecho de los derechos humanos, del cual fue uno de sus principales exponentes, no sólo como profesor y decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, sino como expositor y autor de importantes trabajos sobre el tema, particularmente, por ejemplo, sobre el tema de la progresividad en materia de derechos humanos; como juez internacional en la materia, en su carácter de Presidente y materialmente fundador de arraigada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos; como académico vinculado al tema de los derechos Humanos, desde la Presidencia del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y miembro importante de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; como promotor de las bases necesarias para la protección de los derechos humanos, como Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, y como aguerrido abogado defensor de los derechos humanos ante jurisdicciones nacionales e internacionales.

Ningún tema más adecuado para rendirle homenaje a quien además fue un entrañable socio y amigo, por tanto, que este relativo a la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y su influencia en la Declaración venezolana de los Derechos del Pueblo de 1811.

## I

La Revolución Francesa en efecto, se selló definitivamente en 1789, con la asunción del poder por una Asamblea Nacional Constituyente que se enfrentó al Rey Luis XVI; eliminó los privilegios feudales y la estratificación de la sociedad cambiando sus bases conforme al principio igualitario; confiscó los bienes de la Iglesia; adoptó la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*; cambió las bases de la organización territorial del poder, y asumió el papel de reorganizador del Estado sobre la

base del principio de la separación de poderes, sancionando una Constitución en el marco de la Monarquía existente, es decir, dentro de la estructura estatal propia del absolutismo, con el objeto de sustituir, dentro del mismo Estado, un sistema de gobierno por otro distinto.<sup>26</sup>

Veintidós años después, en 1811, esos acontecimientos repercutirían e inspirarían otro proceso político transformador que se produjo en lo que eran las antiguas colonias que conformaban la Capitanía General de Venezuela, las cuales declararon su independencia de la Corona de España, a la cual se enfrentaron también eliminando los privilegios coloniales y la estratificación de la sociedad sobre la base del mismo principio igualitario, adoptaron la Declaración de Derechos del Pueblo, y en este caso, en rechazo y en contraste con el régimen monárquico, asumieron la tarea de concebir y construir un nuevo Estado, sancionando una Constitución igualmente sobre la base del principio de la separación de poderes, conforme a los principios del gobierno presidencial y federal, inspirándose en los principios del recién establecido régimen constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica.

## II

La irrupción de la Asamblea Nacional Constituyente fue, ante todo, una irrupción contra lo que hasta entonces había

---

26 En la redacción de las páginas que siguen me he basado en lo que he expresado en los siguientes dos libros, a los cuales remito como bibliografía general: *Reflexiones sobre la revolución norteamericana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Tercera edición ampliada, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, Santiago de Chile, Madrid 2019; *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, *Estado de derecho y derechos humanos*, Miami Dade College, Programa Goberna Las Américas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Miami-Caracas, 2016. Véase en general, sobre la revolución francesa: Jeremy D. Popkin, *The History of the French Revolution. A New World Begins*, Basic Books, New York 2019.

sido la base socio-política de clases sociales estratificadas, que hasta entonces habían caracterizado el régimen, y que había dado lugar a la existencia de tres estamentos claramente diferenciados, denominados “estados” (*états*). Por una parte, dos clases privilegiadas, compuestas por la *nobleza* que rodeaba al Rey, unida a los señores feudales y que estaba montada sobre el privilegio de nacimiento y el privilegio derivado de la riqueza territorial; y el *clero*, poderoso y privilegiado; y por la otra parte, una tercera clase (*Tiers*), no privilegiada, que abarcaba el resto de la población, donde además se iría formando, en las ciudades, un importante estrato de burgueses y comerciantes que a pesar de su riqueza e influencia siempre fue considerado por la nobleza y el clero, como una clase inferior.

Este «tercer estamento» que se había comenzado a consolidar a partir del Siglo XI, sirviendo incluso de instrumento al Rey en sus luchas contra los señores feudales, estaba constituido por el resto de la población distinta a la nobleza y el clero, que era, en definitiva, la mayoría de la Nación. Se trataba de las clases populares del campo y la ciudad; de la pequeña y mediana burguesía (artesanos, comerciantes); de los profesionales liberales; y de la alta burguesía formada en las finanzas, el gran comercio y los armadores, que por lo demás, buscaban ennoblecerse. Dichas actividades, si bien comenzaron a otorgar a quienes las ejercían un status importante en la vida social y económica, sin embargo, no les permitía tener acceso a los privilegios que estaban reservados a la nobleza y el clero.

Esos tres estamentos se habían reunido en Francia hasta principios de siglo XVII en los llamados Estados Generales (*États Généraux*), como la expresión organizada de la sociedad estratificada del Antiguo Régimen, votando en dichas asambleas, las tres órdenes separadamente. En efecto, la última vez que se habían reunido los representantes de los tres estamentos en una asamblea convocada por el Monarca, fue en 1614, durante el reinado de Luis XIII, cuando el reino estaba bajo la conducción de María de Médicis, su madre, como Regente.

Con anterioridad a esa fecha, llegaron a jugar un papel protagónico, imponiéndose incluso a los Reyes, particularmente en períodos de crisis financieras. Sus poderes se fueron desarrollando progresivamente, primero, como consejeros del Rey, cuando éste les sometía ciertos asuntos a consulta para oír la opinión de la Nación. Posteriormente, por delegación y consentimiento del Rey, comenzaron a adquirir poder para examinar y votar subsidios y nuevos impuestos, siendo este último el poder fundamental que luego va a repercutir en la Revolución. Además, los *États Généraux* adquirirían ciertos poderes constitucionales en situaciones excepcionales: era necesaria su autorización al Rey para la cesión de parte del territorio del reino a una potencia extranjera; y le correspondía, además, escoger al nuevo Rey, en el caso de la extinción de la línea hereditaria.

La convocatoria de los *États Généraux* las hacía el Rey y a partir de mitades del Siglo XVI se impuso la costumbre de que los diputados o representantes a esas asambleas, al instalarse, debían entregar al Rey un escrito con las reivindicaciones o quejas de su respectiva localidad, denominado *cahier de doléances*, y que conformaban el conjunto de peticiones que se formulaban al Rey al momento de instalarse la sesión de la Asamblea. En esta forma, mediante estos *cahiers* se hacía conocer al Rey la realidad y situación material del país, y se le planteaban reivindicaciones de los lugares de donde venían los diputados.

Ahora bien, consolidada la Monarquía y el poder absoluto del Rey, a partir de 1614, estas asambleas dejaron de reunirse por un período de 175 años, hasta 1788, precisamente para, sin quererlo, provocar la Revolución.

La convocatoria de dicha Asamblea por Luis XVI (1754-1793), en 1788, un año antes de la Revolución, en realidad significó la resurrección de una institución desaparecida y olvidada, y fue esa convocatoria, precisamente, el arma mortal más peligrosa contra la Monarquía. En esa convocatoria de los *États Généraux* puede situarse el origen institucional de la

Revolución Francesa, pues fue mediante la misma que el Tercer Estado, convertido en Asamblea, hizo la Revolución.

En efecto, un año antes de dicha convocatoria, en 1787, el *Parlement* de París, había rechazado las leyes impositivas que propusieron los Ministros del rey para enfrentar déficit fiscal del Reino lo que, paradójicamente, había tenido su principal causa en la ayuda y financiamiento francés a la Revolución de las colonias norteamericanas. Los *Parlements* eran los tribunales de justicia más importantes en cada una de las doce provincias en las que estaba dividida en Reino, y para ese momento, ya estaban integrados por Magistrados que no eran de designación real, sino por una evolución peculiar, los mismos tenían un origen hereditario y venal, habiendo quedado dominados por la aristocracia. Los cargos de Magistrados también podían comprarse, y se mantenían anualmente con el pago de un precio, habiendo este régimen conducido a su inamovilidad, con lo cual el posible enfrentamiento al Monarca era más claro por la independencia adquirida. Sabían los Magistrados que podían rechazar edictos propuestos por el rey, pues no dependía su cargo de la voluntad del Monarca.

Esa compleja conformación de los *Parlements* condujo a la formación de una clase nueva y distinta, situada entre la nobleza y la burguesía y formada por estos altos funcionarios, muchos provenientes de la alta burguesía, independientes y con pretensiones de pertenecer a una nobleza transmisible, nombrados por sí mismos, independiente del Monarca y en ejercicio de una de las funciones reales más importantes como era la de administrar justicia. Por eso, en la víspera de la revolución actuarán contra la Monarquía, considerándose independientes; es decir, el poder de los *Parlements*, terminó siendo un instrumento fenomenal en la Revolución.

Por ello, no es descartable que, en el desarrollo de esa actividad, por ejemplo, hayan influido las propias ideas sobre la independencia del Poder Judicial y la separación de poderes

formuladas unas décadas antes por destacado miembro de la aristocracia, *Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu* (1689-1755), quien además fue Presidente del *Parlement* de Burdeos.

En cuanto a los edictos reales sobre la reforma impositiva propuesta en 1787, el *Parlement* de París comenzó a pedir las piezas justificativas que la apoyaban, en particular, las cuentas de la hacienda, a lo que el Rey se negó. En ese caso, la respuesta del *Parlement* fue que “sólo la nación tenía derecho a conocer nuevos impuestos y pidió que fuera reunida,” precisamente mediante la convocatoria de los *États Généraux* que, como se dijo, habían desaparecido de la historia durante los 175 años precedentes. La negativa del *Parlement* de registrar las leyes impositivas, se acompañó con el reclamo ante el Rey de que convocara los *Etat Généraux* para que fueran éstos los que las aprobaran; lo que se agravó con la actuación que tuvieron los once *Parlements* en las restantes Provincias, los cuales reaccionaron al unísono, negándose a registrar los nuevos impuestos atentatorios al derecho de propiedad, pidiendo igualmente la convocatoria de los *États Généraux*. Por ello de Tocqueville afirmó que “la unión de los *Parlements* no sólo era el arma de la Revolución, sino su señal,”<sup>27</sup> calificando la situación como la de una “sedición judicial, más peligrosa para el gobierno que para cualquier otro.”<sup>28</sup>

Ante este hecho inusitado, la reacción real no se hizo esperar, habiendo comparecido el Rey Luis XVI, el 6 de agosto de 1787, ante el *Parlement* de París, y conforme al poder que en definitiva tenía de imponer su voluntad, en *lit de justice* hizo que el *Parlement* registrase los edictos reales estableciendo nuevos

---

27 Véase Alexis de Tocqueville, *Inéditos sobre la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1989, p. 66.

28 Ídem, p. 66. Véase, además, Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution (1854-1856)*, edición *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1982. Véase igualmente la compilación de *Fragments et notes inédites sur la Révolution*, en la edición *Inéditos sobre la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1989.

impuestos. Al día siguiente, sin embargo, el *Parlement* anuló su registro por ilegal. Nunca antes se había discutido el poder real en esta forma, por lo que la reacción real fue inmediata: como no podía destituir a los magistrados del *Parlement* pues, como se dijo, eran independientes, el Rey lo que hizo, como se hacía en la época, fue exiliar a los magistrados, sacarlos fuera de París, y enviarlos a las provincias.

Esto provocó –no se olvide que era necesario registrar los edictos en todos los doce *Parlements* de Francia– una agitación en todos los otros *Parlements* de las Provincias, y una reacción y resistencia general de la aristocracia frente al Rey. El Inter-ventor General de Finanzas, *de Brienne*, tuvo que capitular en sus pretensiones, retirando los edictos. Así, se restablecieron los impuestos anteriores (4 de septiembre de 1787) y se eliminó el registro que se había hecho bajo la presión del Rey. Retornaron los magistrados del exilio, habiendo fracasado la reforma fiscal impositiva por la reacción de la aristocracia, representada precisamente en estos magistrados.

Frente a este fracaso se imponían nuevas medidas para resolver la crisis fiscal, y de Brienne propuso una nueva reforma, basada en la obtención de nuevos empréstitos, (aumentar la deuda externa) que también debía ser sometida al *Parlement*. La reacción del *Parlement*, de nuevo, fue de rechazo a registrar los edictos con nuevos empréstitos, planteando la necesidad de que se convocaran los *États Généraux*. Incluso el planteamiento de los magistrados fue una especie de chantaje al Rey: el registro de los edictos sólo se produciría si se convocaban a los *États Généraux*. En todo caso, ante el rechazo, el Rey asistió a la sesión solemne del *Parlement*, en *lit de justice*, e impuso el registro de los edictos el 19 de noviembre de 1787.

La querrela entre el Rey y el *Parlement* se eternizó. El *Parlement* llegó a publicar, incluso, el 3 de mayo de 1788, una declaración sobre las «Leyes Fundamentales del Reino» de las cuales, por razones históricas, se decía guardián, siendo dicha decla-

ración del *Parlement* la negación más absoluta del poder real, al proclamar particularmente, y en forma general, que el voto de los impuestos pertenecía a los *États Généraux*, es decir, a la Nación, además de formular otras declaraciones condenando los arrestos arbitrarios y defendiendo la inamovilidad de los magistrados. La reacción de la Monarquía fue la formulación de propuestas para reformar la función judicial y frenar a los *Parlements*, lo que originó la resistencia abierta de éstos.

La reacción de Luis XVI frente a esa actitud de los *Parlements* y particularmente, del de París, fue la orden de arresto contra dos magistrados del *Parlement* (*Duval d'Épremesnil* y *Goisnard de Montsabert*), quienes se habían refugiado en el propio edificio del *Parlement* de París, los días 5 y 6 de mayo de 1788, donde buscaron la protección de la ley. La reacción del Rey fue la emisión de edictos, el 8 de mayo, quitándole todos los privilegios políticos a los magistrados, para quebrar su resistencia. Sin embargo, estos edictos contra la aristocracia Parlamentaria también debían registrarse por el propio *Parlement*, lo que produjo una verdadera insurrección de los *Parlements* en toda Francia.

Pero, en definitiva, la unión de los *Parlements* en el conflicto entre la Monarquía y el *Parlement*, condujo, en definitiva, a una capitulación de la Monarquía frente a estos organismos judiciales. El Interventor General de Finanzas, *de Brienne*, como lo habían reclamado los *Parlements*, el 5 de julio de 1788 prometió reunir los *États Généraux* y fijó de una vez, para el 1o de mayo de 1789, la apertura de esta gran Asamblea.

Con la convocatoria de los *États Généraux* puede decirse que se inició la revolución política de Francia, pues, en definitiva, se puso fin, por la propia Monarquía, al gobierno absoluto, al aceptar el Rey compartir el gobierno y el poder con un cuerpo de diputados electos que asumirían el Poder Legislativo, que hasta ese momento era ejercido por el propio Monarca. Por tanto, realmente, el 5 de julio de 1788, al convocarse y al fijarse

la fecha de los *États Généraux*, el Rey en definitiva dictó la sentencia de muerte del Antiguo Régimen, de la Monarquía Absoluta, y de su propia vida.

### III

Ahora bien, aceptadas y acordadas por el Rey la convocatoria de *États Généraux*, la agitación política en Francia se volcó hacia otro aspecto que era de esencial importancia, y que era la forma que debía tener la convocatoria y la forma de funcionamiento de la Asamblea. Hasta 1614 los *États Généraux* habían sido una Asamblea de los tres estamentos u órdenes de la sociedad: la nobleza, el clero y el resto o *Tiers*; cada uno de los cuales tenía un voto. Por tanto, los asuntos recibían tres votos y cada orden votaba por separado, con lo cual las clases privilegiadas: la nobleza y el clero, siempre dominaban y se imponían, porque tenían dos votos frente al *Tiers Etat*.

Por tanto, la discusión política en Francia, a partir de septiembre de 1788, fue sobre la forma del voto en la Asamblea convocada, en el sentido de si debía ser o no separado, y la forma como debían reunirse las órdenes, en cuanto al número de sus representantes. El *Parlement* de París, incluso, como principal instrumento que era de la aristocracia, dictó una declaración el 21 de septiembre de 1788 indicando la forma elegida, y que fue que cada orden tendría igual representación y voto separado, con lo cual puede decirse, que, si bien la aristocracia había triunfado, también había iniciado la verdadera revolución.

Cuando el Rey convocó los Estados Generales, en todo caso, la verdad es que después de tantos años de inactividad, en el reino nadie sabía cómo es que funcionaban estas Asambleas, ni sobre la forma de elección de los representantes y la forma de voto. Sólo el Rey podía decirlo, y no lo dijo.<sup>29</sup> La imprecisión,

---

29 Véase Alexis De Tocqueville, *Inéditos sobre la Revolución*, Madrid 1980, p. 86.

incluso, antes de la declaración del *Parlement*, había llevado a un hecho curioso y fue la aceptación, por el Monarca, de la propuesta de su Ministro *de Brienne* de convocar a un “concurso académico” invitando:

“a todos los sabios y demás personas instruidas del Reino, y en particular, a quienes componen la Academia de Bellas Letras, a dirigir a su Señoría, el Ministro de Gracia y Justicia, toda clase de informes y memorias sobre esta cuestión”.<sup>30</sup>

*Alexis De Tocqueville*, sobre esto, señaló sarcásticamente, que:

“Ni más ni menos era como tratar la Constitución del país como una cuestión académica y sacarla a concurso.”<sup>31</sup>

Y así fue. En el país más literario de Europa, una petición de ese tipo, en un momento de efervescencia política, provocó, por supuesto, una inundación de escritos y de papeles. Todos deliberaron, todos reclamaron y pensaron en sus intereses y trataron de encontrar en las ruinas de los antiguos *États Généraux*, la forma más apropiada para garantizarlos. Este movimiento de ideas originó la lucha de clases, y propició la subversión total de la sociedad. Por supuesto, los antiguos *États Généraux* muchas veces fueron olvidados, y la discusión se tornó hacia otras metas y, en particular, a identificar el Poder Legislativo, a la separación de poderes, a nuevas formas de gobierno, y a las libertades individuales, en todo lo cual los escritos de *Montesquieu* y *Rousseau* fueron fundamentales.

Como se dijo, el propio *Parlement* también expresó su forma de pensar respecto a la forma de reunión de los *États Généraux*, en el sentido que debían reunirse igual que en 1614, es decir, cada orden un voto y votos separados, asegurando

---

30 Ídem., p. 86.

31 Ídem., p. 86.

así que las clases privilegiadas podían mantener el control de la Asamblea. Con ello, sin embargo, el *Parlement* perdió definitivamente su pretensión de ser portavoz de libertades; ante esa declaración hubo múltiples reacciones panfletarias, signadas por la reacción del *Tiers*, y según lo señala de *Tocqueville*, el propio Rey le respondió:

“Nada tengo que responder a mi *Parlement* sobre sus súplicas. Es con la Nación reunida con quien concertaré las disposiciones apropiadas para consolidar para siempre el orden jurídico y la propiedad del Estado”.<sup>32</sup>

En esta forma, Luis XVI expresaba que era con la Nación con quien iba a consultar, y la Nación estaba representada, precisamente, en los *États Généraux*. Con ello, como se dijo, el Rey materialmente consumó la Revolución, al renunciar al Gobierno Absoluto y aceptar compartirlo con los *États Généraux*.

En cuanto a los *Parlements*, de *Tocqueville* resume su suerte así:

“Una vez vencido definitivamente el poder absoluto y cuando la Nación no necesitó ya un campeón para defender sus derechos, el *Parlement* volvió de pronto a ser lo que antes era: una vieja institución deformada y desacreditada, legado de la Edad Media; y al momento volvió a ocupar su antiguo sitio en los odios públicos. Para destruirlo, al Rey le había bastado con dejarle triunfar.”<sup>33</sup>

Los estamentos u órdenes habían estado juntos en todo este proceso, pero vencido el Rey y convocados los *Estados Generales*, la lucha por el dominio de la Asamblea entre las clases comenzó, y con ello empezó a surgir la verdadera figura de la Revolución.

---

32 Ídem., p. 81.

33 Ídem., p. 83.

Así, la discusión que se centró sobre los *Estados Generales* fue respecto de quién debía dominarlos, siendo entonces, como se dijo, una institución que solo era un vago recuerdo. Por ello, frente al esquema tradicional defendido por el *Parlement* y la aristocracia de que cada orden tenía un voto y las tres órdenes votaban por separado, con lo cual las clases privilegiadas tendrían dos votos sobre uno, el punto esencial de la propaganda política general, que fue defendido por la burguesía, planteaba que el *Tiers Etat* debía tener el doble de los miembros de los otros dos estamentos (nobleza y el clero sumados), y que el voto debía ser por cabeza de diputado y no por orden por separado, con lo cual había posibilidad de tener un voto igual entre nobleza y clero y el *Tercer Estado*, dejando los dos primeros de dominar la Asamblea.

En este debate, la lucha entre los estamentos se desató; multiplicándose los escritos contra los privilegios, la violencia contra la aristocracia, y la negación de los derechos de la nobleza. La igualdad natural, que había sido tema difundido por la propia nobleza en sus ratos de ocio, se convertiría en el arma más terrible dirigida contra ella, prevaleciendo la idea de que el gobierno debía representar la voluntad general, y la mayoría numérica debía dictar las leyes.

En medio de este debate generalizado, el 5 de diciembre de 1788, el Consejo Real decidió que el *Tercer Estado* tuviera un número igual a la suma de los otros dos estamentos, con lo que los duplicó. El Consejo Real, sin embargo, no se pronunció, por la forma del voto, si era por cabeza de diputado o por orden y por separado. Era evidente que aun cuando se doblara el número de los diputados del *Tiers Etat*, si el voto seguía siendo por orden, por separado, seguiría triunfando la aristocracia que tendría dos votos sobre uno de las clases no privilegiadas. Esto era, sin duda, primordial.

En esta forma, el proceso político pre-revolucionario, se inició con una revolución aristocrática que luego se volcó

contra sí misma; es decir, la aristocracia, para defender sus privilegios frente al Rey, provocó por medio de los *Parlements* la convocatoria de los *États Généraux*, y con ello, la disminución del poder absoluto de la Monarquía. Para ello, incluso, se alió a la burguesía. Sin embargo, al defender posteriormente la integración tradicional de los *États Généraux*, que favorecía sus intereses y aseguraba sus privilegios, provocó la ruptura de su alianza con el *Tiers*, de manera que el triunfo del *Tiers* en los *États Généraux* significó el fin de la aristocracia, la cual fue, en definitiva, la primera víctima de la Revolución que ella misma había comenzado desde 1787.

#### IV

Ahora bien, aún sin resolverse el problema del voto, en enero de 1789 se publicó el Reglamento de Elecciones de los diputados, que estableció un sistema de elección indirecta, de dos grados en el campo y de tres grados en la ciudad. Las elecciones se realizaron en más de 40.000 circunscripciones o asambleas electorales en todo el país, que despertaron políticamente a Francia, produciéndose una movilización completa de la población y despertando emociones populares. En todas las Asambleas locales se formularon los tradicionales cuadernos de reivindicaciones y peticiones (*cahiers des doléances*), habiéndose llegado a elegir o designar en total 1177 diputados: 295 para el clero, 278 para la nobleza y 604 del *Tercer Estado*.

Un testigo de excepción de la reunión de la Asamblea del *Tier Etat* en Tolouose, es decir, de la asamblea de representantes locales del *Tièr État*, integrado por la burguesía, comerciantes y artesanos en general, fue Francisco de Miranda.<sup>34</sup> Allí había llegado el 14 de marzo de 1789 después de su periplo europeo. Bajo el nombre Sr. Meyrat, el 20 noviembre de 1788 había llegado a Francia desde Ginebra; bajó por el valle del Rodano,

---

34 Véase Francisco de Miranda, *América Espera* [Ed. J.L. Salcedo Bastardo], Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, p. 554.

estuvo en Lyon, visitó la Provence, pasó por Avignon y Aix, llegando a Marsella el 6 de diciembre de 1788. Luego recorrió la Costa Azul, visitó el puerto de Tolón, y allí la Escuela de Guardamarinas, llegando a Génova. Visitó Turín, y regresó a Marsella el 16 de febrero de 1789. De allí salió hacia Salon el 27 de febrero, donde visitó la tumba de Nostradamus. Visitó Arles, Nimes, Montpellier, Béziers, Narbonne, Carcassonne, llegando a Toulouse el 14 de marzo, visitando de paso la Escuela Real Militar en Soréz, para presenciar la Asamblea del tercer Estado.

En reuniones como la que presenció Miranda, en todas las provincias, se eligieron todos los diputados, de todo el país, quienes llegaron a *Versalles* en abril de 1789, cargados de peticiones y requerimientos de la nobleza, del clero y el pueblo, signadas por reacciones contra el absolutismo que buscaban limitar los poderes del Rey; por el deseo de una representación nacional a la que le correspondiera votar las leyes impositivas y en general, hacer las leyes; y por el deseo general de igualdad. Toda la efervescencia política, sin duda, se concretó en estos cuadernos de reivindicaciones, que a la usanza de los tradicionales *États Généraux*, los diputados debían entregar al Rey el día de su instalación.

Como previsto, el 5 de mayo de 1789, en el Hôtel de Menus-Plaisirs de *Versalles* los *États Généraux* fueron inaugurados oficialmente por el Rey. Al día siguiente, al llegar a la sala de reunión los diputados del Tier, se encontraron que los de las otras dos órdenes, los de la nobleza y el clero habían sido enviados a una sala separada para la verificación de sus credenciales. Con ello se inició la discusión sobre el tema de cómo se iban a instalar la Asamblea, pues ello no había sido resuelto en la convocatoria real: si en una asamblea las tres órdenes juntas o si en tres asambleas separadas. Si los diputados del Tier aceptaban la separación inicial ello hubiera sido el reconocimiento de que la Asamblea se instalaría con base en las tres órdenes separadas. Por ello, orientados por el conde de Mirabeau, rehu-

saron tomar acción alguna sin la presencia de las otras órdenes.<sup>35</sup> La Asamblea quedó paralizada durante días, hasta que el 19 de mayo los diputados del Tercer estado acordaron nombrar representantes para reunirse con las otras dos ordenes para buscar alguna solución al impase.

Miranda también fue testigo de excepción de alguna de las reuniones de dicha Asamblea, efectuada el 3 de junio de 1789. Después de haber presenciado la reunión del *Tier Etat* en Toulouse día 18 de marzo, ese mismo día Miranda navegó por el río Garona y llegó a Burdeos, donde pasó tres semanas. Allí visitó el castillo de la Blède, que había sido propiedad de Montesquieu, cuyas obras bien conocía. De Burdeos salió el 13 de abril, y después de recorrer durante un mes la costa atlántica y todas sus ciudades, como La Rochelle, Nantes, Lorient, Brest, Saint-Malo, Cherburgo y Caen, llegó a Le Havre el 14 de mayo, desde donde salió hacia Paris donde llegó el 24 de mayo de 1789,<sup>36</sup> esta vez bajo el otro nombre, como el señor de Meroff. De allí fue a Versailles, donde presenció el 3 de junio de 1789 la reunión de los *États Generaux*.<sup>37</sup>

## V

Tres días después, el 6 de junio de 1789, estando ya Miranda de vuelta en Paris, el *Tiers état* se rebelaría contra los otros estamentos, instalándose por su cuenta, incitando y convocando a las otras dos órdenes para una sesión conjunta, lo que se repitió el 10 de junio a propuesta del abate Sieyès, advirtiéndoles que si no asistían actuaría solo, aun cuando el número de votos por cabeza de diputados fuera igual.

---

35 Véase Jeremy D. Popkin, *The History of the French Revolution. A New World Begins*, Basic Books, New York 2019, p. 117

36 Francisco de Miranda, *América Espera* [Ed. J.L. Salcedo Bastardo], Biblioteca Ayacucho, Caracas 1992, pp. 550 ss.

37 Ídem p. 556.

En todo ese proceso, por tanto, el clero tuvo un papel importante. Si bien se trataba de una de las clases privilegiadas de la sociedad estamental, sin embargo, no tenía una composición uniforme: había un alto clero, que formaba parte de la nobleza y había un bajo clero, más cerca de las clases populares y de la burguesía. Por ello, cuando se produjo la convocatoria por parte del *Tiers* a una asamblea general, primero fueron tres, después siete y al final dieciséis diputados del clero que se sumaron al *Tiers état*, en lo cual, sin duda, el abate Sieyès jugó un papel fundamental.

Este último estamento provocó que la Asamblea se constituyera, siendo ello un triunfo del *Tiers*, que se arrogó a sí misma el título de Asamblea. Sieyès, diputado por el clero, incluso propuso que el título fuera “Asamblea de representantes conocidos y verificados de la Nación Francesa.”

En todo caso, no había pasado mes y medio desde la instalación de los *États Généraux*, cuando el 17 de junio de 1789, el *Tiers*, con algunos diputados de las otras órdenes, adoptaron la *Declaración de constitución de la Asamblea*, atribuyéndose a sí mismos el poder de legislar y, por tanto, de consentir o no los impuestos. Este fue, sin duda, el primer acto revolucionario del *Tiers*, y de inicio de la Revolución Francesa. Para ese día Miranda, quien había salido de París el 8 de junio, ya estaba en Calais embarcándose hacia Dover para seguir hacia Londres, donde llegó el 18 de junio de 1789.

El día 19 de junio la mayoría de los diputados del clero votaron para integrarse a la Asamblea, y el día siguiente, 20 de junio de 1789, cuando los diputados del *Tercer Estado* y los incorporados del clero llegaron a la Salle des Menus Plaisirs, para reunirse en la Asamblea que habían decretado, se encontraron que las puertas del local de reunión estaban bloqueadas, habiendo ordenado el rey la preparación de una *séance royale* donde anunciaría sus intenciones. Ante el temor de que pudiera adoptar alguna decisión de desbandar la Asamblea,

los diputados se reunieron en el local real de juego de pelota (tenis) (*jeu de paume*), ubicado en Saint-Louis, cerca del palacio de Versailles, y allí juraron no dispersarse hasta que una nueva constitución para Francia fuera escrita, en un claro acto de carácter revolucionario.

## VI

En esta forma, en junio de 1789, Francia vio surgir una Asamblea en la cual la mayoría todopoderosa e incontenible que se atribuía la representación nacional, amenazaba y disminuía el poder real, ya desarmado.

Por ello de Tocqueville observó que en esa situación «El Tiers Etat, dominando la única Asamblea, no podía dejar de hacer, no una reforma, sino una revolución,»<sup>38</sup> y eso fue lo que hizo. ¿De allí la propia afirmación que deriva del título de la famosa obra de Sieyès *Qu'est-ce que le tiers état?* (¿Qué es el Tercer Estado?): El Tercer Estado constituye la Nación completa, negando que las otras órdenes tuvieran algún valor.<sup>39</sup>

La Asamblea dictó decretos, incluso sobre la forma de su propia disolución, quitándole poder al Rey sobre ello. Sin embargo, los decretos dictados desde el 17 de junio fueron derogados por el Rey, en la sesión real que había venido preparándose y que se celebró el 23 de junio de 1789, ordenando que se constituyeran los *États Généraux*, por separado, intimidando con la fuerza al Tercer Estado. Los nobles y el alto clero obedecieron, pero los diputados de Tercer Estado permanecieron sentados; al día siguiente, el 24 de junio, la mayoría de los diputados del clero y cuarenta y siete miembros de la nobleza se sumaron a la Asamblea.

---

38 Véase Alexis De Tocqueville, *Inéditos sobre la Revolución*, Madrid 1980, p. 92.

39 Véase Sièyes, *Qu'est-ce que le tiers état*, (publicada en enero de 1789), ed. R. Zappeti, Génova, 1970.

Coetáneamente a este proceso, apareció por primera vez en la Revolución, el elemento popular.

En efecto, el hambre, el aumento del precio del pan por la escasez de cereales, particularmente ese año por razones climáticas; en fin, la pobreza, fue el combustible para la agitación y rebelión del pueblo, estimulado por los diputados del *Tiers État*, para lograr su supervivencia política frente al Rey. Así, la Asamblea, con el apoyo popular, impidió su propia disolución y se impuso al Rey. La turba parisina inclusive, fue en protesta a *Versalles* y en el Palacio, llegó a la antesala del Rey.

Esto provocó que el Rey ordenase a los otros dos estamentos (nobleza y clero) a sumarse a la Asamblea, por lo que, a partir de 27 de junio de 1789, por decisión real, se cambió radicalmente la estructura político-constitucional de Francia y de la Monarquía Absoluta.

En todo caso, tan rápido y violento había sido el proceso de rebelión política y popular, que el Rey había llamado al Ejército para someter la Asamblea que desobedecía sus órdenes. La Asamblea Nacional, el 9 de julio de 1789, en el mismo Hôtel des Menus Plaisirs, en Versailles (donde sesionó hasta el 6 de octubre), se constituyó en *Asamblea Nacional Constituyente* desafiando nuevamente el poder real.

La presencia y acción represiva del Ejército en París produjo la exacerbación popular; el pueblo, bajo la arenga política, buscó armas para defenderse. Las obtuvo el 14 de julio en el asalto a la caserna militar de los Inválidos, donde la turba se apertrechó (4 cañones y 34.000 fusiles) y en ese proceso de búsqueda de armas, se produjo, ese mismo día, la toma de la Bastilla, prisión del Estado, símbolo de la arbitrariedad real. Allí, sin embargo, además de que no había sino siete detenidos, no había armas.

La revuelta, en todo caso, salvó a la Asamblea Nacional, la cual, reconocida por el Rey, e instalada definitivamente después de la toma de la Bastilla, a partir de agosto de 1789, comenzó a cambiar la faz constitucional francesa. El espíritu subversivo se esparció por todas las Provincias, en las cuales los campesinos y los pueblos en armas se sublevaron contra los antiguos señores.

La constitución de la Asamblea Nacional Constituyente, en todo caso, tuvo como base esencial la transformación del concepto de soberanía nacional. Conforme al régimen de la Monarquía absoluta, el soberano era el Monarca, quien ejercía todos los poderes e, incluso, otorgaba la Constitución del Estado. Con la Revolución que inició la Asamblea Nacional Constituyente, el Rey fue despojado de su soberanía, dejando de ser Rey de Francia y comenzando a ser Rey de los franceses, trasladándose la soberanía al pueblo. La noción de Nación surgió entonces para lograr privar al Rey de su soberanía, pero como la soberanía existía sólo en la persona que la podía ejercer, era necesaria una noción de "Nación", como personificación del pueblo, para reemplazar al Rey en su ejercicio. Para usar las palabras de *Berthélemy*:

"Había una persona soberana que era el Rey. Otra persona debía ser encontrada para oponérsele. Los hombres de la Revolución encontraron esa persona soberana en una persona moral: la Nación. Le quitaron la Corona al Rey y la pusieron en cabeza de la Nación".<sup>40</sup>

Pero la Nación en la teoría revolucionaria, fue identificada como lo hizo *Sieyès* con el *Tercer Estado*, es decir, con "toda la Nación,"<sup>41</sup> concepto del cual fueron excluidas las clases privilegiadas, pero no la burguesía, la cual, como lo señaló *Sieyès*,

40 Véase Berthélémy- Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1933, p. 74, citado por M. García Pelayo, op. cit., p. 461.

41 Véase E. Sièyes, *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, (ed. Zappeti), Ginebra 1970, p. 121.

tenía “la modesta intención de tener en los *Estados Generales* o Asambleas una influencia igual a la de los privilegiados.”<sup>42</sup> Sin embargo, la realidad fue que por la situación real, particularmente por su poder económico y por la reacción contra los privilegios, la burguesía pasó en realidad a acaparar el poder, por la Revolución, con apoyo popular.

El pueblo, en realidad, apoyó al *Tercer Estado*, es decir, a la burguesía, pues no tenía otra alternativa, en el sentido de que no podía apoyar ni a la nobleza ni al clero, que representaban los privilegios.<sup>43</sup> Por ello, la Revolución Francesa ha sido considerada como la revolución de la burguesía, para la burguesía y por la burguesía,<sup>44</sup> configurándose como un instrumento contra los privilegios y discriminaciones, buscando, al contrario, la igualdad de todos los hombres en el goce de sus derechos. De allí que, incluso, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano haya sido calificada como “la expresión ideológica del triunfo de la burguesía”.<sup>45</sup>

De allí el principio de la soberanía atribuida a la Nación y no al Rey o a los gobernantes, que surge del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane de ella expresamente.” La Declaración de Derechos que precedió la Constitución de 1793, señalaba: “La soberanía reside en el pueblo. Ella es una e indivisible, imprescriptible e inalienable” (art. 25), y la Declaración que precedió la Constitución de 1795, señaló “La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos. Ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse la soberanía”.

---

42 Ídem., p. 135.

43 Como lo señala G. de Ruggeiro, *The History of European Liberalism*, Boston 1967, p. 74.

44 Ídem., pp. 75-77.

45 Véase J. L. Aranguren, *Ética y Política*. Madrid 1963, pp. 293 y 297, cit., p. E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid 1975, p. 80.

## VII

En todo caso, desde sus inicios, la Asamblea Nacional Constituyente tuvo que prestar atención inmediata al problema de los derechos feudales y los privilegios fiscales, adoptando su primera decisión revolucionaria el 4 de agosto de 1789, al decretar la abolición de los mismos, proclamando a la vez “solememente al Rey Luis XVI restaurador de la libertad francesa” (art. 17).

El Decreto respectivo, en efecto, suprimió “enteramente el régimen feudal” y decretó “que los derechos y deberes, tanto feudales como censales, los que se refieren a la mano muerta real o personal y a la servidumbre personal y los que los representan, son abolidos sin indemnización, y todos los demás declarados redimibles, y que el precio y el modo de la redención serán fijados por la Asamblea Nacional” (art 1). La Asamblea también abolió “el derecho de caza y de coto abierto” así como “las reservas de casa bajo cualquier denominación que sea” anulando los procesos que había contra procesados por violar el antiguo privilegio (art. 3). La Asamblea también suprimió “todas las justicias señoriales sin ninguna indemnización” obligando sin embargo a “los oficiales de estas justicias [que] continuaran sus funciones hasta que sea provisto por la Asamblea Nacional el establecimiento de un nuevo orden judicial” (art. 4). Los “diezmos de cualquier tipo y los censos,” también fueron abolidos (art. 5), así como “todas las rentas raíces perpetuas, sea en especie, sea en dinero, de cualquier clase que sean, cualquiera que sea su origen, a cualesquiera personas a que sean debidas” (art. 6). Igualmente, según el decreto, “la venalidad de los oficios de la judicatura y de la municipalidad quedan suprimidos desde este instante. La justicia se volverá gratuita” (art. 7), lo que implicó el fin de los *Parlements* y de los cargos de las ciudades adquiridos por las personas. También, “los derechos fortuitos de los curas rurales quedan suprimidos” (art. 8); y “los privilegios pecuniarios personales o reales en materia de subsidios son abolidos para siempre” (art. 9).

Igualmente quedaron abolidos “las inhibitorias, derechos de manos muertas, despojos, vacantes, derechos censales, dineros de San Pedro y otros del mismo tipo establecidos en favor de los obispos, archidiaconos, arciprestes, capítulos, curas primitivos y demás; bajo el nombre que sea” (art. 13).

El Decreto, además, con base en el principio de igualdad, proclamó que “todos los ciudadanos, sin distinción de nacimiento, podrán ser admitidos a todos los empleos y dignidades eclesiásticas, civiles y militares, y ninguna profesión útil reportará deshonra” (art. 11).

Como consecuencia de este decreto, el 5 de agosto, los diputados nobles y del clero renunciaran a sus derechos feudales y a sus inmunidades fiscales. Posteriormente, la Asamblea el 10 de agosto, sancionó una ley convirtiendo la milicia improvisada establecida en Paris y otras ciudades con motivo de los disturbios de mitades de julio, en la Guardia nacional.

## VIII

El 9 de Julio, el Comité respectivo de la Asamblea Nacional Constituyente recomendó que la Constitución comenzara con una declaración de derechos, habiendo la Asamblea recibido el 11 de julio un primer texto de una “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, presentado por el Marqués de *Lafayette*.

Suprimidas las rebeliones provinciales, dicha Declaración después de que un proyecto de la misma fue rechazado el 17 de agosto, fue sancionada entre el 26 y 27 de agosto de 1789, y con ella, la Asamblea aprobó los artículos de una Constitución -19 artículos que preceden la Declaración-, siendo los mismos el primer acto constitucional de la Asamblea Nacional revolucionaria francesa en 1789, como representante de la Nación, donde ya se había ubicado la soberanía y no en el Rey, en los

cuales se recogieron los principios fundamentales de organización del Estado con base al principio de la separación de poderes.

En efecto, en estos artículos de Constitución, adoptados, al igual que la declaración, por “los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional,” además, se proclamó que los poderes emanaban esencialmente de la Nación (art. 1o); que el Gobierno francés era monárquico, pero que no había autoridad superior a la de la Ley, a través de la cual reinaba el Rey, en virtud de la cual podía exigir obediencia (art. 2o); se proclamó que el Poder Legislativo residía en la Asamblea Nacional (art. 8) compuesta por representantes de la Nación libre y legalmente electos (art. 9o), en una sola Cámara (art. 5o) y de carácter permanente (art. 4o); que “El Poder Ejecutivo supremo residía exclusivamente en el Rey” (art. 16), no pudiendo este poder “hacer ninguna ley” (art. 17); y que “El Poder Judicial no podrá en ningún caso, ser ejercido por el Rey, ni por el cuerpo legislativo” (art. 17), por lo que la justicia sólo sería administrada en nombre del Rey por los tribunales establecidos por la Ley, conforme a los principios de la Constitución y según las formas determinadas por la Ley (art. 19).

En cuanto al principio de la separación de poderes que está a la base de estos, el mismo se reafirmó en el texto mismo de la Declaración expresándose en el artículo XVI, lo siguiente:

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Este principio de la separación de poderes, de la esencia del proceso revolucionario francés, fue incorporado posteriormente en forma expresa en la Constitución de 1791 en la cual se precisó (Título III):

- “3. El Poder Legislativo es delegado a una Asamblea Nacional, compuesta de representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, para ser ejercido por ella, con la sanción del Rey, de la manera que se determina en esta Constitución.
4. El gobierno es monárquico: el Poder Ejecutivo es delegado en el Rey, para ser ejercido bajo su autoridad, por los Ministros y otros agentes responsables, de la manera que se determina en esta Constitución.
5. El Poder Judicial es delegado a los jueces electos temporalmente por el pueblo”.

Sin embargo, en el sistema francés de separación de poderes de 1791, se estableció un claro predominio del Poder Legislativo. Por ello, el Rey no podía ni convocar, ni suspender ni disolver la Asamblea; sólo tenía un poder de veto, sólo de suspensión, pero no tenía iniciativa, aun cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable. Sólo los Ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados.

La consecuencia del principio de la separación de poderes, en un esquema en el cual el Legislador tenía la supremacía, fue la prohibición impuesta a los Poderes Ejecutivo y al Judicial de inmiscuirse en los asuntos de los otros Poderes. Así, al regular las funciones de los administradores de Departamento, la Constitución de 1791 precisó que “no podrán, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en el orden judicial, ni sobre las disposiciones u operaciones militares” (art. 3, Cap. IV, Título IV). En cuanto al Poder Judicial, se estableció, que este “en ningún caso

podría ser ejercido por el Cuerpo Legislativo ni por el Rey” (art. 1, Cap. V), pero se expresaba además que “los Tribunales no pueden, ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni actuar en relación a los funcionarios administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones” (art. 3, Cap. V, Título III).

En materia judicial, esta concepción extrema de la separación de poderes tenía una razón histórica: los *Parlements*, que eran los Tribunales del Antiguo Régimen, como hemos señalado, habían tenido un papel activo, como instrumentos de la aristocracia, para oponerse a las reformas impositivas. La Revolución había surgido, entonces, signada por una reticencia tal respecto del Poder Judicial, que la separación de poderes llegó allí al extremo de impedir no sólo que los jueces pudiesen interpretar las leyes (por supuesto, jamás la posibilidad de anular leyes), sino la injerencia de los Tribunales respecto de la Administración, lo que fue incluso consagrado expresamente en la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre la reorganización del Poder Judicial, en la cual además de abolir la venalidad de las funciones judiciales y establecer la gratuidad de la justicia (Título II, art. 2), se estableció que:

“Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones (Título II, art. 13)”.

Fue este principio externo, el que llevó, casi 100 años después, a la consolidación de la jurisdicción administrativa a cargo del Consejo de Estado para juzgar la Administración y para anular los actos administrativos (jurisdicción contencioso-administrativa) pero, por supuesto, en forma separada respecto del Poder Judicial. Es decir, la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia, en definitiva, tuvo su origen

en el acto revolucionario de expresión extrema de la separación de poderes, que prohibía a los jueces ordinarios juzgar a la Administración, lo que sigue teniendo vigor.

En materia de control de la legislación, la situación de abstención de los jueces era similar. Conforme a las enseñanzas de *Montesquieu* los jueces sólo podían ser “la boca que pronuncia las palabras de la Ley” por lo que incluso, como se señaló, la interpretación de la Ley les era prohibida inicialmente, y mediante el procedimiento llamado del *referé legislatif*, los jueces estaban obligados a consultar a la Asamblea Nacional cuando tuviesen dudas sobre la interpretación de las leyes.

Posteriormente, en 1791, la Asamblea dictó la primera Constitución, formalmente hablando, de Francia, la segunda en la historia constitucional del mundo moderno, regulando extensamente una Monarquía Constitucional, en cerca de 210 artículos, e incorporando al texto la Declaración de Derechos (17 artículos). El mismo esquema se siguió en las Constituciones Republicanas de 1793 (124 artículos) y 1795 (377 artículos).

La Constitución de 1791, concibió al Rey como un delegado de la Nación, sujeto a la soberanía de la Ley como expresión de la voluntad general. A partir de ese texto, en todo caso, el Estado ya no fue el Rey, como Monarca Absoluto, sino el pueblo organizado en Nación sujeto a una Constitución.

## IX

Ahora bien, en cuanto al texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que por su parte contiene 17 artículos redactados conforme a la más clásica concepción liberal de los derechos fundamentales del hombre, y de acuerdo con las enseñanzas de *Loche*, *Montesquieu* y *Rousseau*, la misma puede considerarse como el producto más importante del inicio de la Revolución. En su redacción, sin duda, a pesar de

la multiplicidad de fuentes que la originaron, tuvieron gran influencia los *Bill of Rights* de las Colonias americanas particularmente en cuanto al principio mismo de la necesidad de una formal declaración de derechos.

Una larga polémica se ha originado en cuanto a esa influencia americana, la cual puede decirse que incluso, fue mutua entre los pensadores europeos y americanos. Los filósofos franceses, comenzando por *Montesquieu* y *Rousseau*, eran estudiados en Norteamérica; la participación de Francia en la Guerra de Independencia norteamericana fue importantísima; *Lafayette* fue miembro de la Comisión redactora de la Asamblea Nacional que produjo la Declaración de 1789, y sometió a consideración su propio proyecto basado en la Declaración de Independencia Americana y en la Declaración de Derechos de Virginia; el *rapporteur* de la Comisión Constitucional de la Asamblea propuso “trasplantar a Francia la noble idea concebida en Norte América”; y Thomas Jefferson estaba presente en París en 1789, habiendo sucedido a Benjamín Franklin como Ministro Americano en Francia. En todo caso, el objetivo central de ambas declaraciones fue el mismo: proteger a los ciudadanos contra el poder arbitrario y establecer el principio de la primacía de la Ley.

Por supuesto, la Declaración de 1789, como se dijo, fue influenciada directamente por el pensamiento de *Rousseau* y *Montesquieu*: sus redactores tomaron de *Rousseau* los principios que consideraban el rol de la sociedad como vinculado a la libertad natural del hombre, y la idea de que la Ley, como expresión de la voluntad general adoptada por los representantes de la Nación, no podría ser instrumento de opresión. De *Montesquieu* derivó su desconfianza fundamental respecto del poder y consecuentemente, el principio de la separación de poderes.

Por supuesto, los derechos proclamados en la Declaración fueron los derechos naturales del hombre, en consecuencia,

inalienables y universales. No se trataba de derechos que la sociedad política otorgaba, sino derechos que pertenecían a la naturaleza inherente del ser humano. La Declaración, por tanto, se configura como una formal adhesión a los principios de la Ley natural y a los derechos naturales con los que nace el hombre, por lo que la ley sólo los reconoce y declara, pero en realidad no los establece. Por ello, la Declaración tuvo un carácter universal. No fue una declaración de los derechos de los franceses, sino el reconocimiento por la Asamblea Nacional, de la existencia de derechos fundamentales del hombre, para todos los tiempos y para todos los Estados. Por ello, de Tocqueville comparó la revolución política de 1789 con una revolución religiosa, señalando que, a la manera de las grandes religiones, la Revolución estableció principios y reglas generales, y adoptó un mensaje que se propagó más allá de las fronteras de Francia. Ello derivó del hecho de que los derechos declarados eran “derechos naturales” del hombre.

Esta concepción es clara en el texto de la Declaración adoptada por los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional,

“Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos”.

La Declaración fue, entonces, un recuerdo perpetuo de los “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre” (Preámbulo).

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano comienza por proclamar que “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, que se enumeraron como “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2). Además, la Declaración postuló como derecho fundamental, la igualdad, al inscribir en su primer artículo que “los hombres

nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos” y proclamar en su artículo 6 la igualdad ante la Ley, así:

“Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue. Todos los ciudadanos siendo iguales ante sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”.

Esta Declaración de 1789, además de referir a los derechos naturales de todos los hombres, puede caracterizarse por otros aspectos: Primero, sin duda, por la influencia de *Rousseau*: se basa en la concepción de la bondad natural del hombre, lo que implícitamente es un rechazo a la idea del pecado original; por ello se señala que ha sido “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos”.

En segundo lugar, y esto es fundamental, desde el punto de vista legal y político, los poderes del Estado son limitados hasta el punto de que sólo puede actuar dentro de los límites impuestos por los derechos declarados y consecuentemente, sometido a la soberanía de la Ley, principio recogido en la Constitución de 1791.

Debe decirse, en todo caso, que entre la Declaración Francesa de 1789 y las Declaraciones Americanas de 1776 se destaca una diferencia fundamental, en contenido y sentido. La Declaración de 1789 no tenía por objeto establecer un nuevo Estado, sino que se adoptó como acto revolucionario, dentro del estado nacional y monárquico que ya existía. En las Declaraciones Americanas, en cambio, se trataba de manifestaciones para construir nuevos Estados, y por tanto, nuevos ciudadanos. En la Declaración de 1789, como se proclama en el Preámbulo, se buscaba recordar solemnemente a todos los miembros de la comunidad política sus derechos, por los que el nuevo principio de la libertad individual aparecía sólo como una importante

modificación en el contexto de una unidad política existente. En cambio, en las Declaraciones Americanas, la vigencia de los derechos era un importante factor en un proceso de independencia, y, en consecuencia, en la construcción de nuevos Estados sobre nuevas bases, particularmente sobre el principio de la soberanía del pueblo con todo su contenido democrático y antimonárquico.

En todo caso, la declaración de 1789 marcó el hito de la transformación constitucional de Francia en los años subsiguientes, y así, fue recogida en el texto de la Constitución del 13 de septiembre de 1791; en el de la Constitución de 1793; y en la Constitución del año III (promulgada el 1er *Vendémiaire* del año IV, es decir, el 23 de septiembre de 1795).

## X

La Asamblea había discutido el tema del poder de veto del rey respecto de las decisiones de la misma, estableciéndose una distinción entre la Constitución y las leyes ordinarias, y rechazándose que el rey pudiera vetar las decisiones constitucionales, pues lo contrario ello socavaría la revolución. Al fin se le concedió al rey un veto suspensivo.

En ese panorama, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, sancionada por la Asamblea, fue rechazada por el Rey, lo que provocó una nueva revuelta popular que marchó sobre Versailles, a la que tuvo que enfrentar el marqués de *Lafayette*, comandante de la Guardia nacional.

La turba, y la dificultad de enfrentarla, provocó al final el traslado del Rey y su familia a París, a lo que lo siguió la Asamblea, obligando a la sanción real de la Declaración, el 2 de octubre. La familia real se instaló en el palacio de las Tuileries y a Asamblea sesionó desde el 6 de octubre de 1789 (hasta el 8 de noviembre de 1789) primero en el Palacio Arzobispal de París,

y luego en la Salle de Manège, que era la casa de equitación real cerca del Palacio.

El 2 de noviembre la Asamblea dictó un importante Decreto confiscando los bienes de la Iglesia y del clero, que se declararon bienes nacionales.

Se produjo así la nacionalización de los bienes del clero, pasando todos los bienes de la Iglesia al Estado, a cambio de la obligación de éste de sostener a la Iglesia. La Asamblea, ya antes, había abolido los diezmos que constituían la base fiscal fundamental de la Iglesia. La Iglesia era propietaria de cerca del diez de las tierras de Francia, las cuales en cuanto a las rurales, estaban arrendadas a los agricultores. Los ingresos de ello se destinaban a mantener escuelas, hospitales, orfanatos y otras instituciones sociales, al igual que las iglesias, conventos y monasterios. A raíz de la nacionalización, el gobierno entonces debía decidir cuáles de esos establecimientos seguiría manteniendo.<sup>46</sup>

Posteriormente, el 13 de febrero de 1790, la Asamblea aprobó el Decreto de supresión del clero regular y la necesidad de reorganizar el clero secular. El 12 de julio de ese mismo año, además, la Asamblea abolió las órdenes religiosas de monjes y monjas, con excepción de las que prestaban servicios necesarios como de enfermería y educación; y aprobó la *Constitución Civil del Clero*, conforme a la cual, los sacerdotes se convirtieron en funcionarios públicos, suprimiéndose los votos solemnes que prestaban. El resultado fue que todos los sacerdotes, obispos y arzobispos debían ser elegidos como se hacía con los funcionarios y debían prestar un juramento de fidelidad a la Nación, la Ley y el Rey. La reforma tenía como mira, desligar al clero de la obediencia al Papa, todo lo cual provocó la oposición del Papa Pío VI, quien condenó la Constitución Civil del Clero, provocándose una escisión en la Iglesia Católica fran-

---

46 Véase Jeremy D. Popkin, *The History of the French Revolution. A New World Begins*, Basic Books, New York 2019, p. 188.

cesa, entre los sacerdotes que se mantuvieron leales al Estado francés y aquellos fieles a Roma.

## XI

La Asamblea, en pocos meses, hizo la Revolución jurídica, cambió todos los instrumentos que regían la Monarquía, y a partir de finales de 1789, comenzó a configurarse un nuevo Estado, por la voluntad de una Asamblea Legislativa que, el 22 de diciembre, creó los Departamentos como demarcación territorial uniforme del nuevo Estado. Asimismo, antes, por Decreto de 14 de diciembre de 1789 había organizado las municipalidades e institucionalizado el “poder municipal”.

En efecto, frente a la organización territorial del Antiguo Régimen que era un régimen político altamente centralizado, en el cual no había poderes locales, y en el cual los Intendentes eran la fuente única de poder en las Provincias, teniendo como sus delegados a las autoridades locales, sometidos a su control, la Asamblea puede decirse que cambió la faz territorial de Francia para ello dictó los Decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789, mediante los cuales se eliminaron los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales, estableciéndose una uniformización territorial general, de corte cartesiana, al dividir el país en Departamentos, éstos en Distritos, los Distritos en Cantones y éstos en Comunas, que eran las municipalidades, creándose así el Poder Municipal. En cada villa, burgo o parroquia, entonces, se constituyó una municipalidad o una comuna, generalizándose la institución municipal.

Esta creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales, de manera que como lo observó de Tocqueville, producto de la Revolución: “Las instituciones

deben ser las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan".<sup>47</sup>

Ahora bien, en la Francia anterior a la Revolución, ciertamente que había habido intentos de transformar el régimen municipal, pero sin mayores resultados. Primero, en 1775, había sido el Ministro Turgot, con motivo de las propuestas de reforma impositiva, el que había planteado la posibilidad de establecer Municipalidades en el territorio, pero sin lograrlo. Luego, a iniciativa de otros Ministros de Luis XVI, antes de 1787 se crearon las asambleas provinciales junto a los Intendentes, y además, en cada pueblo, se crearon cuerpos municipales electivos destinados a sustituir a las antiguas asambleas parroquiales, y en la mayoría de los casos, al síndico. Contrario a las costumbres que existían, todos los poderes que se pretendieron crear fueron colectivos, y el intendente fue disminuido en su poder.

Todo ello condujo a la parálisis de la administración, y, como lo apuntó *de Tocqueville*, "Las asambleas, queriendo mejorarlo todo, acabaron por enredarlo todo", produciéndose entonces "una de las mayores perturbaciones que haya registrado jamás la historia de un gran pueblo", en la cual "Cada francés había experimentado una confusión particular. Nadie sabía ya ni a quien obedecer, ni a quién dirigirse"; y terminaba señalando *de Tocqueville*, que "Perdido el equilibrio de las partes que componían la Nación, un último golpe bastó para hacerla oscilar y producir el más vasto trastorno y la más espantosa confusión que hayan tenido lugar jamás".<sup>48</sup>

La Asamblea Nacional Constituyente quiso poner fin a esta situación, y definió un nuevo orden municipal uniforme, fragmentado, generalizado y de carácter electivo; el cual, en definitiva, si bien complicó aún más la situación de la Admi-

---

47 Véase Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, tomo I., Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 99, 201.

48 Ídem, *El Antiguo Régimen ...*, cit. Tomo II, p. 197

nistración, puso las bases para el régimen municipal del constitucionalismo moderno.

La reforma comenzó el 4 de agosto de 1789, con un Decreto que declaró irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza”;<sup>49</sup> eliminándose así los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales.

A ello lo siguieron los Decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789. En el primero se dispuso la supresión y abolición de “las Municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad”, con las denominaciones que tuvieren, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de comunas (municipalidad), que tendían en su cabeza al alcalde.

En el segundo Decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una comuna (municipalidad)”.<sup>50</sup> Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título “La división del Reino”, que: “El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 Departamentos, cada Departamento en Distritos, cada Distrito en Cantones”. Fue esa creación de Municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, lo que condujo a la sustitución definitiva de las cartas, fueros y privilegios locales, siendo las instituciones

---

49 Véase Luciano Vandelli, *El Poder Local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1992, p. 28, nota 10.

50 Véase Albert Soboul, *La révolution française*, Gallimard, París 1981, pp. 198 y ss.

locales entonces, las mismas para todas las partes del territorio y para todos los ciudadanos.

De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la Administración general que les podían ser delegadas, ejercían el “poder municipal”, concepto que venía de los escritos de Benjamín Constant y de las propuestas de reforma del ministro *Turgot* (1775).<sup>51</sup>

Con esta división territorial, como lo percibió *Burke* en tiempos de la Revolución: “Es la primera vez que se ve a los hombres hacer pedazos su patria de una manera tan bárbara”; pero *de Tocqueville* acotaría años después, que, en realidad, si bien “Parecía, en efecto que se desagarraban cuerpos vivos, ...lo único que se hacía era despedazar cuerpos muertos”.<sup>52</sup> Sin embargo, lo cierto es que el sistema produjo la disolución del Estado al haber estallado Francia en cuarenta mil pedazos, cada uno con una especie de república soberana y anárquica que no tenían nexo alguno con el poder central en construcción.

Por ello, esta reforma sólo duró cinco años, porque al tratar la Revolución de desmontar un sistema tan centralizado como el de la Monarquía Absoluta, en un sistema de división territorial donde se crearon más de 40.000 comunas o municipios, con poderes locales propios, lo que hizo fue desquiciar el Estado, por lo que fue la propia Asamblea la que tuvo, luego, que retroceder en la creación del Poder Municipal.

Por ello, de tal anarquía vinieron las reformas para tratar de controlar la acción municipal desde el poder central, como por ejemplo, al atribuírsele en la Constitución de 1791 poderes

---

51 Véase Eduardo García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus Ediciones, Madrid 1981, pp. 72, 76, 135.

52 Alexis de Tocqueville, *El Antiguo Régimen...* cit. Tomo I, p. 107.

anulatorios al Rey, respecto de los actos municipales; al crearse en la Ley del 14 de frimario del año II (4 de diciembre de 1793) unos agentes nacionales directamente conectados al centro (Paris) para ejercer la vigilancia sobre los municipios; y además, al pretender reducir el número de comunas en la Constitución del año III (5 fructuoso, 22 de agosto de 1795), reagrupándose las en entidades locales, y estableciendo la subordinación de las comunas a las Administraciones departamentales, y estas a los Ministros.

Pero el torbellino revolucionario que no había cesado, comenzó a producir su propia transformación con el golpe de Estado del 18 de brumario del año VIII (9 de noviembre de 1799), a raíz del cual Napoleón reimplantaré la centralización que se había establecido en el Antiguo Régimen y que había quedado destrozada con la Revolución. Se estableció, así, un esquema de control centralizado sobre las más de 40.000 comunas que fueron restablecidas, creándose un sistema escalonado y jerarquizado de control sobre las mismas, donde serían esenciales las figuras del prefecto y subprefecto dependientes del poder central y controlando a los alcaldes, establecidos en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800).

La centralización administrativa por el establecimiento de esa rígida cadena institucional que unía: Ministro, Prefecto, Subprefecto y Alcalde, y que dio origen al llamado control de tutela, sin duda, fue uno de los aportes más importantes a la Administración municipal y local, y a la propia construcción del Estado centralizado.

## XII

Como resultado del torbellino revolucionario, Luis XVI, en virtud de la nueva Constitución de Francia impuesta por la Asamblea Nacional Constituyente, como se ha dicho, había

dejado de ser “Rey de Francia” y pasó a ser “Rey de los Franceses,” en el marco de una Monarquía Constitucional.

Como tal soberano constitucional, sin embargo, se esforzó en frenar la Revolución aplicando el veto suspensivo a la legislación, pero lo que logró fue aumentar el descontento político y popular contra él; y finalmente fue hecho prisionero por la Comuna insurrecta de París el 10 de agosto de 1792, encarcelado en la prisión del *Temple*, acusado de traición, juzgado por la Convención recién electa el 2 de septiembre de 1792, condenado a muerte, y ejecutado el 21 de enero de 1793.

A partir de la prisión del Rey, el 22 de septiembre de 1792 se había proclamado la República, habiendo entrado en vigencia el 24 de junio de 1793, la primera Constitución Republicana, ratificada por referéndum (Constitución del año I), la cual también estuvo precedida de una Declaración de Derechos. A partir de entonces, el terror político y revolucionario se apoderó de Francia y el caos se generalizó, sobre todo por la coalición extranjera que las Monarquías formaron contra la Revolución (marzo 1793).

En 1795 (22 de agosto) se sancionó una nueva Constitución, (Constitución del año III), también precedida de una Declaración de Derechos, concluyendo la Convención, el 26 de octubre de 1795.

El 2 de noviembre del mismo año se instaló el Directorio. Bonaparte, quien en octubre de 1795 develó una revuelta de los realistas (13 *Vendémiaire*), fue nombrado Jefe de la armada en Italia. Triunfante en 1795, el Directorio lo nombró Comandante de la expedición en Egipto (1798), retornando a Francia en octubre de 1799, donde los moderados le confiaron la labor de eliminar el Directorio.

Mediante un golpe de Estado, el 9-10 de noviembre de 1799, (*Brumaire*, año VIII) impuso al país una Constitución autori-

taria y se inició el Consulado, terminando así la Revolución Francesa, cuyo proceso había durado sólo 10 años.

En 1802, Bonaparte, luego de reorganizar centralizadamente la justicia, la administración (con la creación de los Prefectos) y la economía, se hizo designar Cónsul Vitalicio (1802) y luego, *Emperador de los Franceses* (1804), “por la gracia de Dios y la voluntad nacional”. Como Napoleón I, estableció una monarquía hereditaria con nobleza de Imperio, y continuó la reorganización y centralización de la Francia revolucionaria, adoptándose incluso, el Código Civil. La guerra, sin embargo, acaparó buena parte de su gobierno.

Después de la retirada de Rusia (1812), vencido en Leipzig (1813) e invadida Francia por las potencias monárquicas europeas, abdicó en 1814, siendo confinado a la isla de Elba. De allí se escapó de la vigilancia inglesa, regresó a Francia en marzo 1815 (los Cien días), y luego de ser vencido en *Waterloo* (18 de junio), el 22 de junio de 1815 abdicó por segunda vez, entregándose a los ingleses, quienes lo exilaron a la isla de Santa Helena, donde murió en 1821. Desde 1815, se reinstaló en Francia el régimen de la Monarquía Absoluta, con Luis XVIII (1755-1824).

### XIII

El Republicanismo en Francia había durado 12 años (1792-1804), de manera que la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, a partir de 1804 sólo podía considerarse como un texto histórico, sin consecuencias jurídicas precisas en Francia, habiendo incluso desaparecido de los textos constitucionales.<sup>53</sup>

---

53 En Francia, la Declaración solo readquiriría valor de derecho positivo, a nivel constitucional, en virtud del Preámbulo de la Constitución de 1958, habiendo el Consejo Constitucional, en 1973, considerado expresamente como formando parte del bloque de la constitucionalidad, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Sin embargo, apenas fue sancionada por la Convención Constituyente revolucionaria, su texto se convirtió en la bandera más importante del liberalismo, habiendo tenido repercusión dos décadas después en Venezuela, donde la Sección Legislativa de la Provincia de Venezuela del Congreso General, el 1º de julio de 1811, adoptó la *Declaración de Derechos del Pueblo*, incluso, antes de la firma del Acta de la Independencia el 5 de julio de 1811. Se trató de la primera declaración de derechos fundamentales con rango constitucional en la historia del constitucionalismo moderno, adoptada luego de la Declaración francesa, con lo cual se inició una tradición constitucional que ha permanecido invariable en Venezuela.<sup>54</sup>

Si bien el texto de la *Declaración* francesa había sido prohibida expresamente por la Corona española en América por decisión del Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias adoptada el mismo año 1789,<sup>55</sup> la misma penetró en las Colo-

---

54 En la redacción de las páginas que siguen me he basado en lo que he expresado en el siguiente libro, al cual remito como bibliografía general: *Las Declaraciones de Derechos del Pueblo y del Hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de "Derechos del Pueblo" de 1º de julio de 1811 y de la "Declaración de Derechos del Hombre" contenida en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)*, Prólogo De Román José Duque Corredor, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011. Véase igualmente mi estudio: "Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre en el constitucionalismo histórico de Venezuela y de la Nueva Granada (1811-1812), en el libro Armin von Bogdandy, Juan Ignacio Ugarte-mendia, Alejandro Saiz Arnaiz, Mariela Morales (coord.), *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, Instituto Vasco de Administración Pública, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Universität Pompeu Fabra Oñati 2012, pp. 67-93; y "La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y su influencia en las primeras declaraciones de derechos en Hispanoamérica (Con ocasión del bicentenario de la "Declaración de los derechos del pueblo" de 1 de julio de 1811 y de la "Declaración de los derechos del hombre" en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)", en *Revisión del Legado Jurídico de la Revolución Francesa en las Américas*, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile 2012, pp. 59-118.

55 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España y el Ideario de la Independencia*, Caracas, 1978, p. 13.

nias. Por ello, incluso, apenas adoptada, en 1790, también ya los Virreyes del Perú, México y Santa Fe, así como el Presidente de la Audiencia de Quito, alguna vez, y varias veces el Capitán General de Venezuela, habían participado a la Corona de Madrid:

“Que en la cabeza de los americanos comenzaban a fermentar principios de libertad e independencia peligrosísimos a la soberanía de España.”<sup>56</sup>

Y así fue, habiendo contribuido a ello diversas traducciones de la prohibida Declaración, entre las cuales estuvo la realizada por Antonio Nariño en Santa Fe de Bogotá, en 1792, la cual circuló en 1794<sup>57</sup>, y que fue objeto de una famosísima causa en la cual Nariño fue condenado a diez años de presidio en África, a la confiscación de todos sus bienes y a extrañamiento perpetuo de la América, mandándose quemar por mano del verdugo el libro de donde había sacado los Derechos del Hombre<sup>58</sup>.

Por esa misma época, el Secretario del Real y Supremo Consejo de Indias había dirigido una nota de fecha 7 de junio de 1793 al Capitán General de Venezuela, llamando su atención sobre los designios del Gobierno de Francia y de algunos revolucionarios franceses, como también de otros promovedores de la subversión en dominios de España en el Nuevo Mundo, que -decía-:

“Envían allí libros y papeles perjudiciales a la pureza de la religión, quietud pública y debida subordinación de las colonias”<sup>59</sup>.

---

56 Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1983, Tomo I, p. 177.

57 Ídem., p. 286.

58 Véase los textos en Ídem., pp. 257-259.

59 Ídem., p. 247.

Pero fue un hecho acaecido en España en 1796 el que iba a tener una especial significación en todo este proceso. El 3 de febrero de 1796, en efecto, día de San Blas, debía estallar en Madrid una conspiración planeada para establecer una República en sustitución de la Monarquía, siguiendo el modelo francés. Los conjurados, capitaneados por Juan Bautista Mariano Picornell y Gomilla, mallorquín de Palma, y Manuel Cortés Campomanes (quien luego sería en Londres y Caracas, el gran colaborador de Miranda hasta 1812), fueron sin embargo apresados en la víspera de la Revolución. Conmutada la pena de muerte que había recaído sobre ellos por intervención del Agente francés, se les condenó a reclusión perpetua en los Castillos de Puerto Cabello, Portobelo y Panamá, en tierras americanas<sup>60</sup>.

La fortuna revolucionaria llevó a que de paso a sus destinos finales en esos “lugares malsanos de América”<sup>61</sup>, los condenados fueran depositados en las mazmorras del Puerto de La Guaira, donde en 1797 se encontrarían de nuevos reunidos. Allí, los conjurados de San Blas, quienes se fugarían ese mismo año de 1797<sup>62</sup>, entraron en contacto con los americanos de La Guaira, provocando la conspiración encabezada por Manuel Gual y José María España, de ese mismo año, considerada como “el intento de liberación más serio en Hispano América antes del de Miranda en 1806.”<sup>63</sup>

La Conspiración, como se dió cuenta en el largo “Resumen” que sobre la misma se presentó al Gabinete de Madrid, se descubrió al llegar a las autoridades coloniales la noticia de que alguien había dicho: “Ya somos todos iguales,”<sup>64</sup> habiendo quedado de la misma, sin embargo, un conjunto de papeles

60 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España...* op. cit., p. 20.

61 Ídem, pp. 14 y 17.

62 Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo I, p. 287; P. Grases, op. cit., p. 26.

63 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España.* op. cit., p. 27.

64 Véase en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para ...*, op. cit., Tomo I, p. 332.

que habrían de tener la mayor influencia en el proceso constitucional de Hispanoamérica, entre los que se destacaba una obra sobre los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*, prohibida por la Real Audiencia de Caracas el 11 de diciembre de ese mismo año 1797, la cual la consideró que llevaba:

“toda su intención a corromper las costumbres y hacer odioso el real nombre de su majestad y su justo gobierno; que a fin de corromper las costumbres, siguen sus autores las reglas de ánimos cubiertos de una multitud de vicios, y desfigurados con varias apariencias de humanidad...<sup>65</sup>.

El libro, con el título *Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas Republicanas y un Discurso Preliminar dirigido a los Americanos*, probablemente impreso en Guadalupe, en 1797,<sup>66</sup> en realidad contenía una traducción de la versión de la Declaración francesa que procedió el texto de la Constitución de 1793.<sup>67</sup> Por tanto, no era una traducción directa de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, incorporada a la Constitución Francesa de 1791, que era la que había sido la traducida por Nariño en Bogotá; sino de la Declaración del texto constitucional de 1793, mucho más amplio y violento pues correspondió a la época del Terror, constituyendo una invitación a la revolución activa<sup>68</sup>.

Pero después de la conspiración de Gual y España, y declarada la guerra entre Inglaterra y España (1804), otro acontecimiento importante también influiría en el proceso de independencia de Venezuela, y fueron los desembarcos y

---

65 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España*, op. cit., p. 30.

66 A pesar de que aparece con pie de imprenta en “Madrid, En la imprenta de la Verdad, año de 1797. Véase en Pedro Grases, “Estudio sobre los ‘Derechos del Hombre y del Ciudadano’,” en el libro *Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 147, 335.

67 Ídem., pp. 37 ss.

68 Ídem.

proclamas de Francisco de Miranda en las costas de Venezuela (Puerto Cabello y Coro) en 1806, los que se han considerado como los más importantes acontecimientos relativos a la emancipación de América Latina antes de la abdicación de Carlos IV y los posteriores sucesos de Bayona<sup>69</sup>. Miranda, con razón ha sido considerado como el Precursor de la Independencia del continente Américo-colombiano, a cuyos pueblos dirigió sus proclamas independentistas basadas en la formación de una federación de Cabildos libres,<sup>70</sup> imbuidos de ideas que provenían tanto de la Revolución Norteamericana como de la Revolución francesa en cuyas acciones y guerras había participado directamente. Uno de sus colaboradores más importantes en Londres y luego en Venezuela, fue precisamente Manuel Cortés Campomanes, de los fugados de La Guaira, y quien luego de deambular por el Caribe llegó a Londres, entrando en contacto con Miranda.

## XIV

El proceso de independencia se inició en Venezuela cuando el Ayuntamiento de Caracas en su sesión del 19 de abril de 1810, que se realizó al día siguiente de conocerse la situación política de la Península, depuso a la autoridad constituida y se erigió, a sí mismo, en Junta Suprema de Venezuela Conservadora de los Derechos de Fernando VII,<sup>71</sup> deponiendo al Gobernador Emparan del mando de la Provincia de Venezuela, con lo que asumió el “mando supremo” o “suprema autoridad” de la Provincia,<sup>72</sup>

---

69 Véase O.C. Stoetzer, *Las Raíces Escolásticas de la Emancipación de la América Española*, Madrid, 1982, p. 252.

70 Véase Francisco de Miranda, *Textos sobre la Independencia*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp.95 ss., y 115 ss.

71 Véase el libro *El 19 de abril de 1810*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Caracas 1957.

72 Véase el texto del Acta del Ayuntamiento de Caracas de 19 de abril de 1810 en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas 2008, p. 531.

“por consentimiento del mismo pueblo.”<sup>73</sup> La motivación de esta Revolución se expuso en el texto del Acta, en la cual se consideró que por la disolución de la Junta Suprema Gubernativa de España, que suplía la ausencia del Monarca, el pueblo había quedado en “total orfandad”, razón por la cual se estimó que:

“El derecho natural y todos los demás dictan la necesidad de procurar los medios de conservación y defensa y de erigir en el seno mismo de estos países un sistema de gobierno que supla las enunciadas faltas, ejerciendo los derechos de la soberanía, que por el mismo hecho ha recaído en el pueblo”.

Desde el inicio, por tanto, la idea de la soberanía cuyo titular era el pueblo fue un motor fundamental de la Revolución, siguiendo el enunciado francés, al punto de que al desconocer el Consejo de Regencia que la Junta Suprema Gubernativa de España había nombrado, el Ayuntamiento argumentó que:

“No puede ejercer ningún mando ni jurisdicción sobre estos países, porque *ni ha sido* constituido por el voto de estos fieles habitantes, cuando han sido ya declarados, no colonos, sino partes integrantes de la corona de España, y, como tales han sido llamados al ejercicio de la *soberanía* interna y a la reforma de la Constitución Nacional.”<sup>74</sup>

---

73 Así se establece en la “Circular” enviada por el Ayuntamiento el 19 de abril de 1810 a las autoridades y corporaciones de Venezuela. Véase J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo II, pp. 401-402. Véase también en Textos oficiales de la Primera República de Venezuela, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959, Tomo I, p. 105.

74 Lo que afirma de nuevo, en comunicación enviada al propio Consejo de Regencia de España explicando los hechos, razones y fundamentos del establecimiento del nuevo gobierno. Véase J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo II, p. 408; y Textos oficiales, op. cit., Tomo I, pp. 130 y ss.

Soberanía del pueblo y ausencia de representación fueron por tanto parte de los motivos de la Revolución, como se expresó en comunicación del 3 de mayo de 1810, que la Junta Suprema de Caracas dirigió a la Junta Suprema de Cádiz y a la Regencia, cuestionando la asunción por esas corporaciones:

“que sustituyéndose indefinidamente unas a otras, sólo se asemejan en atribuirse todas una delegación de la soberanía que, no habiendo sido hecha ni por el Monarca reconocido, ni por la gran comunidad de españoles de ambos hemisferios, no puede menos de ser absolutamente nula, ilegítima, y contraria a los principios sancionados por nuestra legislación.”<sup>75</sup>

La Junta de Caracas en dicha comunicación agregaba que:

“De poco se necesitará para demostrar que la Junta Central carecía de una verdadera representación nacional; porque su autoridad no emanaba originariamente de otra cosa que de la aclamación tumultuaria de algunas capitales de provincias, y porque jamás han tenido en ellas los habitantes del nuevo hemisferio la parte representativa que legítimamente les corresponde. En otras palabras, desconocemos al nuevo Consejo de Regencia.”<sup>76</sup>

Ello precisamente es lo que había provocado en Caracas, como se expresó en el Acta de otra sesión del Ayuntamiento del mismo día 19 de abril de 1810, el “establecimiento del nuevo gobierno”<sup>77</sup> a cargo de “una Junta Gubernativa de estas Provincias, compuesta del Ayuntamiento de esta Capital y de los vocales nombrados por el voto del pueblo,”<sup>78</sup> como manifiesta-

---

75 Véase *Textos oficiales*, op. cit., p. 130.

76 Ídem., p. 134.

77 Véase el texto en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo I, p. 393.

78 Así se denomina en el manifiesto del 1º de mayo de 1810. Véase en *Textos oficiales...*, cit., Tomo I, p. 121.

ción tanto de “la revolución de Caracas” como de “la independencia política de Caracas,” a las que aludía un Manifiesto de la Junta Gubernativa en el cual prometió:

“Dar al nuevo gobierno la forma provisional que debe tener, mientras una Constitución aprobada por la *representación nacional legítimamente constituida*, sanciona, consolida y presenta con dignidad política a la faz del universo la provincia de Venezuela organizada, y gobernada de un modo que haga felices a sus habitantes, que pueda servir de ejemplo útil y decoroso a la América”<sup>79</sup>.

La Junta Suprema de Venezuela comenzó por asumir en forma provisional, las funciones legislativas y ejecutivas, definiendo en el Bando del 25-04-1810, los siguientes órganos del Poder Judicial: “El Tribunal Superior de apelaciones, alzadas y recursos de agravios se establecerá en las casas que antes tenía la audiencia”; y el Tribunal de Policía “encargado del fluido vacuno y la administración de justicia en todas las causas civiles y criminales estará a cargo de los corregidores”<sup>80</sup>.

Este movimiento revolucionario iniciado en Caracas en abril de 1810, indudablemente que siguió los mismos moldes de la Revolución francesa y tuvo además la inspiración de la Revolución norteamericana,<sup>81</sup> de manera que rápidamente, ya para junio de 1810, se comenzó a hablar oficialmente de la “Confederación de Venezuela,”<sup>82</sup> aun cuando la Junta de Caracas contara sólo con representantes de Cumaná, Barcelona y

---

79 Véase el texto en J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo II, p. 406, y en *Textos oficiales...*, cit., Tomo I, p. 129.

80 Véase *Textos oficiales de la Primera República de Venezuela*, Tomo I, pp. 115-116.

81 Véase José Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo primero, Obras Completas, Vol. I, Caracas, 1953, pp. 200, 209; Pablo Ruggeri Parra, *Historia Política y Constitucional de Venezuela*, Tomo I, Caracas, 1949, p. 31.

82 Véase la “refutación a los delirios políticos del Cabildo de Coro, de orden de la Junta Suprema de Caracas” de 1-6-1810 en *Textos Oficiales...*, op. cit., Tomo I, p. 180.

Margarita, sin tener representación de las otras Provincias de la Capitanía General. De allí la necesidad que había de formar un “Poder Central bien constituido” es decir, un gobierno que uniera las Provincias, por lo que la Junta Suprema estimó que había “llegado el momento de organizarlo” a cuyo efecto, convocó:

“A todas las clases de hombres libres al primero de los goces del ciudadano, que es el de concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común”.

En esta forma, la Junta llamó a elegir y reunir a los diputados que habían de formar “la Junta General de Diputación de las Provincias de Venezuela”, para lo cual dictó, el 11 de junio de 1810, el Reglamento de Elecciones de dicho cuerpo<sup>83</sup>, en el cual se previó, además, la abdicación de los poderes de la Junta Suprema en el nuevo congreso (Junta General), quedando sólo como Junta Provincial de Caracas (Capítulo III, Art. 4). Este Reglamento de Elecciones, sin duda, fue el primero de todos los dictados en materia electoral en el mundo hispanoamericano, siguiendo la orientación filosófica del igualitarismo de la Revolución francesa, consagrándose el sufragio universal para todos los hombres libres.<sup>84</sup>

---

83 Véase el texto en *Textos Oficiales...*, op. cit., Tomo II, pp. 61-84; y en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas 2008, pp. 535-543.

84 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La primera manifestación de representatividad democrática y las primeras leyes electorales en España e Hispanoamérica en 1810 (La elección de diputados a las Cortes de Cádiz conforme a la Instrucción de la Junta Central Gubernativa del Reino de enero de 1810, y la elección de diputados al Congreso General de Venezuela conforme al Reglamento de la Junta Suprema de Venezuela de junio de 1810), en Allan R. Brewer-Carías, Enrique Vilorio Vera y Asdrúbal Aguiar (Coordinadores), *La independencia y el Estado Constitucional en Venezuela: como obra de civiles (19 de abril de 1811, 5 de julio de 1811, 2 de diciembre de 1811)*, Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos, Colección Anales N° 2, Ediciones EJV International, Miami 2018, pp. 383-515.

En medio de la situación de ruptura total entre las Provincias de Venezuela y la Metrópoli, en las mismas se realizaron las elecciones para la Junta o Congreso General, en las cuales participaron siete de las nueve Provincias que para finales de 1810 existían en el territorio de la Capitanía General de Venezuela<sup>85</sup>, habiéndose elegido 44 diputados por las Provincias de Caracas (24), Barinas (9), Cumaná (4), Barcelona (3), Mérida (2), Trujillo (1) y Margarita (1).<sup>86</sup> La elección fue indirecta y en dos grados, de manera que los diputados electos en segundo grado formaron la “Junta General de Diputados de las Provincias de Venezuela”<sup>87</sup> la cual declinó sus poderes en un Congreso Nacional en el cual se constituyeron los representantes electos.

Desde la instalación del Congreso General se comenzó a hablar en todas las Provincias con más fuerza de la “Confederación de las Provincias de Venezuela,” las cuales conservaron sus peculiaridades políticas propias, a tal punto que al mes siguiente, en la sesión del 6 de abril de 1812, el Congreso General resolvió exhortar a las “Legislaturas provinciales” que acelerasen la formación de sus respectivas Constituciones.<sup>88</sup>

Por su parte, el Congreso que había sustituido a la Junta Suprema, adoptó el principio de la separación de poderes para organizar el nuevo gobierno, designando, el 5 de marzo de 1811, a tres ciudadanos para ejercer el Poder Ejecutivo Nacional, turnándose en la presidencia por períodos semanales, y constituyendo, además, una Alta Corte de Justicia.

---

85 Participaron las provincias de Caracas, Barinas, Cumaná, Barcelona, Mérida, Trujillo y Margarita, Cf. José Gil Fortoul, *Historia Constitucional...*, op. cit., Tomo primero, p. 223. Cf. J. F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para...*, op. cit., Tomo II, pp. 413 y 489.

86 Véase C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Academia de la Historia, Caracas 1959, Tomo I, p. 477.

87 Véase Gil Fortoul, *Historia Constitucional...*, op. cit., Tomo primero, p. 224.

88 Véase *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela 1811-1812*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, Tomo II, p. 401.

## XV

El 28 de marzo de 1811, el Congreso nombró una comisión para redactar la Constitución de la Provincia de Caracas, la cual debía servir de modelo a las demás Provincias de la Confederación. Esta comisión tardó mucho en preparar el proyecto, por lo que algunas Provincias, procedieron a dictar las suyas para organizarse políticamente. El 5 de julio de 1811, el Congreso declaró formalmente la Independencia de Venezuela, después de haberse adoptado el 1º de julio de 1811 una declaración que se denominó como *Declaración de los Derechos del Pueblo*,<sup>89</sup> la cual como se ha dicho, fue la segunda declaración de derechos de rango constitucional en el constitucionalismo moderno republicano.

Su redacción estuvo a cargo de Juan Germán Roscio<sup>90</sup> (1763-1821), experimentado abogado, conocido además por haber protagonizado una importante batalla legal para su aceptación en el Colegio de Abogados de Caracas luego de su rechazo por su condición de *pardo*.

Roscio había sido uno de los “representantes del pueblo” que habían sido incorporados en la *Junta Suprema* en 1810, habiendo sido nombrado por la misma como Secretario de Relaciones Exteriores, por lo que se lo considera el primer Ministro de Relaciones Exteriores del país. Roscio fue además, el redactor del muy importante *Reglamento para la elección y reunión de diputados que han de componer el Cuerpo Conservador de los derechos del Sr. D. Fernando CVII* en las Provincias de Venezuela de 11 de junio de 1810, que se puede considerar como el primer Código Electoral de América Latina, y conforme al mismo, fue electo diputado al Congreso General por el partido

89 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit., Tomo I, pp. 549-551.

90 Véase en Pedro Grases, “Estudio sobre los ‘Derechos del Hombre y del Ciudadano,’” en el libro *Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 147, 335.

de la Villa de Calabozo. En tal condición, fue una de las figuras claves, junto con Francisco Isnardy, en la redacción del Acta de la Independencia del 5 de julio de 1811; así como en la redacción del Manifiesto que hace al mundo la Confederación de Venezuela en la América Meridional, explicando “las razones en que se ha fundado su absoluta independencia de España, y de cualquiera otra dominación extranjera, formado y mandado publicar por acuerdo del Congreso General de sus Provincias Unidas.”<sup>91</sup>

Roscio fue también comisionado por el Congreso junto con Gabriel de Ponte, Diputado de Caracas, y Francisco Javier Ustáriz, diputado por partido de San Sebastián, para colaborar en la redacción de la Constitución de 1811, y fue incluso miembro suplente del Ejecutivo Plural de la Confederación designado en 1812. Era fluente en inglés, e incluso fue el traductor de trabajos publicados bajo el nombre de William Burke en Caracas. Roscio, por otra parte, fue uno de los pocos venezolanos que mantuvo directa correspondencia tanto con Andrés Bello cuando ya este estaba en Londres, y con José M. Blanco White, el editor del periódico *El Español*, en Londres.<sup>92</sup> En agosto de 1812, apresado por Monteverde al caer la Primera República, Roscio fue enviado junto con Miranda a prisión in Cádiz, como uno de los monstruos origen “de todos los males de América.” Después de ser liberado en 1815, gracias a la intervención del gobierno británico, llegó a Filadelfia donde publicó en 1817 su conocido libro *El triunfo de la libertad sobre el despotismo, En la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos, y dedi-*

---

91 Véase Luis Ugalde s.j., *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, Universidad Católica Andrés Bello, bid & co. Editor, Caracas 2007, p. 39.

92 Andrés Bello y López Méndez entregaron a Blanco White la carta de Roscio de 28 de enero de 1811, la cual fue contestada por éste último el 11 de julio de 1811. Ambas cartas se publicaron en *El Español*, y reimpresas en José Félix Blanco y Ramón Azpúrua, *Documentos para ...*, op. cit., Tomo III, pp. 14-19.

*cado a desagaviar en esta parte a la religión ofendida con el sistema de la tiranía, en la Imprenta de Thomas H. Palmer.*<sup>93</sup>

Ese fue entonces el Roscio a quien también se debe la redacción de la *Declaración de Derechas del Pueblo*,<sup>94</sup> adoptada por la llamada “Sección Legislativa de la Provincia de Caracas” del Congreso General de las Provincias de Venezuela, “Sección” que se instaló por acuerdo de dicho Congreso General, el 1° de junio de 1811. Para ese momento, todas las Provincias que formaban la Capitanía General de Venezuela tenían sus propias Legislaturas, menos la Provincia de Caracas, por residir en su capital el Congreso General. Este cuerpo, sin embargo, dada la necesidad de que la Provincia tuviera su Asamblea Legislativa para que, entre otros aspectos se “declararán los derechos del ciudadano”, decretó que se formara una “Sección Legislativa” del Congreso para la Provincia, compuesta de los diputados de la Provincia que se hallaban en el Congreso.<sup>95</sup>

Instalada esta Sección Legislativa, materialmente, el primer acto que adoptó fue la declaración de “Derechos del Pueblo,”<sup>96</sup> el 1° de julio de 1811, considerada por Pedro Grases, como “la declaración filosófica de la Independencia.”<sup>97</sup>

---

93 La segunda edición de 1821 fue hecha también en Filadelfia en la Imprenta de M. Carey e hijos.

94 El texto que seguramente usó Roscio fue básicamente, la edición del libro de Picornell, que apareció publicado de nuevo en Caracas en 1811, en la Imprenta de J. Baillio. Pedro Grases catalogó este libro como “digno candidato a ‘primer libro venezolano.’” Véase en Pedro Grases, “Estudio sobre los ‘Derechos del Hombre y del Ciudadano,’” en el libro *Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, p. 162.

95 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España y el Ideario de la Independencia*, Caracas, 1978, p. 81, nota 3.

96 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, op. cit, Tomo I, p. 549.

97 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España...*, cit, p. 81. En otra obra dice Grases que la declaración “Constituye una verdadera declaración de independencia, anticipada al 5 de julio.” Véase en Pedro Grases, “Estudio sobre los ‘Derechos del Hombre y del Ciudadano,’” en el libro *Derechos*

El texto de los “Derechos del Pueblo” contiene 43 artículos divididos en cuatro secciones: “Soberanía del pueblo”, “Derechos del Hombre en Sociedad”, “Deberes del Hombre en Sociedad”, y “Deberes del Cuerpo Social”, precedidos de un *Preámbulo*. En términos generales los derechos declarados en el documento fueron los siguientes:

*Sección Primera: Soberanía del pueblo: La soberanía* (arts. 1-3); usurpación de la soberanía (art. 4); temporalidad de los empleos públicos (art. 5); proscripción de la impunidad y castigo de los delitos de los representantes (art. 6); igualdad ante la ley (art. 7).

*Sección Segunda: Derechos del Hombre en Sociedad: Fin de la sociedad y el gobierno* (art. 1); derechos del hombre (art. 2); la ley como expresión de la voluntad general (art. 3); libertad de expresión del pensamiento (art. 4); objetivo de la ley (art. 5); obediencia de la ley (art. 6); derecho a la participación política (art. 7); derecho al sufragio (arts. 8-10); debido proceso (art. 11); proscripción de actos arbitrarios, responsabilidad funcional, y protección ciudadana (art. 12-14); presunción de inocencia (art. 15); derecho a ser oído, art. 16; proporcionalidad de las penas (art. 17); seguridad, art. 18; propiedad, art. 19; libertad de trabajo e industria (art. 20); garantía de la propiedad y contribuciones solo mediante representantes (art. 21); derecho de petición (art. 22); derecho a resistencia (art. 23); inviolabilidad del hogar (art. 24); derechos de los extranjeros (art. 25-27).

*Sección Tercera: Deberes del Hombre en Sociedad: los límites a los derechos de otros* (art. 1); deberes de los ciudadanos (art. 2); el enemigo de la sociedad (art. 3); el buen ciudadano (art. 4) el hombre de bien (art. 5).

---

*del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, p. 165.

*Sección Cuarta: Deberes del Cuerpo Social: la garantía social (art. 1); límites de los poderes y responsabilidad funcio-  
narial (art. 2); seguridad social y socorros públicos (art. 3);  
instrucción pública (art. 4).*

## XVI

Este texto, sin duda, está básica y directamente inspirado en los textos franceses comenzando con la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* votada por la Asamblea Nacional Francesa los días 20-26 de agosto de 1789; aun cuando la mayor influencia para su redacción precede del texto de la Declaración que precede la Constitución Francesa de 1793 conforme al texto publicado en español como *Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas, y un discurso preliminar dirigido a los americanos* de 1797, vinculado a la Conspiración de Gual y España.<sup>98</sup> En adición, sin embargo, también se pueden encontrar la influencia directa del texto de la "*Déclaration des Droits et Devoirs de l'Homme et du Citoyen*" que precede el texto de la Constitución de 1795,<sup>99</sup> particularmente en la sección de los Deberes del Hombre en Sociedad.

Por otra parte, el orden dado a los artículos y la sistematización de la Declaración de 1811, fue distinta a los textos franceses; siendo la subdivisión de su articulado en 4 secciones original del texto venezolano de 1811, en algún caso inspirada en los trabajos de William Burke, como por ejemplo el título de

---

98 Véase P. Grases, *La Conspiración...*, Cit., p. 147. En dicha obra puede consultarse el texto del Documento, comparándolo con el de la Declaración de 1811 y la Constitución de 1811. Igualmente, en Pedro Grases, "Estudio sobre los 'Derechos del Hombre y del Ciudadano,'" en el libro *Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 168 ss.

99 Véase los textos en J. M. Roberts y J. Hardman, *French Revolution Documents*, Oxford, 1973, 2 vols.

la sección sobre “Derechos del hombre en Sociedad.”<sup>100</sup> En todo caso, las Declaraciones francesa de 1789 y de 1793 no tenían subdivisiones, y sólo fue en la Declaración de 1795 en la cual se incluyó una subdivisión en sólo dos secciones: Deberes y Derechos.

Una observación adicional debe formularse y es que, si bien la influencia fundamental en la redacción de la Declaración de 1 de julio de 1811 provino de texto de las Declaraciones francesas, ello no ocurrió con el propio *título* del documento que no se refiere a los “Derechos del Hombre y del Ciudadano,” sino a los “Derechos del Pueblo,” expresión que no se encuentra en los textos franceses. Esta expresión en realidad, puede decirse que proviene de los textos firmados por William Burke publicados en la *Gaceta de Caracas* en 1811 y de Thomas Paine traducidos en el libro de Manuel García de Sena, igualmente en 1811.

En los trabajos firmados por William Burke, recogidos luego en el libro *Derechos de la América del Sur y México*, al argumentarse sobre los derechos del hombre en la Constitución norteamericana también se utilizó constantemente la expresión “derechos del pueblo,”<sup>101</sup> refiriendo que “El pueblo es, en todos los tiempos, el verdadero y legítimo soberano. En él residen y de él traen su origen todos los elementos de supremacía.”<sup>102</sup> Refiriéndose a las constituciones de los Estados Unidos, indicó que “declaran positiva y particularmente, que la soberanía reside esencial y constantemente en el pueblo;” que “por medio del sistema de *representación* asegura el pueblo real y eficientemente su derecho de soberanía;... principio que forma la principal distinción entre los gobiernos autoritarios y

---

100 William Burke utilizó en uno de sus escritos en la *Gaceta de Caracas* en 1811, la expresión “Derechos del Hombre en Sociedad” que recogió la Declaración de 1811. Véase en *Derechos de la América del Sur y México*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, Vol. I, p. 107.

101 Véase, William Burke, *Derechos de la América del Sur y México*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, Vol. I, pp. 118,123,127,141, 157,162,182, 202,205,241.

102 Ídem, p. 113.

libres, tanto que se puede decir que el pueblo goza de libertad a proporción del uso que hace de la representación.”<sup>103</sup>

Por otra parte, en el libro de Paine *La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine Treinta años ha*, traducido por García de Sena, por su parte, la expresión “derechos del pueblo” también fue utilizada en su argumentación destinada a distinguir las dos formas de gobierno posibles: “el Gobierno por sucesión hereditaria” y “el Gobierno por elección y representación,” y que optando por el representativo basado en la soberanía del pueblo, argumentó lo siguiente:

“Las Revoluciones que se van extendiendo ahora en el Mundo tienen su origen en el estado de este caso; la presente guerra es un conflicto entre el sistema representativo fundado en los derechos del pueblo; y el hereditario, fundado en la usurpación.”<sup>104</sup>.

Seguía su argumentación Paine indicando que “El carácter pues de las Revoluciones del día se distingue muy definitivamente por fundarse en el sistema del Gobierno Representativo en oposición al hereditario. Ninguna otra distinción abraza más completamente sus principios;” y concluía señalando que: “El sistema Representativo es la invención del Mundo moderno.”<sup>105</sup> Además, al referirse al gobierno representativo, Paine lo identificaba como aquél en el cual el poder soberano estaba en el Pueblo. Partía para ello de la consideración de que:

“Todo Gobierno (sea cual fuere su forma) contiene dentro de sí mismo un principio común a todos, que es, el de un

---

103 Ídem, pp. 119, 120.

104 Expresado por Paine en su “Disertación sobre los Primeros principios del Gobierno” que escribió en los tiempos de la Revolución Francesa. Véase en Manuel García de Sena, *La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, Edición del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, p. 90. La expresión la utilizó también en otros Discursos, pp. 111, 112.

105 Ídem, p. 90.

poder soberano, o un poder sobre el cual no hay autoridad alguna, y que gobierna a todos los otros... En las Monarquías despóticas [ese poder] está colocado en una sola persona, o Soberano;... En las Repúblicas semejantes a la que se halla establecida en América, el poder soberano, o el poder sobre el cual no hay otra autoridad, y que gobierna a todos los demás, está donde la naturaleza lo ha colocado, en el Pueblo; porque el Pueblo en América es el origen del poder. Él está allí como un principio de derecho reconocido en las Constituciones del país, y el ejercicio de él es Constitucional, y legal. Esta Soberanía es ejercitada eligiendo y diputando un cierto número de personas para representar y obrar por él todo, las cuales no obrando con rectitud, pueden ser depuestas por el mismo poder que las colocó allí, y ser otras elegidas y disputadas en su lugar."<sup>106</sup>

De estos conceptos de Paine, que sin duda influyeron en la concepción de la *Declaración de los Derechos del Pueblo* de 1811, se comprende porqué la misma se inicia en la Sección Primera con las previsiones sobre la soberanía como poder que radica en el pueblo, el cual la ejerce mediante representantes, apartándose así del orden de las Declaraciones francesas donde los artículos sobre la soberanía no están al inicio de las mismas.

---

106 Ídem, pp. 118, 119.

# DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS COMO DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIONES SOBRE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL ASEGURADO EN VENEZUELA

**Pedro Luis Carmona B.<sup>1</sup>**

*“Los derechos humanos son sus derechos. Tómenlos. Defiéndanlos. Promuévanlos. Entiéndanlos e insistan en ellos. Nútranlos y enriquezcanlos... Son lo mejor de nosotros. Denles vida...”*

Kofi Annan

*Resumen: La figura del Defensor del Asegurado en Venezuela, equiparable al Ombudsman Financiero del derecho estadounidense, nace como una figura novedosa de defensa de los consumidores y/o usuarios de la actividad aseguradora como parte del sistema financiero nacional; en un momento en que no hay discusión sobre la cuestión de que los derechos de los consumidores y/o usuarios son considerados derechos humanos. Las consideraciones sobre esta figura de defensa recogidas en este artículo, pretenden acercarnos en un repaso histórico, a su origen y naturaleza jurídica y abordar de manera crítica, el problema de competencia que presenta actualmente esta figura en Venezuela y que pone en riesgos sus actos de defensa y protección de los usuarios del sistema asegurador venezolano.*

*Palabras clave: Derechos de los Consumidores y/o usuarios. Derechos Humanos. Defensor del asegurado. Ombudsman Financiero. Principio de Competencia.*

*Summary: The figure of the Defender of the Insured in Venezuela, comparable to the Financial Ombudsman of United States law, is born as a novel figure of defense of consumers and users*

---

1 Abogado (UCV) con estudios en Finanzas Públicas (ENAHF) y en la Especialización de Derecho Administrativo (UCV). Magíster en Gerencia Pública (IESA). Doctorando en Ciencias Sociales (UNGS / IDES. Buenos Aires, Argentina).

*of the insurance activity as part of the national financial system; at a time when there is no discussion on the issue that the rights of consumers and users are considered human rights. The considerations on this figure of defense collected in this review, intend to bring us closer in a historical overview, to its origin and legal nature and to critically address the competence problem that this figure currently presents in Venezuela and that puts its acts of defense and protection of the users of the Venezuelan insurance system.*

**Keywords:** : *Consumer Rights. Human Rights. Defender of the insured. Financial Ombudsman. Competence.*

Recibido: 28 de abril de 2020 Aceptado: 16 de julio de 2020

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Derechos de consumidores y/o usuarios y su categorización como derechos humanos
- III. Origen y naturaleza jurídica del Defensor del Asegurado en Venezuela
- IV. Competencias del Defensor del Asegurado en Venezuela
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía consultada

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de los consumidores y/o usuarios, hoy día son considerados como parte del catálogo de los derechos humanos, entendidos éstos como esas condiciones que permiten a la persona su realización y que incluyen a toda persona por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna y de calidad. Cada vez más los gobiernos, a nivel mundial, suman esfuerzos por garantizar la esfera de protección de estos derechos, mediante el diseño de políticas públicas efectivas contenidas en tipos legales y administrativos. En Venezuela, la esfera de protección de los derechos de los consumidores y/o usuarios, tiene *Rango Constitucional* y por tanto, a partir de la Constitución de 1999, se han promulgado leyes y dictado una serie de instrumentos de rango sub-legal, atinentes a dicha protección en todas las relaciones de consumo, incluidas las derivadas de la actividad financiera nacional.

La figura del Defensor de Asegurado, nace como una novedad en Venezuela, al ser la primera figura de defensa de derechos del consumidor y/o usuario financiero que tiene *Rango Legal*, pero con un radio de acción específicamente destinado a atender a los consumidores y/o usuarios del sector asegurador

(visto según se desprende de la exposición de motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora de 2016), de los abusos y prácticas discriminatorias, que puedan cometer los sujetos regulados, hacia los usuarios de dicho sector.

En las presentes consideraciones, primero abordaremos un breve repaso de la *categorización de los derechos de los consumidores y/o usuarios, como derechos humanos y su evolución histórica*, desde la década de los 60 del siglo pasado hasta nuestros días. Posteriormente, haremos un intento de conceptualizar *el origen y naturaleza jurídica de la Figura del Defensor del Asegurado en Venezuela*, analizando figuras análogas dentro del sistema financiero nacional y extranjero; de seguido, plantearemos *el problema de la competencia en la figura del Defensor del Asegurado* y sus posibles efectos en la esfera de actuación de tan importante figura de defensa de los derechos de los consumidores y/o usuario de la actividad aseguradora; por último, las conclusiones de esta investigación, las cuales, sin ánimo de ser pretensiosos, plantea recomendaciones al respecto.

## II. DERECHOS DE CONSUMIDORES Y/O USUARIOS Y SU CATEGORIZACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS

El discurso que John Fitzgerald Kennedy, siendo Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, proclamó ante el Congreso de ese país, el 15 de marzo 1962, destacó por primera vez en la historia, la universalidad del concepto de consumidor, cuando declaró su célebre frase: "*Consumidores Somos Todos*"<sup>2</sup>. Desde ese momento arrancó una maquinaria para que desde el Estado se comenzara a visibilizar a los consumidores, *en cuanto a su relación de consumo*, como sujetos de derechos y más impor-

---

2 Discurso que John Fitzgerald Kennedy pronunció ante el Congreso de los Estados Unidos, donde destacó la universalidad del concepto de consumidor y que marcó un hito en la historia, de hecho, cada 15 de marzo, se celebra el Día Mundial del Consumidor. Véase: *John Fitzgerald Kennedy, Discursos (1960-1963): Una Presidencia Para La Historia*, Salvador Rus Rufino, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.

tante aún, que el Estado garantizara su protección. Sobre ese tema el Presidente Kennedy expone: “*El Estado Tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses*”.

El discurso de Kennedy se basa en cuatro pilares fundamentales, en los que el Estado debía brindar protección, a saber: 1) **el derecho a la seguridad**, el cual involucra el derecho a ser protegidos por la comercialización de productos que pueden ser peligrosos para la vida o la salud; 2) **El derecho a la información**, que comporta la protección ante prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas o lo que hoy conocemos como oferta engañosa; 3) **el derecho a elegir**, el cual supone a escoger entre variedad, o lo que convenga a las necesidades y posibilidades del consumidor y 4) **el derecho a ser oídos**, el cual viene a ser un eje importante en el andamiaje gubernamental, porque supone el comienzo de la actividad de creación de normas de rango legal y sub-legal, e impacta en la elaboración de las políticas del Gobierno y procedimientos para un “**tratamiento adecuado y ágil en los tribunales administrativos**”, incluyendo el principio de reparación integral. De igual forma, para esa fecha, se establece un programa de protección financiera para los consumidores.

Cuando evaluamos desde todo punto de vista ésta relación de consumo, podemos observar las desigualdades que se presentan en éste intercambio y donde indubitablemente se involucran conceptos propios de los derechos humanos, tales como: *derecho a la vida, calidad de vida, derecho a la salud, dignidad y reparación de daños*. Por tanto, los derechos de los consumidores nacen en la necesidad de hacer valer el respeto a la persona, a su calidad de vida y su dignidad frente al *Estado y al Mercado*, con el objetivo de equilibrar las relaciones que se establecen tras el consumo. Así las cosas, podemos establecer que cuando hablamos de los derechos de los consumidores, también estamos hablando de los derechos humanos.

A partir de 1970, la protección del consumidor entra en la agenda estatal global y comienza un período fructífero en la creación de normativas al respecto. Así en primer lugar de ésta categorización, podemos citar la **II Conferencia Europea de Alto Nivel o Cumbre de París**<sup>3</sup>, en la que participaron los Jefes de Estado y de Gobierno de Europa y en donde a lo tocante a la política social del incipiente bloque europeo, se dispone que se diseñe un programa tendiente a la protección de derechos en materia de empleo, formación profesional, condiciones de trabajo y de vida, a la colaboración de los trabajadores en los órganos empresariales y a reforzar y coordinar las acciones en favor de la protección de los consumidores. Es así como, en la Resolución del 14 de abril de 1975, se aprobaría un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea, para una política de protección e información de los consumidores, agrupada en cinco categorías de derechos fundamentales, a saber **1) derecho a la protección de la salud y seguridad, 2) derecho a la protección de sus intereses económicos, 3) derecho a la reparación por los daños sufridos, 4) derecho a la información y evaluación en materia de consumo y 5) derecho a la representación y a ser oído**, esto en lo tocante a la activación de mecanismos administrativos y judiciales para la protección del consumidor.

Vale mencionar en este punto, que en 1974, en Venezuela se promulga la Ley de Protección al Consumidor<sup>4</sup>, cuyo objeto fundamental era la **“protección de derechos mediante la organización, dirección, vigilancia, coordinación y ejecución de las medidas, planes y programas que se adopten en la República, tendientes a la protección legal del consumidor”**. Si bien en Venezuela como en muchos países, ya había una legis-

---

3 La Cumbre de París de 1972, se organizó en el marco de las reuniones del Consejo Europeo (CE) fundado en 1961. El CE tiene un carácter eminentemente político. En su seno también se discuten todos los temas importantes que conciernen a la UE y a sus políticas y se deciden o proponen los nombramientos importantes.

4 Ver Gaceta Oficial No 1.680 Extraordinario de fecha 2 de septiembre de 1974.

lación de antigua data en materia de comercio, vale acotar que el objeto de ésta legislación y de muchas otras, **era la protección de la actividad y no del sujeto**. Por lo que, en consonancia con los cambios trascendentales en materia de consumidores como sujetos de derecho, Venezuela se circunscribe a esta línea, en un momento donde el tema estaba cobrando una vital importancia global; incluso ésta ley se dicta primero que la Resolución del 14 de abril de 1975 de la Comunidad Económica Europea.

En segundo lugar en ésta categorización de los derechos de los consumidores como derechos humanos, podemos citar las **Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor**<sup>5</sup>, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7 de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186 de 22 de diciembre de 2015; las cuales constituyen los principios generales que establecen los lineamientos que deben tener, no sólo el ordenamiento jurídico de protección del consumidor, sino que también alcanza a las instituciones encargadas de aplicarlas y vigila además que los sistemas de compensación o reparación de daños sean eficaces. Del mismo modo, éstos lineamientos ayudan a los Estados Miembros interesados, a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales; también contribuyen a promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros, en el ámbito de su aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores.

---

5 Normativa dictada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNTAD y de la cual la República Bolivariana de Venezuela forma parte. Recuperado de: [https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplmisc2016d1_es.pdf)

Estas directrices tienen una significativa importancia, ya que categorizan los principios propios de los derechos humanos como derechos del consumidor, entre los que encontramos: un trato equitativo y justo, el principio de no discriminación, la inclusión social y de los sectores más desfavorecidos, el principio de eficacia y celeridad y el principio de reparación universal y se incluyen además la protección que deben tener los sujetos consumidores, en lo tocante a situaciones novedosas como el comercio electrónico, e incluso a los servicios financieros, siendo éste último el punto de partida del análisis de esta investigación.

Es de resaltar que, con la progresividad de estos derechos y la inclusión de prestaciones de hacer como categorías equiparables al consumo, nacen en igual medida a los derechos de los consumidores, los derechos de los usuarios; teniendo los mismos una equivalencia, es decir, cuando hablamos de derechos de consumidores, también estamos hablando de derechos de usuarios.

Por último y, en tercer lugar, tenemos esos **lugares comunes** entre los derechos humanos y los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales agruparemos de manera siguiente, sin entrar a exámenes profundos, y que los mismos puedan ser punto de partida de futuros análisis:

- 1) La dignidad humana.
- 2) El carácter expansivo. Los derechos del consumidor, al igual que los derechos humanos, están en constante evolución por la innovación y la tecnología. Están en constante desarrollo.
- 3) La ética fundamental. Los derechos del consumidor no pueden ser tergiversados sin justificación alguna.

- 4) El carácter personal de los derechos de los consumidores, los cuales en nada tienen que ver con la capacidad. Se adquieren por el hecho de ser persona.
- 5) Su valoración económica, que, si bien tienen esa connotación, no pueden ser reducidos sólo a ello.
- 6) Son irrenunciables y por tanto su garantía comporta al orden público.
- 7) La universalidad de los derechos de los consumidores, lo que hace que sea objeto de vigilancia y control por parte organismos internos especializados y también de los organismos multilaterales.
- 8) Tienen las mismas garantías constitucionales de los derechos humanos, a saber: la progresividad, la no discriminación, la igualdad ante la ley, el derecho a la información, el derecho a petición y respuesta, el derecho a la defensa y al debido proceso, entre otros.
- 9) Su interpretación deber ser forzosamente de manera restrictiva, no dando lugar a ambigüedades en cuanto su forma sustantiva o adjetiva.

Para concluir este apartado, no podemos dejar de mencionar el desarrollo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, de los derechos económicos, comúnmente conocidos en la doctrina patria como la Constitución Económica y donde expresamente se consagra en su artículo 117, como parte de los derechos inalienables en Venezuela, el derecho a bienes y servicios de calidad, aduciendo que todo persona tiene **derecho a la disponer de bienes y servicios de calidad**, a tener la suficiente información adecuada y no engañosa sobre los mismos, a la libre escogencia y al trato equitativo y digno, incluso al acceso a procedimientos expeditos y a

la reparación por daños ocasionados derivados de su actividad de consumo.

### III. ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL ASEGURADO EN VENEZUELA

Tal y como establece el segundo artículo de nuestra **Constitución de 1999**<sup>6</sup>, Venezuela es un “*Estado democrático y social de derecho y de justicia*” y por tanto se garantizan en ella el ejercicio de esos valores superiores que deben informar nuestro ordenamiento jurídico y entre los que se encuentran: la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y los derechos humanos, entre otros. Podemos decir, además, que esta Constitución crea figuras importantes en nuestro sistema de derecho tal y como es la figura del Defensor del Pueblo y lo tocante a la Constitución Económica ya abordado en el apartado anterior, donde la única finalidad es la de garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en la misma, incluidos en estos derechos, como punto de análisis de estas consideraciones, los derechos de los consumidores y/o usuarios.

Desde la vigencia de nuestra Constitución, se han impulsado cambios en nuestro sistema financiero en la dirección de asegurar el establecimiento de esos valores superiores que en ella se promulgan. Así en el año 2010, con la sanción de la **Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional**<sup>7</sup> (LOSFIN), se establecen una serie de directrices que deben acatar los organismos reguladores miembros de este sistema, a saber, el sector bancario, asegurador y de valores; y entre cuyas directrices, resalta la de proteger los derechos de los usuarios de cada área que conforma la actividad financiera nacional.

---

6 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Publicada en Gaceta Oficial No 5.453 Extraordinaria, de fecha 24 de marzo de 2000.

7 Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, publicada en Gaceta Oficial No. 39.578, de fecha 21 de diciembre de 2010.

Ahora bien, hasta ese año 2010, en materia de usuarios o clientes de los servicios financieros en Venezuela, no se habían establecido figuras especiales para la defensa o resolución de conflictos en la relación de consumo de éste tipo de servicios. La competencia para la defensa de los consumidores y/o usuarios del sistema financiero nacional, era hasta ese entonces del Instituto *Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* (INDEPABIS), en coordinación con los órganos de control de cuya actividad se tratara. A tal efecto, su ley de creación<sup>8</sup> en el artículo 102, numeral 4, establecía lo siguiente:

***“Artículo 102. Son competencias del Instituto para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios:***

*(...) omisis*

***4. Coordinar con la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras o la Superintendencia de Seguros, según sea el caso, las acciones tendentes a hacer efectiva la defensa de los ahorristas, asegurados y usuarios de servicios prestados por la banca, las entidades de ahorro y préstamo, las empresas operadoras de tarjetas de crédito, los fondos de activos líquidos y otros entes financieros.”*** (Negrillas, cursivas y subrayado nuestro).

Es a partir del año 2011, que se comienzan a incluir importantes reformas tanto en instrumentos de rango legal como de rango sub-legal, en lo tocante a la defensa de derechos de los usuarios del sistema financiero nacional. En lo que concierne al sistema bancario venezolano, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), mediante la Resolución No 083.11, publicada en Gaceta Oficial No 39.635, de fecha 16 de marzo de 2011, crea la figura del Defensor del Cliente y Usuario Bancario, como una instancia de alzada dentro de la

---

<sup>8</sup> Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios, Gaceta Oficial No. 39.358 del 01 de febrero de 2010. Actualmente derogada.

misma estructura de la institución bancaria, para resolver a modo de reconsideración, los conflictos de los clientes insatisfechos con la respuesta que pudiesen obtener de la Unidad de Atención al Cliente de la misma institución. La respuesta del Defensor del Cliente y Usuario Bancario, puede ser sometida a revisión por parte de SUDEBAN.

No queremos categorizar en este análisis los motivos de adopción en Venezuela de esta importante figura de garantía del consumidor y/o usuario del sistema bancario, pero si es trascendente destacar que para la fecha se registraban muchos cambios en los reguladores de los sistemas financieros de diversos países, inspirados en las reformas globales de la banca norteamericana, introducidos a raíz de la crisis financiera mundial del año 2008, y que fueron recogidos en la *Ley de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor Dodd-Frank*<sup>9</sup>, donde en su **Título IX, sección 919D** y en relación a la protección del usuario bancario, se estableció la figura del *Ombudsman*, literalmente traducido como Defensor del Pueblo, siendo una figura exclusiva de defensa de los consumidores y usuarios del sector financiero estadounidense.

De igual forma, y en lo atinente al sistema bancario, **Los Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz**, emitidos en septiembre de 2012 por el **Comité de Supervisión Bancaria de Basilea o CSBB**<sup>10</sup>, establecían que los organismos reguladores del sistema financiero, debían tomar medidas para

---

9 Ley propuesta por el representante a la cámara Barney Frank y el presidente del comité del sector bancario del senado, el senador Chris Dodd, de donde toma su nombre y promulgada por el Presidente Barack Obama el 21 de julio de 2010. Es considerado como el plan más agresivo desde la Gran Depresión de 1929 para regular el sistema bancario de los EE.UU y evitar casos como el de Lehman Brothers y la burbuja hipotecaria.

10 El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea está integrado por altos representantes de autoridades de supervisión bancaria y bancos centrales de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

garantizar la protección del consumidor financiero. De esta forma, en septiembre de 2016, el CSBB emite una serie de notas a los principios establecidos en 2012, denominadas **Orientaciones sobre la aplicación de los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz a la regulación y supervisión de instituciones relevantes para la inclusión financiera**, donde claramente en su nota de orientación para Supervisores Bancarios, recomiendan en la aplicación del Principio No 9, relacionado a las técnicas y herramientas de supervisión, la adopción de medidas de protección del consumidor financiero en el contexto de la inclusión financiera, entre las que destaca la Figura del Defensor del Consumidor Financiero o Defensor del Cliente. A tales efectos, dicha nota establece claramente que los reguladores del sistema financiero pueden *“decidir fomentar el uso de mecanismos alternativos especializados en asuntos del sector financiero, como por ejemplo, un defensor del pueblo para asuntos financieros, mediadores, órganos de arbitraje, mecanismos de conciliación y tribunales para asuntos menores.”*<sup>11</sup> (cursivas y negrillas nuestras).

Cabe aclarar, que si bien el CSBB está integrado por los bancos centrales y reguladores financieros de los países que desempeñan un papel importante en la economía mundial; dicho organismo, no es una organización multilateral clásica, ya que carece de tratado fundacional y sus normativas no son obligatorias. Sin embargo, al tratarse de un foro internacional autorizado en la materia; sus recomendaciones y estándares son tomados en serio por casi todos los reguladores de los diversos países, aun cuando no sean parte de dicho comité y esto influye en la creación de leyes y de normas prudenciales que establecen políticas para el sector en cada una de las naciones.

En lo tocante a la materia de actividad aseguradora en Venezuela, las competencias de defensa de los tomadores,

---

11 Recuperado de [https://www.bis.org/bcbs/publ/d383\\_es.pdf](https://www.bis.org/bcbs/publ/d383_es.pdf) pp. 43 y 44.

asegurados, beneficiarios, contratantes, usuarios y afiliados; a quien en lo sucesivo y a efectos prácticos y como explicaremos más adelante, denominaremos como simplemente *usuarios de la actividad aseguradora*, reposaban aún en el INDEPABIS en coordinación con la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), quien de igual forma para el año 2011, había creado la Oficina de Atención Ciudadana (OAC), mediante providencia administrativa No FSAA-9-003478, publicada en Gaceta Oficial No 39.813 de fecha 05 de diciembre de 2011 y reimpresión por error material, en la Gaceta Oficial No 39.862 de fecha 10 de febrero de 2012. Vale acotar que la Ley de la Actividad Aseguradora del año 2010<sup>12</sup>, titulaba su capítulo XI, como **“Protección del Tomador, Asegurado, Beneficiario y Contratante”**, donde si bien se enunciaban unas series de derechos de carácter irrenunciable para los diversos usuarios de la actividad aseguradora, nada decían de cómo se ejercían y garantizaban los mismos. El artículo 132 de dicha ley, *a contrario sensu* y de forma ambigua, indicaba que los mismos podían ser reclamados ante instancias administrativas o judiciales. Cabe observar que la interpretación aplicada a este tipo de derechos y tal y como es en los sistemas de derechos humanos, deber de manera restrictiva, no habiendo lugar a dudas de cuáles son esos derechos y cómo es la forma de ejercerlos.

Resulta de interés resaltar, que en el artículo 16 numeral 2, de la providencia in comento, establece como una de las atribuciones de la OAC *“recibir y canalizar las denuncias, quejas reclamos y sugerencias y remitirlas a las respectivas dependencias del organismo o referirlas al ente y organismo que tenga competencia”* (negrillas y cursivas nuestras). Nótese que la OAC, a diferencia de las oficinas de atención al cliente bancario, no tenía, ni tiene competencias de defensa del usuario de la actividad aseguradora, ni mucho menos se podía equiparar esa figura a la del

---

12 Ley de la Actividad Aseguradora, publicada en Gaceta Oficial No 5.990 Extraordinaria, de fecha 29 de julio de 2010 y reimpresión por error material en Gaceta Oficial No 39.481 de fecha 5 de agosto de 2010. Actualmente derogada.

Defensor del Cliente y Usuario Bancario, por cuanto su atribución es la de recibir y canalizar las pretensiones de los usuarios y hacerlas llegar a quien corresponda, sea dentro del mismo organismo o en su momento a el INDEPABIS, además de servir como mediador, nunca como parte, de los procedimientos conciliatorios que como mecanismo alternos de solución de conflictos, se presentaban por parte de usuarios y empresas ante el organismo, todo de conformidad al artículo 16 *ejusdem*.

Otro antecedente de defensa de los usuarios de la actividad aseguradora, pero limitado únicamente al tema de los usuarios de las pólizas de seguros de hospitalización, cirugía y Maternidad HCM y de los contratos de medicinas prepagada, lo encontramos en la figura de la *Sala Situacional de Salud*, la cual fue creada en noviembre de 2010 y se mantiene hasta nuestros días. Se trata un convenio interinstitucional entre el INDEPABIS, la SUDEASEG y la Defensoría del Pueblo, que permite articular acciones para supervisar el cumplimiento de clínicas y seguros a la Ley, dirigido según palabras del Superintendente de Seguros para la época<sup>13</sup> *“a que se cumpla el respeto al derecho constitucional a la vida, de manera que no prevalezca el carácter económico sobre la prestación del servicio de salud (...) está dirigido a la protección de la vida humana y a favorecer el mejor desempeño del sector”*. Básicamente la competencia de esta instancia administrativa de control, es velar que las clínicas cumplan lo establecido en cuanto a la regulación de los precios de los servicios médicos prestados por las clínicas y otros prestadores de servicios de salud y no incurran en abusos hacia los usuarios del sector.

Sin embargo, en fecha 23 de enero de 2014, mediante la Gaceta Oficial No. 40.340, se dicta el Decreto con Rango, Valor

---

13 Recuperado de <http://www.avn.info.ve/contenido/oficinas-regionales-indepabis-y-defensor%C3%ADa-del-pueblo-atender%C3%A1n-denuncias-sobre-salud>

y Fuerza de Ley de Precios Justos<sup>14</sup>, se deroga la Ley Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y ordena la liquidación del INDEPABIS, dejando al usuario de la actividad aseguradora, virtualmente sin mecanismos de defensa certeros, ya que la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) al momento de absorber las competencias del anterior INDEPABIS, no asume las competencias de defensa de los usuarios del Sistema Financiero venezolano, quedando a salvo lo que se refiere a la Sala Situacional de Salud, que comporta una actividad de control sobre los costos de las clínicas y servicios médicos privados del país.

Así las cosas, observamos la creciente necesidad de la creación de una figura, que en definitiva asumiera y concentrara las competencias de por si ya dispersas, de defensa de los usuarios de la actividad aseguradora. Es por ello que mediante Decreto Presidencial No 2.178, publicado en la Gaceta Oficial 6.220 Extraordinario, se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (DLAA), en cuyo artículo 129, se crea la figura del Defensor del tomador, asegurado, beneficiario, contratante, usuario y afiliado, quien corresponde ejercer de acuerdo este instrumento legal, la defensa de los “sujetos” antes mencionados. Cabe observar que debido a la multiplicidad de sujetos que intervienen en la actividad aseguradora venezolana y que son objeto de esta protección, siendo que no todos tienen el carácter de asegurados, pero que categóricamente *todos* son usuarios de la actividad; resultaría más adecuado, el denominar a esta figura como: **El Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora.**

---

14 Desde enero de 2016, Nicolas Maduro viene ejerciendo su poder, en base a un **Decreto de Estado de Excepción de Emergencia Económica**, el cual ha sido prorrogado por al menos 23 veces y que ha sido la base de todos los *Decretos-Leyes* que han sido dictados desde el año 2016 al presente. Todo lo anterior basado en el falso presupuesto de “Desacato” que el Tribunal Supremo de Justicia ha impuesto a la Asamblea Nacional. Cabe observar, que no entramos en este análisis, a considerar la inconstitucionalidad de dichos instrumentos.

A modo de conclusión de este apartado, debemos resaltar una diferencia significativa entre la figura del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora y el Defensor del Cliente y Usuario Bancario. Y es precisamente, que el primero fue creado por un acto con rango, valor y fuerza de Ley, como lo es el **Decreto-Ley** que dictó la Ley de la Actividad Aseguradora; a diferencia del segundo que fue creado en una resolución que contiene normas prudenciales y cuyo rango es *sub-legal*. Podemos afirmar entonces, que el Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, es el primer antecedente en Venezuela, *en cuanto a su rango legal se refiere*, de una figura de **Ombudsman** financiero, muy similar a la establecida en la **Ley de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor Dodd-Frank**, con la única salvedad, que, en el caso venezolano, este garante actúa en el marco de una parte del sistema financiero venezolano, como lo es la actividad aseguradora.

#### IV. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA DEL DEFENSOR DEL ASEGURADO EN VENEZUELA

Para analizar este tema de la competencia de la reciente figura del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora (como hemos preferido llamarlo en el curso de esta investigación), partiremos en primer lugar del análisis de los textos legislativos que contienen los presupuestos legales de defensa y protección del usuario de la actividad aseguradora; y en segundo lugar, del análisis de los derechos consagrados para estos usuarios, tanto en leyes como en otros instrumentos de rango sub-legal.

Como abordamos al principio del anterior apartado, la LOSFIN establece en su artículo 2, que el sistema financiero nacional, establecerá regulaciones tendientes a proteger los derechos de los usuarios de cada área que conforma la actividad financiera nacional. Es así, que el Título IV de la ley *in comento*, cuyo contenido es de tan sólo 3 artículos, está definido como

“Del Sector Asegurador”. El primer artículo de esta triada, el artículo 22, define el objeto principal de la actividad aseguradora en general; el segundo, el artículo 23 abarca las funciones a *grosso modo* del “ente” regulador; y el tercero, el artículo 24 define otras obligaciones que deben cumplir, en este caso las instituciones financieras sujetas al control de este sector. Hay que notar que el artículo 23, categoriza como “ente” a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, cuando la misma, de acuerdo a su ley, es en realidad, un órgano desconcentrado de la administración pública nacional, por ser un servicio autónomo sin personalidad jurídica. En realidad, es más apropiado llamarle “órgano regulador” u “órgano de control”. Distinto a la SUDEBAN, que si tiene el carácter de Instituto Autónomo.

Ahora bien, el artículo 23 de la LOSFIN ya citado, establece en su numeral 2º, que el órgano regulador deberá *“garantizar que las compañías de seguros, puedan cumplir en cualquier momento sus obligaciones y que los intereses de sus usuarios y usuarias estén suficientemente protegidos”*. Aquí nos topamos con un problema, uno de omisión, quizás por la técnica legislativa, ya que sólo se menciona que el órgano de control debe suficientemente proteger a los usuarios de las “compañías de seguros”; cuando el sector asegurador está conformado no sólo por las compañías de seguros, sino también, como muy bien se apunta en el apartado anterior, hacen vida en él una multiplicidad de sujetos regulados, muchos de los cuales tienen contacto directo con usuarios, a saber: cooperativas de seguros, financiadoras de prima, empresas de medicina prepagada, administradoras de fondos, intermediarios de seguros, entre otros. Vale acotar, que la LOSFIN fue sancionada y promulgada en el año 2010 y posteriormente a ello, en el mismo año 2010, ejecutando la disposición transitoria segunda, se promulga la Ley de la Actividad Aseguradora; que no es una ley de empresas de seguros y reaseguros como estuvo diseñada anteriormente, sino que asume bajo su potestad, a la actividad aseguradora de manera global y que incluye a los sujetos regulados ya mencionados.

Un punto importante de análisis, es que la misma LOSFIN, crea un Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, denominado OSFIN; el cual analizando su articulado, viene a ser en realidad, un órgano eminentemente técnico y asesor del ejecutivo, con algunas atribuciones de coordinación con los sectores de su rectoría; por cuanto, entre sus competencias, no se incluyen ni una sola destinada a la defensa o protección de los usuarios del sistema, salvo la contenida en el artículo 14, numeral 10, que a decir verdad sólo hace mención de prohibir las prácticas discriminatorias.

El Decreto-Ley de la Actividad Aseguradora de 2016, como ya tratamos antes y siguiendo el espíritu de protección de los usuarios establecido en la LOSFIN, crea la figura del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora y que constituye el objeto de estas consideraciones; que si bien, dicha ley introduce como ya dijimos un precedente importante, también crea serios problemas de competencia a analizar y que de inmediato abordaremos.

Podemos observar que el artículo 6 del DLAA, establece una serie de atribuciones que, como órgano de control, tiene la Superintendencia de la Actividad Aseguradora. En su numeral 2º se lee: “garantizar a las personas el libre acceso a los productos, bienes y servicios, objetos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley *y proteger los derechos e intereses de los tomadores, asegurados, beneficiarios o contratantes respecto de los sujetos regulados*” (negrillas y cursillas). Podemos observar en lo destacado anteriormente, que se corrige el problema de omisión mencionado anteriormente en la LOSFIN y se engloba a todos los “sujetos regulados”. De la misma manera, el artículo 8 en sus numerales 1º, 2º y 34º, establecen que le corresponde al Superintendente de la Actividad Aseguradora, como máximo funcionario de dicho órgano de control, ejecutar de manera directa las competencias atribuidas a la Superintendencia, dictar en cumplimiento de las mismas, los actos administrativos de efectos generales o

particulares, inherentes a las competencias atribuidas y dictar el reglamento interno de la organización. Por lo tanto, a los efectos que nos interesan en este análisis, podemos decir, que la competencia de la defensa y protección de los derechos de los usuarios del sistema asegurador, recae en primer término, en cabeza del Superintendente de la Actividad Aseguradora.

Siguiendo el mismo hilo conductor, el capítulo XI del DLAA, intitulado **“De la protección del tomador, asegurado, beneficiario, contratante, usuario y afiliado”**, establece en el artículo 128, una serie de derechos a los usuarios del sector asegurador y que, en suma, constituyen los derechos a ser protegidos por el Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora. De hecho, ese mismo capítulo, en el artículo siguiente, es decir, el artículo 129, dispone la creación de esa figura de protección. Dicho artículo es a tenor siguiente:

**“Defensor del tomador, asegurado, beneficiario, contratante, usuario y afiliado**

**Artículo 129.** Las empresas de seguros, las asociaciones cooperativas que realizan actividad aseguradora y las empresas de medicina prepagada, están obligadas a atender los reclamos que les presenten los tomadores, asegurados, beneficiarios o contratantes, usuarios o afiliados, respecto de los sujetos regulados, con ocasión a las controversias derivadas de la ejecución del contrato y cualquier otra operación relacionada con la actividad aseguradora.

*El ministro o la ministra con competencia en materia de finanzas, autorizará la creación de las dependencias de la superintendencia de la actividad aseguradora a quien corresponda ejercer la defensa de los derechos, y a tales fines se crea la figura del Defensor del tomador, asegurado, beneficiario, contratante, usuario y afiliado, y el reglamento interno establecerá las atribuciones de la misma.* (Negrillas, subrayado y cursivas nuestras).

En el artículo anteriormente citado, destacamos un elemento de importancia y que no podemos pasar por alto, ya que resulta fundamental en el análisis de este apartado. Si bien en los párrafos precedentes, establecimos como, *en primer término*, la competencia de la defensa y protección de los derechos de los usuarios del sistema asegurador, recae en el Superintendente de la Actividad Aseguradora; *en segundo término*, vemos que corresponde es al Ministro o la Ministra con competencia en materia de finanzas, *autorizar* la creación de las dependencias de la superintendencia de la actividad aseguradora, a quien corresponda ejercer la defensa de los derechos, es decir, el Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora. De igual forma, el final del artículo citado, establece que el *reglamento interno* establecerá las atribuciones de dicha figura y como también mencionamos en los párrafos anteriores, le corresponde al Superintendente, dictar el reglamento orgánico de la institución.

A tal efecto y en concordancia con este análisis, la **Disposición Transitoria Sexta** del DLAA, establece que *“dentro de los ciento ochenta días hábiles siguientes, a la fecha de entrada de en vigencia de del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, La Superintendencia de la Actividad Aseguradora deberá crear la Oficina con Competencia en materia de defensa de los tomadores, asegurados, beneficiarios, contratantes, usuarios o afiliados, previa autorización del Ministro con competencia en materia de finanzas”* (cursillas y negrillas nuestras).

De manera que, es al Ministro y no al Superintendente, a quien le corresponde jerárquicamente y de acuerdo al DLAA, autorizar la creación de dicha dependencia en la estructura orgánica de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora y sólo después de esta autorización, el Superintendente puede dictar el reglamento orgánico que fije sus atribuciones. Se advierte entonces, un conflicto de competencia y que debe ser atendido con la debida diligencia, so pena, de la nulidad de los actos por incompetencia, que emanen de esta figura de Defen-

del Usuario de la Actividad Aseguradora; ya que *en esta especialísima materia de protección y defensa*, el Superintendente de la Actividad Aseguradora, no puede delegar su competencia sin la autorización de su superior jerárquico.

Dicho de otro modo, no puede el Superintendente, designar un Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, muy a pesar que sobre él recae la atribución dada por el DLAA de defensa y protección de los intereses de los usuarios del sistema asegurador, ni mucho menos, delegar en dicha figura, mediante reglamento orgánico, estas competencias de defensa y protección, *sin antes ser autorizado por el Ministro correspondiente* y esa autorización, dicho sea de paso, de acuerdo a los principios que informan la actuación de la Administración Pública contenidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>15</sup>, a saber, en este caso: el *Principio de Competencia*, el *Principio de Jerarquía* y *Principio de Publicidad Normativa*, entre otros, debe ser expresa y contenida por tanto, en una resolución ministerial publicada en la Gaceta Oficial, donde se acuerde la creación de dicha figura y que además autorice al Superintendente, a que se deleguen en dicho funcionario, las competencias aludidas para la protección de estos derechos.

Otro punto a analizar del artículo en cuestión, es que define que las competencias o atribuciones de la figura del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, deben ser establecidas por *reglamento interno u orgánico*. Al estar contenido tal requisito en un instrumento de rango legal, mal puede el Superintendente, utilizar otra figura que no sea el reglamento orgánico o reglamento interno, para fijar el marco de actuación de dicho defensor. A tal efecto, el reglamento orgánico de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora que se encuentra vigente, fue dictado mediante Providencia Administrativa

---

15 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en Gaceta Oficial No 6.147 Extraordinaria, de fecha 17 de noviembre de 2014.

No FSAA-9-003478, publicado en la Gaceta Oficial No 39.862, de fecha 10 de febrero de 2.012; mucho antes de la creación, mediante Decreto-Ley de la figura en análisis.

Para finalizar, al momento de esta investigación, si bien mediante notas de prensa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, se conoce de la designación y juramentación de una funcionaria como primera "Defensora del Asegurado"<sup>16</sup>, no se tiene conocimiento de la Providencia Administrativa publicada en Gaceta Oficial que la designe, ni mucho menos, se puede conocer si se cumplieron los extremos legales ya comentados para su nombramiento. Es digno de mención, que mediante *Aviso Público* de fecha 16 de agosto de 2017 y disponible en su página web; valga decir que mucho tiempo después de haber transcurridos los 180 días hábiles a los que hace alusión la **Disposición Transitoria Sexta** del DLAA, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, notificó del inicio del proceso de consulta pública de las "**Normas que Regulan el Sistema Para la Defensa de los Derechos del Tomador, Asegurado, Beneficiario, Contratante, Usuario y Afiliado**"<sup>17</sup>. Al momento de escribir estas líneas, no se conocen aún las resultas de dicha consulta pública y tampoco se han publicado dichas normas en la Gaceta Oficial; advirtiéndose, además, que en dichas normas en consulta, se crea la oficina de Defensoría del Asegurado con sus respectivas atribuciones, siendo importante aclarar que estas normas son distintas al reglamento orgánico o reglamento interno que según estipula el decreto-ley, debe dictarse para fijar las competencias del Defensor del Asegurado.

Por lo que en conclusión, se puede afirmar que existe un problema de competencia en tan importante figura de defensa de derechos de los usuarios del sistema financiero, ya que

---

16 Nota de prensa: "Designada Primera Defensora del Asegurado". Recuperado de <http://www.sudeaseg.gob.ve/?p=3843>

17 Aviso público de consulta. Recuperado de [http://www.sudeaseg.gob.ve/?post\\_type=document&p=5775](http://www.sudeaseg.gob.ve/?post_type=document&p=5775)

no se conoce en Gaceta Oficial de la autorización del Ministro con competencia en materia de finanzas para la creación de su dependencia; ni tampoco de la modificación del reglamento interno existente, para la inclusión de dicha oficina con sus respectivas atribuciones en la estructura organizativa del órgano de control; ni mucho menos, que la designación de este importante funcionario se encuentre en Gaceta Oficial.

Todo lo anterior, más allá de la novedosa figura creada con rango legal y que garantiza el ejercicio de derechos de los usuarios de un sistema tan importante, como lo es el sector asegurador, deja en evidencia, que desde el punto de vista estrictamente del análisis legal, dichos usuarios se encuentran prácticamente en completa indefensión, por no cumplirse los extremos legales de atribución de competencia de esta figura. Ya lo decía John Fitzgerald Kennedy en su discurso citado al comienzo de estas consideraciones: *“El Estado tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses”*.

## V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto en el análisis de la Figura del Defensor del Asegurado, o como preferimos llamar, el Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, se plantea una serie de cuestiones a tener en cuenta, a saber:

- 1) No cabe duda de que los Derechos de los Consumidores y/o Usuarios son Derechos Humanos, y por tanto el Estado, debe garantizar su protección en las diversas áreas donde se llevan a cabo las relaciones de consumo; siendo un área de vital importancia por lo que económicamente representa para un país y por la naturaleza de las relaciones que en dicha área se dan, lo tocante al Sistema Financiero Nacional en general.

- 2) La figura del Figura del Defensor del Asegurado, o como preferimos llamar, del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, constituye la primera figura de su tipo, es decir, en el ámbito del sistema financiero nacional, que tiene rango legal en Venezuela, por lo que constituye un antecedente de vital importancia en nuestro sistema de derecho.
- 3) Existe un serio problema de competencia en la Figura del Defensor del Usuario de la Actividad Aseguradora, el cual, *so pena de la nulidad de sus actos*, debe urgentemente subsanarse, a tal efecto se recomienda al órgano competente, que pueda tomar en cuenta las consideraciones esgrimidas en los párrafos anteriores y corregir los vicios que afectan a tan importante y novedosa figura de protección de derechos en Venezuela.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BAUMEISTER Toledo, Alberto. Exposición de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (Avedese-Aida) Sobre el "*Desempeño Social del Sector Seguros. Su Marco Regulatorio. Tendencias Mundiales*".

BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 3ª Edición. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1984.

CHANG de Negrón, Kimlen. *Instituciones Financieras*. II Edición. Vadell Hermanos. Caracas, 2004

CHANG de Negrón, Kimlen. *Seguros en Venezuela*. (Según la nueva Ley de la Actividad Aseguradora). Vadell Hermanos. Caracas, 2011.

GONZALEZ Porras, Enrique R. Regulación del Sector Seguros: *Un Enfoque de Competencia para la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en Venezuela*. Basados en el Decreto Ley Publicado en Gaceta Oficial N° 5.553 Extraordinaria del 12 de Noviembre de 2001. Este documento formó parte de las sesiones y discusiones abiertas en la Comisión Especial para la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y la Ley de Contratos de Seguros, perteneciente a la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

HERNANDEZ Mendible, Víctor Rafael. *Estudios de Derecho Público*. Tomo II. UCAB. Caracas. 2004.

PEÑA Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Volúmenes I y II. Colección de Estudios Jurídicos del TSJ. Caracas. 2003.

SOSA Gómez, Cecilia. El derecho económico de todos a disponer de bienes y servicios de calidad en Venezuela, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano No 16*, septiembre-diciembre de 2018, pp 439 a 470. Caracas. Recuperado de <http://redav.com.ve/>

# “MORA E INFLACIÓN”: PEDRO NIKKEN, MÁS ALLÁ DE LOS DERECHOS HUMANOS

**María Candelaria Domínguez Guillén<sup>1</sup>**

*Resumen: Se reseña la posición de Pedro Nikken sobre la interpretación del Código Civil respecto a la mora en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias ante a la depreciación monetaria, para concluir en su plena vigencia en la actualidad.*

*Palabras clave: Mora. Inflación. Obligación pecuniaria. Dinero. Derechos Humanos.*

*Abstract: The position of Pedro Nikken on the interpretation of the Civil Code regarding the delay in the fulfillment of the pecuniary obligations against the monetary depreciation is reviewed, to conclude in its full force at present.*

*Key words: Arrears. Inflation. Pecuniary Obligations. Money. Human Rights*

*“Recibir cantidades de dinero erosionadas durante la mora, constituye en sí mismo un perjuicio que es consecuencia directa del incumplimiento del deudor”.*

Pedro Nikken<sup>2</sup>

Recibido: 9 de febrero de 2020 Aceptado: 07 de julio de 2020

- 
- 1 Universidad Central de Venezuela, Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Doctora en Ciencias mención “Derecho”; Profesora Titular; Investigadora-Docente del Instituto de Derecho Privado.
  - 2 Nikken, Pedro: “Mora e inflación”, Revista de Derecho Público N° 43, 1990, p. 23, [www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../rdpub\\_1990\\_43\\_17-24.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../rdpub_1990_43_17-24.pdf)



## SUMARIO

### Introducción

- I. A propósito de las ideas de Nikken sobre mora e inflación
  - II. Nominalismo, valorismo y corrección monetaria
  - III. ¿Tema de derechos humanos?
  - IV. Moneda extranjera
- A manera de conclusión

## INTRODUCCIÓN

Hace treinta años, Pedro Nikken publicó “*mora e inflación*”, un novedoso artículo ante la inflación que comenzaba a golpear al venezolano. Su sencilla pero certera visión del fenómeno de la mora ante la depreciación monetaria y la correcta interpretación de la escueta normativa del Código Civil sigue teniendo plena vigencia hoy en día, o más bien, más vigencia que nunca. Con las presentes líneas nos pasaremos someramente en torno a las ideas del autor, a fin de participar en su póstumo homenaje, cuyo aporte a la doctrina jurídica –como se evidencia de nuestro título– superó la esfera de los Derechos Humanos a la cual suele generalmente asociársele<sup>3</sup>, extendiéndose al área del Derecho Civil<sup>4</sup>. Ello sin perjuicio de que casualmente, alguna

3 Véase: *Pedro Nikken hombre de bien, de los derechos humanos y de paz*, CEPAZ, 3-2-20, <https://cepaz.org/articulos/pedro-nikken-hombre-de-bien-de-los-derechos-humanos-y-de-paz/>; Cañizales, Andrés: *Pedro Nikken (1945-2019): la esperanza y la experiencia*, 9-12-19, <https://prodavinci.com/pedro-nikken-1945-2019-esperanza-experiencia/> Figura clave en el mundo latinoamericano de los derechos humanos.

4 Véase también todos de Nikken, Pedro: “La impugnación de la aceptación de la herencia por los acreedores personales del heredero. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 9 (1969-1970), pp. 97-117; “Viejos y nuevos problemas en torno a la posesión de estado”. En: *Libro homenaje a José Mélich Orsini*. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Imprenta Universitaria, 1983, Vol. II, pp. 645-701; “Objeto y ámbito de la posesión en el Derecho Romano”, En: *Estudios de Derecho. Homenaje*

decisión del Máximo Tribunal asoma la noción de “derechos humanos” a propósito de la indexación. No pretendemos pues profundizar en la compleja temática de la indexación o corrección monetaria a la que nos hemos referido otras veces<sup>5</sup>, siendo tema recurrente en doctrina<sup>6</sup>, sino pasearnos por algunas de sus aristas a la luz de la obra de nuestro homenajeado.

---

a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario, T. i (Estudios de Derecho privado). Coords. Alberto Baumeister Toledo y Carmen Graciela de Bracho, UCAB, Caracas, 2004, pp. 507-537; “Reivindicación y usucapión de baldíos”, *Revista de Derecho Público* N° 27, julio-septiembre 1986, pp. 163-174.

- 5 Véase nuestros trabajos: Curso de Derecho Civil iii Obligaciones, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, pp. 131-140, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve); “Consideraciones procesales sobre la indexación laboral”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 117, UCV, Caracas, 2000, pp. 215-286, [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv\\_2000\\_117\\_215-286.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_215-286.pdf); *La indexación: su incidencia a nivel de los tribunales laborales de instancia*, Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996; “La indexación laboral”. En: Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren. T. i. UCV, Caracas, 2001, pp. 209-243; “El período indexatorio a juicio de la Sala de Casación Social”. *Revista de Derecho* N° 3, TSJ, Caracas, 2000, pp. 439-463; “La indexación de las prestaciones debidas a los funcionarios públicos”. En: *Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela. 20 años Especialización en Derecho Administrativo*. Vol. i. UCV. Caracas, 2001, pp. 329-340, <https://derechoadministrativoucv.com.ve/files/library/homenaje-01-15.pdf>; “Comentarios a la sentencia del 17-5-2000 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Especial referencia al daño moral y la indexación (Caso José Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón S.A.)”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119, UCV, Caracas, 2000, pp. 197-232, [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/119/rucv\\_2000\\_119\\_197-232.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/119/rucv_2000_119_197-232.pdf); *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009, pp. 88-91.
- 6 Véase: Gramcko, Luis Angel: *Inflación y Sentencia*. Vadell Hermanos, Caracas, 1993; Condorelli, Epifanio: *Régimen Procesal de la Indexación*. Librería Editorial Platense S.R.L., La Plata, 1978; Gurfinkel De Wendy, Lilian N: *Depreciación Monetaria. Revaluación de obligaciones dinerarias*, Ediciones Depalma, 2ª edic., Buenos Aires, 1977; Uribe Restrepo, Luis Fernando: *Las Obligaciones Pecuniarias frente a la inflación*. Temis S.A., Bogotá, 1984; Risolia, Marco Aurelio: *La Depreciación Monetaria y el Régimen de las obligaciones contractuales*. *Monografías Jurídicas* N° 21, Abeledo- Perrot, Argentina, 1960; Zannoni, Eduardo A: *Revaluación de Obligaciones dinerarias (“indexación”) Síntesis doctrinaria y jurisprudencia*. Astrea, Buenos Aires, 1977; Tomasello Hart, Leslie: *Las obligaciones de dinero: Régimen de Reajuste e Intereses*. Valparaiso, Edeval, Chile, 1983; Martin Ballester, Luis. *El Pago de*

## I. A PROPÓSITO DE LAS IDEAS DE NIKKEN SOBRE MORA E INFLACIÓN

Nadie, absolutamente nadie, puede decir válidamente que la inflación le es ajena<sup>7</sup>, pues por ella cada vez adquirimos menos cosas<sup>8</sup>. La palabra inflación ha dejado de ser exclusiva de los

---

*Prestaciones Debidas en Moneda Devaluada*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951; López Santa María, Jorge. *Obligaciones y Contratos Frente a la Inflación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978; Hernández Gil, Antonio: *Aspectos Jurídicos de la Inflación*. Ministerio de Hacienda, Madrid, 1976; Nute, Ana Raquel: *Obligaciones Dinerarias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Casiello, Juan José: *Desvalorización Monetaria. Su incidencia en las obligaciones de dar sumas de dinero*. Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1961; Namén Vargas, William: “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”. *Revista de Derecho Privado* N° 3, Enero-Junio 1998, pp. 31-64, <http://revistas.uexternado.edu.co>; López Santa María, Jorge: “La inflación en las obligaciones contractuales”. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 5, N° 1-6, 1978, pp. 131-141, <https://dialnet.unirioja.es/>; Aldana Gantiva, Carlos Andrés: *La indexación y la capitalización de intereses: entre la teoría, la realidad y la justicia*, Monografía de investigación profesoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Junio 2003, Direct. Marcela Castro de Fuentes, <http://repositorio.uniandes.edu.co>; Silva Ruiz, Pedro: “Inflación y Derecho contractual”. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 1985, pp. 407-433, [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx); Parellada, Carlos Alberto: *Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código civil y en el proyecto de la legislación civil y comercial*, Universidad de Mendoza, 1991, pp. 183-231, [www.um.edu.ar](http://www.um.edu.ar); Cifuentes Aguayo, Mauricio y Sonia Mendoza Rodríguez: *La Corrección Monetaria en el Derecho Laboral*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1985; Yanzuzzi, Salvador: “Inflación y Derecho. Doctrina Jurisprudencial del Alto Tribunal de la República en materia inflacionaria”, *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 158, Caracas, enero-junio 2019, pp. 253-294, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf>

7 Acedo Quezada, Octavio: “El cumplimiento de las obligaciones dinerarias en época de inflación a propósito de la UDIS”. *Aequitas Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, N° 24, Segunda época, México, agosto 1995, p. 55 <http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/publicaciones/aequitas24.pdf>

8 *Ibíd.*, p. 66, Quizá, sobre este tema de la inflación, baste decir, que la misma, significa hoy comprar o adquirir menos cosas o servicios con más dinero que antes. Es decir, se requiere más dinero para comprar las mismas cosas que antes adquiríamos con menos, ésta es la triste realidad de la inflación.

teóricos<sup>9</sup>, pues devoró la economía venezolana<sup>10</sup>. La inflación, aún moderada, no es inocua. Ella va generalmente asociada a súbitas aceleraciones y desaceleraciones de los precios y cambios bruscos en los precios relativos<sup>11</sup>. La inflación, desde una visión elemental, es un incremento permanente<sup>12</sup> del nivel de precios<sup>13</sup> que responde a múltiples circunstancias, para

---

9 Casiello, ob. cit., p. 14.

10 Romero Muci, Humberto: "Sobre la deducibilidad de la pérdida monetaria por inflación en el impuesto sobre la renta. Un caso de resistencia constitucional". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 10-ii Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, p. 650. [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) ; Romero Muci, Humberto: "Apertura del acto", *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, Caracas, enero-junio 2019, p. 195, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf> "La hiperinflación es el problema económico más acuciante que aqueja hoy a los venezolanos".

11 Heymann, Daniel: *Tres ensayos sobre inflación y políticas de estabilización*, Documento de Trabajo 18, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cepal, Buenos Aires, febrero 1986, p. 1, <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28518/S8600690.pdf?sequence=1>

12 Losada, Benito Raúl: "Inflación: Causas, consecuencias, control inflacionario". En: *Inflación y Derecho. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1994, p. 13, solo podemos identificarla cuando tal aumento se mantiene durante cierto tiempo; Noguera Santaella, José: "Política monetaria y metas de inflación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) , cita a Friedman quien refiere que se trata de un "aumento constante y sostenido en los precios".

13 Véase igualmente: García Montoya, Luis: "La incidencia de la inflación en el mercado de capitales Aspectos legales". En: *Inflación y Derecho. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1994, p. 301, es un aumento general de los bienes de consumo y factores productivos. También es la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Es una enfermedad de la moneda cuyo mayor efecto es el aumento relativo de los precios; Portus Govinden, Lincoyán: *Matemáticas Financieras*. McGraw-Hill Interamericana S.A., 4ª edic., Colombia, 1997, p. 372; Chen, Chi-Yi: "Salario, empleo e inflación". *Revista sobre Relaciones Industriales y laborales* N° 12/13, Año 5, Universidad Católica Andrés Bello, enero-diciembre 1983, pp. 11-47, La inflación se define como un proceso de aumento continuo del nivel general de precios, que se traduce en una continua disminución del poder adquisitivo de la moneda. Se trata de un desequilibrio entre flujos de bienes y de servicios y flujos monetarios. (ibíd., p. 12).

algunos imputable básicamente al Estado<sup>14</sup>. La hiperinflación, más aun, degrada el poder adquisitivo del dinero y trastorna la distribución del ingreso<sup>15</sup>. Pero, aunque parezca prometedo, se afirma que “la inflación es un mal curable”<sup>16</sup> aunque se esté afectado –como en efecto estamos– de la “inercia inflacionaria”<sup>17</sup>. Tal vez lo más grave de la inflación es que el

---

Véase también: Maza Zavala, D.F.: “El fenómeno de la inflación en la economía venezolana”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 21-33; Losada, ob. cit., pp. 13-26; Silva Ruiz, ob. cit., p. 408, hay mucho dinero en circulación y pocos bienes y servicios; Heymann, ob. cit., pp. 2-25, especialmente p. 2, El origen de la inflación ha dado lugar a muchas polémicas inconclusas. En parte, ello se debe a que la pregunta misma es ambigua. En una situación inflacionaria crecen simultáneamente, aunque no siempre al mismo ritmo, las distintas categorías de precios, los salarios, el tipo de cambio, los agregados monetarios.

- 14 Véase: Fraga Lo Curto, Luis: “Soluciones institucionales a la crisis inflacionaria”. *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 9, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, 2016, pp. 219-264, [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/9/REDAV\\_2016\\_9\\_219-264.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/9/REDAV_2016_9_219-264.pdf). Mónico, Miguel: “Hiperinflación y control de precios”, *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, Caracas, enero-junio 2019, pp. 295-322, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf>, especialmente p. 297, “La inflación o la hiperinflación, cuando la primera alcanza los niveles para ser considerada como tal, poseen múltiples causas. Escasez, falta de producción, aumento exagerado de la masa monetaria, pérdida del valor de la moneda”.
- 15 Carballo Mena, César Augusto: “Relaciones laborales y crisis económica”, *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, Caracas, enero-junio 2019, p. 243, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf>
- 16 Maza Zavala, ob. cit., p. 32.
- 17 *Ibíd.*, p. 30, una especie de expectativa acerca de la persistencia de la inflación, según la experiencia inmediata o mediata, que induce a un comportamiento de los agentes y sujetos económicos proclive a dicha persistencia; De Krivoy, Ruth: “Hacia la estabilidad monetaria en Venezuela”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 39, la sociedad ha desarrollado diversos mecanismos frente a la inflación casi aceptando como “irremediable” la continuación del proceso de alza en los precios. Con ello se ha arraigado la inercia inflacionaria que retroalimenta temporalmente la inflación.

dinero deja de ser parcialmente tal<sup>18</sup>. Pero no nos detendremos en tan densa figura económica sino en sus efectos jurídicos en materia de obligaciones de dinero.

Si bien toda la temática del Derecho Civil tiene un estrecho contacto con la vida del hombre común, la de las obligaciones de dar sumas de dinero le es especialmente cercana, pues se trata de las más corrientemente contraídas por la generalidad de los ciudadanos<sup>19</sup>. El dinero cumple funciones económicas y jurídicas, lo cual hace que a menudo el cumplimiento de una función lo haga entrar en conflicto con la eficacia en el desempeño de otra. Sin la existencia del dinero, el comercio se ve obligado al trueque, con grandes inconvenientes, pues el interés debe ser recíproco entre los permutantes<sup>20</sup>. Pero la permuta dio paso a la invención del “dinero”, instrumento versátil que como medida de valor fija el precio de las cosas y es un medio de pago<sup>21</sup>. El dinero tiene un valor en el tiempo que el jurista no puede desconocer<sup>22</sup>. La obligación se inserta en un contexto económico predeterminado, en el cual inciden las alteraciones económicas y la variación de valor en virtud de la coyuntura, las decisiones políticas y el paso del tiempo. El dinero es una

---

18 Hernández-Bretón, Eugenio: “Bienestar, inflación y responsabilidad moral: el ideario de Joaquín Sánchez-Covisa”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 8 edición homenaje a Juristas españoles en Venezuela, 2017, p. 51, cita a Sánchez-Covisa, se convierte en una forma de confiscación del ingreso y del ahorro de las personas.

19 Parellada, ob. cit., p. 183.

20 *Ibíd.*, p. 185.

21 Domínguez Guillén, María Candelaria: “La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10bis, IDIBE, Junio 2019, p. 201, <http://idibe.org/>; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 25, el dinero es la medida del valor de los distintos bienes y servicios; Blasco Gascó, Francisco y otros: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 87, el dinero es medio de pago y de intercambio y medida de valor; Hayek, Friedrich A.: *La desnacionalización del dinero*. Unión Editorial. Trad. C. Liaño, Madrid, 1983, p. 28, las piezas de metal solo se consideraban dinero auténtico si llevaban el sello de la autoridad correspondiente.

22 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III...*, p. 135, nota 323.

unidad con función de medición económica que fija el valor de las cosas y sirve para su intercambio<sup>23</sup>.

La depreciación de la moneda es un fenómeno económico y no jurídico. La misión del legislador, del jurista y del juez, no puede ser sino enfrentar coyunturalmente la situación como *factum* dado para paliar los efectos de la depreciación monetaria y propender al logro de la justicia conmutativa<sup>24</sup>. La inflación en el cumplimiento de las obligaciones supone la solución de un problema desde el punto de vista del Derecho, que dependerá de la concepción que tengamos de la naturaleza y función de la moneda<sup>25</sup>. ¿Cómo justificar jurídicamente la corrección monetaria de las obligaciones de dinero?. Es mucho lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia para resumir en pocas líneas. Pero nos centraremos en referir las ideas de nuestro homenajeado, a fin de responder a la reclamada por muchos “base legal” que autorizaría la corrección monetaria<sup>26</sup> en materia civil en caso de mora de obligaciones de dinero, al margen del ínfimo interés legal moratorio.

Cualquier ejemplo sería comprensible no solo por el abogado sino por el ciudadano común que sufre cada día cómo se desvanece el valor de su dinero ante el efecto inflacionario. Y así, si debemos pagar en un mes la cantidad de diez millones de bolívares, ¿tendrá sentido pagar exactamente esa misma cantidad de dinero dos años después? La respuesta hoy parece

---

23 Namén Vargas, ob. cit., p. 35.

24 Zannoni, ob. cit., pp. 6 y 7. Véase, sin embargo: Scaduto, Gioachino: *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*. Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924, p. 212, indicaba hace casi un siglo que el problema de la depreciación monetaria es fundamentalmente económico y no jurídico, pues no puede una ley estabilizar la vida económica y el valor del dinero.

25 Baumeister Toledo, Alberto: “Inflación y proceso”. En: *Inflación y Derecho. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1994, p. 123.

26 Condorelli, ob. cit., p. 33, mediante la aplicación de determinados índices, se trata de recomponer la ecuación económica inicial en las obligaciones dinerarias, cuando éstas resultan azotadas por el flagelo de la inflación.

obvia. Especialmente considerando que “el tiempo es un factor preponderante en el plano relevante en las distintas etapas de desarrollo de las relaciones jurídicas”<sup>27</sup>. De allí que la mora o retraso culpable en el cumplimiento de la obligación contractual dineraria pueda generar efectos superiores al simple interés legal.

Autores clásicos trataron ampliamente el tema de la mora, la inflación y las deudas de dinero. Con particular brillo Rodner Smith se paseó por toda la temática jurídica asociada al dinero<sup>28</sup>. Otro tanto vale citar igualmente a Enrique Lagrange<sup>29</sup>

---

27 López Cabana, Roberto M.: *La demora en el Derecho Privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p.17.

28 Véase gran parte de su amplia bibliografía en nuestro trabajo: “A propósito de las Obligaciones en la obra de Rodner Smith”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) (en prensa); Rodner Smith, James Otis: *El dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*. Editorial Anaucó, 2.<sup>a</sup>, Caracas, 2005, pp. 487-489 y 576, a su decir, se debe acoger uno o ambos de los siguientes: aplicar la indemnización de daños mayores, así como el interés legal e interés real; para el autor el resarcimiento de los daños mayores no significa una indemnización por ajuste de inflación.

29 Lagrange, Enrique: “Retardo en el Cumplimiento de Obligaciones Pecuniarias y Depreciación de la Moneda”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 327 y ss.; Lagrange, Enrique: “Retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y depreciación de la moneda”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello* N° 49, 1994, pp. 231-312, [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/49/UCAB\\_1994\\_49\\_312-229.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/49/UCAB_1994_49_312-229.pdf) el retardo en el cumplimiento es susceptible de causar al acreedor daños mayores que el perjuicio moratorio... La depreciación de la moneda no constituye en sí misma un daño resarcible (ibid., pp. 307 y 308).

y José Mélich Orsini<sup>30</sup>, entre otros<sup>31</sup>. Enfocados en los “mayores daños” distintos a los intereses, pero que no coincidían necesariamente con la inflación y por ende debían ser objeto de prueba. Lo cual propinaba una pesada prueba para el acreedor cuya carga caía en la esfera de la responsabilidad civil. Morles Hernández señaló que la inflación estaba produciendo “un fenómeno de interpretación no ortodoxa de disposiciones legales que habían permanecido al margen de controversias teóri-

---

30 Véase todos de Mélich Orsini, José: “Nominalismo Versus Valorismo”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 61, el autor indica que si no hay una explicación plausible del art. 1.277 CC es evidente que la intención del legislador no ha sido conferir al juez la potestad de transformar toda deuda de dinero en deuda de valor; “La inflación y la mora”. En: *XIX Jornadas Domínguez Escovar. Inflación y Derecho*. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 45-77, especialmente pp. 61 y 62, el acreedor deberá probar el daño... la pérdida del valor adquisitivo de la moneda no puede dar lugar a una acción de resarcimiento sino “a condición de que se compruebe que el retardo en el pago de la suma debida causó un daño específico”; “El Cumplimiento de las Obligaciones Pecuniarias en el Derecho Venezolano”. En: *Revista de Derecho Mercantil*, Caracas, 1987, Año II, N° 4; Doctrina general del contrato. 5.ª edic., reimp., Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 636-654.

31 Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis: “La inflación y los contratos que no la prevén”. En: *XIX Jornadas Domínguez Escovar. Inflación y Derecho*. Barquisimeto, Tipografía Litografía Horizonte C.A., 1994, pp. 42 y 43, nos parece evidente y necesario que se dicte un texto legal para contra restar el peso de la tradición de interpretar que el art. 1737 CC relativo al mutuo constituye la expresión del principio general en nuestro Derecho del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias; Baumeister Toledo, ob. cit., p. 169, indica que en los casos en que se reconozca la obligación de indemnizar los daños derivados de incumplimiento de deudas dinerarias, debe considerarse deuda de valor no sujeto al principio nominalista; Michelena, Santos: “Crítica a la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia sobre el efecto de la devaluación de la moneda en el monto de las obligaciones”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, pp. 415-425; Zambrano Velasco, José Alberto: *Teoría General de la Obligación (Parte General de las Obligaciones)*. La estructura. Edit. Arte, Caracas, 1985, pp. 297-328.

cas”, como los artículos 1277 y 1737 del CC<sup>32</sup>. Para Gramcko no existía contradicción alguna entre ambas normas del CC<sup>33</sup>.

Pero ha de admitirse que la corrección monetaria no es una pena al deudor moroso ni un resarcimiento de daños y perjuicios sino un mecanismo corrector<sup>34</sup>, derivado de la mora, destinado a mantener el equilibrio patrimonial entre acreedor y deudor, para que ninguno de ellos se pueda considerar ni perjudicado ni beneficiado<sup>35</sup>.

Nikken señaló que el artículo 1277 del CC -inspirado a su vez en el CC italiano de 1865 (art. 1231) dispone: “*A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Se deben estos daños desde el día de la mora sin que el acreedor esté obligado a comprobar ninguna pérdida*”. La mayor parte de los ordenamientos inspirados en la misma norma italiana con el tiempo idearon correctivos jurídicos para compensar más allá de los intereses moratorios. Pero en nuestro medio la expresión “siempre” se tomó como sinónimo de ninguna excepción<sup>36</sup>. La doctrina venezolana no estuvo abierta pues a

---

32 Morles Hernández, Alfredo: “El Reconocimiento de los Efectos Inflacionarios en la Contratación Pública”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p, 189.

33 Gramcko, ob. cit., p. 142.

34 Condorelli, ob. cit., p. 93; López Cabana, ob. cit. 187, la actualización monetaria no está fundado en la responsabilidad civil; TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, El poder adquisitivo de la moneda es algo inherente o intrínseco a ella, representa su real valor y como tal **no tiene que ver ni con daños y perjuicios...** En consecuencia, y salvo que la ley diga lo contrario, quien pretende cobrar una acreencia y no recibe el pago al momento del vencimiento de la obligación, tiene derecho a recibir el pago en proporción al poder adquisitivo que tiene la moneda para la fecha del mismo. Sólo así, recupera lo que le correspondía recibir cuando se venció la obligación y ella se hizo exigible” (negrillas nuestras).

35 Condorelli, ob. cit., p. 94.

36 Véase, sin embargo: Bernad Mainar, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial Obligaciones*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, T. I, p. 195,

admitir el pago de daños adicionales o mayores que consagró el CC italiano de 1942 (art. 1224). La norma venezolana data de una época cuando se gozaba de estabilidad monetaria, pero ya en la década de los setenta se reseñó la injusticia de una interpretación inflexible de la disposición<sup>37</sup>.

Reseña Nikken la crítica a la interpretación tradicional que hizo la jurisprudencia en sentencias de la CPCA de 13-3-88 con ponencia de Cecilia Sosa Gómez y 28-10-87 de Román Duque Corredor que admitían la posibilidad de ajustar el monto debido al momento del pago conforme a la inflación<sup>38</sup>. De allí que atinadamente concluyó el autor que sostener que el citado artículo 1277 impone un tope a la indemnización por retardo en el cumplimiento, significa en la práctica un estímulo a la mora. Pues el deudor que incurra en ella podría obtener indirectamente la disponibilidad de sumas de dinero inferiores a los del mercado<sup>39</sup>. Ciertamente, uno de los mayores argumentos a favor de la corrección monetaria, pues sin ésta se estimula la morosidad, siendo rentable deber dinero.

Por su parte, Mélich ORSINI recomendaba una reforma legislativa, pero nuestro homenajeado con razón, señalaba que si bien era deseable esta última, no se precisaba de una reforma para encontrar en nuestro ordenamiento jurídico fundamentos sólidos para cimentar dentro del régimen jurídico de la mora una solución que descarte los perniciosos efectos de una interpretación inflexible del artículo 1277 CC. Pues pretender que

---

la interpretación de las normas legales ha de tener lugar conforme a la realidad del momento en que será aplicada, conforme una interpretación sociológica y evolutiva del Derecho. Lo que llevaría a entender que la voz “siempre” del artículo 1277 CC en el sentido de “cuando menos” y no “en todo caso”. Para el autor se pudiera asumir la expresión interés legal como interés real (aunque valdría acotar que ello no se correspondería necesariamente con una corrección monetaria).

37 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 17, cita a Mélich Orsini en la mora del deudor, 1974.

38 *Ibíd.*, p. 18, la última alude expresamente a que se está ante una deuda de valor.

39 *Ibíd.*, pp. 18 y 19.

sus efectos se limitan al interés legal choca con el principio jurídico relativo a que la mora pone a riesgo del deudor el deterioro de la causa debida, en el caso concreto derivado de la depreciación monetaria. La justicia más elemental hace suponer que el deterioro no puede limitarse al interés legal<sup>40</sup>. No sólo por lo ínfimo de este último, sino por la distinta función que se reconoce entre el interés y la corrección monetaria. El principio de la “integridad del pago” demanda sin duda un pago completo ajustado al valor real de lo debido.

Concluye atinadamente Nikken conectando el artículo 1737 del CC relativo al principio nominalista que el deudor se libera con el pago de la suma debida sin que el acreedor pueda reclamar indemnización, a la par del artículo 1344 CC que coloca sobre el deudor los riesgos de la mora, por lo que la mora envuelve una verdadera agravación de la responsabilidad del deudor<sup>41</sup>. El deterioro del valor real de la moneda propiciado por el deudor moroso representa un daño al acreedor en la cosa debida, que es su poder adquisitivo. “El restablecimiento de la situación jurídica infringida no puede alcanzarse sino mediante la corrección monetaria”<sup>42</sup>. En cuanto a la prueba del daño refería críticamente Nikken una sentencia de la Corte Primera de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 4-7-90 con ponencia de Hildegard Rondón de Sansó, que, a su decir, se sustentó básicamente en una regulación convencional de los perjuicios moratorios pretendiendo exigir al demandante la prueba de la imposibilidad en que se encontró de haber procedido a hacer un empleo correcto del dinero que no recibió a tiempo. Concluyendo con acierto el autor que no existe argumento para poner a cargo del actor acreedor la

---

40 *Ibíd.*, p. 19.

41 *Ibíd.*, p. 21; TSJ/SCC, Sent. N° 000547 de 6-8-12, la depreciación de la moneda constituye un hecho previsible y que ante un incumplimiento culposo por parte del deudor agrava aún más la situación del acreedor.

42 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 22.

carga de la prueba de un hecho negativo indefinido a cargo de la víctima del incumplimiento y en beneficio del infractor<sup>43</sup>.

Cabe destacar que Pedro Nikken reseñó algo que hoy parece indiscutible, a saber, la improcedencia de una prueba distinta más allá de la mora de parte del acreedor, a quien no le compete acreditar la carga del perjuicio que le propina la inflación. De allí que posteriormente se admitiera que la inflación no precisa de prueba por tratarse de un hecho notorio<sup>44</sup>. La indexación o corrección monetaria busca neutralizar los efectos que genera en nuestros días, el hecho notorio denominado “inflación”<sup>45</sup>.

Se afirma así que en tiempos de inflación y depreciación monetaria el deudor no puede cumplir durante la mora como si ésta jamás hubiere ocurrido<sup>46</sup>. La inflación obliga, debido a su pernicioso efecto, reductor del poder adquisitivo de la moneda, en aras de la equidad, a una corrección o enmienda de los efec-

---

43 *Ibíd.*, p. 23.

44 Véase *infra* N° II; Escovar León, Ramón: “Aspectos procesales de la indexación judicial”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 400, la inflación es un hecho notorio y la depreciación monetaria es una máxima de experiencia ya que forma parte de la experiencia común de cualquier ciudadano; Yannuzzi, *ob. cit.*, pp. 293, la inflación es un hecho notorio; Coronel F., Francisco E.: *Efectos que los atributos de justicia, suficiencia, vitalidad, movilidad y dignidad del salario tienen sobre el ajuste de su cuantía*, Trabajo especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho laboral, UCV, FCJP, CEP, Caracas, 2011, p. 15, <http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3481/1/T026800002809-0-trabajoespecial23-coronelf-000.pdf> su caracterización como hecho notorio la exime de prueba.

45 TSJ/SCS, Sent. N° 116 de 17-5-00; Condorelli, *ob. cit.*, p. 33, la “indexación” supone mediante la aplicación de determinados “índices”, se trata de recomponer la ecuación económica inicial en las obligaciones dinerarias, cuando éstas resultan azotadas por el flagelo de la inflación.

46 Muci Abraham, José: “La corrección monetaria en el Derecho Privado y específicamente en materia de daños y perjuicios”. En: *Efectos de la Inflación en el Derecho*. Serie Eventos 9. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1994, p. 123.

tos normales u ordinarios del incumplimiento del deudor<sup>47</sup>. El valor real del dinero se evapora; se vacía en el tiempo si el deudor frustra el cumplimiento oportuno<sup>48</sup>. La mora o el retraso culposo de la obligación debe necesariamente tener un efecto jurídico en las obligaciones pecuniarias, como clara manifestación del cumplimiento inexacto de la obligación con relación al tiempo. De allí la imperiosa necesidad de la corrección monetaria, la cual coexiste con el ínfimo interés legal, al cual inicialmente se pretendió limitar el retardo culposo del deudor en las obligaciones dinerarias.

Las referidas ideas de Nikken las hemos seguido a propósito del tema de la “mora” en el ámbito de las Obligaciones pecuniarias, pues entre sus efectos, amén del interés legal, se ubica ciertamente la procedencia de la corrección monetaria o indexación<sup>49</sup>. Es evidente que el paso del tiempo en las obligaciones de dinero no puede quedar indemne en el patrimonio del acreedor, a quien no cabe exigirle una prueba que no le compete. Pues el efecto automático que produce la erosión del tiempo en la cantidad debida es diferente a la prueba ordinaria de los daños y perjuicios que pudieran acontecer por efecto adicional de la mora en las obligaciones en general<sup>50</sup> a tenor

---

47 Ibid., p. 118.

48 Ibid., p. 119, por efecto de la inflación se produciría un desequilibrio perturbador de la ecuación económica del contrato y un injusto enriquecimiento del deudor, a expensas de su acreedor; Acedo Quezada, ob. cit., p. 76, cita a Silva Ruiz, quien paga en moneda depreciada se enriquece injustamente; se apoya también en la teoría de la causa, la cual ha de existir no sólo al celebrar el contrato, sino durante todo el tiempo en que el convenio de que se trate haya de producir efectos.

49 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones...*, pp. 221 y 222, con inclusión de nota 109 a 111. Véase también: Rodríguez, Manuel Alfredo: *Heurística del Derecho de Obligaciones*, Edit. Arte, Venezuela, 2008, pp. 373 y 374, <https://books.google.co.ve/>

50 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones...*, p. 221, Pudieran derivarse en forma autónoma daños y perjuicios cuya reparación podría pretender el acreedor, lo que ciertamente debe ser objeto de prueba, con inclusión de nota 112, Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 26-4-05, Exp. KP02-V-2003-002179, <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/ABRIL/65226-KP02-V-2003>

del artículo 1271<sup>51</sup> CC. “La indexación -o ajuste inflacionario- opera en virtud del incumplimiento o retardo en el que incurre una de las partes que se ha comprometido en una obligación (contrato). De modo que la indexación comporta una justa indemnización capaz de reparar la pérdida material sufrida y compensar el daño soportado, con la finalidad de que la tardanza en el cumplimiento no comporte una disminución en el patrimonio del acreedor”<sup>52</sup> De allí que la mora pone -salvo pacto en contrario- en cabeza del deudor el peso de la inflación y el interés moratorio legal. Y dicho pacto en contrario ha de ser proporcionado, pues la autonomía de la voluntad, no tiene el poder de suprimir la esencia y sentido de la obligación hasta el punto de convertirla en contraria al orden público<sup>53</sup>.

## II. NOMINALISMO, VALORISMO Y CORRECCIÓN MONETARIA

En torno al sentido del dinero en el pago de las obligaciones pueden distinguirse básicamente dos tendencias: el nominalismo, por el cual la cantidad debida ha de ser entregada en el valor numérico o nominal del dinero; y el valorismo (también denominado “realismo”), que propugna que lo importante es el valor real del dinero, a saber, el conjunto de bienes y servi-

---

-2179-.HTML “alegado como fue por el actor, haber sufrido daños y perjuicios como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los deudores o cumplimiento tardío, lo cual fue negado en la contestación de la demanda, la prueba de los daños y perjuicios corresponde al demandante. Así se decide”.

- 51 “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.
- 52 TSJ/SConst., Sent. N° 809 de 21-9-16, <https://vlexvenezuela.com/vid/milagros-valle-ortiz-650328569> (cita sentencia de la Sala N° 2191/2006; analiza su procedencia respecto de los funcionarios públicos)
- 53 Véase infra II: Uribe Restrepo, ob. cit., p. 117, la autonomía de la voluntad reflejada en los pactos de reajuste o de salvaguarda, también sufre recortes o limitaciones por la primacía del orden público. Así ciertas modalidades específicas de cláusulas de estabilización se reputan nulas por objeto ilícito en cuanto atentan contra el orden público.

cios que con el mismo se puede acceder<sup>54</sup>. El nominalismo sostiene la inmutabilidad del valor nominal de las deudas de dinero<sup>55</sup>, pues con base al mismo se afirma que mil bolívares serán siempre mil bolívares pues lo relevante es la cantidad nominalmente considerada. Para el valorismo, mil bolívares no siempre serán tales, sino que lo determinante será el valor real de esa cantidad en determinado momento a considerarse, a saber, el conjunto de bienes y servicio a los que se puede acceder. Esta elemental explicación pone de bulto el peligro del nominalismo ante los embates de la inflación<sup>56</sup>, aunque a

---

54 Véase: Condorelli, ob. cit., pp. 20-29; Uribe Restrepo, ob. cit., pp. 27-63; Silva Ruiz, ob. cit., pp. 414 y 415, en la deuda de valor el dinero no es un bien buscado por sí mismo, sino que el mismo funciona como un equivalente de otros bienes o servicios. En las deudas de valor la cuantía de la prestación se concreta en función de un determinado poder adquisitivo; Escovar León, ob. cit., pp. 388 y 389; Díaz Carabaño, Gloria y Raúl Rueda Pinto: "Deudas de valor", *Anuario del Instituto de Derecho Comparado* N° 23, Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho, Valencia, 2000, pp. 15-42, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc23/23-1.pdf>; Hischberg, Eliana: "Los problemas monetarios contemporáneos y sus efectos legales". *Revista de la Universidad del Zulia* N° 49, enero - abril 1977, pp. 83-92; Gomes De Sousa, Rubens: "Incidencia de la inflación en el sistema tributario". *Revista de Derecho Económico* N° 19-20, 1967, p. 55, <https://revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/42203> de mayor importancia es la teoría de las llamadas deudas de valor; Namén Vargas, ob. cit., pp. 39 y 40, 42-50; Bernad Mainar, ob. cit., p. 124, "deuda nominal" es aquella que ha de cumplirse como ha sido contraída; en la misma cantidad y moneda señalada, prevaleciendo su valor nominal al margen de cuál sea su valor intrínseco; *Las reacciones del Derecho Privado ante la Inflación*: Discurso de ingreso del académico numerario, electo excmo. Sr. Dr. D. José Juan Pintó Ruiz Dr. en Derecho miembro numerario de la real academia de jurisprudencia y legislación de Cataluña y de la Real Academia de Doctors en el acto de su recepción, 28 de noviembre de 1991, y discurso de contestación por el académico de número excmo. sr. Dr. D. Laureano López Rodó, Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona, 1991, [https://racef.es/archivos/discursos/127\\_web.pdf](https://racef.es/archivos/discursos/127_web.pdf)

55 Villegas, Carlos Gilberto: *Convertibilidad e indexación. Ley 23.928 su aplicación a la actividad bancaria*. Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 60.

56 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones...*, pp. 132-135. Véase también: Escovar León, ob. cit., p. 388, "el nominalismo supone que un bolívar vale siempre un bolívar".

su favor –no obstante admitirse su injusticia– se alega la mayor seguridad jurídica y facilidad en el comercio<sup>57</sup>.

Con la llegada de la inflación la tesis nominalista hizo crisis<sup>58</sup>, pues el valor real del dinero es superior al nominal<sup>59</sup>. Ello sin perjuicio de que algunos cuestionen la utilidad práctica de la distinción, porque el valor nominal y el valor real conciernen generalmente al pago de sumas dinerarias<sup>60</sup>.

El valor nominal del dinero, con prescindencia del valor intrínseco y del valor funcional, da lugar al nominalismo monetario. Las vicisitudes económicas, la inflación o la deflación, las devaluaciones o revalorizaciones monetarias, son indiferentes para un Derecho apoyado en el valor nominal del dinero<sup>61</sup>. La ficción del nominalismo estriba en que considera que el valor económico y jurídico del dinero coinciden. Ficción que será desde luego injusta en épocas de inflación<sup>62</sup>. Por su parte, lo real y totalmente excluido de la deuda de valor no es el dinero sino su valor nominal<sup>63</sup>. Los partidarios del realismo o valorismo monetario se apoyan, justamente, en el valor en curso del dinero para defender la idea de la corrección monetaria o reajustabilidad; idea destinada a impedir que los acreedores de sumas de dinero se vean patrimonialmente menoscabados por la disminución del poder adquisitivo de ellas a consecuencia de la inflación<sup>64</sup>. El Derecho Civil no puede seguirse rigiendo por principios como el nominalista que tuvieron sentido en época de estabilidad monetaria<sup>65</sup>.

---

57 Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, 9ª edic., 3ª reimp., Madrid, 2003, Vol. II, p. 137.

58 Aldana Gantiva: cit., p. 10.

59 Namén Vargas, ob. cit., p. 43.

60 *Ibíd.*, p. 50

61 Acedo Quezada, ob. cit., p. 61.

62 Condorelli, ob. cit., p. 22.

63 Hernández Gil, ob. cit., p. 211; Lete del Río, José M.: *Derecho de Obligaciones. La Relación Obligatoria en general*. Madrid, Tecnos, 3ª edic., 1.995, Vol. I, p. 67.

64 Acedo Quezada, ob. cit., pp. 63 y 64.

65 Uribe Restrepo, ob. cit., p. 22.

En nuestro medio el asunto se paseó por la idea de que no existía en el ordenamiento venezolano una norma que diera cabida al valorismo, el cual le abre paso a la corrección monetaria o indexación, a saber, al ajuste según la inflación de la cantidad debida al momento del pago<sup>66</sup>, que reconoce el valor real del dinero ante la inflación, especialmente luego de acaecida la mora del deudor. También se dijo que el retraso en el pago quedaba compensado con el interés legal que se limita a un tres (3) por ciento anual en materia civil a tenor de los artículos 1277 y 1746<sup>67</sup> del CC. Ante la pretensión o petición de algún soporte legal que justificara la corrección monetaria por la mora del deudor, se dijo que el nominalismo está consagrado en el artículo 1737 del CC<sup>68</sup>: *“La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato. En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda antes de que esté vencido el*

---

66 Aldana Gantiva: cit., p. 8, La actualización de sumas de dinero se conoce comúnmente con el término indexación.

67 “El interés es legal o convencional. El interés legal es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual”; Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato...*, p. 637, nota 55, la fijación del interés legal de 3% anual se remonta al CC de 1873. Véase textos legales en: <http://cidep.com.ve/files/recopilacion/> y <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/LEYESYDECRETOS/>, CC de 1873, art. 1166, “A falta de convención expresa, en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento, se satisfacen con el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales. Estos daños son debidos desde el día de la mora, sin que el acreedor este obligado a comprobar ninguna pérdida”. Art. 1676: “El interés es legal o convencional. El interés legal es del tres por ciento anual. El interés convencional lo fijan libremente las partes, mientras la ley no lo tase. El interés convencional debe comprobarse por escrito”. Art. 1667 CC (equivalente al actual artículo 1737)

68 Morles Hernández, ob. cit., p. 201; Escovar León, ob. cit., p. 388; Yannuzzi, ob. cit., p. 256; Coronel F., ob. cit., p. 17.

*término del pago, el deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo, y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago”.*

Dicha norma sirvió de justificación para ir más allá del nominalismo consagrado en su primera parte, pues si se sigue leyendo inmediatamente, se admite que, por interpretación en contrario, la mora le da cabida el valorismo. Se afirmó así que la misma norma permitía sostener el nominalismo al margen de la inflación si no se ha entrado en mora; pero que acaecida ésta tal principio cedía en aras de la corrección monetaria. Se consideró que la norma no se limitaba al contrato mutuo<sup>69</sup>, y por tal, la lógica idea que cobijaba la citada disposición –aunque referida al mutuo o préstamo a interés– era predicable respecto de otras deudas dinerarias cuando se incurría en mora<sup>70</sup>. Sin

69 Véase: Escovar León, ob. cit., p. 395, la doctrina considera que el nominalismo no se circunscribe a la figura contractual típica que le sirve de marco; Rondón de Sansó, Hildegard: “El Derecho Público frente a la Inflación”, En: *Inflación y Derecho. XIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 1994, pp. 177 y 178, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que el principio que el citado artículo postula es de general aplicación a todos los contratos que consagran obligaciones dinerarias; Rodríguez Ferrara, Mauricio: *Obligaciones*. Librosca, 3ª edic., Caracas, 2007, p. 302.

70 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 21; Gramcko, ob. cit., pp. 41 y 42, 99 y 100; Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III...*, pp. 133-135; CSJ/Cas., Sent. 30-9-92, O.P.T., p. 347; CSJ/SPA, Sent. 24-9-98, O.P.T., p. 223; AMCSCMT10, Sent. 6-12-99, J.R.G., T. 160, pp. 54 y 55; TSJ/CS, Sent. 11-5-00, J.R.G., T. 165, pp. 726 y 727; TSJ/SCC, Sent. 778 del 19-11-08, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/rc.00778-191108-2008-08-187.html> “la Sala ha dejado establecido que, ella si bien consagra el principio nominalista de conformidad con el cual las deudas de dinero deben ser pagadas en la cantidad que aparezca debida, independientemente de su valor para el momento del pago, de seguidas especifica que **ello es aplicable en el supuesto de que el aumento o disminución del precio ocurra antes del vencimiento del término del pago**, lo cual permitió a la Sala concluir por interpretación en contrario, que la indexación sí procede en el caso de que el deudor incumpla o retarde el pago” (destacado original); Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 14-12-12, Exp. 7704, / [caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2012/DICIEMBRE/2145-14-7704-.HTML](http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2012/DICIEMBRE/2145-14-7704-.HTML), cuando el artículo 1.737 del Código Civil consagra la hipótesis de que el

duda, una forma sencilla de encontrar una “base legal” para quienes precisan de una disposición concreta, porque no bastan los principios jurídicos como sustento de una coherente interpretación<sup>71</sup>. Pero cuando con base a dicha norma relativa al contrato mutuo se llegó, por interpretación en contrario, a admitir que las deudas afectadas por la mora quedaban fuera del principio nominalista, se dijo que la norma solo aplicaba al mutuo<sup>72</sup>, como si este fuera el único contrato susceptible de ser afectado por el pago tardío culposo. Parecía que cualquier excusa teórica era válida para evadir el ajuste por inflación de la deuda morosa. Así afirma Yannuzzi que el “el mundo jurídico venezolano tenía un divorcio con la realidad económica”<sup>73</sup>.

---

aumento o disminución en el valor de la moneda, no incide ni influye en la obligación, si ocurre antes de que esté vencido el término del pago; por interpretación al contrario, si la variación en el valor de la moneda ocurre después de la fecha o tiempo establecido, es posible el ajuste que establezca el equilibrio roto por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la misma, es decir, es necesario que la obligación sea exigible para que proceda el ajuste por inflación del monto reclamado.

71 Recordemos las palabras de Emilio Betti: “Solo una especie de mezquinidad y de angustia mental dependiente de la falta de educación jurídica, explican el asombro del profano en derecho ante una interpretación jurídica y la pregunta: ¿dónde está escrito?” Betti, Emilio: *Interpretación de la Ley y de los Actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1975. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos, p. 131. Véase nuestro: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª edic., Caracas, 2010, p. 749, nota 23, La indexación en nuestro Derecho no está expresamente consagrada en el texto de la ley y sin embargo, a ella llega la jurisprudencia, en función del elemento sociológico, sistemático y el sentido de justicia. Todo ello, simplemente nos indica que la letra de la ley, en sentido positivo (para apoyarse en ella) o negativo (sostener la improcedencia de una figura por no encontrarse expresamente consagrada en la ley) resulta a todas luces insuficiente a la hora de interpretar y argumentar. El intérprete juzgador debe evidenciar su formación jurídica a través de una ardua tarea interpretativa donde conjugue diversos elementos.

72 Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 43.

73 Yannuzzi, ob. cit., p. 256, “en virtud de que las sumas de dinero que se reclamaban judicialmente, por efecto del fenómeno inflacionario, aunado al retraso en la sustanciación y decisión de las controversias, al momento de ejecutar la condena no cumplían el efecto resarcitorio que se aspiraba con la decisión judicial”.

En el afán de buscar normas expresas que resolvieran la obvia procedencia de la corrección monetaria, se dejó de lado acudir a nociones elementales como la justicia, la buena fe o el pago integral. Pero luego de esa discusión doctrinal<sup>74</sup>, poco a poco los Tribunales se hicieron eco de una interpretación que va más allá de la mera omisión legislativa<sup>75</sup>, sin perjuicio de los posteriores vaivenes sobre la aplicación concreta de algunos aspectos procesales de la indexación que lamentablemente han mermado la figura. Lo importante no es la cantidad debida cuando el deudor adquirió la deuda, sino pagar su equivalente teniendo en cuenta su valor presente<sup>76</sup>. Los fundamentos teóricos de la corrección monetaria deben buscarse dentro de los principios generales que informan nuestras instituciones jurídicas, las cuales están por encima de las aparentes barreras que se levantan como consecuencia de una interpretación rígida de ciertas normas positivas<sup>77</sup>.

---

74 Véase resumen sobre la discusión doctrinal en: Bernad Mainar, ob. cit., pp. 187-196.

75 Véase nuestro: *Ensayos...*, p. 748, Resulta curioso igualmente la posición de algunos abogados al rechazar algunas interpretaciones o instituciones, alegando que ello no se encuentra expresamente en el texto de la ley; pareciera el asunto proyectarse como una suerte exageración del elemento gramatical a la inversa, pues se pretende sostener que lo que no está en la letra de ley no está en el Derecho. Ello se debe al desconocimiento de una tarea interpretativa integral, que supone el análisis de otros elementos distintos al gramatical, el cual no es el único, ni el más importante. Por encima de la letra de la ley se encuentra la finalidad del Derecho: quien se quede amarrado a la letra de la ley no merece llamarse jurista, pues éste sólo será tal si evidencia un manejo integral del orden jurídico. Cualquier persona ajena al medio podría indicar el significado de las palabras según las reglas de la gramática y del lenguaje, pero será sólo el jurista quien evidencie una formación jurídica completa y sólida; será él quien con sus conocimientos pueda trascender al texto de la ley y llegar a la esencia del Derecho.

76 Aldana Gantiva, cit., pp. 10 y 11.

77 Uribe Restrepo, ob. cit., p. 66; Moisset de Espanés, Luis: *Curso de Obligaciones*. Zavalia, Buenos Aires, 2004, T. I, p. 282, el autor se muestra de acuerdo en la intervención de los jueces en la actualización de las deudas dinerarias, quien ante lagunas normativas debe actuar conforme a los principios generales del Derecho.

Como vimos, Nikken adiciona a lo anterior la idea que cobija el agravamiento por la mora, a propósito de la pérdida de la cosa debida<sup>78</sup> consagrado en el artículo 1344 CC: *“Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera, que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor”*.

Se pregunta Nikken cómo funciona el traslado de los riesgos en una obligación pecuniaria. Cita el artículo 1293<sup>79</sup> CC preguntándose cómo la mora podría afectar las cosas genéricas como el dinero a pesar de que las citadas normas se refieren a cosas ciertas. *“El signo monetario como tal es infungible”*. En tal sentido la inflación deteriora el signo monetario. El dinero en lo que se refiere a ese deterioro se comporta como un cuerpo cierto. En conclusión, el deterioro del valor real de la moneda ocurrido mientras el deudor está en mora representa un daño

---

78 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 21, se enuncia uno de los efectos jurídicos más relevantes que el ordenamiento jurídico le atribuye a la mora del deudor: la *perpetuatio obligationis*. Por obra de la mora del deudor continúa obligado a pesar de haber ocurrido el caso fortuito. La mora coloca los riesgos a cargo del deudor moroso. Si la cosa se destruye el responde por dicha cosa, salvo que demuestre que igualmente hubiere perecido en manos del deudor; Díez-Picazo Giménez, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid, 1996, p. 467, los efectos de la mora parecen polarizarse en torno al riesgo, en el sentido de impedir la normal función liberatoria. Pues además de los daños y perjuicios propicia la *“perpetuatio obligationis”*.

79 *“Si deudor de una cosa cierta y determinada se liberta entregándola en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros”*.

para el acreedor que es consecuencia del incumplimiento, daño que se traduce en el deterioro de la cualidad esencial de la cosa debida que es su poder adquisitivo. De allí que el restablecimiento de la situación jurídica económica infringida no puede alcanzarse sino mediante la **corrección monetaria** que permita al acreedor recuperar el valor real de lo debido en términos idénticos a lo que hubiera obtenido si el deudor hubiera cumplido puntualmente con su obligación. Esa corrección monetaria, en consecuencia, es el vehículo para el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento y en nada afecta al principio nominalista que rige en plenitud en lo que toca al cumplimiento de las obligaciones. Como consecuencia de lo anterior, salvo pacto en contrario, no se debe tomar en cuenta la depreciación monetaria ocurrida entre el nacimiento de la obligación y su exigibilidad. Una vez exigible la obligación y constituido en mora el deudor, sí debe tenerse presente la erosión monetaria, en cuando a la percepción por el acreedor de sumas progresivamente envilecidas<sup>80</sup>. Siendo que aunque el artículo 1344 CC se refiere a la causa extraña no imputable, y en materia de dinero este nunca perece, el autor rescata el peso que propina la mora en el deudor, en el sentido que pone sobre su cabeza la asunción de los riesgos, entre los que sin duda cabe la inflación o depreciación monetaria<sup>81</sup>. La indexación de la deuda cuyo cumplimiento se encuentra retardado es

80 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 22; Condorelli, ob. cit., pp. 68 y 71, los tribunales argentinos han aplicado la indexación al supuesto de la “mora”, en cuyo caso no impera el nominalismo; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 170, el principio nominalista solo rige en fase de normalidad de la obligación dineraria de origen contractual. A partir de la mora, los riesgos de la depreciación monetaria deben ser soportados por el deudor; Yannuzzi, ob. cit., pp. 292, El ajuste monetario solo operaría en los casos de mora del deudor, salvo que se hubiese establecido de manera contractual una cláusula que regule el pago tomando en consideración la desvalorización de la moneda.

81 La mora no solo tiene el efecto de privar al deudor de la posibilidad de alegar la causa extraña no imputable a tenor del citado artículo 1344 CC sino también -según ha referido la doctrina- la de alegar la teoría de la imprevisión; López Cabana, ob. cit., pp. 95 y 96. De allí que entre los efectos de la mora o retraso culpable en el cumplimiento de la obligación contractual se ubiquen entre otros efectos la corrección monetaria. Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III...*, pp. 222 y 225.

un efecto propio de la demora<sup>82</sup>. Para lo cual en certera opinión de Nikken no vale pretender distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual dado el carácter general de la inflación<sup>83</sup>.

La idea también la refirió la doctrina española: el tiempo es jurídicamente un hecho, un hecho jurídico, no ya un acto, pues es independientemente de la voluntad del hombre, extraño a ella, continuado, ininterrumpido e ininterrumpible, en cuyo seno discurre una sucesión compleja y multitudinaria de acontecimientos afectados recíprocamente, con relaciones diversas de causa a efecto, unas veces patentes, otras crípticas y acaso jamás descubiertas. El dinero es una cosa, y dentro de ellas, un bien. Precisamente para perfilar la especificación que dentro del género “cosa” significa “bien”<sup>84</sup>. Pues esta utilidad, predicable del dinero, varía profundamente y de fungibilidad tan intensa, medida en función de un número fijo de unidades, se deteriora, degrada o perjudica por el transcurso del tiempo<sup>85</sup>.

La idea de “justicia” citada por Nikken, que arroja la corrección monetaria, no constituye un concepto difuso o rebuscado sino que hemos reiterado que constituye un valor constitucional; y por tal imperativo, que justifica la procedencia de algunas instituciones jurídicas en materia de obligaciones, tales como precisamente la indexación<sup>86</sup>, así como la imprevi-

---

82 López Cabana, ob. cit., p. 187.

83 Nikken, *Mora e inflación...*, p. 24, El significado real de la prestación debida se deteriora cuando la obligación no es cumplida a tiempo por causa imputable al deudor. Si la inflación es un hecho general no hay fundamento lógico para considerar que el afectado por el hecho ilícito tiene derecho a un reajuste automático para conservar el valor real de lo adeudado en caso de mora, mientras que en materia contractual se pretende beneficiar al deudor moroso, imponiendo al acreedor la carga de probar que habría evitado los efectos de una inflación de haber recibido el pago puntualmente.

84 Pintó Ruiz, ob. cit., pp. 9 y 10.

85 *Ibíd.*, p. 11.

86 Véase nuestro trabajo: “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 7-i Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016, pp. 87-123, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve)

sión. Reiteramos que la justicia es un imperativo constitucional en Venezuela a raíz del texto de 1999 (arts. 1 y 2) que debe regir la interpretación<sup>87</sup> del Derecho Civil<sup>88</sup> y en particular en materia de Obligaciones<sup>89</sup> Por lo que luce a destiempo insistir en el argumento de que la figura no encuentra soporte en el Código Sustantivo. La proporcionalidad como tendencia o principio en materia de Obligaciones también es punto recurrente<sup>90</sup>, que perfectamente abona a la justificación de la corrección monetaria.

Mélich Orsini hizo referencia expresa al trabajo de “Inflación y mora” de nuestro homenajeado<sup>91</sup>, calificándolo como “otra singular interpretación de los artículos 1293 y 1344 del CC”<sup>92</sup>, señalando que: “como se ve, la construcción exegética de la teoría de la corrección monetaria o de la conversión de la deuda de moneda en una deuda de valor después del momento en que el deudor cae en mora no parece imposible”<sup>93</sup>. Pero

---

87 Véase: Nikken, Claudia: *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*, EJV/CIDEP, Colección Monografías N° 10, Caracas, 2018.

88 Véase nuestros trabajos: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana/Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2018; “Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10, IDIBE, Feb. 2019, pp. 52-91; “Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela”, *Jurisprudencia Argentina* N° 13, Abeledo Perrot, 2018-III, pp. 12-35. Véase también sobre el primero: Silva Aranguen, Antonio: “Recensión del libro Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil), de María Candelaria Domínguez Guillén”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 447-453, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-447-453.pdf>

89 Domínguez Guillén: *Proyección constitucional...*, pp. 92-98.

90 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III...*, p. 33.

91 Melích Orsini: *Nominalismo versus valorismo...*, p. 59.

92 Melích Orsini, *Doctrina general...*, p. 647, agrega: “al comentar esta peregrina tesis expuse en una conferencia dictada durante el año 1994... lo siguiente”.

93 Melích Orsini: *Nominalismo versus valorismo*, p. 60, si por el solo efecto de la mora toda deuda de dinero se convirtiera ipso facto en una deuda de valor “vaciaría, sin embargo, de todo sentido el mencionado artículo 1277 CC”.

Mélich no participaba del razonamiento de nuestro homenajeado porque llegó a preguntarse ¿en qué medida el tiempo tomado por el proceso es imputable tan sólo al deudor, y no también a la morosidad de los jueces u otras deficiencias inherentes a nuestro sistema procesal?<sup>94</sup>. Esta idea asomada por Mélich hace décadas, según la cual, la indexación derivada de la tardanza en el pago es un peso que no debe cargar exclusivamente el deudor<sup>95</sup>, está presente en algunas sentencias que pretenden excluir del cálculo indexatorio ciertos períodos<sup>96</sup>,

94 Ibid., p. 61.

95 Véase: Mélich-Orsini, José: *Doctrina general...*, p. 649, agrega: ¿en qué medida puede decirse que el tiempo tomado por el proceso es imputable tan solo al deudor?... ¿por qué no predicar al menos una eventual acción de regreso del deudor condenado a la revaluación contra los jueces que actuación en el proceso y en definitiva contra el propio Estado? ¿Acaso nuestra legislación sustantiva y procesal proveen a los deudores de buena fe de algún procedimiento eficiente que les permita revertir contra el acreedor de mala fe que rehúsa al pago ofrecido o dificultad con su falta de conducta cooperativa y su intemperancia la determinación de la suma adecuada?

96 Namén Vargas, ob. cit., p. 62, la indexación debe acontecer al momento del pago de la reparación partiendo del instante de la ocurrencia del daño y no de la presentación de la demanda, pues la pérdida del poder adquisitivo se presente entre la época del detrimento y su resarcimiento efectivo. Véase nuestros: “*Consideraciones...*”, pp. 241-241; La indexación: su incidencia..., pp. 24 y 25; “*La indexación laboral...*”, pp. 226-228; “*El período indexatorio*”, pp. 439-463. Se discute si el lapso a considerar se computa a partir que el deudor entra en mora o desde que se admite la demanda, y su vez se extiende hasta la sentencia o la ejecución del fallo. Se ha discutido excluir otros períodos (vacaciones judiciales, huelga, etc.). Véase en este último sentido: TSJ/SConst., Sent. 714 de 12-6-13, la indexación deberá ser acordada sólo en lo que respecta al monto del capital demandado y no sobre los intereses reclamados, desde la fecha de la admisión de la demanda hasta el día en que quedó firme el fallo proferido por la alzada en la causa principal (*Vid.* sentencia de la Sala de Casación Civil n.º RC.000435 de 25 de octubre de 2010, caso: *Juan Carlos Balaguera Villamizar contra Seguros Caracas de Liberty Mutual, C.A.*), debiendo excluirse para el cálculo correspondiente los lapsos de paralización de la causa no imputable a las partes, a saber, vacaciones judiciales, recesos judiciales por vacaciones o fiestas decembrinas, huelga de empleados tribunalicios y cualquier otro lapso o período de paralización del proceso no imputable a las partes, tomándose como base para ello el Índice Nacional de Precios al Consumidor, emitido por el Banco Central de Venezuela; TSJ/SCS, Sent. 1841 de 11-11-08, TSJ/SCS, Sent. 0307 del 21-5-13. Véase entre otras indicando que es a partir de

incluyendo el que media entre la mora y la admisión de la demanda bajo la consideración que el actor pretende “engordar” la deuda<sup>97</sup>, así como los períodos de inactividad procesal como sentencia o paro tribunalicio. Lo que en esencia supone reducir al mínimo una figura que como su denominación lo indica, constituye una simple corrección monetaria o ajuste por inflación. La indexación es un efecto de la tardanza en el pago se acuda o no juicio<sup>98</sup>; mal puede depender de los avatares de la

---

la fecha de admisión de la demanda: TSJ/SCC, Sent. 551 de 12-8-15, “el juez de Alzada al indicar una fecha distinta a la admisión de la demanda -a los efectos del inicio del cálculo de la indexación-, obvió la doctrina inveterada de esta Sala, que como bien se reprodujo con precedencia, establece de forma indubitable, que la fecha a partir de la cual se debe efectuar el cálculo de tal correctivo (indexación), es el momento en que se instaure el juicio con la admisión de la demanda”; TSJ/SConst., Sent. N° 809 de 21-9-16, <https://vlexvenezuela.com/vid/milagros-valle-ortiz-650328569> ; TSJ-SCC, Sent. N° 201 de 4-6-19, excluyéndose de dicho cálculo los lapsos sobre los cuales la causa haya estado paralizada por acuerdo entre las partes, por hechos fortuitos o de fuerza mayor y por vacaciones judiciales; TSJ/SConst., Sent. 438 de 28-4-09, por lo que la indexación debe ser practicada y liquidada en su monto antes de que se ordene el cumplimiento voluntario. En consecuencia, después de este auto no puede existir indexación, siendo a juicio de esta Sala, una falta de técnica procesal, el que existiendo ya en autos los montos del cumplimiento, se reabran lapsos para indexarlos.

97 Véase aludiendo que “podría ocurrir que el demandante pretenda “engordar su acreencia”, pero en ningún caso podrá ser anterior a la preindicada oportunidad de la admisión: TSJ/SCC, Sent. N° 518 de 26-7-12. Véase acertadamente: Padilla, René A.: *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 159 y 160, mal puede verse en tal aspecto propiamente un efecto “beneficioso” para el acreedor, toda vez que carece de entidad para borrar los efectos del estado moratorio; Yannuzzi, ob. cit., pp. 293, “La corrección monetaria debe calcularse desde la oportunidad en que se produce la mora del deudor, porque si el acreedor no procede a demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación, el deudor tiene la posibilidad de proceder a efectuar una oferta real, para liberarse de su compromiso, por lo que el retraso en reclamar lo adeudado, en contra de lo opinado por las Salas Constitucional y la de Casación Civil el Tribunal Supremo de Justicia, de que con ello se persigue abultar o engrosar las sumas debidas, debería constituir parte del debate, al argüirse la mala fe del acreedor”.

98 Namén Vargas, ob. cit., pp. 54, la corrección monetaria es un hecho estrictamente económico basado en la desvaloración del dinero y por tal no es de carácter sancionatorio; Ghersi, Carlos Alberto: *Obligaciones Cíviles*

Administración de Justicia, a la que el acreedor fue obligado a acudir<sup>99</sup>.

El deudor que no pagó a tiempo es quien obligó al acreedor a la pesada carga de acudir a la Jurisdicción; pretender que la lentitud de la última amortigua la figura es casi desvanecer la efectividad del instituto, siendo entonces nuevamente rentable deber dinero y más aun amparándose en la lentitud de la Administración de Justicia. Más bien luce lo contrario, pues sin corrección monetaria como acota Escovar León: "*al deudor moroso, le resulta lucrativo y ventajoso litigar para pagar en moneda depreciada*"<sup>100</sup>. Lo lógico es que el deudor pague la misma cantidad originariamente debida desde el punto de vista sustancial para lo cual será necesario considerar todo el período transcurrido<sup>101</sup>.

---

y Comerciales. Buenos Aires, Astrea, 2ª edic., 2005, p. 125, la adecuación monetaria evita un enriquecimiento sin causa del deudor y un deterioro sustancial de la cantidad debida al acreedor. Constituye una solución que a decir de reiterada jurisprudencia no hace la deuda más onerosa pues sólo mantiene el valor económico real frente al envilecimiento de la moneda.

99 Condorelli, ob. cit., p. 31, ningún perjuicio puede alegar el deudor porque devuelve lo mismo a que se obligó y desde el punto de vista del acreedor, la situación es la misma, puesto que recibe lo mismo que se le debía. Tampoco se afecta con la aplicación del instituto el principio de la seguridad y certeza en el tráfico, toda vez que ambas partes a través de un simple cálculo matemático podrán saber la cantidad a ser cancelada. Véase nuestro: *La indexación: su incidencia...*, p. 54, El juez laboral Raúl Mora Albornoz señalaba que las personas deben cargar con las consecuencias de un proceso que han mantenido sin tener razón.

100 Escovar León, ob. cit., p. 408; Portus Goviden, ob. cit., p. 372, la disminución del valor del dinero actúa en perjuicio de los acreedores, favoreciendo a los deudores, ya que estos últimos al cancelar su deuda devuelven sólo una parte del poder adquisitivo que se les prestó. En el caso de inflaciones galopantes, el patrimonio de los acreedores se afecta gravemente y puede incluso desaparecer en corto tiempo; Hirschberg, ob. cit., p. 84, La inflación produce el pasaje del poder adquisitivo de una parte a la otra: de acreedores a deudores; Morles Hernández, ob. cit., pp. 193, cita laudo que indica que una interpretación textual del artículo 1277 CC daría lugar a grandes iniquidades pues haría preferible que el deudor incurra en mora para pagar intereses más bajos.

101 Domínguez Guilén, *La indexación laboral...*, p. 228, Entremezclar la responsabilidad de la tardanza la judicial con la corrección monetaria, a fin de

Sin embargo, concluye Mélich que la materia precisa de una urgente legislación que encauce la jurisprudencia por senderos prudentes<sup>102</sup>. Veintiséis años después luce paradójico creer que una ley pudiera imponer seguridad jurídica en la jurisprudencia local, pero en todo caso, la interpretación judicial avanzó hacia la aceptación de la corrección monetaria ante la mora, aunque lamentablemente la limitación de algunos de sus aspectos procesales como el indicado terminan por minimizar la figura, cobrando de nuevo fuerza la rentabilidad de deber dinero.

Hemos de finalizar este *item* señalando que, a falta de previsión de las partes que no sea contraria al orden público por desproporcionada o abusiva, la regla es que las deudas de dinero (aquellas en que se debe una cantidad numéricamente considerada) son en principio aquellas no afectadas por la mora o aquellas que las partes así lo consideren<sup>103</sup>. También existe la posibilidad de incorporar contractualmente las cláusulas de estabilización o *cláusulas de valor*<sup>104</sup> que pretendan configurar

---

excluir de ésta última el período imputable a la ineptitud del sistema de administración de justicia, no se compadece con la equidad que inspira la indexación. Entonces volverá a ser rentable deber dinero, en razón de que los períodos más extensos de un proceso son precisamente imputables a la lenta administración de justicia. No se debe evadir la corrección tratando de buscar responsables en el retraso procesal, pues la corrección monetaria no es más que pagar la misma cantidad debida, pero ajustada en su valor real, por lo que, si se condena al pago de la deuda, el ajuste debe proceder en forma plena.

102 Mélich Orsini, *Nominalismo...*, ob. cit., p. 63.

103 Silva Ruiz, ob. cit., p. 421, la obligatoriedad del principio nominalista tiene su origen en la voluntad de las partes. Es de Derecho Privado.

104 Véase: Rodner, James Otis: “La inflación y el contrato: el uso de valor en el Derecho Civil venezolano”. *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 26. UCAB. Caracas, 1978-79, pp. 63-143; Rodner Smith, *El dinero. Obligaciones...*, pp. 369 y ss.; Namén Vargas, Wiliam: “Cláusulas de estabilización monetaria”, *Con Texto*, 1999, pp. 8-17, <http://revistas.uexternado.edu.co>; Moisset de Espanés, Luis: “Cláusulas de estabilización”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-13, [www.acadarc.org.ar](http://www.acadarc.org.ar); Hernández Gil, ob. cit., pp. 215 y 216, existe la posibilidad de incluir cláusulas de estabilización a nivel contractual como medida correctora de la inflación; Silva Ruiz, ob. cit., pp. 424-428; Rodríguez Ferrara, ob. cit., p. 305;

una regulación distinta en protección a la inflación, debiendo ser expresamente previstas<sup>105</sup> por aplicación de autonomía de la voluntad. Ello siempre que lo pactado resulte proporcionado, pues por ejemplo, el pacto que pretenda que una deuda jamás o por un período excesivamente largo será afectada por la inflación es abusiva y contraria al orden público<sup>106</sup>, haciéndole perder sentido a la existencia misma de la relación obligatoria.

A falta de tales cláusulas, la jurisprudencia le ha dado paso a la corrección monetaria o indexación: “La bandera es tomada por el poder judicial venezolano a fin de encarar el problema... la doctrina jurisprudencial no permaneció estática... y se empezó a entender la influencia de lo económico y de lo monetario en lo jurídico, y en con esta concepción la doctrina se ha ido percatando de que la respuesta al fenómeno inflacionario (indexación) al conectarlo con lo jurídico no se encuentra con exclusividad en el Derecho Civil si no sobre todo en el Derecho Monetario”<sup>107</sup>. Pero todavía continúan discutiéndose algunas de sus particularidades procesales<sup>108</sup>, tales como si se debe

---

López Rodó, ob. cit., p. 93, ...Nadie mejor que las partes podrán ponderar las circunstancias del negocio jurídico, que unas veces estará movido por una aspiración rigurosa a la equivalencia, y otras, admitirá una cierta aventura especulativa. De querer introducir elementos correctores para mantener la equivalencia, nadie como ellos podrá establecer la ley de la corrección, el elemento de contraste, o el grado de aquélla. Cuando esto no ocurre, no va desencaminada la ley al entender que se ha optado por la seguridad nominalista ante tal omisión y ante las dudas que surgirían en orden a cuál de los sistemas correctores debiera utilizarse.

105 Silva Ruiz, ob. cit., p. 419, son un intento por acoger la solución valorista inter partes, siendo su objeto escapar de la solución nominalista.

106 Véase nuestro: *Curso de Derecho Civil III...*, pp. 138 y 139.

107 Véase: Yannuzzi, ob. cit., pp. 257 y 258.

108 Véase: ibíd., pp. 253-294, , especialmente la de la Sala Constitucional pp. 285-288; Espinoza, Alexander: La corrección monetaria en la jurisprudencia venezolana, <http://estudiosconstitucionales.com/NUEVOS/ENSAYOS/indexacion.pdf>; Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III...*, pp. pp. 131-140.

solicitar<sup>109</sup> o procede de oficio<sup>110</sup>, lapso que cubre<sup>111</sup>, forma de cálculo<sup>112</sup>, necesidad de motivación<sup>113</sup>, el pago de honorarios profesionales<sup>114</sup>, etc. Existe amplia y variada jurisprudencia sobre el punto, no toda conteste. La aplicación de un índice

109 En materia de intereses privados civiles – por oposición al ámbito laboral- la corrección ha de solicitarse, en principio en la oportunidad de la demanda, salvo que el fenómeno se hubiere producido con posterioridad, en cuyo caso, debía mantenerse la oportunidad de contradicción. Véanse nuestros: *Consideraciones...*, pp. 234-241; *La indexación: su incidencia...*, pp. 22 y 23; *La indexación laboral...*, pp. 216-219; TSJ/SConst., Sent. 438 del 28-4-09, “fuera de la demanda y la contestación...no pueden las partes alegar nuevos hechos y solicitar sus consecuencias de derecho”; Yannuzzi, ob. cit., pp. 263-276.

110 Véase señalando su procedencia “de oficio”: TSJ/SCC, Sent. N° 000450 de 3-7-17; TSJ/SCC, Sent. N° 517 de 8-11-18, hace referencia a la “guerra económica” (en el mismo sentido: Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Administrativo de Caracas, Sent. 23-4-19, Exp. 2011-1324, <https://vlexvenezuela.com/vid/decision-n-2011-1324-785504273>); TSJSCC, Sent. N° 201 de 4-6-19, Monto que será indexado bajo los parámetros expuestos en sentencia de esta Sala N° RC-517, de 8-11-18, expediente N° 2017-619, que señala la INDEXACIÓN en materia de DAÑO MORAL presenta una particularidad, en la cual, EL JUEZ DE OFICIO ordenará en la dispositiva del fallo la corrección monetaria del monto condenado a pagar, PERO SÓLO DESDE LA FECHA EN QUE SE PUBLICA EL FALLO, HASTA SU EJECUCIÓN, si el condenado no da cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los lapsos establecidos al respecto.

111 Véase sentencias citadas supra sobre la exclusión de algunos lapsos; TSJ/SConst., Sent. 905 de 15-7-13, en lo que respecta a los “LÍMITES TEMPORALES DE LA CORRECCIÓN MONETARIA”, ninguna de ellas ha establecido que esa fuera carga del accionante. Con respecto a los parámetros temporales, fue la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia (Caso: J.B.G.G.) en sentencia n.º 012/2001, la que introdujo la posibilidad de que se excluyera del cómputo de la indexación los períodos en que la causa estuvo paralizada, pero nunca impuso su determinación como una carga de la parte solicitante”.

112 Véase nuestros trabajos: *Consideraciones...*, pp. 253-257; *La indexación: su incidencia...*, pp. 56-59; *La indexación laboral...*, pp. 232-236. Se puede calcular con base a los índices inflacionarios o con referencia al índice de precios al consumidor (IPC) establecidos por el BCV. Se divide el IPC final entre el IPC inicial y el cociente se multiplica por la cantidad a indexar; Yannuzzi, ob. cit., pp. 289-291; Escovar León, ob. cit., p. 402; Noguera Santaella, ob. cit., cita a Svensson, el IPC tiene la abrumadora ventaja que el público está familiarizado con él.

113 Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000518 de 26-7-12.

114 Véase: Yannuzzi, ob. cit., pp. 282-284.

oficial (del Banco Central de Venezuela)<sup>115</sup>, si bien proviene de un ente público, ha sido criticado no solo por no reflejar la inflación real<sup>116</sup>, sino por la intermitencia en su publicación<sup>117</sup>, pues la pretensión de una tasa promedio de interés bancario<sup>118</sup> no se

115 Véase: Parada Barreneche y Solarte Rodríguez, ob. cit., p. 347, el índice de precios al consumidor puede ser definido como un indicador estadístico del nivel general de precios de productos y servicios consumidos por determinados grupos sociales y económicos de la población. Indica la variación que experimenta en el tiempo el valor de un conjunto fijo de valores y servicios; Aldana Gantiva: cit., pp. 43 y 44; Gurfinkel De Wendy, ob. cit., pp. 236 y 236, en Chile se ha acudido al índice de precios al consumidor, que refleja los cambios en el valor adquisitivo de la moneda y además cuenta con la ventaja de ser confeccionado por organismos oficiales especializados; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 144 y 146, en Colombia se ha procedido en el mismo sentido.

116 Domínguez Guillén, Consideraciones..., p. 252, Si bien se ha dicho que los índices inflacionarios oficiales están por debajo del índice real de inflación, la utilización de un índice oficial tiene el mérito de emanar de un ente autorizado; Yannuzzi, ob. cit., p. 289, nota 80, Hoy en día dicho índice es inexistente, en virtud de que no se publica; además, nunca ha reflejado la realidad, en razón de que para su elaboración se toma en consideración la existencia de precios regulados, que en la práctica no se aplican.

117 Véase: Romero Muci, ob. cit., p. 652, el Banco Central ha adoptado una política deliberada de opacidad, demorando la publicación de los índices inflacionarios durante 2015-2017. Véase también nuestras: "Palabras a propósito del VI aniversario de la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia" (Biblioteca Central de la UCV, 28-10-18), *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 12, 2019, p. 350, "tampoco imaginé hace años que estaríamos ante una hiperinflación tan potente y desbordada que se perdería de vista el fascinante tema de la corrección monetaria, toda vez que no existe a la fecha índice oficial que nos permita el cálculo de la indexación", [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve); Yannuzzi, ob. cit., p. 294, "para calcular el ajuste monetario debería el juez basarse en los índices oficiales emitidos por el Banco Central de Venezuela, siempre y cuando el país se encuentre en una economía sin controles, ya que ello distorsionaría la información. En el estado actual, con vista de la inexistencia de índices oficiales, o de la manipulación de ello, a los fines de ocultar una realidad, estimamos que debe recurrirse a la experticia complementaria al fallo, y fundamentarse para realizar el ajuste en las estadísticas llevados por los Colegios profesionales correspondientes a los economistas y contadores públicos, así como a los estadísticas de organismos internacionales que se encargan de estudiar y supervisar las economías de los países, con el objeto de que sea lo más objetivo el ajuste".

118 Véase: Yannuzzi, ob. cit., pp. 275 y 276, cita referida sentencia de la SCC N° 517 de 8-11-18, "En tal sentido dicha INDEXACIÓN JUDICIAL debe ser

compadece técnicamente con un ajuste por inflación. Insistimos que la interpretación cambiante a veces apunta a debilitar su efectividad, pero la idea de una regulación legal posiblemente no sea la panacea, porque siempre existirán principios superiores a la ley, que se podrán imponer con el tiempo. Así por ejemplo, la declaración oficiosa recientemente referida por la Sala de Casación Civil ya había sido señalada por la doctrina extranjera, aunque se discute la posibilidad de vulnerar el derecho a la defensa o el principio dispositivo<sup>119</sup>. En definitiva, son

---

practicada tomando en cuenta los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (I.N.P.C.), publicados por el Banco Central de Venezuela, hasta el mes de diciembre del año 2015, y a partir del mes de enero de 2016, en adelante, se hará conforme a lo estatuido en el artículo 101 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, vista la omisión del Banco Central de Venezuela de publicar los Índices Nacionales de Precios al Consumidor (I.N.P.C.), calculada sobre la base del promedio de la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país, a menos que dichos índices sean publicados con posterioridad, y a tal efecto el juez en fase de ejecución, podrá: 1.- Oficiar al Banco Central de Venezuela, con el objeto de que –por vía de colaboración– determine dicha corrección monetaria, u 2.- Ordenar que dicho cálculo se haga mediante una experticia complementaria del fallo, de conformidad con lo estatuido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, con el nombramiento de un (1) solo perito...”

- 119 Véase: Namén Vargas: *Obligaciones pecuniarias...*, pp. 54, no requiere solicitud expresa ni preclusiva no es menester su probanza por tratarse de un hecho público y notorio la inflación; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 156, en Chile prevalece el criterio de que la corrección monetaria puede decretarse oficiosamente, basado en el argumento de que la petición de reajuste va implícita en la demanda indemnizatoria. Sin embargo, el criterio de reajustabilidad de oficio no se compadece con el principio dispositivo que informa el ordenamiento procesal civil, pudiendo incurrirse en ultrapetita; Condorelli, ob. cit., pp. 197 y 198, la revaluación de oficio no implica violación de la congruencia ni del derecho a la defensa. ¿Qué defensas podría esgrimir el deudor a nivel de depreciación monetaria? Es simple evadir el tema con el remanido derecho de la defensa, pero la situación se complica cuando se indaga respecto a la aplicación empírica del mismo. Véase en nuestra doctrina contra de la procedencia oficiosa: Yannuzzi, ob. cit., pp. 274-276 (reseña sentencias), especialmente 292, La solicitud debe hacerla el interesado en el libelo de la demanda o en la reforma de este... Consecuencialmente, consideramos que el juez no debería oficiosamente acordar el ajuste por inflación de las sumas de dinero reclamadas. Después de tres décadas de estar discutiendo sobre el tema, sería muy peregrino que el demandante no realizara su petición de manera oportuna.

muchos los aspectos sobre los que se puede seguir debatiendo. Los riesgos de la interpretación no escapan a la figura bajo análisis. Por lo que no vale detener la interpretación en aras de la seguridad jurídica anclada al nominalismo.

La seguridad jurídica y la estabilidad en los negocios son principios en que se ha sustentado en el principio nominalista. Pero el deterioro del valor de la moneda es un hecho innegable que cuando se acelera y adquiere grandes dimensiones obliga al juez a intervenir en aras de la equidad y de la más elemental justicia pese a la resistencia de la inercia, el estatismo y de posiciones de privilegio<sup>120</sup>. Por lo que el fundamento de la corrección monetaria supone entre otros -según indicamos- pago integral<sup>121</sup>, buena fe, justicia, equidad<sup>122</sup>, prohibición de enriquecimiento sin causa, abuso de derecho<sup>123</sup>. El verdadero

---

120 Hinostroza, Fernando: "Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato". En: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Colección Textos de Jurisprudencia. Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (coords.), Fundación Fernando Fueyo/ Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 480, <https://books.google.co.ve/>, indica que la jurisprudencia luego de sostener a ultranza el principio nominalista hubo de ceder ante la realidad de una inflación acelerada y mayúscula.

121 Véase: Castro de Cifuentes, Marcela: *Derechos de las obligaciones con propuestas de modernización*, Universidad de los Andes/Temis, Facultad de Derecho, 2ª edic., Bogotá, 2018, T. III, p. 69, la jurisprudencia argentina basada en la regla del pago integral ordena la corrección monetaria. Por el daño derivado de la inejecución de las obligaciones.

122 Véase, aunque en materia laboral, nuestro: *La indexación: su incidencia...*, p. 55, decía el Juez laboral Antonio Reyes Sánchez cuando lo entrevistamos: "La indexación no tiene ventajas, ni desventajas, tiene equidad". En el mismo sentido con base a la justicia y a la equidad, acordó de oficio la figura, con anterioridad a la famosa sentencia de ese año del Máximo Tribunal, el Juez laboral Raúl Mora Albornoz, titular del Juzgado Séptimo laboral de Caracas, en sentencia 27-1-93 (Ibíd., p. 31). También en nuestras entrevistas, el juez Simón Mejías, quien dijo no verle a la figura ningún efecto negativo, todos son positivos.

123 Véase: Silva Ruiz, ob. cit., p. 432; Aldana Gantiva, cit., pp. 40 y 41, agrega la reciprocidad de los contratos bilaterales; Namén Vargas: *Obligaciones pecuniarias*, pp. 53 y 54, su fundamento prístino es económico, se basa en la pérdida del valor real del dinero; Grancko, ob. cit., pp. 31-35; Morles Hernández, ob. cit., pp. 191,192 y 195, quien señala que un tribunal arbitral

cumplimiento de la obligación no resiste un pago envilecido por la depreciación monetaria; pretender entregar la misma cantidad de dinero numéricamente considerada luego de que se ha entrado en mora, no solo es contrario al artículo 1737 del CC, sino al más mínimo sentido común asociado a la idea de buena fe<sup>124</sup>. De allí que se afirma que la buena fe objetiva justifica la imposición de la condena al pago de la corrección monetaria<sup>125</sup>. Concluye Silva Ruiz que, si es bien sabido que “el Derecho es el arte de lo justo”, es indudable que la justicia conmutativa queda afectada por la inflación en los contratos. Por ello, si queremos que se haga justicia en el sentido de que se dé a quien lo suyo, tenemos que apartarnos del nominalismo en los contratos y recurrir al valorismo, haciendo uso de medidas correctivas<sup>126</sup>.

Por experiencia personal inmediata y cotidiana, el hombre medio contemporáneo sabe que el valor de la moneda depende de la cantidad de bienes que él pueda adquirir y de la cantidad de servicios que pueda pagar con una suma determinada de dinero. La moneda es un crédito contra la sociedad, útil para

---

rechazó la interpretación exegética del art. 1.277 CC en aplicación de los principios de la buena fe y la equidad, conforme a los arts. 1.160 CC y 12 del CPC ; Risolia, ob. cit., p. 81; Condorelli, ob. cit., p. 34; Uribe Restrepo, ob. cit., pp. 65-100; Gurfinkel De Wendy, ob. cit., pp. 218 y ss.; Parada Barreneche y Solarte Rodríguez, ob. cit., pp. 101-113; Cifuentes Aguayo y Mendoza Rodríguez, ob. cit., pp. 37-43; Domínguez Guillén, *La indexación: su incidencia...*, pp. 18-20; Domínguez Guillén, *Consideraciones...*, pp. 222-230; Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III*, p. 135.

124 Véase nuestro trabajo: “Buena fe y relación obligatoria”, En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N.º 11, 2018, pp. 62 y 63 [www.rvlj.com](http://www.rvlj.com). ve “Para entender la importancia de la corrección monetaria en el cumplimiento de las obligaciones de valor simplemente debemos colocarnos en la posición del acreedor; si pretendemos que años después de incurrirse en mora se nos pague con la misma cantidad numéricamente considerada no tendría sentido alguno la existencia del vínculo obligatorio”.

125 Parra Benítez, Jorge: *Estudio sobre la buena fe*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín/Colombia, 2011, p. 199, cita sentencia colombiana de casación N.º 216 de 19-11-01, a la par de la equidad, el equilibrio contractual y evitar el enriquecimiento sin causa.

126 Silva Ruiz, ob. cit., p. 433.

adquirir bienes y servicios. El valor de la moneda reside en la capacidad compradora que le atribuyen los miembros del grupo social. La moneda, en definitiva, es un poder adquisitivo<sup>127</sup>. Ello puede afectar, más allá de las obligaciones de dinero, al cumplimiento de las obligaciones en general<sup>128</sup>.

En la realidad, y de manera dominante, la raíz del problema radica en que el tiempo más que añejar, ennoblecer, enriquecer, añadir valor al dinero, suele contemplar como éste, de facto, se minusvaloriza, degrada. En suma, que el dinero pierde parte de su utilidad si se mantienen constantes las unidades comprometidas al tiempo de nacer la obligación de que se trate; es decir, que en la práctica el dinero, de hecho, con el tiempo disminuye su capacidad adquisitiva, y con ello, se rompe el inicial equilibrio o equivalencia de las prestaciones<sup>129</sup>.

Por el efecto dañino que produce el fenómeno de la inflación, por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, se ha venido aplicando la indexación judicial. Es decir, en sede jurisdiccional se reconoce que cuando el deudor entra en mora debe compensarse al acreedor más allá de los simples intereses moratorios por el perjuicio adicional que sufre a consecuencia de la inflación. Así se ha señalado que en el caso de mora del deudor, los daños y riesgos sufridos por el acreedor como consecuencia del retardo, corren por cuenta del deudor<sup>130</sup>. El nominalismo monetario con la secuela de inconvenientes que implica para los acreedores de las obligaciones dinerarias ha ido quedando parcialmente superado<sup>131</sup>. La jurisprudencia

---

127 Ramos Ruiz, Rodolfo E.: *Consideraciones sobre la desvalorización de la moneda y los artículos 1787 y 1795 del Código Civil del Estado de Jalisco*, <http://www.acervonotarios.com/>

128 Véase: Castelblanco Koch, Mauricio Javier: *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1979, <https://books.google.co.ve/>

129 Pintó Ruiz, ob. cit., p. 12.

130 Juzgado Primero de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 3-2-15, Exp. N° AP31-V-2014-001206, <https://vlexvenezuela.com/vid/administradora-onnis-c-vs-557706954>

131 López Santa maría "La inflación", p. 135.

venezolana ha dejado atrás el principio nominalístico consagrado en el artículo 1737 del CC. Lo importante es el valor de la moneda para la época judicial del pago<sup>132</sup>.

Se ha de concluir que cuando la estipulación proviene de un contrato en que el acreedor no tuvo la precaución de precaverse en una cláusula de estabilización o de pago en moneda extranjera, hay que convenir que asumió los riesgos de la desvalorización del dinero. Por lo tanto, el deudor se liberará entregando la cantidad numéricamente prevista en el contrato. Pero si el deudor es moroso y deja de cumplir la deuda al vencimiento, la devaluación sobreviniente será un riesgo no asumido por el acreedor y la justicia no puede mirar con agrado que la culpa del deudor lo haga soportarlo<sup>133</sup>.

La degradabilidad del dinero compromete su grado de utilidad; como unidad de medida, ya se ha razonado que la variabilidad constituye una evidente falta de sentido. Como instrumento de cambio, si el cumplimiento está diferido y no se produce la oportuna corrección (con las dificultades que comporta su cálculo y la determinación de la ley de aquél), se

---

132 TSJ/SCC, Sent. N° 518 de 26-7-12.

133 López Santa maría “La inflación”, pp. 136 y 137, cita al jurista chileno Raúl Varela Varela. El acreedor no tiene necesidad de probarlo porque la inflación es un hecho notorio. El acreedor no queda indemne con el pago del interés legal; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 13, ha llegado a adquirir el carácter de hecho notorio pues sería necio tratar de eludir la inevitable realidad; BERNAD Mainar, ob. cit., p. 129, incluyendo nota 203. Véase, sin embargo, indicando que la inflación per se no es un hecho notorio ni una ni una máxima de experiencia, por cuanto el mismo se erige como hecho notorio cuando es reconocido por los organismos económicos oficiales competentes, pues se trata de un asunto eminentemente técnico: TSJ/SConst., Sent. 438 de 28-4-09; Yannuzzi, ob. cit., pp. 278-282, p. 293, la inflación es un hecho notorio, cuyo efecto puede ser inferido por el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia, como lo es la merma del poder adquisitivo de la moneda, por lo que nos parece inconsistente lo expresado por el la Sala Constitucional, en el sentido de negar que la inflación constituya un hecho notorio que deba ser acreditado mediante la certificación que al efecto expidan los organismos encargados de supervisar la economía en el país, como lo sería el Banco Central de Venezuela.

compromete también la utilidad al quedar alterada la equivalencia de las prestaciones. Si se demora el pago de las indemnizaciones será rentable para el moroso<sup>134</sup>. Las especulaciones y los negocios al socaire de las alteraciones de valor constituyen una desviación de energía económica que empobrece a los reales creadores de riqueza en beneficio de quienes especulan. Y en tanto tal ideal no sea conseguido, sí que es necesario mitigar los desequilibrios que se producen mediante los oportunos sistemas correctores, que al efecto, el Derecho, percibiendo tal necesidad palpitante, ha creado<sup>135</sup>. Como vemos, las ideas de Nikken sobre la procedencia de la corrección monetaria –a diferencia del valor del dinero afectado por la inflación– han permanecido inalterables<sup>136</sup> en el tiempo, porque responden a un elemental sentido de justicia y a la comprensión jurídica de la incidencia de la mora en materia dineraria.

### III. ¿TEMA DE DERECHOS HUMANOS?

Sabemos lo que supone la temática de los derechos humanos ampliamente tratada por nuestro homenajeado<sup>137</sup>, pues las

---

134 Pintó Ruiz, ob. cit., p. 36

135 *Ibíd.*, p. 37.

136 Véase: Condorelli, ob. cit., pp. 34 y 35 el sistema aparece como justo, porque debe pensarse que no se trata de anexas un plus mayor al que pactaron primigeniamente las partes. Se trata simplemente de reajustar, en el momento de conclusión de la relación lo que se convino ab initio. El contrato estaba en función de que en ese momento la moneda tenía un determinado poder adquisitivo que, si luego se altera como consecuencia de un proceso inflacionario, el instituto en examen tiende a que lo convenido continúe inalterable...cuando el deudor sabe que lo que va a tener que devolver es el mismo valor se evaporan las razones para solicitar más crédito del que realmente necesitaba. No podrá obtener ganancia alguna de la inflación.

137 Véase entre otros (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=142302>) todos de Nikken, Pedro: "El derecho internacional de los derechos humanos". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 72, UCV, 1989, pp. 15-52; "El impacto de la crisis económica mundial sobre los derechos humanos", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 64, UCV, 1985, pp. 171-193; "La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", *Revista de Derecho Público* N° 34, abril-

violaciones de los derechos humanos acontecen cuando es el Estado, bien sea por acción o por omisión, quien vulnera los derechos de la persona. Recordaba Nikken que el desempleo, la inflación y la depreciación de la moneda ha aparejado un agudo empobrecimiento en materia de derechos humanos<sup>138</sup>.

Apreciamos una decisión judicial de la Sala de Casación Civil en que se sostiene que no acordar la indexación invocada “implicaría seria lesión a los valores y principios que propugna el artículo 2 de nuestra Carta Fundamental, como lo son la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad y en general, la preeminencia de los derechos humanos”<sup>139</sup>. Fundado en la esencia constitucional, de que Venezuela es un Estado democrático y social de derecho y de justicia...que la justicia es un principio en el cual se fundamenta incluso la seguridad de la nación (art. 326); que el Estado administra Justicia (art. 257); los Tribunales de la República y en particular las Salas de Casación Civil y Social del Tribu-

---

junio 1988, pp. 27-46; “La progresividad de la protección de los derechos humanos”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 133, Caracas, 1996, pp. 65-82; “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010, pp. 55-140, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>; “El concepto de derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios de Derechos Humanos, T.I, pp. 15-27, <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>; “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *La Constitución de 1999*, Serie Eventos N° 14, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000, pp. 335-359; *Código Derechos Humanos*, Colección Textos Legales N° 12, EJV, Caracas, 1991; *En Defensa de la Persona Humana*, EJV, Caracas, 1988; *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Civitas, Madrid, 1987, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/13064.pdf>; “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, *Revista IIDH*, N° 48, 2008, pp. 63-105; “Los presupuestos de los derechos humanos”, *Revista IIDH* N° 59, 2014, pp. 173-244.

138 Nikken, *El impacto...*, p. 182.

139 Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000547 de 6-8-12.

nal Supremo de Justicia, han indexado el pago de las deudas<sup>140</sup>. La Sala Constitucional no considera a tono con un Estado de Derecho y de Justicia al nominalismo<sup>141</sup>.

Está claro que entre los fundamentos de la corrección monetaria se encuentra la justicia, equidad, buena fe y pago integral. Pero ubicar la temática en el ámbito de los derechos humanos a propósito de no acordar la indexación solicitada, supone que el Estado como garante de la tutela judicial efectiva (Constitución, art. 26) ha de velar por una figura que supone la protección del crédito en el marco de un debido proceso (Constitución, art. 49)<sup>142</sup>. “La defensa del Derecho de Obligaciones”, tiene que ver con las distintas posibilidades con que el derecho subjetivo de crédito asegura su eficacia en la vida diaria<sup>143</sup>. Si quien viola los derechos humanos es el Estado, bien sea por acción o por omisión, su inactividad en la protección del crédito supone un desinterés por la protección patrimonial de la persona, porque la tutela judicial efectiva bien puede concebirse como una garantía fundamental para la protección del sujeto. Si se ve la función del Estado como garante de la paz social, la equidad y el justo equilibrio de las prestaciones, se puede entender que la afirmación de la Sala encuentra cierto sentido.

Así indicó la Sala Civil del Máximo Tribunal, con base a la protección de la tutela judicial efectiva, a propósito de la proce-

---

140 TSJ/SCC, Sent. N° 518 de 26-7-12, ... se ha ajustado la deuda contractual de sumas de dinero al valor real de la moneda al momento del pago, que no es otro que el momento de la ejecución.

141 TSJ/SConst., Sent. 438 de 28-4-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/438-28409-2009-08-0315.html> “pues no resulta ajustado que en un “Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 Constitucional) durante la época inflacionaria impere el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulte de la inflación existente para el momento del pago”

142 Véase nuestro trabajo: *Proyección constitucional...*, pp. 92-98.

143 Palmero, Juan Carlos: *Tutela jurídica del crédito*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 11.

dencia de oficio de la indexación en materia civil, cambiando el criterio previo que lo consideraba de interés privado y por ende debía solicitarse:

**“los jueces podrán en aquellas demandas que se admitan a partir de la publicación del presente fallo ordenar la indexación o corrección monetaria -siempre que ésta sea procedente- de oficio en caso de que el debate judicial consista en intereses y derechos privados (con exclusión del daño moral) y, por tanto, disponibles y aun cuando el demandante no lo haya solicitado expresamente en las oportunidades procesales determinadas por la jurisprudencia. Así se decide. Precisado lo anterior, esta Sala de Casación Civil profundizando en la importancia de la función reguladora y labor interpretativa del derecho que bajo el imperio normativo de nuestra Carta Magna de manera taxativa consagra valores, principios y acciones que propugnan una nueva noción en lo que respecta a la función de administrar justicia bajo la concepción Estado Social de Derecho y de Justicia (art. 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) considera que todo juez se halla ante la imperiosa necesidad de entender y adaptar sus decisiones a la realidad y contexto social en el cual se desenvuelve. El proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, propone en su justa medida la humanización de la justicia reformulando la relación del mero aplicador e intérprete de normas jurídicas a juez defensor de los derechos de los justiciables en franco y claro reconocimiento de la dignidad humana más próximo a la justicia material y garante de la vigencia de los derechos humanos, pues tal y como lo analiza y concibe el maestro **Hernando Devis Echandia** “...El proceso judicial de cualquier clase, exige formas y ritualidades que lejos de ser inconvenientes representan una garantía importante para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de**

*personas para juzgar a otras personas cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos. De ahí que deshumanizar el proceso es desnaturalizarlo y restarle eficacia para cumplir la función social del interés público, de obtener y tutelar la paz y la armonía sociales y los derechos fundamentales del ser humano...".* Echandia Devis. "Teoría General del Proceso". Editorial Universidad. Tercera edición revisada y corregida reimpresión. Buenos Aires. 2004. Pág. 77). Desde esta óptica nos encontramos ante el reconocimiento y constitucionalización de la humanización del derecho y la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, finalidad que se materializa a través del proceso como medio y al juez como promotor de los derechos fundamentales del hombre a fin de obtener el ansiado dinamismo y relación entre lo jurídico y lo humano que reclaman los justiciables. Las decisiones judiciales en atención a la doctrina imperante deben manifestar esa relación de los jueces con la realidad de los justiciables y dirigidas a la búsqueda de la verdad y la justicia"<sup>144</sup>.

---

144 TSJ/SCC, Sent. N° 000450 de 3-7-17. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/200775-RC.000450-3717-2017-16-594.HTML>, Lo cierto es, que en muchos casos la certeza sobre la dilación de los procesos judiciales incentiva la litigiosidad motivo por el cual no solo debe incumbir a la parte actora la solicitud de la indexación de las cantidades reclamadas en las oportunidades procesales señaladas en los criterios *supra* transcritos, sino también en su caso a los juzgadores el establecer los criterios pertinentes dirigidos a efectuar el reajuste monetario de las obligaciones que se ven afectadas por la depreciación de la moneda, aun cuando no haya sido solicitado, siéndoles dable buscar la equivalencia de la obligación dineraria envilecida por el transcurso del tiempo y cuya adopción se sujete a los principios generales del derecho, particularmente a la equidad, privilegiando así la concepción publicista del proceso, que sin duda comparte la Sala. Conforme a lo reseñado, cabe destacar que el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia contemplado como derecho fundamental en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe entenderse no sólo como la posibilidad de acudir ante las autoridades judiciales para plantear un problema, sino que su materialización implica que el mismo sea resuelto justamente. A partir de esta distinción, la creación de nuevos cauces, formas procesales y criterios jurisprudenciales acordes con las nuevas necesidades de los derechos sustanciales en litigio, en pleno reconocimiento a la consagración constitucio-

De tal suerte que, al margen de compartir o no el criterio acogido por la Sala, relativo a la procedencia oficiosa de la indexación -por décadas considerada procedente a petición de parte en la oportunidad del libelo de la demanda en materia de intereses privados-, resulta atinado considerar la corrección monetaria o indexación como parte de la tutela judicial efectiva que ampara la protección del crédito. Pues de lo contrario no tendría sentido útil dispendiar tiempo en el cobro judicial del crédito, siendo que el dinero en su valor real es necesario para la subsistencia.

“La corrección monetaria o indexación judicial deviene en un reajuste monetario que al mismo tiempo permite mitigar la disminución patrimonial sufrida a la parte por efecto de la desvalorización de la moneda producto de la inflación, la tardanza o retardo del pago por parte del deudor, tratándose, entonces de un criterio de reparación relacionado con los conceptos de equidad y justicia social consagrados constitucionalmente”<sup>145</sup>.

#### IV. MONEDA EXTRANJERA

Afirmaba Heymann, que, en las inflaciones más agudas, el intento del público por reducir sus tenencias de saldos monetarios llevó a un repudio prácticamente generalizado del dinero nacional. En todos los casos hubo una marcada sustitución por moneda extranjera. Esto parece haber seguido una secuencia más o menos sistemática a medida que se aceleraban los precios: en primer lugar, se hacía uso de las divisas para conservar poder de compra sobre períodos más o menos largos. Luego, el período se acortaba hasta que las transacciones se realizaban a veces directamente en moneda extranjera y se generalizaba

---

nal del conjunto de principios y garantías que despliegan una tendencia a la optimización del ordenamiento jurídico y valoración de la tutela judicial efectiva.

145 TSJ/SCC, Sent. N° 767 de 17-11-16, <https://vlexvenezuela.com/vid/marion-christine-carvallo-scardino-653860841>

la práctica de fijar precios en esas monedas. El dinero nacional no desaparecía por completo, pero su uso quedaba limitado a transacciones minoristas y a aquellas en las que participaba el sector público<sup>146</sup>. Es decir, un hecho común de las grandes inflaciones parece haber sido la creciente (y, por último, casi completa) dolarización: el sistema de precios y obligaciones en su conjunto respondía muy prestamente a las variaciones del tipo de cambio. Dicho de otra manera, a medida que la inflación se acentuaba, la cotización de las divisas se convertía en una referencia de uso común<sup>147</sup>.

Pero curiosamente, señala Heymann que súbitamente terminaba la hiperinflación luego de períodos cortos<sup>148</sup>, cosa que no ha pasado en Venezuela, pareciendo desafiar las tendencias que refieren los expertos en la materia. Vale recordar que para algunos el pago en moneda extranjera se configura como permuta, al no tratarse de la moneda de curso legal, aunque las implicaciones prácticas de ello sean menores dada la equivalencia entre permuta y compraventa<sup>149</sup>. Lo cierto es que el pago en moneda extranjera se ha vuelto común.

Pero a propósito del tema que nos ocupa solo cabe recordar que el pago en moneda extranjera cumple un papel semejante a la corrección monetaria por vía contractual porque puede actuar como moneda de cuenta o de referencia a la fecha del

---

146 Heymann, ob. cit., p. 56

147 *Ibíd.*, p. 58, Esto no implica que a lo largo de las inflaciones el tipo de cambio real se haya mantenido constante, ni que la dispersión de precios relativos haya disminuido al acelerar los aumentos de precios. En realidad, parece haber sucedido lo contrario. Ello sugiere que, a pesar de la utilización de sistemas de ajuste más o menos automático, el ruido en los precios, sea por rezagos en la información, por diferencias (aún muy pequeñas) en la velocidad de reacción o por otras causas tendía a crecer con la inflación. Es decir que la referencia generalizada a las divisas y el uso de otras formas de indexación estaba lejos de reproducir las condiciones de una economía con precios estables.

148 *Ibíd.*, p. 60, al límite de la hiperinflación existían condiciones favorables para un freno brusco a los precios.

149 Véase nuestro trabajo: *La permuta...*, pp. 220 y 221.

pago<sup>150</sup>, buscando proteger de la inflación. La doctrina también reconoce con base al artículo 128<sup>151</sup> de la Ley del Banco Central la posibilidad excepcional (derivada de pacto contrario) de que la moneda extranjera no funja como moneda de cuenta sino como moneda de pago. A ello, nos hemos referido en otra oportunidad y a ella remitimos<sup>152</sup>.

- 150 Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 424 de 16-10-19, Dicha cantidad será pagada con la entrega de lo equivalente, en moneda de curso legal, al tipo de cambio vigente en el mercado, de conformidad con la Resolución N° 19-05-01, de fecha 2 de mayo de 2019, dictada por el Banco Central de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N° 41.264, para el día del pago efectivo, o la que aplicare para la fecha de pago, para ello se ordena la experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, con el nombramiento de un (1) experto, conforme lo establece el artículo 113 de la Ley del Banco Central de Venezuela en caso de que no haya cumplimiento voluntario se ordena la indexación desde la fecha en que se proceda a la ejecución forzosa de conformidad con la decisión N° 450, de fecha 3 de julio de 2017, de esta Sala de Casación Civil.
- 151 “Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago”.
- 152 Véase nuestro trabajo: “A propósito de las Obligaciones en la obra de Rodner Smith...”. Véase también: Rengel Núñez, Pedro: “Control de cambio y mercado paralelo de divisas”. En: *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, Caracas, 2019, T. IV, pp. 3009-3038 (En la misma obra colectiva véase: Escovar Alvarado, Ramón: “Régimen aplicable al pago obligaciones en moneda extranjera”, T. I, pp. 697-724); Romero Muci, Humberto: “Notas sobre las oscuridades intencionales del régimen cambiario de 2018: “aspectos jurídicos y contables”, *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, Caracas, enero-junio 2019, pp. 323-360, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf> ; Pró-Rísquez, Juan Carlos: “El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-ii Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, Caracas, 2018, pp. 611-647; Giral Pimentel, José Alfredo: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios de 2010 y contratos en moneda extranjera*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012; Mélich-Orsini, José: “El pago efectivo en moneda extranjera y el vigente control de cambio”. En: *Estudios de Derecho. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario*. T. i (Estudios de Derecho privado). UCAB. Caracas, 2004, pp. 321-336; acedo sucre, Carlos: “La nueva ley contra ilícitos cambiarios (desde la óptica del Derecho de Obligaciones)”. En: *Homenaje a Aníbal Dominici*. Ediciones Liber. I. de

Cuando se utiliza la cláusula de moneda extranjera, la cual tiene un fin de protección de la inflación, no puede coexistir con la figura de la corrección monetaria porque equivaldría a una doble indemnización<sup>153</sup>. Lo mismo vale decir del interés

---

Valera y J. G. Salaverría, coords. s/l, 2008, pp. 379-435; acedo sucre, Carlos (con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo): *Contratos, hiperinflación y megadevaluaciones*. Ponencia para el foro que organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre “Inflación, Política Cambiaria y Derecho”, para ser celebrado el 21 de marzo de 2019, <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2FE2E25C51C0BB685F6.pdf>; (También en: *Inflación, Política cambiaria y Derecho*, 09 de abril de 2019, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, Caracas, enero-junio 2019, pp. 199-240, <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/Bolet%C3%ADn-158-PDF-al-10-febrero-2020.pdf>) Urdaneta sandoval, Carlos: “Curso legal y curso forzoso del bolívar y pago de obligaciones en moneda extranjera (Comentarios al voto salvado del fallo N° 795 de 10-05-2005, dictado por la Sala Constitucional del TSJ)”. *Revista de Derecho Público* N° 103, 2005, pp. 247-259; Miralles Quintero, Juan Andrés: “El pago de las obligaciones en moneda extranjera y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia –una revisión de sus decisiones a la luz del Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto del 2018”. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, 2020, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve) (en prensa) ; hernández, José Ignacio: Sobre la Ley de Ilícitos cambiarios y el control de cambio, 6-8-18, <https://prodavinci.com/sobre-la-ley-de-ilicitos-cambiarios-y-el-control/>

- 153 Véase: TSJ/SCC, sent. N° 547 de 06-08-12; TSJ/SPA, sent. N° 317 de 12-6-19; <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/305447-00317-12619-2019-1994-11119.HTML> se deriva que el criterio asentado por la Sala Constitucional permite que la parte actora pueda en su demanda solicitar el pago de los intereses de mora y, al mismo tiempo, la corrección monetaria ello en virtud que se tratan de conceptos delimitados conceptualmente y que conllevan a efectos jurídicos distintos, siendo que aplicar un razonamiento contrario resultaría injusto para el acreedor quien recibiría el monto exigible ‘(...) años después del vencimiento (...) lo que lo empobrece y enriquece al deudor; a menos que exista por parte del acreedor una renuncia a tal ajuste indexado...En tal sentido corresponde destacar que -tal como fue establecido supra- a pesar de que la indexación no debe calcularse sobre los intereses moratorios -por ser éstos de naturaleza resarcitoria- ni sobre las cantidades adeudadas en dólares, cuya forma de pago será ajustada bajo un mecanismo previsto en la Ley, resulta procedente dicha indexación sobre el capital adeudado en bolívares, puesto que es pertinente restablecer el equilibrio económico soportado por la empresa accionante; TSJ/SCC, Sent. N° 545 de 6-8-12, <https://vlexvenezuela.com/vid/ventura-ramos-linares-mapfre-seguros-393543878>

convencional el cual no ha de concurrir con la indexación<sup>154</sup>. Y por ende tampoco debe tener lugar indexación de intereses<sup>155</sup> pues ambas figuras se calculan en forma independiente sobre el capital originalmente debido. Por lo que la indexación solo concurriría con el interés legal. Sin embargo, el interés convencional que pretende proteger de la inflación y que por ello

---

154 Aldana Gantiva, cit., pp. 13 y 14, 44 y 45, el interés corriente, incorpora sin duda una incorporación monetaria. Por tanto, acumularlo a la corrección monetaria implica reconocer doblemente la inflación, siendo un beneficio desmedido para el acreedor; Uribe Restrepo, ob. cit., p. 153, se considera que la petición de intereses y la de reajuste de capital son compatibles y acumulables. Esto es simple en el caso de intereses moratorios legales, pero en el caso de los intereses convencionales de alguna manera las partes están previendo una compensación por la depreciación de la moneda. Pero los límites que la ley fija a los intereses convencionales pueden determinar que ellos no alcanzan a compensar la pérdida del poder adquisitivo que sufre el capital; Domínguez Guillén: *Curso de Derecho Civil iii...*, pp. 135 y 136, la indexación puede concurrir con el interés legal, mas no con el convencional (que pretende proteger de la inflación) porque se traduciría en una doble indemnización; AMCSCMT10, Sent. 6-12-99, J.R.G., T. 160, pp. 54 y 55 “La corrección monetaria consiste en el correctivo que establece el propio estado a las obligaciones de pagar sumas de dinero... de esta manera el llamado fruto civil no se supedita o se encasilla al solo interés de mora...” (Subrayado nuestro); Yannuzzi, ob. cit., p. 294, la condena al pago de intereses no debe excluir la indexación de las sumas ordenadas pagar, pues los intereses son retribución por la mora, en tanto que el ajuste de la moneda a su valor actual constituye el restablecimiento de la indemnización en su verdadero valor.

155 TSJ/SConst., Sent. 438 de 28-4-09, no puede pretenderse el cálculo de los intereses tomando como capital el valor indexado de la obligación principal; Juzgado Décimo de Municipio Ejecutor de Medidas en Función Itinerante de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 26-6-15, Exp. 12-0698. <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JUNIO/2137-26-12-0698-.HTML> “la indexación deberá calcularse sobre el capital nominal, para actualizar el verdadero valor del mismo, en tanto que los intereses moratorios que se sigan venciendo hasta que resulte definitivamente firme la sentencia deberán serán calculados sobre el mismo capital nominal... Se hace constar que en ningún caso podrá calcularse indexación sobre el monto de los intereses, ni tampoco podrá calcularse intereses sobre el monto indexado. Así se establece”; CSJ/SPA, Sent. 11-8-94, J.R.G., T. 131, p. 726; CSJ/SPA, sent. 21-11-96, J.R.G., T. 140, pp. 740-743, No procede el pago de intereses sobre la obligación de valor una vez indexada, y tampoco la indexación de los intereses

descarta la corrección monetaria, mal puede suplir está última en tiempos como los que corren en Venezuela.

### A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si el dinero “es el corazón de la actividad económica, es igualmente un fenómeno social similar al lenguaje”<sup>156</sup>; el verdadero dinero es aquel que funge como dinero de cuenta<sup>157</sup>. El dinero es representativo de un valor<sup>158</sup>. Si ese valor se pierde por efecto de la “mora” y de la inflación, es obvio que el Derecho debe ofrecer una salida. Hemos dicho que el dinero tiene un valor en el tiempo que no puede ser desconocido por el orden jurídico. Nikken le otorgó ese valor con una sencillez magistral: su visión fresca y lógica del asunto sigue vigente, siendo prueba de que no siempre se precisa una reforma para lograr el equilibrio que debe imperar<sup>159</sup>. Con las presentes líneas dedicadas a su memoria, quisimos difundir una importante postura de Derecho Civil que tiene proyección en otras áreas del Derecho como es el caso del Derecho Público<sup>160</sup>. Por lo que reiteramos, como se evidencia de nuestro título, que su contribución superó sobremanera el área de Derechos Humanos.

Para cerrar luego de este apretado panorama, solo cabe hacerse solidario con las palabras de nuestro homenajeado,

156 Rodner Smith, *El dinero. Obligaciones...*, p. 13.

157 *Ibíd.*, p. 67.

158 *Ibíd.*, p. 69; Rodner S., James Otis: “Concepto y evolución histórica del dinero”. En: *El Derecho privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. T. I. UCAB-Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez Abogados. Caracas, 2003, p. 328, representativo de un valor y a la vez medio de pago.

159 Véase: Condorelli, *ob. cit.*, p. 102, si el Derecho es lógica, es también equilibrio; o quizás mejor decir que el equilibrio es la lógica del Derecho.

160 Véase: Rondón de Sansó, *ob. cit.*, p. 177, en el campo del Derecho Público, el problema es el mismo que existe en el Derecho Privado y se utilizan en consecuencia las mismas premisas conceptuales de éste, porque su planteamiento y solución son análogos; aun cuando difieran las situaciones jurídicas en las cuales los sujetos se encuentran.

quien concluyó otrora, cuando para la doctrina civil no era tan obvio como ahora que *“un dinero que carezca completamente de poder adquisitivo no será tal. Una suma cuyo poder se haya disminuido sustancialmente, se habrá deteriorado no solo desde el punto de vista económico sino también jurídicamente”*<sup>161</sup>... *“Se trata en definitiva, de supuestos en los que están en juego, no lo solo la cabal interpretación de la ley en orden a conservar el equilibrio entre los patrimonios cuando éste es afectado por el incumplimiento de una obligación, sino la preservación de la justicia, a favor de quien es la víctima del envilecimiento de su capital por la conducta ilícita de quien esta personalmente obligado frente a él; y de la igualdad, que no puede aceptar que se valore con distintos criterios la resarcibilidad del daño por concepto de erosión monetaria, originado en el incumplimiento”*<sup>162</sup>.

---

161 Nikken, *Inflación y mora...*, p. 20.

162 *Ibíd.*, p. 24.



# EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TRIBUTARIA

**Luis Fraga-Pittaluga**

*Expofesor del postgrado en Derecho Financiero de la UCAB*

*Resumen: El presente trabajo analiza el concepto, el origen y las consecuencias del principio de legalidad en materia tributaria, como límite explícito para la creación de los tributos y la regulación de sus elementos estructurales fundamentales, es decir, del hecho imponible, la base imponible, la tarifa y el sujeto pasivo, así como otras materias que sólo la ley puede y debe regular.*

*Palabras Clave: Principio de legalidad. Tributación. Ley formal. Ley material. Hecho imponible.*

*Summary: This paper analyzes the concept, the origin and the consequences of the legality principle of taxes, as an explicit limit for the creation of taxes and the regulation of its fundamental structural elements, that is, of the taxable event, the taxable base, the rate and the taxpayer, as well as other matters that only the formal law can and should regulate.*

*Key Words: Principle of legality. Taxation. Formal law. Material law. Taxable event.*

Recibido: 03 de junio de 2020    Aceptado: 07 de julio de 2020



## SUMARIO

### Introducción

- I. Definición
  - II. Breve reseña histórica
  - III. Principio de la Legalidad y Reserva Legal Capítulo
  - IV. Elementos del Tributo Afectados por la Reserva de Ley
  - V. Fraude a la Reserva Legal Tributaria
  - VI. Ley Formal o Material
  - VII. Garantía Constitucional
  - VIII. Principio de Legalidad Tributaria y Leyes Constitucionales
- Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

El Estado está dotado de una prerrogativa exorbitante que es el poder público, el cual puede ser definido como el poder de creación e imposición unilateral de normas, obligaciones, deberes y cargas en cabeza de los ciudadanos y de fijación de límites y restricciones al ejercicio de los derechos por parte éstos, con fundamento y en el marco de la Constitución y las leyes (artículo 137 de la Constitución), siempre y en todo caso con sujeción al principio de responsabilidad (artículos 139 y 140 de la Constitución). Dice el profesor Allan Brewer-Carías que el poder público es una potestad del Estado, una situación jurídica general, de rango constitucional, que tienen los órganos del Estado para actuar o que tienen los sujetos de derecho que conforman el Estado para actuar en la consecución de sus fines.<sup>1</sup>

Dentro de ese poder de creación e imposición unilateral de normas, obligaciones, deberes y cargas en cabeza de los

---

1 BREWER CARÍAS, A. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. UCAT-EJV, Caracas-San Cristóbal, 1985, T.I, p.356.

ciudadanos, existe una especie de poder que es el *financiero*, el cual consiste en la facultad de establecer un sistema de ingresos y gastos capaces de sufragar y asegurar la consecución de los fines del Estado. Sobre este particular el Profesor José Juan Ferreiro Lapatza, señala que: “El poder financiero no es más que una manifestación del poder soberano. El poder soberano, en cuanto se refiere a la actividad financiera recibe el nombre de poder financiero. La actuación del poder financiero puede ser contemplada en dos planos distintos. En primer lugar, en un plano abstracto en relación con una colectividad de sujetos indeterminados frente a los que se desarrolla. Significa entonces emanación de normas jurídicas que disciplinan los ingresos y gastos del Estado y demás entes públicos. Y, en segundo lugar, en un plano concreto, significa aplicación efectiva de esas normas jurídicas.”<sup>2</sup>

Dentro del poder financiero, se encuentra el *poder tributario*. El poder tributario es la facultad que otorga la Constitución a los entes político-territoriales que estructuran el Estado, para que a través de sus cuerpos legislativos creen tributos destinados a gravar las materias que la propia Carta Fundamental les asigna, siempre con sujeción absoluta a la Constitución y a las leyes.

En el sistema constitucional venezolano, el poder tributario del Estado (*lato sensu*) tiene su origen y fundamento en los artículos 133, 156, 164, 167, 168, 179 y 180 de la Constitución. En particular, el artículo 133 dispone que: “Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”. El resto de las normas citadas organizan y distribuyen el poder tributario, asignando la parcela que corresponde a cada uno de los entes político-territoriales que vertebran el Estado venezolano.

---

2 FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de derecho financiero español*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp.81-82.

Según Pérez Royo en la doctrina tradicional el concepto de poder tributario, o de soberanía tributaria, venía considerado como el fundamento o justificación del tributo, institución que se consideraba asentada en la posición de supremacía inherente a la propia existencia del Estado, pero que esa concepción no es válida hoy día, en primer lugar porque el poder tributario no puede ser considerado como el fundamento de la imposición, pues éste se encuentra en el deber de contribuir establecido en la Constitución; ni se puede hablar tampoco de un poder inherente al Estado por su simple existencia. Dice el autor español que el poder tributario, como los restantes poderes o potestades públicos, existe jurídicamente sólo en virtud de la Constitución y dentro de los límites establecidos por ésta<sup>3</sup>.

Si bien es cierto que la Constitución confiere al Estado el poder de crear tributos, resulta que el ejercicio de este apoderamiento sólo es posible a través de la ley. El artículo 133 de la Constitución no es suficiente para soportar la exigencia de obligación tributaria alguna si ésta no ha sido previamente establecida por la ley. Por esa razón es que la norma se refiere de manera expresa y clara al pago de impuestos, tasas y contribuciones “...que establezca la ley”. El deber de contribuir está indisolublemente ligado al consentimiento del tributo, y este *consentimiento* es prestado por los ciudadanos a través de sus representantes en los cuerpos legislativos mediante las leyes dictadas al efecto. De allí que la doctrina más autorizada afirme con toda razón que: “El vínculo entre el Estado y el contribuyente es una relación jurídica y no una relación de poder”.<sup>4</sup>

Veamos entonces cuál es el concepto, el origen, el contenido y alcance del principio de legalidad tributaria.

---

3 PÉREZ ROYO, F. *Derecho financiero y tributario*. Parte General. Civitas, Madrid, 1996, Sexta Edición, pp.46-47.

4 VALDES COSTA, R. *Curso de Derecho Tributario*. Depalma, Temis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fé de Bogotá, Madrid, 1996, p.295.

## I. DEFINICIÓN

Sólo a la ley corresponde la creación de los tributos y la definición de todos y cada uno de los elementos estructurales del mismo. Esta es la conquista más grande del Derecho tributario frente a cualquier intento del Estado de usar el poder exactor como instrumento de gobierno.

El principio de reserva legal tributaria, previsto en el artículo 317 de la Constitución, es desarrollado por el artículo 3 del Código Orgánico Tributario, según el cual sólo a las leyes corresponde regular, con sujeción a las normas generales de dicho Código, las siguientes materias:

1. Crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo.
2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto.
3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales. Para reafirmar la reserva legislativa, el párrafo segundo de esta norma señala que en ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integrantes del tributo, así como las demás materias señaladas como de reserva legal.

Otras importantes leyes reproducen el principio de la reserva legal tributaria, como ocurre con la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>5</sup>, la Ley Orgánica de la Administra-

---

5 "Artículo 163: No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución municipal alguna que no esté establecido en ordenanza. Las ordenanzas que regulen los tributos municipales deberán contener:  
1. La determinación del hecho imponible y de los sujetos pasivos.

ción Pública<sup>6</sup> y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.<sup>7</sup>

La reserva legal tributaria es entre otras cosas una de las manifestaciones más importantes del principio de separación de poderes, en aquellos países donde tal separación existe. Además, el ejercicio del poder tributario a través de la ley, asegura que los ciudadanos participen efectivamente en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, dentro de unos límites prefijados y claros, que aseguran el disfrute de las libertades públicas y en particular de aquellas que son consustanciales al Estado Social de Derecho.

- 
2. La base imponible, los tipos o alícuotas de gravamen o las cuotas exigibles, así como los demás elementos que determinan la cuantía de la deuda tributaria.
  3. Los plazos y forma de la declaración de ingresos o del hecho imponible.
  4. El régimen de infracciones y sanciones. Las multas por infracciones tributarias no podrán exceder en cuantía a aquéllas que contemple el Código Orgánico Tributario.
  5. Las fechas de su aprobación y el comienzo de su vigencia.
  6. Las demás particularidades que señalen las leyes nacionales y estatales que transfieran tributos. Los impuestos, tasas y contribuciones especiales no podrán tener como base imponible el monto a pagar por concepto de otro tributo.”
- 6 “Artículo 88: El ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, en Consejo de Ministros, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.”
- 7 “Artículo 10. Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley.”

Dice el autor argentino Rodolfo Spisso<sup>8</sup> que la obediencia que las personas prestan a los gobernantes se basa racionalmente en la creencia de que éstos gobiernan en nombre de la ley y conforme a sus prescripciones. Por eso es que la finalidad del principio de la legalidad es en definitiva afianzar la seguridad jurídica, mediante la predeterminación de las conductas debidas, de modo que tanto los gobernados como los gobernantes sepan a qué atenerse al conocer de antemano qué es lo que tienen que hacer y de qué conductas deben abstenerse.<sup>9</sup>

Para Rodríguez Bereijo el principio de la reserva legal tributaria, en su formulación más genérica, preconstituye la plasmación jurídica del principio político del imperio o primacía de la Ley<sup>10</sup>, que es la expresión popular manifestada a través del cuerpo representativo que integra el Poder Público: El Poder Legislativo. De allí que el mismo represente de alguna forma al más antiguo principio político de la autoimposición o del consentimiento de los impuestos por los representantes de los contribuyentes.

Según Pérez Royo, este principio tiene una función de garantía y de seguridad jurídica frente a las intromisiones arbitrarias del Estado en la esfera de la libertad y la propiedad privada y una función política de asegurar la democracia mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario<sup>11</sup>, mediante el cual se da cumpli-

---

8 SPISSO, R. *Derecho Constitucional Tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 187.

9 Ib. ib.

10 RODRÍGUEZ BEREIJO, A. Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española". *Revista Española de Derecho Financiero*. Civitas, Madrid, 1998, p. 598.

11 PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario*. Civitas, Madrid, 1996, Sexta Edición, pp. 41-46.

miento al deber de solidaridad de coadyuvar al sostenimiento de los gastos públicos.

El principio de la reserva legal tributaria tiene pleno reconocimiento en muchos ordenamientos jurídicos, así lo revela la lectura de las Constituciones de Bélgica<sup>12</sup>, Corea del Sur<sup>13</sup>, Costa Rica<sup>14</sup>, Ecuador<sup>15</sup>, España<sup>16</sup>, Estados Unidos<sup>17</sup>, Finlandia<sup>18</sup>,

---

12 Artículo 170: “ § 1er. Aucun impôt au profit de l’État ne peut être établi que par une loi. ”

13 Artículo 38: “All citizens shall have the duty to pay taxes under the conditions as prescribed by Act.” [http://korea.na.go.kr/res/low\\_01\\_read.jsp](http://korea.na.go.kr/res/low_01_read.jsp).

14 Artículo 121: “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (omissis). 13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales.” <http://www.latinlaws.com/country/Costa%20Rica/constitution>.

15 Artículo 301: “Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”. <http://www.latinlaws.com/country/Ecuador/constitution>.

16 Artículo 133.1: “La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley”. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

17 “Section 8. The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States ”. <http://www.law.cornell.edu/constitution/>

18 “Section 81 - State taxes and charges: The state tax is governed by an Act, which shall contain provisions on the grounds for tax liability and the amount of the tax, as well as on the legal remedies available to the persons or entities liable to taxation. The general criteria governing the charges to be levied on the official functions, services and other activities of State authorities and on the amount of the charges are laid down by an Act.” [http://www.om.fi/uploads/54begu60narbnv\\_1.pdf](http://www.om.fi/uploads/54begu60narbnv_1.pdf).

Francia<sup>19</sup>, India<sup>20</sup>; Italia<sup>21</sup>; Japón<sup>22</sup>, Perú<sup>23</sup>; Rusia<sup>24</sup>; Suiza<sup>25</sup>, sólo para nombrar algunas.

## II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

En la pradera de Runnymede, entre Windsor y Staines, el 15 de junio del decimoséptimo año de su reinado (1215 AD), Juan sin Tierra, Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y Conde de Anjou, promulgó la *Carta Magna* y estableció en ella, entre otras cosas, el antecedente más remoto que se conoce del principio de la legalidad tributaria: “XXII.- No se podrá exigir ‘fonsadera’<sup>26</sup> (*‘scutage’*) ni ‘auxilio’ (*‘aid’*) en nuestro Reino *sin el consentimiento general*, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero

- 
- 19 Artículo 34: “ La loi fixe les règles concernant : (omissis) – l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures...”. [http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre\\_4](http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_4).
- 20 Artículo 265: “Taxes not to be imposed save by authority of law.” <http://lawmin.nic.in/coi/contents.htm>.
- 21 Artículo 23: “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”. <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>.
- 22 Artículo 30: “The people shall be liable to taxation as provided by law”. <http://www.sangiin.go.jp/eng/law/index.htm>.
- 23 Artículo 74: “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.” <http://www.latinlaws.com/country/Peru/constitution>.
- 24 Artículo 57: “Everyone shall be obliged to pay the legally established taxes and dues. Laws introducing new taxes or deteriorating the position of taxpayers may not have retroactive effect”. <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>.
- 25 Artículo 164 : “Législation: 1 Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d’une loi fédérale. Appartiennent en particulier à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives: (omissis) d. à la qualité de contribuable, à l’objet des impôts et au calcul du montant des impôts.” <http://www.admin.ch/ch/f/rs/1/101.fr.pdf>.
- 26 Según el Diccionario de la Real Academia: “Tributo que se pagaba para atender los gastos de la guerra.” [www.rae.es](http://www.rae.es)

a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija mayor. Con este fin solo se podrá establecer un ‘auxilio’ razonable y la misma regla se seguirá con las ‘ayudas’ de la ciudad de Londres” (Cursivas nuestras).

Las “ayudas” feudales a las que se refiere la Carta Magna de 1215 son el equivalente de los tributos actuales. Desde que se sientan las bases del constitucionalismo moderno y en particular del modelo democrático del Estado occidental, se establece que los tributos no pueden ser exigidos sino con el “consentimiento general” y éste se alcanza en asamblea o parlamento.

En Francia, desde los primeros Estados Generales de 1314, se estableció la necesidad de que los representantes del pueblo dieran su *consentimiento* para la creación de los impuestos. Aunque se trató de una maniobra de la monarquía para tener acceso a ingresos distintos a los generados por las posesiones del rey, no hay duda que este fue un aporte trascendental para la teoría del consentimiento del impuesto y el principio de la reserva legal tributaria<sup>27</sup>. De hecho, los últimos Estados

---

27 La institución de los Estados Generales, que reunía en asamblea al clero, la nobleza y la burguesía, fue creada en 1302 por el Rey de Francia Felipe IV (*Philippe le Bel*) para dar una aparente legitimidad a sus decisiones en reacción contra la bula papal *Ausculta Fili*, del 5 de diciembre de 1301, en la cual el Papa Bonifacio VIII reprobó al Rey por no haber tomado en cuenta la bula *Clericis Laicos* (24 de febrero de 1296), que prohibía, bajo pena de excomunión, que las autoridades temporales cobrasen o recibiesen impuestos del clero sin una autorización previa del Papa. Mientras que conforme a la tradicional regla “el rey debe vivir de lo suyo” (“*le roi doit vivre du sien*”), es decir, que la monarquía debía sostenerse con el producto de sus dominios, el nuevo rol asumido por los reyes de Francia, a partir de Luis VI, condujo a la crónica insuficiencia de estos ingresos para atender las necesidades del reino. Frente a ese problema, los reyes de Francia a partir de Felipe IV, reunieron los Estados Generales a fin de facilitar la recaudación de impuestos y obtener ingresos anticipados, principalmente para financiar las guerras. Si bien en un principio el impuesto tuvo un carácter extraordinario y provisorio, rápidamente devino consentido y permanente. Vid. ARDANT, G. *Histoire de l'impôt*. Fayard, Paris, 1971/BOUVIE, M. *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*. L.G.D.J., Paris, 2010, 10e édition./SCORDIA, L. “*Le roi doit vivre du sien*” *La théorie de l'impôt en*

Generales del *Ancien Régime* que fueron convocados por Louis XVI para el 1 de mayo de 1789 y que serían el primer paso de la Revolución Francesa, tuvieron por objeto discutir la situación financiera del reino y por ende la necesidad de elevar los impuestos.<sup>28</sup>

En la Petición de Derechos (*Petition of Rights*) del 7 de junio de 1628, los Lores espirituales y temporales y los comunes ingleses reunidos en Parlamento recordaron “muy humildemente a nuestro soberano y señor el Rey” que se declaró y decretó por una ley promulgada bajo el reinado de Eduardo I, y conocida con el nombre de *statutum de tallagio non concedendo* del 6 de marzo de 1306, que el Rey o sus herederos no impondrían ni percibirían impuesto o subsidio alguno sin el consentimiento de los arzobispos, obispos, condes, varones, caballeros, burgueses y otros hombres libres de los ayuntamientos de este Reino.<sup>29</sup>

---

France. (XIIIe-XVe siècles). Institut d'Études Augustiniennes, Série Moyen Âge et Temps Modernes, Paris, 2005.

28 Texto de la convocatoria a los Estados Generales por parte del Rey Louis XVI: “De par le Roi, Notre aimé et féal. Nous avons besoin du concours de nos fidèles sujets pour Nous aider à surmonter toutes les difficultés où Nous Nous trouvons relativement à l'état de Nos finances, et pour établir, suivant nos vœux, un ordre constant et invariable dans toutes les parties du gouvernement qui intéressent le bonheur de nos sujets et la prospérité de Notre royaume. Ces grands motifs Nous ont déterminé à convoquer l'Assemblée des États de toutes les provinces de notre obéissance, tant pour Nous conseiller et Nous assister dans toutes les choses qui seront mises sous nos yeux, que pour Nous faire connaître les souhaits et doléances de nos peuples, de manière que par une mutuelle confiance et par un amour réciproque entre le souverain et ses sujets, il soit apporté le plus promptement possible un remède efficace aux maux de l'État, que les abus de tous genre soient réformés et prévenus par de bons et solides moyens qui assurent la félicité publique et qui nous rendent à Nous particulièrement, le calme et la tranquillité dont Nous sommes privés depuis si longtemps. Donné à Versailles, le 14, janvier 1789.” (Cursivas nuestras).

29 Para algunos esta Ley tuvo su origen en la *Confirmatio Cartarum* promulgada por Eduardo I el 5 de noviembre de 1297, para reafirmar la *Carta Magna* y en particular el principio de la imposición por consentimiento. Vid. EDWARDS, J.G. *The English Historical Review*. Oxford University Press, Vol. 58, No. 231 (Jul., 1943), pp. 273-300.

Luego, en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) del 13 de febrero de 1689, dirigida por los Lores espirituales y temporales y los Comunes ingleses, reunidos en Westminster, a Guillermo Príncipe de Orange, estos establecieron que: “toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es ilegal” (artículo IV).

En la proclama independentista de las 13 Colonias Británicas en América (origen de los Estados Unidos de América), se estableció que no se pagarían tributos sin representación (*no taxation without representation*)<sup>30</sup>, lo que luego quedó plasmado en el artículo 1, sección 8, primer párrafo, de la Constitución Norteamericana de 1787 y permanece inalterado hasta el presente.<sup>31</sup>

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estableció en su artículo XIV que los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.<sup>32</sup>

30 Después de la guerra de los Siete Años el gobierno británico decidió organizar sus dominios americanos en forma de imperio comenzando por Canadá. Debido a los altos costos soportados por la guerra la Corona Británica necesitaba más recursos y el tory George Greenville, bajo el reinado de Jorge III, tomó la iniciativa de incrementar las cargas fiscales, creándose entonces un impuesto aduanero sobre el azúcar y sobre las melazas que ingresaban en las colonias (1764) y la Stamp Act que disponía el uso de papel sellado en todos los documentos legales (1765).

31 “Section 8. The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States”.

32 “ Article XIV: Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le recouvrement et la durée ”. Vid. <http://www.assemblee-nationale.fr>.

Expresa el Profesor Brewer-Carías que: “Este principio ha existido a través de todas las constituciones nacionales y atiende al clásico aforismo *Nullum tributum sine lege*”<sup>33</sup>, y en efecto es así, pues en Venezuela, desde la Constitución Federal de 1811, la reserva legal tributaria fue establecida con toda claridad y contundencia como un principio fundamental de nuestro sistema jurídico, en los artículos 5, 71 y 166 de aquella Carta Fundamental:

**“Artículo 5.-** Sólo las leyes sobre contribuciones, tasas e impuestos están exceptuadas de esta regla. Éstas no pueden tener principio sino en la Cámara de Representantes; quedando al Senado el derecho ordinario de adicionarlas, alterarlas o rehusarlas.”

**“Artículo 71.-** El Congreso tendrá pleno poder y autoridad:

(omissis)

6. De establecer y percibir toda suerte de impuestos, derechos y contribuciones que sean necesarios para sostener los ejércitos y escuadras, siempre que lo exijan la defensa y seguridad común y el bien general del Estado, con tal que las referidas contribuciones se impongan y perciban uniformemente en todo el territorio de la Confederación.”

**“Artículo 166.-** Ningún subsidio carga, impuesto, tasa o contribución podrá establecerse, ni cobrarse, bajo cualquiera pretexto que sea, sin el consentimiento del Pueblo expresado por órgano de sus Representantes. Todas las contribuciones tienen por objeto la utilidad general y los Ciudadanos el derecho de vigilar sobre su inversión y de hacerse dar cuenta de ellas por el referido conducto.”

---

33 BREWER CARÍAS, A. *Instituciones...* Cit., p.372.

La Constitución Política del Estado de Venezuela de 1819, modificó la formulación del principio, pero mantuvo su esencia y además estableció por primera vez y de manera particularmente categórica, el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos:

**“Título I. Sección Segunda. Artículo 7.-** La sociedad tiene derecho para exigir de cada ciudadano las contribuciones, subsidios, cargas e impuestos, que la representación nacional crea necesarios para los gastos públicos. El que rehusare pagar las contribuciones que se establezcan es un criminal, indigno de protección de la sociedad.”

**“Título VI. Sección Primera. Artículo 7.-** Son atribuciones exclusivamente propias del Congreso

(omissis)

3. Establecer toda suerte de impuestos, derechos o contribuciones: velar sobre su inversión, y tomar cuenta de ella al Poder Ejecutivo, sus ministros, o agentes.”

**“Título VI. Sección Segunda. Artículo 6.-** Toda ley sobre contribuciones, o impuestos tiene su iniciativa exclusivamente en la Cámara de Representantes”.

La Constitución de 1830, reconoció el principio de la reserva legal tributaria al contemplar la creación de los tributos como una facultad exclusiva del cuerpo legislativo nacional:

**“Artículo 87.-** Son atribuciones del Congreso:

(omissis)

2. Establecer impuestos, derechos y contribuciones, velar sobre su inversión, y tomar cuenta de ella al Poder Ejecutivo y demás empleados de la República;”

Este enunciado se repitió con pequeños cambios en la Constitución de 1857, que además reiteró el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de los impuestos establecidos en la Ley:

**“Artículo 38.-** Son atribuciones del Congreso:

(omissis)

3. Establecer los impuestos y contribuciones generales, velar sobre la inversión de las rentas públicas y tomar cuenta de ellas al Poder Ejecutivo.”

**“Artículo 96.-** Son deberes de los venezolanos:

(omissis)

3. Contribuir a los gastos públicos, satisfaciendo cumplidamente los impuestos que establezca la ley.”

La Constitución de 1858 reprodujo la regulación del principio de reserva legal (artículo 64), pero suprimió la mención expresa al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de impuestos.

La Constitución de 1864, eminentemente federalista, interrumpió en este aspecto la tradición constitucional venezolana al no regular de manera expresa el principio de reserva legal tributaria, concretándose a prever prohibiciones dirigidas a los Estados integrantes de la Federación, en cuanto al establecimiento de impuestos y contribuciones que pudieren obstaculizar el libre tránsito y el consumo de bienes de un Estado a otro. Lo propio va a ocurrir con las Constituciones de 1874, 1881 y 1891.

La Constitución del 21 de junio de 1893, volvió a la regulación anterior, al establecer en su artículo 44, numeral 2, como

una facultad exclusiva del Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, la de decretar los impuestos nacionales y establecer todo lo relativo a las aduanas. Lo mismo ocurrió con las Constituciones de 1901 (artículo 54), 1904 (artículo 52) y 1909 (artículo 57).

En el Estatuto Constitucional Provisorio del 19 de abril de 1914, se suprimió la regulación del principio de la reserva legal tributaria, pero este principio fue recogido nuevamente en las Constituciones de 1922 (artículo 58), 1925 (artículo 78), 1928 (artículo 78), 1929 (artículo 78), 1931 (artículo 78) y 1945 (artículo 78).

Después de la magnífica formulación del principio de la reserva legal tributaria contenida en el artículo 166 de la Constitución de 1811, la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 5 de julio de 1947, fue la siguiente en desarrollar dicho principio de forma más precisa y acabada:

**“Artículo 233.-** No podrá cobrarse ningún impuesto o contribución que no esté autorizado por la Ley, ni se hará del Tesoro Nacional ningún gasto para el cual no se haya destinado una cantidad en la Ley de Presupuesto General de Rentas y Gastos Públicos, a menos que, previamente al gasto, se acordare un Crédito Adicional, mediante Decreto Ejecutivo. Los que infringieren esta disposición serán civilmente responsables por las cantidades cuyo pago hubieren efectuado u ordenado.”

Esta norma fue reiterada en las Constituciones de 1953 (artículo 121) y 1961 (artículo 224), siendo los antecedentes directos de la regulación actual contenida en el artículo 317 de la Constitución de 1999:

**“Artículo 317.** No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos

fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente (...)"

En lo que concierne al reconocimiento legal de este principio, el primer Código Orgánico Tributario venezolano de 1982<sup>34</sup>, inspirado en el Modelo de Código Tributario para América Latina del Programa Conjunto de Tributación OEA/BID (MCTAL), estableció en su artículo 4 que sólo correspondía a la Ley crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto pasivo; otorgar exenciones y otros beneficios; autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios; establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto estos significasen una limitación o regulación de los derechos o garantías individuales; tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones; establecer privilegios, preferencias y garantías para los créditos tributarios y regular los modos de extinción de los créditos tributarios.

Esta regulación fue reproducida en el Código Orgánico Tributario de 1992<sup>35</sup>, con algunos cambios, pero conservando su esencia. Este Código incorporó dos importantes innovaciones: La primera de ellas, se refería a que el principio de reserva legal tributaria no sólo significaba que la ley en general era la única capaz de crear los tributos y regular sus elementos estructurales, sino que ello correspondía únicamente a las *leyes especiales tributarias* con lo cual se perseguía evitar la dispersión de normas tributarias en leyes reguladoras de otras materias, favoreciendo así su mejor conocimiento por parte de los contribuyentes y de la propia Administración Tributaria. Asimismo, se reafirmó el hecho de que esas leyes tributarias debían dictarse con sujeción a las normas generales del Código, con lo que se dio a éste el carácter de ley marco en materia tribu-

---

34 Gaceta Oficial No.2.992 Extraordinario, del 3 de agosto de 1982.

35 Gaceta Oficial No. 4.466 Extraordinario del 11 de septiembre de 1992.

taria, al cual estaban sometidas el resto de las leyes especiales tributarias.

La segunda innovación consistió en proscribir el pernicioso fenómeno de la *deslegalización*. En tal sentido, el Código Orgánico Tributario de 1992, estableció que en ningún caso se podrían delegar la regulación de las materias reservadas a la ley. Se trató sin la menor duda de un importante avance que impedía al legislador delegar en el Ejecutivo Nacional, la regulación de aquellas materias que sólo las leyes tributarias debían contemplar por mandato de la Constitución y del Código Orgánico Tributario.

El Código Orgánico Tributario de 1994<sup>36</sup>, dictado por el Ejecutivo Nacional a partir de una Ley Habilitante, recogió igualmente el principio de la reserva legal tributaria sin mayores cambios con respecto al Código Orgánico Tributario de 1992, pero eliminó la referencia a las *leyes especiales tributarias*, lo cual consideramos como un retroceso. Además, este Código, en sí mismo representaba una relajación del principio de la reserva legal tributaria pues no fue dictado por el órgano legislativo (para entonces el Congreso de la República).

En el ámbito de la prohibición de deslegalización, el Código de 1994, precisó que en ningún caso se podría delegar la definición y fijación de los *elementos integradores* del tributo, así como las demás materias señaladas como de reserva legal por el Código. Comoquiera que en este instrumento se introdujo por primera vez la Unidad Tributaria como elemento objetivo de cuantificación de simple aplicación aritmética, se previó que la misma podía ser reajustada anualmente por la Administración Tributaria, lo cual desde luego debía producirse por un acto administrativo de efectos generales.

---

36 Gaceta Oficial No.4.727 Extraordinario del 27 de mayo de 1994.

El Código Orgánico Tributario de 2001<sup>37</sup>, mantuvo la regulación del principio de legalidad tributaria, en términos casi idénticos al de 1994. El Código Orgánico Tributario de 2014<sup>38</sup>, hizo lo propio, pero introdujo un cambio bien importante. En efecto, el Código de 2001, permitía que cuando se tratase de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción, a las ventas o al valor agregado, así como cuando se tratase de tasas o de contribuciones especiales, la ley creadora del tributo correspondiente podía autorizar para que anualmente en la Ley de Presupuesto, se fijase la alícuota del impuesto entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca.

Por su parte, el Código de 2014, modificó totalmente esta redacción y deslegalizó la fijación de la alícuota, otorgándole esta facultad, ya no a la Asamblea Nacional al aprobar la Ley de Presupuesto, sino al Ejecutivo Nacional para que procediera a modificar la alícuota del impuesto, en los límites que ella establezca. Como era de esperar, el Decreto Constituyente que modificó el Código Orgánico Tributario, de fecha 29 de enero de 2020<sup>39</sup>, no modificó sino que afianza esta deslegalización.

### III. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y RESERVA LEGAL

El principio de la reserva legal tributaria es un principio básico del Estado de Derecho, que tiene su origen primigenio en el principio de la legalidad general. En Venezuela el principio de la legalidad general es formulado por el artículo 137 de la Constitución, de acuerdo con el cual: *“Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”*.

Por su parte, el artículo 317 de la Constitución establece, como ya hemos visto, el principio de la reserva legal tributaria

---

37 Gaceta Oficial No. 37.305, del 17 de octubre de 2001.

38 Gaceta Oficial No. 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

39 Gaceta Oficial No. 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

al disponer que no podrá cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes.

Como se advierte, el principio de la legalidad tributaria tiene dos vertientes claramente diferenciadas. De un lado está el principio de la legalidad propiamente dicho que implica el sometimiento de las Administraciones tributarias a la Ley en su sentido más amplio. Las Administraciones tributarias no tienen poderes inherentes, sino única y exclusivamente aquellos que la ley les otorga de manera expresa y los que necesariamente se derivan de éstos.

Mientras los ciudadanos pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíba explícitamente, las Administraciones tributarias sólo pueden hacer lo que la ley les permite y dentro de los límites prefijados por ésta. De allí deriva el principio fundamental de la competencia, es decir, la medida de la potestad conferida a cada ente de la Administración Pública.

Así lo reafirma la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 4, de acuerdo con el cual: "La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares".

La actuación de las Administraciones tributarias es entonces de rango sublegal, en el sentido de que sus manifestaciones de voluntad, de juicio o de conocimiento siempre estarán subordinadas y sometidas por completo al mandato del legis-

lador y recludas en los límites que éste ha establecido con carácter previo.

La Administración no dicta la ley, sino que la ejecuta y en ningún caso puede cambiarla ni desconocerla, salvo cuando lo hace para aplicar preferentemente la norma constitucional, como disposición superior y rectora del ordenamiento jurídico. Aquellas materias en las cuales la Administración en general y las Administraciones tributarias en particular pueden emitir decisiones, o juicios de valor o realizar constataciones, las define única y exclusivamente la ley.

La otra vertiente del principio de la legalidad implica que sólo el legislador puede crear el tributo y todos los elementos estructurales de éste, sin poder delegar esa tarea en otros órganos del Poder Público.

Determinar si en un ordenamiento jurídico dado el principio de la legalidad y en especial el de la reserva de ley, tienen vigencia y aplicación efectiva, equivale tanto como establecer si los individuos a los cuales se aplica ese ordenamiento jurídico son simples súbditos oprimidos por el poder omnímodo del Estado o ciudadanos verdaderamente libres que viven en democracia.

La íntima conexión entre las libertades individuales y el principio de la legalidad se revela claramente cuando se tiene en cuenta las materias en las cuales este principio tiene mayor importancia: la definición de los delitos y las penas y la creación de los tributos, ambas relacionadas con dos de los derechos fundamentales de mayor relevancia, la libertad y la propiedad.

#### IV. ELEMENTOS DEL TRIBUTO AFECTADOS POR LA RESERVA DE LEY

Tanto la definición del hecho imponible, como del resto de los elementos estructurales del tributo, es privativa de la ley. Los artículos 3 y 4 del Código Orgánico Tributario se encargan de precisar el alcance del principio de la reserva legal tributaria, con respecto a los elementos del tributo.

##### 1. Creación del tributo

Como es natural, lo primero que afecta el principio de la reserva legal tributaria, es la creación del tributo y en mérito del principio del paralelismo de las competencias, es lógico que alcance también a la modificación de las leyes tributarias y a la supresión o eliminación de los tributos, según lo expresa con claridad el anciano aforismo *nullum tributum sine lege*.

##### 2. Hecho imponible

Corresponde también a la ley la definición del hecho imponible. Como es sabido, el hecho imponible es el presupuesto hipotético y condicionante en el cual se describen de manera típica ciertos actos o hechos cuya realización por o con respecto a un sujeto determinado (contribuyente), en un lugar y en un tiempo concreto, origina el nacimiento de la obligación tributaria y por tanto legítima al ente titular de la potestad tributaria para determinar, liquidar y recaudar el tributo.

Sólo la ley –previa desde luego– puede decir cuáles hechos, una vez acaecidos, dan origen a la obligación de pagar un tributo, bien sea un impuesto, una tasa o una contribución especial. Cabe destacar además que esa descripción legislativa en el caso del hecho imponible tiene que ser tipificadora, clara, precisa y hecha en términos lo suficientemente sencillos para que el contribuyente sepa, sin posibilidad de duda, cuándo es susceptible de ser obligado a pagar el tributo. La descripción

típica del tributo es tan importante que bien podría compararse en su rigor con la que realiza el legislador penal al establecer el delito y la pena.

### **3. Alícuota**

Igualmente concierne a la ley establecer cuál es la alícuota del tributo, esto es, la tarifa que aplicada a la base imponible dará como resultado el quantum o monto de la obligación tributaria que debe satisfacer el contribuyente o, según el caso, el responsable.

La alícuota es uno de los elementos estructurales del tributo que ha sufrido mayores intentos de deslegalización, al confiarse en ciertos casos su fijación al poder administrador, a través de Reglamentos o incluso de resoluciones ministeriales.

Cuando se trate de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción, a las ventas, o al valor agregado, así como cuando se trate de tasas o de contriciones especiales, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar para que anualmente en la ley de presupuesto se proceda a fijar la alícuota del impuesto entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca. Pero como se observa, será siempre una Ley (en este caso la de Presupuesto) la que fijará la alícuota, de modo que esta disposición no implica relajación alguna del principio de reserva legal tributaria.

Sobre este particular la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

“En el impugnado artículo 15 se dejó al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, la determinación y fijación de dos esenciales elementos de una obligación tributaria: el hecho generador y la alícuota. Ni uno ni otro aparecen en la ley, en franca violación del principio de la legalidad tributaria preceptuado en el artículo 317 de la

Constitución, según el cual: ‘No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio’. A su vez, el artículo 8 del Código Orgánico Tributario dispone: “Sólo a la ley corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código, las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo (...) Parágrafo Primero: En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Segundo de este artículo. No obstante, cuando se trate de impuestos generales o específicos al consumo, a la producción o a las ventas, así como cuando se trate de tasas previstas en leyes, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar para que anualmente en la Ley de Presupuesto, se proceda a fijar la alícuota del impuesto entre el límite inferior y el máximo que en ella se establezca (...)

Como se observa, el Código Orgánico Tributario pretende ser una flexibilización del principio de legalidad tributaria, referido precisamente al punto que interesa ahora a esta Sala, el de las tasas, pues dispone que en ese caso la ley que cree el tributo puede autorizar que la fijación de la alícuota se haga en la Ley de Presupuesto de cada año. Si se ve con cuidado podrá notarse que en nada se modifica el principio de legalidad: es la Ley, la de Presupuesto, la que fijará esa alícuota, lo cual puede hacerse aunque nada diga el referido Código. El artículo 15 del decreto-legislativo impugnado califica como aranceles al pago que debe hacerse por servicios de registro y notariado. Esta Sala

prefiere calificarlo, al menos a efectos de este fallo, como tasas, pues es lo que son (...)

La intención del artículo 15 del decreto-legislativo demandado tal vez fue conferir al Ejecutivo Nacional el poder para aumentar las alícuotas de las tasas registrales y notariales, haciéndolas escapar de la rigidez que rodea las leyes. Sin embargo, constitucionalmente ello no es posible entre nosotros, aunque lo sea en otros países. Por supuesto, es necesario distinguir entre tasa y precio público, nociones bastante trabajadas por la doctrina reciente. Según el modelo de Código Orgánico Tributario para la América Latina, *“no es tasa la contraprestación de servicios no inherentes al Estado.”* Esas contraprestaciones son los denominados precios públicos, que al no ser tributos no requieren creación ni regulación legal. En el caso de registros y notarías, es indudable que el servicio es inherente al Estado: los particulares están obligados a recurrir a él en ciertos casos, o al menos se hace aconsejable si pretenden disfrutar de la fe pública, que sólo la proporciona el Estado. En consecuencia, no es posible afirmar que los servicios registrales y notariales sean *“precios públicos”* y no tasas, cuando la *“fe pública”*, principal beneficio obtenido del registro o protocolización de documentos, no es obtenible de prestadores de servicios particulares. Quedan a salvo los pagos que se efectúen en las dependencias registrales y notariales que, siendo importantes para la prestación del servicio, no sean en sí mismo producto del acto de registro o notariado. Por lo expuesto, esta Sala declara con lugar la presente denuncia y, en consecuencia, anula el artículo 15 del Decreto con Fuerza de ley de Registro Público y Notariado. En vista de que hasta la fecha no se ha hecho uso de la facultad que otorgaba el artículo anulado, se hace innecesario fijar efectos retroactivos a la decisión.<sup>40</sup>

---

40 Cf. S. TSJ/SC, 14.09.2004, consultada en: *Revista de Derecho Público*, EJV, 2004, Nos. 99-100, pp. 187-192.

#### 4. Base imponible

Compete de igual forma al legislador la definición de la base imponible, es decir, de la manifestación económica de capacidad contributiva sobre la cual recaerá el tributo.

En los tributos variables y a diferencia de aquellos en los cuales la ley fija de una vez el importe tributario a pagar (tributos fijos), la ocurrencia del hecho imponible por sí sola no es suficiente para determinar el alcance cuantitativo de la obligación tributaria; es decir, la simple realización por parte del o con respecto al contribuyente, de los hechos o actos descritos por el legislador como generadores de la obligación de pagar un impuesto, una tasa o una contribución especial, no bastan para precisar en términos concretos el *quantum* de dicha obligación, porque el hecho imponible no contiene los elementos necesarios para precisar la *cuantía* del importe tributario. Por tanto, en este supuesto, el hecho imponible debe ser reducido a una cifra económica o mejor dicho, debe ser susceptible de ser cuantificado o expresado numéricamente.

De acuerdo con Ferreiro Lapatza "...podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa (...) la base es siempre la dimensión o magnitud de un elemento integrante del hecho imponible, pues, en pura lógica, si el tributo se paga en relación con la base imponible, si no hay base imponible no hay cuota, no nace la obligación tributaria. Para que nazca la obligación tributaria es necesario que se dé el hecho imponible en todas sus partes completamente, y una de sus partes o elementos necesarios para que nazca la obligación tributaria es aquel cuya magnitud se toma como base."<sup>41</sup>

---

41 FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de Derecho Financiero Español*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.403.

## **5. Sujeto**

Asimismo, corresponde al legislador establecer el elemento subjetivo del tributo, esto es, quién es sujeto pasivo de la obligación tributaria, que según la definición que hace el artículo 19 del Código Orgánico Tributario, es el obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.

## **6. Exenciones**

También es parte de la reserva legal tributaria el otorgamiento de exenciones, es decir, de las dispensas totales o parciales del cumplimiento de la obligación tributaria, otorgadas por la Ley (artículo 73 Código Orgánico Tributario). La exención es una norma que impide que la verificación del supuesto de hecho de otra norma, desencadene la consecuencia jurídica correspondiente. Como es natural, si la exención neutraliza los efectos del hecho imponible y no permite que nazca la obligación tributaria, es lógico que sea también la ley quien disponga cuando puede suceder tal cosa.

## **7. Exoneraciones**

Igualmente pertenece al ámbito de la reserva legal tributaria la determinación de los supuestos en los cuales pueden ser concedidas exoneraciones. La exoneración también es una dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria, pero concedida por el Poder Ejecutivo en los casos autorizados por la ley (artículo 73 Código Orgánico Tributario).

## **8. Rebajas**

Asimismo, es parte de la reserva legal tributaria el otorgamiento de rebajas. La rebaja es una disminución de la cuota tributaria a pagar, cuando ésta ya ha sido determinada por los procedimientos previstos en las leyes correspondientes, que se

conceden a título de incentivo fiscal, es decir, con el objeto de favorecer o estimular ciertas actividades. La rebaja no afecta ninguno de los elementos estructurales del tributo, pero disminuye la incidencia del mismo, al reducir el monto de la obligación tributaria que el sujeto pasivo debe satisfacer.

## **9. Otras materias**

Para reafirmar la extensión del principio de la reserva legal en materia tributaria, el artículo 3 del COT contiene una norma residual, de acuerdo con la cual están igualmente reservadas al legislador las demás materias que señale dicho Código. Esto incluye dentro de los aspectos afectados por la reserva legal tributaria, los siguientes:

- La regulación de los procedimientos administrativos y judiciales.
- El establecimiento de la obligación de pagar intereses de mora por el retardo culposo en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.
- La prescripción de la obligación tributaria, las condiciones necesarias para que ocurra y los supuestos en los cuales se suspende o se interrumpe la misma.
- Todo el régimen de las infracciones y sanciones tributarias, dentro de lo que se incluyen los supuestos de participación en la comisión de las infracciones; las agravantes y atenuantes; las eximentes de responsabilidad penal tributaria; los indicios de defraudación y la tipificación de los hechos ilícitos, los delitos, las sanciones y las penas.
- Los supuestos de extinción de la obligación tributaria, tales como el pago, la remisión, la confusión, la compensación y la declaratoria de incobrabilidad.

- La regulación del domicilio fiscal.
- Los privilegios y garantías del crédito tributario.

## V. FRAUDE A LA RESERVA LEGAL TRIBUTARIA

### 1. La deslegalización

Un refuerzo adicional del principio de la reserva legal tributaria, está en el parágrafo segundo del artículo 3, del Código Orgánico Tributario, el cual señala que en ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del Tributo así como las demás materias señaladas como de reserva legal (*interdicción de la deslegalización*).

Aunque pareciera innecesario incluir dentro del Código una disposición como esta, es comprensible que se haya hecho porque como antes se expresó, la tarifa es uno de los elementos del tributo que más intentos de deslegalización ha sufrido y algunas ocasiones la jurisprudencia no ha sido todo lo contundente que debía para rechazar tal conducta.

Desafortunadamente, desde el Código de 2014 y ahora en el de 2020, la fijación de la alícuota de cualquier tributo, está en manos del Ejecutivo Nacional, y ya no hay limitación alguna ni por el tipo de tributo, ni tampoco temporal, pues no es la Ley anual de Presupuesto la que contiene la modificación de la tarifa dentro de los límites fijados por la ley creadora del tributo, sino que el Ejecutivo está autorizado a modificarla ad nutum, cuando lo considere necesario.

Lo cierto es que la tarifa es un elemento estructural del tributo que debe ser de la más absoluta reserva legal, porque ella integra junto con la base imponible la ecuación que permite determinar en cada caso el tributo a pagar. De ella depende, en medida superlativamente importante, el ingreso tributario y

por esa razón es en extremo peligroso que la misma sea manipulada libremente al margen de la ley, según las necesidades fiscales del poder administrador.

Por otro lado, es la tarifa la que permite determinar de manera objetiva y desde el punto de vista cuantitativo, la *razonabilidad* y *proporcionalidad* de la exacción o su carácter *confiscatorio*. De allí que su fijación es una tarea que reclama la intervención del cuerpo legislativo, para garantizar que ha sido el producto de una decisión meditada, suficientemente discutida y mayoritariamente aprobada por los representantes del pueblo.

Pero la tarifa no es el único elemento estructural del tributo que ha sido objeto de deslegalización, sino que la base imponible comienza a sufrir los embates de esta tendencia neutralizadora de la reserva legal tributaria. Así, en la recién promulgada Ley Constitucional que crea el Impuesto a los Grandes Patrimonios<sup>42</sup>, la metodología aplicable para determinación del valor atribuible a ciertos bienes y derechos que integran el patrimonio neto del contribuyente, no está definida en todos los casos en la ley, sino que será regulada por la Administración Tributaria a través de normas publicadas en su Portal de internet.<sup>43</sup>

Si bien es cierto que la ley define el patrimonio neto como la base imponible del tributo, esta determinación es completamente insuficiente, porque para llegar a la magnitud económica a la cual se aplicará la tarifa impositiva, es preciso atribuir un valor a los bienes y derechos que conforman dicho patrimonio neto y, en consecuencia, ha debido el legislador establecer las reglas generales y los límites para esa valoración y no delegar tal facultad en la Administración Tributaria.

---

42 Gaceta Oficial No. 41.696 del 16 de agosto de 2019

43 *Vid.* Artículos 2 y 7 de la Providencia No. SNAT/2019/00213 del 19.08.2019, Gaceta Oficial No. 41.697 del 19 de agosto de 2019.

En definitiva, la *deslegalización* constituye un fraude al principio de la reserva legal tributaria. Sobre este particular el profesor Romero-Muci ha dicho que: “La eventual deslegalización o degradación del rango de la ley por obra misma del legislador, significaría una infracción a la reserva misma que establece la Constitución (...) en la teoría general del Reglamento, la Ley es la norma soberana, superior a cualquier otra, y el Reglamento es una norma esencialmente subordinada en cuanto fruto de un poder –el administrativo– que, ante todo, es un poder subalterno. De allí la absoluta prioridad de la Ley, expresión de la voluntad de la comunidad, sobre el Reglamento, expresión de la voluntad subalterna de la Administración.”<sup>44</sup>

## 2. La interpretación de las leyes tributarias

Una de las formas más comunes y a veces desapercibidas mediante las cuales se viola el principio de la reserva legal tributaria, es a través de la *interpretación* de las normas. El conocimiento de las leyes y aun de los reglamentos y demás actos normativos de rango sublegal de contenido tributario, va más allá del problema de la publicidad formal. El aspecto nodal de la cuestión es que, dentro del universo de las normas jurídicas, las tributarias presentan una complejidad especial porque integran en su estructura no sólo categorías jurídicas, sino también conceptos económicos, financieros, contables y matemáticos.

En tanto las leyes no son otra cosa que una manifestación escrita de la voluntad del legislador de regular determinado fenómeno, debe admitirse que en ocasiones esa manifestación escrita de la voluntad del legislador es imperfecta e incompleta y precisamente por eso las leyes deben ser interpretadas de acuerdo con el significado propio de las palabras, según la

---

44 ROMERO-MUCI, H. “La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: El caso de los Reglamentos de la Ley de Pilotaje”. *Homenaje a la memoria de Ilse Van Der Velde*. FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 47-48.

conexión de ellas entre *sí* y *la intención del legislador* (artículos 4 del Código Civil y 5 del Código Orgánico Tributario). Esa intención del legislador, que no es otra cosa que su *voluntad* explícita o implícita de regular diversos fenómenos de la vida del conglomerado social, debe aprehenderse a partir de las reglas y principios generales enunciados en el propio texto legal, en las normas superiores que le sirven de fundamento y en general en las reglas y principios que disciplinan la materia de la que se trate.

Ahora bien, se dice que el carácter frecuentemente general de la ley tributaria, conduce a la Administración a indicar a través de circulares e instrucciones interpretativas (y entre nosotros mediante opiniones), el sentido que debe darse a las normas que ésta aplica.<sup>45</sup> Resulta así que esta suerte de interpretación *légiférant*<sup>46</sup> se desvía del texto de la ley, extendiendo el supuesto de hecho de la norma a situaciones no contempladas en el mismo o dejando fuera algunas de las que están comprendidas en éste. Puede ocurrir también que, a través de esta forma de interpretación, la consecuencia jurídica atribuida por la ley a la ocurrencia del supuesto de hecho, sea alterada por vía de interpretación. En ambos casos, la interpretación *légiférant* habrá creado en forma subrepticia nuevas normas, eludiendo las restricciones de la reserva legal.

La interpretación de las leyes tributarias se fundamenta en los principios generales que disciplinan la hermenéutica o interpretación de las leyes. En el caso concreto de las leyes tributarias, se adicionan a las reglas interpretativas previstas en el artículo 4 del Código Civil -según el cual a la ley debe

---

45 BOUVIER, M. *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*. L.G.D.J., Paris, 2010, 10e édition, p.52.

46 Este participio presente del verbo francés "légiférer": que significa en español "legislar", no tiene traducción exacta a nuestra lengua y por eso lo utilizamos en francés. Una frase equivalente en español, que además de gramaticalmente incorrecta no resultaría tan elocuente sería "interpretación legislante", por lo cual preferimos, con la venia del lector, incurrir en el uso de este galicismo.

atribuírsele el sentido que aparece evidente de sus palabras, según la conexión de éstas entre sí y la intención del legislador-las del propio Código Orgánico Tributario, en cuyos artículos 5 y 6 se dispone que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo su fin y a su significación económica, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en las normas tributarias; que las exenciones, exoneraciones, rebajas, desgravámenes y demás beneficios o incentivos fiscales se interpretarán en forma restrictiva; y que la analogía es admisible para colmar los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, exenciones, exoneraciones ni otros beneficios, tampoco tipificar ilícitos ni establecer sanciones.

Alguna doctrina señala que cabe preguntarse si el principio de la reserva legal tributaria no es más que una simple ilusión, teniendo en cuenta que no existe un método de interpretación en derecho tributario absolutamente confiable.<sup>47</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, y como ya ha sido expuesto, resulta paradójico el que una materia en la cual la garantía de la reserva legal tributaria no admite discusión ni relajación alguna, por vía de interpretación puede extenderse o restringirse el alcance y contenido de las normas tributarias (artículo 5 del Código Orgánico Tributario), a través de la peligrosa interpretación *correctora* que no es otra cosa que la usurpación de la función legislativa por parte del intérprete (que precisamente por eso hemos calificado como “interpretación *légiférant*”).

Escapa de los límites de nuestro estudio, entrar en el complejo análisis de los métodos de interpretación de las leyes tributarias, lo que además ya ha sido muy bien tratado por la doctrina patria y extranjera.<sup>48</sup>

---

47 BOUVIER, M. *Introduction au...*Cit., p.54.

48 CHECA GONZALEZ, C. *Interpretación y aplicación de las normas tributarias: Análisis jurisprudencial*. Lex Nova, Valladolid, 1998. /MEIER, E. “La

Para determinar el contenido y alcance de la norma, su texto expreso no puede ser puesto de lado para atribuirle un resultado distinto al que surge del significado propio de las palabras utilizadas por el legislador, de lo cual resulta que el método gramatical es sin duda el que permite considerar la primera y la más importante evidencia de lo que éste quiso expresar. Por otra parte, el método gramatical es el procedimiento de exégesis más objetivo y que ofrece mayor certeza y uniformidad en la concordancia de sus resultados con la verdadera intención del legislador.

De modo pues que el método gramatical tiene prelación sobre los demás y debe ser agotado. Si aplicado este método la norma conduce a un resultado inconstitucional o absurdo, por ser abiertamente contrario a la lógica, entonces debe acudir a otros métodos de interpretación. Por ejemplo, cuando la norma al ser interpretada está en contradicción abierta con la Constitución, se impone como lo ha sostenido con acierto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la interpretación constitucional de la misma.<sup>49</sup>

## VI. LEY FORMAL O MATERIAL

La Constitución no hace distinción alguna en cuanto al tipo de ley exigida para satisfacer a plenitud del principio de la reserva legal tributaria. De hecho, la Constitución no distingue entre leyes formales y leyes materiales; tan solo califica como leyes los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador (artículo 202 Constitución). No obstante, la Constitución deja claro que el Presidente de la República, previa habilitación legislativa, puede dictar actos *con rango, valor y fuerza de ley* (artículos 203 y 236.8 de la Constitución),

---

interpretación de la norma tributaria en la Constitución de 1999". *Revista de Derecho Tributario*. AVDT-LEGIS, Caracas, 2000, No.89. / PADRON AMARÉ, O. "Notas acerca de la interpretación de la Ley Tributaria." *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1967, No.16.

49 Cf. S. TSJ/SC, 16.11.2010, caso: José Guerra et All.

de lo que se sigue que nuestro sistema jurídico existen leyes formales, que son aquellas que emanan del cuerpo legislativo previo el cumplimiento del procedimiento establecido en la Constitución para la elaboración de las leyes; y leyes materiales, que son actos que no emanan del cuerpo legislativo y por ende no son producto del procedimiento previsto para la elaboración de las leyes, pero que tienen rango, valor y fuerza de ley y regulan materias de la reserva legal.

Ahora bien, debe recordarse que el principio de la legalidad en su dimensión de reserva legal tributaria, surge entre otras cosas para poner un freno al poder de imposición del Estado. La importancia de este principio radica, precisamente, en que no es un monarca, un dictador u otro tirano el que impone a los súbditos lo que deben pagar a título de tributo, sino que son los ciudadanos, a través de sus representantes constituidos en un cuerpo legislativo, quienes participan en la creación de las exacciones que se obligan a satisfacer, en el entendido de que las mismas se destinarán a coadyuvar en el sostenimiento de los gastos públicos (i.e. egresos destinados a la satisfacción de necesidades colectivas).

La imposición de tributos por reyes y monarcas sin el consentimiento del pueblo, fue el origen de las Revoluciones Americana y Francesa. De allí precisamente surgió la idea de que los ciudadanos deben *consentir* los tributos y ello sólo puede lograrse cuando son ellos mismos o sus representantes políticos reunidos en asamblea, parlamento o congreso, quienes a través de una ley formal crean el tributo, en el entendido de que la ley, como acto que emana del cuerpo legislador, es una manifestación de la voluntad popular.

Desde esta perspectiva pareciera que sólo la ley en sentido formal satisface el principio de la reserva legal, pues sería el único acto en cuya emanación participarían los ciudadanos de manera indirecta, a través de sus representantes en el órgano legislativo.

No obstante, la creciente complejidad de las funciones gubernamentales y la generalizada hipertrofia de las facultades del Poder Ejecutivo en todos los ordenamientos jurídicos, unida a la acelerada dinámica de los acontecimientos en el mundo moderno, exigió a la dogmática constitucional admitir que en ciertos casos era necesario que el Poder Ejecutivo pudiera legislar en las materias que de manera especial y específica le delegara el Poder Legislativo.

Así comenzó a surgir el concepto de la ley en sentido material, es decir, del acto que, sin haber emanado del cuerpo legislativo a través del procedimiento constitucionalmente previsto para la formulación de las leyes, regulaba materias reservadas al legislador por la Constitución.

Como ocurre normalmente, lo que comenzó siendo una práctica excepcional, a la cual se acudía sólo en situaciones verdaderamente justificadas, se convirtió en el mecanismo ordinario para legislar. Así ocurrió desde hace muchos años en el ordenamiento jurídico venezolano, el cual resultó inundado de Decretos-Leyes, o leyes en sentido material, que regulaban las más diversas materias.

El clímax de ese relajamiento del principio de división de poderes se produjo cuando las leyes habilitantes delegaron al Poder Ejecutivo la posibilidad de legislar en la materia tributaria, no sólo para dictar leyes tributarias especiales, sino incluso para dictar leyes “marco” como el Código Orgánico Tributario. Es en este instante cuando comienza a plantearse la interrogante de si el Poder Legislativo puede delegar al Ejecutivo la legislación en materia tributaria.

Si se concibe el poder tributario como un poder inherente al Estado, que le pertenece por el sólo hecho de existir y que por tanto es inseparable del mismo, puede sostenerse que el ejercicio de éste es perfectamente delegable y puede materializarse a través de una ley formal o de una ley material, indistintamente,

siempre que en este último caso haya una ley habilitante. El órgano que en concreto dicta la ley no es lo importante, porque en todo caso quien ejerce el poder tributario es el Estado.

En cambio, si se asume que el poder tributario no es un poder inherente al Estado, sino un poder derivado del consentimiento dado por el pueblo a través del pacto constitucional en la admisión de su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (origen del poder tributario ex artículo 133 de la Constitución)<sup>50</sup>, es cuesta arriba admitir que un poder distinto del legislativo pueda satisfacer el principio de la reserva legal tributaria, porque sólo a través del cuerpo legislativo pueden los ciudadanos intervenir, aunque sea indirectamente, en la creación y aplicación de los tributos. Esta es en nuestro criterio la posición correcta, pues es la única que se aviene el origen del poder tributario en nuestro sistema constitucional, que de manera inveterada ha reconocido, como ya hemos visto, el principio del *consentimiento de los tributos* por parte de los ciudadanos.

Es difícil imaginar mayor despotismo que el que se genera cuando el gobierno de turno tiene acceso al poder tributario. Por esa razón es que los poderes legislativos delegados al Ejecutivo Nacional, a través de una ley habilitante, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 y 236, numeral 8, de la Constitución, son tan cuestionables, cuando la delegación, como es posible ahora en el marco de la Constitución, permite al Presidente de la República dictar, reformar o derogar leyes tributarias.

---

50 En la proclama independentista de las 13 Colonias Británicas en América (origen de los Estados Unidos de América), se estableció que no se pagarían tributos sin representación (*no taxation without representation*), lo que luego quedó plasmado en el art. 1, sección 8, primer párrafo, de la Constitución Norteamericana de 1787 y permanece inalterado hasta el presente: "Section 8. The Congress shall have the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States".

Una concepción triangular de la relación jurídico-tributaria, supone que la ley está por encima tanto del ente estatal gestor del tributo como del contribuyente; no hay relación de poder sino una relación obligacional de derecho público sometida en forma absoluta e incondicional al imperio de la ley. Si el ente gestor del tributo y el que lo crea coinciden, la relación triangular en plano de igualdad y bajo el gobierno de la ley, podría convertirse en un fraude, en un peligroso espejismo.

En efecto, la situación creada por un sistema como el descrito, degeneraría en las siguientes patologías:

- i) El ente gestor del tributo diseñaría la ley según sus particulares intereses, los cuales, a veces, están divorciados del interés público y en muchas ocasiones se concentran en la consecución de una meta fiscalista de recaudación a ultranza, porque el poder administrador necesita balancear un presupuesto deficitario, en mérito del gasto público improductivo, echando mano para ello del incremento exagerado de los tributos.
- ii) El desarrollo de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a los abusos del ente gestor, no suele ser, por definición, la preocupación principal de quienes elaboran los decretos-leyes correspondientes. Por el contrario, el fortalecimiento exagerado y rayano en la inconstitucionalidad, de las potestades y competencias del ente gestor, es uno de los cometidos de estos decretos-leyes, todo lo cual crea el campo propicio para el despotismo fiscal.
- iii) La historia venezolana demuestra que los decretos-leyes en materia tributaria suelen ser el producto de reformas espasmódicas que responden a una coyuntura económica puntual. Donde se abusa del poder legislativo delegado, no hay por lo general plan estratégico alguno en el cual estén definidos a corto, mediano

y largo plazo las causas, el objeto y los fines de la creación y recaudación de los tributos. El tributo deja de ser un medio para la satisfacción de necesidades colectivas y se convierte en un fin en sí mismo. Así, cuando las circunstancias específicas que dieron lugar a la creación o modificación delegada del tributo cambian, la ley correspondiente se convierte de inmediato en un obstáculo para el cumplimiento de nuevas metas fiscales o, en todo caso, para el desarrollo económico. Hoy en día las leyes tributarias dictadas por la cuestionada Asamblea Nacional Constituyente, son la mejor demostración de lo dicho; del uso del tributo como instrumento de política y dominación en el ámbito de la sociedad distópica que se gesta en Venezuela desde hace años.

De todo lo dicho resulta que la satisfacción real del principio de la reserva legal en materia tributaria, reclama una ley en *sentido formal*, para que sean los representantes del Pueblo (el soberano), quienes tengan la facultad de dictar, reformar o derogar las leyes tributarias.

## VI. GARANTÍA CONSTITUCIONAL

Si hemos dicho que el ejercicio del poder tributario a través de la ley, asegura que los ciudadanos participen efectivamente en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, dentro de unos límites prefijados y claros, que aseguran el disfrute de las libertades públicas y en particular de aquellas que son consustanciales al Estado Social de Derecho, tenemos que convenir entonces en que la reserva legal tributaria es una *garantía constitucional* frente al ejercicio del poder tributario.

No obstante, reiterada jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que

el principio de la reserva legal tributaria se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación, pero que no configura *per se* la consagración de un verdadero *derecho subjetivo constitucional* que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente:

“Respecto del principio de legalidad tributaria, la doctrina y jurisprudencia coinciden al indicar que sus implicaciones básicas van desde el postulado fundamental, conforme al cual la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, hasta la reserva de ley, concebida como un medio de protección o garantía para la preservación de la propiedad privada y la libertad de disposición de los derechos patrimoniales ante las restricciones impuestas y derivadas de los tributos, en virtud de la cual pueden cobrarse determinados tributos cuando éstos hayan sido previstos en la ley. En este sentido, el señalado principio es visto como una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que comporta la subordinación del obrar de la Administración Tributaria a la Constitución y las leyes; resultando éste, objeto de estudios doctrinarios, que coinciden al calificarlo como “*una norma sobre normación*”, que comporta el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto u actos emanados de la Administración. Por tales motivos, resulta evidente para esta Sala que dicho principio, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación; en consecuencia, considera esta Sala que tal precepto de vinculación con la legalidad no configura *per se* la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional

que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente. Así se declara”.<sup>51</sup>

Lamentablemente olvida la Sala que no sólo los derechos, sino también las *garantías constitucionales* (como la reserva legal tributaria) son susceptibles de tutela judicial, en especial a través del amparo constitucional (autónomo o cautelar) como claramente se desprende del artículo 27 de la Constitución<sup>52</sup>, y como lo había reconocido la jurisprudencia desde hacía algún tiempo.<sup>53</sup>

La posibilidad de crear, aplicar y recaudar tributos es una de las actividades más invasivas que lleva a cabo el Estado (*lato sensu*) en la vida de los particulares. Toca nada menos y nada más que las economías privadas de donde surgen los recursos para subsistir, para atender todas las necesidades de las personas y de sus dependientes, y para disfrutar del legítimo derecho de prosperar y progresar dignamente. Por eso se ha dicho con mucha razón que el ejercicio del poder tributario debe ser consentido y, sobretodo, debe claramente delimitado, precisamente por quienes otorgan su consentimiento frente a la tributación. El poder tributario es una herramienta útil y necesaria para atender las necesidades de la vida en sociedad, pero es una herramienta muy peligrosa, que mal o arbitrariamente utilizada, puede llegar incluso a aniquilarse a sí misma.

Llegado este punto y para comprender hasta dónde es necesario preservar el principio de la legalidad tributaria (sólo satisfecho por la ley formal y material, emanada del órgano legislativo correspondiente), vale la pena traer a colación el

---

51 Cf. S. TSJ/SPA, 16.02.06, caso Foot Safe, C.A., consultada en [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve).

52 Artículo 27. **Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribu-  
nales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales,**  
aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en  
esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos  
humanos...” (Destacado y subrayado nuestro).

53 Cf. S. CSJ/SPA, 17.11.94, caso: Trans-Náutica, consultada en original.

famoso *dictum* del Chief Justice John Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819) quien, haciendo suyas las palabras del abogado Daniel Webster, representante del Secretario del Banco de los Estados Unidos (McCulloch), dijo que: “Un ilimitado poder de gravar envuelve, necesariamente, un poder de destruir.”<sup>54</sup>

## VII. PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA Y LEYES CONSTITUCIONALES

Mediante Decreto No. 2.830 del 1 de mayo de 2017<sup>55</sup>, el Presidente de la República convocó una Asamblea Nacional Constituyente. Autorizada doctrina<sup>56</sup> opina que esa convocatoria es inconstitucional por cuanto se hizo en manifiesta violación del artículo 347 de la Constitución, de acuerdo con el cual: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. De modo pues que sólo por decisión del “pueblo”, alcanzada mediante referendo popular, podía convocarse efectivamente la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente.

Como se ha afirmado con acierto, “...cuando el artículo 348 de la Constitución faculta al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y a otros órganos, o a una porción del

54 “An unlimited power to tax involves, necessarily, a power to destroy.” <https://mises.org/library/tax-destroy>.

55 G.O. No. 6.295 Extraordinario del 1 de mayo de 2017.

56 Vid. BREWER CARIAS, A. “Inconstitucionalidad del Decreto No. 2830 del 1 de mayo de 2017, por medio del cual se convocó la Asamblea Nacional Constituyente”. *Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente: Génesis y Perspectiva*. ACIENPOL, Caracas, 13 de junio de 2017. [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com) / AYALA CORAO, C. *La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro-2017: Fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular (inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Convocatoria y las Bases Comiciales)*. [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

electorado, para ejercer la iniciativa de convocatoria de la ANC no puede referirse a la decisión sobre tal convocatoria sino a la iniciativa que permita que tal decisión sea tomada. En nuestra Constitución la referencia a la 'iniciativa' tiene un significado muy claro: es el impulso para que una decisión sea adoptada por el órgano o sujeto competente para ello, no la adopción de la decisión como tal."<sup>57</sup>

La convocatoria efectuada por el Presidente de la República, supuso, además, según se ha afirmado, la violación de los principios de democracia y soberanía establecidos en los artículos 2, 3, 5, 63, 70 y 71 de la Constitución.<sup>58</sup>

El origen cuestionable de la Asamblea Nacional Constituyente, fue agravado además por cuanto el Presidente de la República, mediante Decreto 2.878 del 23 de mayo de 2017<sup>59</sup>, dictó las "bases comiciales", lo que supone, según se ha dicho, establecer limitaciones al poder constituyente, algo que en modo alguno podía hacer; desconocer el derecho constitucional a unas votaciones libres, universales, directas y secretas; y fragmentar la soberanía popular al establecer ámbitos sectoriales y territoriales para la escogencia de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>60</sup>

Como consecuencia de todo lo anterior, es generalizada la opinión en la doctrina en cuanto a que la Asamblea Nacional

---

57 CASAL, J.M. *"La convocatoria de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente"*. Conferencia dictada en la "Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente", Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

58 Tal como fue denunciado el Dr. Rafael Badell Madrid, actuando en su condición de abogado y profesor universitario, mediante recurso de nulidad por inconstitucionalidad, interpuesto en fecha 8 de mayo de 2017, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

59 G.O. No. 41.156 del 23 de mayo de 2017.

60 BREWER CARÍAS, A. *La esquizofrenia constituyente: Las inconstitucionales 'bases comiciales' dictadas por el Presidente de la República, sin comicios, usurpando la voluntad popular y violando el derecho del pueblo a elegir representantes por votación universal*. [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

Constituyente fue creada mediante usurpación de autoridad, pues el Presidente de la República asumió de facto una atribución que la Constitución otorga, de manera exclusiva y excluyente, al pueblo.

La propia Constitución establece la consecuencia que comporta lo anterior, al prever, en su artículo 138, que: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”. Por lo tanto, los decretos presidenciales que convocaron la Asamblea Nacional Constituyente y establecieron las bases comiciales para su integración, serían nulos, y de allí se sigue que ésta no podría en modo alguno haberse instalado ni ejercer las atribuciones que la Constitución le asigna en el artículo 348.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, en el caso de que la Asamblea Nacional Constituyente se hubiera instalado e integrado con apego a las normas constitucionales, la doctrina también ha señalado que la misma ha venido usurpando, a su vez, las atribuciones constitucionales de otro poder público, al ejercer, también de facto, la función legislativa.<sup>61</sup>

De acuerdo con el artículo 187.1 de la Constitución, corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. Por su parte, conforme al artículo 202 de la Carta Fundamental, la ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. Asimismo, la Constitución prevé que las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo (artículo 218 de la Constitución).

De manera excepcional, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede dictar Decretos con *fuera de ley*, pero únicamente cuando ha sido previamente autorizado para

---

61 BREWER-CARIAS, A. *Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente y su actuación inconstitucional al usurpar tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos.*  
[www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

ello mediante una ley habilitante dictada por la Asamblea Nacional (artículo 236.8 de la Constitución).

Salvo la excepción anotada, que sólo puede tener base y fundamento en una decisión del propio órgano que es titular originario del poder de legislar, la Constitución no prevé ningún otro supuesto similar. Incluso en las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que pudieren afectar gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y en las cuales se habilita al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para decretar estados de excepción y asumir de manera temporal ciertas facultades extraordinarias, la Asamblea Nacional conserva intacta su facultad de legislar (artículos 338 y 339 de la Constitución).

Así pues, cuando el artículo 348 de la Constitución describe las facultades de la Asamblea Nacional Constituyente y alude a la creación de un “...nuevo ordenamiento jurídico...” no quiere decir que este órgano excepcional y de naturaleza eminentemente temporal, cuyo único propósito es redactar una nueva Constitución, va a suplantar a la Asamblea Nacional asumiendo las funciones que la Constitución asigna, de manera exclusiva, a este órgano del Poder Nacional.<sup>62</sup> La creación de un nuevo ordenamiento jurídico y la transformación del Estado, son las dos consecuencias que se derivan de la única función que debe cumplir la Asamblea Nacional Constituyente, a saber, redactar una nueva Constitución.

En conclusión, existe consenso en la doctrina más autorizada (Ayala Corao, Brewer-Carías, Casal, Badell, Gallotti, García Soto, *et all*) en cuanto a que la Asamblea Nacional Constituyente, ha usurpado desde su instalación y de manera reite-

---

62 Véase al respecto la opinión de Alejandro Gallotti en: <https://lexlatin.com/portal/opinion/cuales-las-competencias-la-asamblea-nacional-constituyente>.

rada, las funciones que constitucionalmente le corresponden de manera privativa a la Asamblea Nacional.

Tales actuaciones, al provenir de una manifiesta usurpación de funciones (i.e.: de una incompetencia constitucional) serían absolutamente nulas e ineficaces, conforme lo dispone el artículo 138 de la Constitución, lo cual podría entonces predicarse igualmente con respecto de la LIGP, tratándose de una Ley dictada por la Asamblea Nacional Constituyente.

A pesar de lo expuesto precedentemente, dado que en nuestro ordenamiento jurídico los actos del Poder Público disfrutan de una presunción innominada de legitimidad<sup>63</sup>, mientras la señalada inconstitucionalidad no sea declarada por el tribunal competente (i.e. por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), dichas leyes seguirán siendo obligatorias.

Meier<sup>64</sup> señala que ni siquiera puede hablarse en este caso de que un control judicial de las leyes dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, porque tales leyes son irregulares porque no cumplen con todos los requisitos de validez, porque el órgano que las dictó se extralimitó en sus competencias, porque no siguió correctamente el procedimiento de creación, y porque resultan incompatibles con lo que disponen normas de rango superior. Estas normas, afirma, son inválidas y no pertenecen al sistema jurídico. Por lo tanto, sostiene que “La Constitución exige que, si los jueces no actúan para asegurar la integridad del Texto Constitucional, la misma no perderá su vigencia y que cualquier persona, investida o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia, desconociendo la legislación o texto con pretensiones normativas y a la autoridad que contraría los valores, principios

---

63 Cf. S. TSJ/SC, N° 831 del 7 de Julio de 2015, caso: Eirimar del Valle Malavé Rangel, *et passim*.

64 MEIER, E. “Teratologías tributarias y otras antinomias constitucionales”. XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. AVDT, Caracas, 2019, pp. 112-113.

y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos, al pretender imponer ese texto con pretensiones normativas.”

Aun cuando compartimos el magnífico análisis de Meier, en cuanto a las múltiples antinomias de las leyes dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la Constitución, creemos que el desconocimiento de esa legislación, aun cuando su nulidad es manifiesta y no convalidable, no es una opción constitucionalmente protegida. Colaborar en el restablecimiento de la Constitución no implica desobedecer los actos de entes públicos (incluso constitucionalmente incompetentes) que se estiman contrarios al texto fundamental. Si esa posibilidad fuera abierta, y cada ciudadano, invocando el artículo 333 de la Constitución, pudiera decidir cuáles normas acata y cuáles no, entraríamos en la anomia y la más absoluta anarquía, violando así los principios, valores, garantías y derechos constitucionales que se han querido proteger.

## BIBLIOGRAFÍA

ARDANT, G. *Histoire de l'impôt*. Fayard, Paris, 1971.

AYALA CORAO, C. *La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro-2017: Fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular (inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Convocatoria y las Bases Comiciales)*. [www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com).

BOUVIE, M. *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*. L.G.D.J., Paris, 2010, 10e édition.

BREWER CARÍAS, A. *Instituciones Políticas y Constitucionales*. UCAT-EJV, Caracas-San Cristóbal, 1985, T.I.

---

\_\_\_\_\_, “Inconstitucionalidad del Decreto No. 2830 del 1 de mayo de 2017, por medio del cual se convocó la Asamblea Nacional Constituyente”. *Jornada sobre la Asamblea*

*Nacional Constituyente: Génesis y Perspectiva.* ACIENPOL, Caracas, 13 de junio de 2017. [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

\_\_\_\_\_, *La esquizofrenia constituyente: Las inconstitucionales 'bases comiciales' dictadas por el Presidente de la República, sin comicios, usurpando la voluntad popular y violando el derecho del pueblo a elegir representantes por votación universal.* [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com).

\_\_\_\_\_, *Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente y su actuación inconstitucional al usurpar tanto el poder constituyente originario del pueblo como las competencias de los poderes constituidos.* [www.allanbrewercarias.com](http://www.allanbrewercarias.com)

CASAL, J.M. "La convocatoria de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente". Conferencia dictada en la "Jornada sobre la Asamblea Nacional Constituyente", Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

CHECA GONZALEZ, C. *Interpretación y aplicación de las normas tributarias: Análisis jurisprudencial.* Lex Nova, Valladolid, 1998.

EDWARDS, J.G. *The English Historical Review.* Oxford University Press, Vol. 58, No. 231 (Jul., 1943).

FERREIRO LAPATZA, J.J. *Curso de derecho financiero español.* Marcial Pons, Madrid, 1996.

MEIER, E., "La interpretación de la norma tributaria en la Constitución de 1999". *Revista de Derecho Tributario.* AVDT-LEGIS, Caracas, 2000.

\_\_\_\_\_, "Teratologías tributarias y otras antinomias constitucionales". *XVIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario.* AVDT, Caracas, 2019.

PADRON AMARÉ, O. "Notas acerca de la interpretación de la Ley Tributaria." *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1967, No.16.

PÉREZ ROYO, F. *Derecho financiero y tributario*. Parte General. Civitas, Madrid, 1996, Sexta Edición.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española". *Revista Española de Derecho Financiero*. Civitas, Madrid, 1998.

ROMERO-MUCI, H. "La garantía de la reserva legal tributaria, deslegalización y exceso reglamentario: El caso de los Reglamentos de la Ley de Pilotaje". *Homenaje a la memoria de Ilse Van Der Velde*. FUNEDA, Caracas, 1998.

SCORDIA, L. "Le roi doit vivre du sien" *La théorie de l'impôt en France*. (XIIIe-XVe siècles). Institut d'Études Augustiniennes, Série Moyen Âge et Temps Modernes, Paris, 2005.

SPISSO, R. *Derecho Constitucional Tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1993.

UCKMAR, V. "Los postulados y valores del Estado de derecho en la problemática tributaria". *Ensayos Tributarios*. Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

VALDES COSTA, R. *Curso de Derecho Tributario*. Depalma, Temis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fé de Bogotá, Madrid, 1996.

REPENSANDO LA TUTELA JUDICIAL  
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,  
SOCIALES Y CULTURALES  
POR LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS  
DERECHOS PRESTACIONALES  
EN EMERGENCIAS HUMANITARIAS  
COMPLEJAS

**José Ignacio Hernández G.**

Profesor de Derecho Administrativo  
en la Universidad Central de Venezuela  
y la Universidad Católica Andrés Bello.  
Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha.  
Visiting Fellow, Escuela Kennedy  
de la Universidad de Harvard

*Resumen: Estudio respecto a los derechos económicos, culturales, sociales y ambientales, sus implicaciones en lo que se refieren a su incorporación en el Derecho Constitucional y la protección que deben recibir a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando sean desatendidos por los Estados.*

*Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Derechos humanos. Protección. Igualdad. Crisis humanitaria.*

*Summary: Study of the implications of the inclusion of economic, cultural, social and environmental rights in Constitutional Law and the protection that shall be granted by the Inter-American System of Human Rights when these rights are disregarded by States.*

*Key words: Inter-American System of Human Rights. Human Rights. Protection. Equality. Humanitarian Crisis.*

Recibido: 27 de julio de 2020

Aceptado: 30 de julio de 2020



## SUMARIO

### Introducción

- I. Los DESCAs como derechos de igualdad
- II. El reconocimiento internacional de los DESCAs en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- III. La protección jurisdiccional de los DESCAs por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- IV. La protección jurisdiccional de los DESCAs y las Administraciones Públicas
- V. Los DESCAs y las fallas en la capacidad estatal. El caso de las emergencias humanitarias complejas
- VI. Recapitulación

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos distintivos del Derecho Constitucional en Latinoamérica es el extenso reconocimiento de derechos económicos, culturales, sociales y ambientales (DESCA). Aun cuando estos derechos comenzaron a ser incorporados al Derecho Constitucional a resultas del advenimiento de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, lo cierto es que en Latinoamérica han formado parte del -así llamado- “neoconstitucionalismo”<sup>1</sup>, en lo que se denominó *Ius Constitutionale Commune*.<sup>2</sup> Esto ha influenciado al Derecho Internacional, en especial, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, debido al reconocimiento de los

---

1 Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, edición de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Trotta, Madrid, 2007.

2 Von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, en *Revista Derecho del Estado* N° 34, Bogotá, 2015, pp. 3 y ss.

DESCA, incluso, como derechos tutelables por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>.

En el merecido homenaje a Pedro Nikken, hemos querido formular algunas breves reflexiones críticas en torno al sistema de protección jurídica de los DESCAs ante la Corte, a los fines de advertir sobre la necesidad de repensar tal sistema, considerando cómo las fallas en la capacidad estatal pueden limitar la efectividad de esa tutela judicial y, con ello, la implementación efectiva de los DESCAs. La base de esta propuesta reside en la necesidad de diferenciar entre las instituciones formales asociadas a la protección de los DESCAs -el conjunto de reglas que desde el Derecho Internacional reconocen y protegen a tales derechos- y las instituciones informales que existen en la práctica, como resultado de fallas en la capacidad estatal, comunes por lo demás en Latinoamérica, y que en casos extremos pueden degenerar en emergencias humanitarias complejas.

## I. LOS DESCAs COMO DERECHOS DE IGUALDAD

Los DESCAs se corresponden a una categoría de derechos subjetivos que comienza a surgir en el constitucionalismo a mediados del siglo XX, con la expansión de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. En estricto sentido, los DESCAs son derechos prestacionales, en tanto su satisfacción requiere de prestaciones a cargo de terceros, en concreto, a cargo del sector privado y del sector público. Empero, su utilidad práctica radica en su consideración de derechos públicos subjetivos, o sea, derechos exigibles frente al Estado, quien debe

---

3 Sin perjuicio de lo señalado más adelante, vid. Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017.

garantizar la satisfacción de necesidades humanas asociadas a tales derechos<sup>4</sup>.

La fundamentación de estos derechos prestacionales se encuentra en el principio de igualdad, rasgo distintivo del Estado social. En efecto, el propósito de los derechos prestacionales es asegurar el acceso a bienes y servicios considerados esenciales, más allá de las condiciones materiales en las cuales se encuentran los ciudadanos. Por ello, los derechos prestacionales están llamados a transformar esas condiciones materiales, asegurando el acceso a estos bienes y servicios en igualdad de condiciones<sup>5</sup>. De allí que en Latinoamérica se ha aludido al “constitucionalismo transformador”, para describir precisamente cómo la vigencia efectiva de los DESCAs debe traducirse en la transformación material de las condiciones de desigualdad imperantes<sup>6</sup>.

El reconocimiento de derechos prestacionales en el Derecho Constitucional ha sido criticado, principalmente, bajo dos argumentos. El primer argumento es que estos derechos, a diferencia de aquellos derivados de la libertad general del ciudadano, tienen un contenido impreciso, todo lo cual limita su protección judicial, de lo cual surgen potenciales conflictos contrarios al principio de separación de poderes por el potencial activismo judicial derivado de la tutela de esos derechos. El segundo argumento es que el reconocimiento de los derechos prestacionales amplía el ámbito de intervención del Estado en

---

4 En cuanto a los derechos prestacionales, vid. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press-INAP, Madrid, 2015, pp. 17 y ss. *Desde la panorámica comparada*, vid. Young, Katharine, *Constituting economic and social rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 288 y ss.

5 Pietro Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 22, 1995, pp. 9 y ss.

6 Bogdandy, Armin von, “Ius Constitutionale Commune in America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism”, in *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 27 y ss.

el orden socioeconómico, elevando los riesgos de intervenciones arbitrarias, lesivas a la libertad general del ciudadano<sup>7</sup>.

Ambas críticas parten de un dato cierto: los derechos prestacionales suponen una importante modificación al rol histórico de la Constitución como pacto que limita el poder del Gobierno sobre el ciudadano. Ahora, la Constitución habilita al Estado a intervenir en el orden socioeconómico a los fines de asegurar condiciones materiales de igualdad, todo lo cual amplía los riesgos de intervenciones arbitrarias. Esto justifica redefinir el sistema de pesos y contrapesos mediante instituciones llamadas a prevenir el abuso de poder en la satisfacción de los derechos prestacionales. Estos abusos, en la práctica, no se traducen únicamente en medidas coactivas y arbitrarias en contra de la libertad, sino además en medidas prestacionales que van más allá de lo estrictamente necesario, degenerando en patologías de clientelismo y mecenazgo político. Muy en especial, ante la visión estatista del desarrollo que desencadena en medidas autoritarias -y eventualmente, populistas<sup>8</sup>.

A lo anterior hay que agregar que la actividad prestacional del Estado llamada a satisfacer estos derechos tiende a impulsar el gasto público, lo que crea incentivos para déficit fiscales y otros desordenes macroeconómicos que pueden derivar en patologías como la inflación. Ciertamente, la actividad administrativa prestacional llamada a dar satisfacción a estos derechos es no-coactiva, pero los ingresos necesarios para sufragar el gasto público asociado a esa actividad derivan del poder tributario, que por definición es coactivo.

---

7 El resumen de esas críticas en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 45 y ss.

8 El Derecho Administrativo cuenta con un robusto sistema de controles para prevenir el abuso de poder en el ejercicio de actividades coactivas de limitación, típicamente traducidas en actos administrativos. Pero tal sistema no está diseñado para prevenir abusos en la actividad no-coactiva prestacional, que no se traduce en actos sino en prestaciones materiales.

## II. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DESCAs EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El diseño institucional de los derechos prestacionales en el constitucionalismo fue extendido al Derecho Internacional, como resultado de la mundialización de los derechos humanos<sup>9</sup>. En efecto, el reconocimiento internacional de los derechos humanos no se agota en las declaraciones que pivotan en torno a la libertad general del ciudadano, sino que además se ha extendido al reconocimiento de derechos prestacionales. Inicialmente, sin embargo, su reconocimiento fue más bien tímido, como se desprende del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en especial, alude al Capítulo VII, que contiene diversas normas sobre el desarrollo integral basado en el principio de igualdad de oportunidades (artículo 34), y en la enumeración de un catálogo bastante amplio de derechos asociados al desarrollo en el artículo 45. La lectura de ese Capítulo, en todo caso, permite comprobar cómo sus disposiciones se orientan a regular los cometidos públicos que los Estados deben cumplir

---

9 Ayala Corao, Carlos, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2009, pp. 93 y ss.,

para promover el desarrollo integral, y no tanto al reconocimiento de específicos derechos públicos subjetivos<sup>10</sup>.

Posteriormente, el *Protocolo de San Salvador* amplió el contenido de esa norma a través del reconocimiento de un amplio abanico de DESCAs, entre ellos, los derechos al trabajo y a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a un ambiente sano, a la educación, a la cultura, a la familia y niños, así como a la protección de la vejez. El alcance de estos derechos quedó condicionado en el artículo 1 del Protocolo de la siguiente manera:

“Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”

El sentido del citado artículo es acotar el alcance práctico de los DESCAs, en el sentido que su satisfacción por el Estado requiere que éste cuente con la debida capacidad. Tal es el sentido de la frase “*hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo*”. Ello no afecta los efectos jurídicos del reconocimiento de los DESCAs, pero sí limita su exigibilidad práctica frente a los Estados, en tanto la actividad que éstos deben desplegar queda condicionada por la capacidad estatal, en concreto, por los ingresos fiscales dispo-

---

10 Esto llevó al debate sobre la naturaleza jurídica del citado artículo 26, distinguiéndose las posiciones que analizan la norma como una disposición principista que regula cometidos públicos asociados al desarrollo, y aquellas que consideran que esa norma reconoce derechos públicos subjetivos prestacionales. *Vid.*: Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., pp. 150 y ss.

nibles para dar satisfacción a tales derechos. Pero al mismo tiempo, el principio de progresividad tiende a fijar estándares mínimos de protección que, una vez alcanzados, no pueden reducirse. Con lo cual, el sentido del artículo 1 es reconocer que la satisfacción de los DESCAs dependerá de la capacidad de los Estados, aun cuando esa satisfacción deberá ser incremental, o si se quiere, progresiva, hasta lograr la “plena efectividad” de los DESCAs.

No deja de haber cierta tensión entre el condicionamiento asociado a la capacidad estatal y el principio de progresividad. En efecto, el señalado principio de progresividad requiere que la capacidad del Estado de dar satisfacción a los DESCAs sea igualmente progresiva, esto es, que, con el tiempo, el Estado debería contar con mayores ingresos fiscales y, en general, con mayor capacidad para garantizar a los DESCAs. Empero, en la práctica, no solo la capacidad estatal no es progresiva, sino que incluso puede ser regresiva, como veremos, debido a fallas en la capacidad estatal.

Esta tensión se plasma en el artículo 19.6 del Protocolo, que limita la tutela directa de los DESCAs reconocidos en el artículo 8, literal “a” (el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección) y en el artículo 13 (derecho a la educación). Frente a ello, la posición mayoritaria ha sido considerar que esta limitación no se extiende al artículo 26 de la Convención, que permite la tutela de los DESCAs reconocidos en la Carta a la cual remite esa norma<sup>11</sup>.

---

11 Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., p. 163.

### III. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DESCAs POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los DESCAs son derechos tutelables jurisdiccionalmente. En un primer momento esta tutela fue indirecta, en el sentido que la protección jurídica de los DESCAs era, en cierto sentido, corolario de los derechos reconocidos en la Convención. Luego, y en una línea jurisprudencial que todavía está en evolución, la Corte ha admitido la justiciabilidad directa de estos derechos, en específico, en el caso *Cuscul Pivaral*, con los matices que luego se harán<sup>12</sup>.

Suele señalarse como punto de inicio de esta tendencia el caso *Acevedo Buendía* y otros de 2009<sup>13</sup>. La decisión ratificó la interdependencia de los DESCAs con los otros derechos prestacionales, lo que es la base jurídica para su tutela indirecta. Al mismo tiempo, aclaró que la garantía de estos derechos debía regirse por reglas flexibles derivadas del principio de progresividad y su corolario, a saber, la interdicción de medidas regresivas. Luego, en el caso *Lagos del Campo* de 2017, la Corte interpretó el artículo 26 de la Convención en relación con los DESCAs, como sucede con el derecho al trabajo, analizado en esta decisión<sup>14</sup>. De acuerdo con su párrafo 154:

12 En general, vid. Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2014, pp. 55 y ss.

13 Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198, caso *Acevedo Buendía* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú.

14 Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, caso *Lagos del Campo* Vs. Perú. Al respecto, véase la obra colectiva *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018. Entre otros, de Oscar Parra, vid. “Desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, pp. 161 y ss. Como allí se concluye, más que un problema basado en la redacción del citado artículo 26, el problema de la tutela directa de los DESCAs es un asunto de interpretación de ese artículo. Frente a la interpretación literal, ha prevalecido la interpretación finalista,

“Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (supra párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado”.

La interpretación extensiva del artículo 26 de la Convención permitió, de esta manera, extraer directamente de la Carta de la Organización de los Estados Americanos derechos prescacionales, incluso, para dirimir controversias ante la Corte. En el caso *Poblete Vilches* de 2018, la Corte empleó esta interpretación extensiva para matizar el principio de progresividad, a los fines de advertir que éste no impide considerar medidas de inmediata aplicación para la satisfacción de los DESCAs<sup>15</sup>:

“Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”<sup>16</sup>.

---

basada en la adoptar la solución más favorable a los DESCAs, considerando que éstos son derechos humanos de igual rango que el resto de derechos anclados en la libertad general del ciudadano.

15 Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*.

16 Párrafo 104. En relación con el derecho a la salud, el párrafo 116 acotó que “*tomando en cuenta lo anterior, la Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso,*

Retomando esta interpretación, y a la luz del *Protocolo de San Salvador*, la Corte ratificó la justiciabilidad de los DESCAs derivados del citado artículo 26 de la Convención. Así, en el caso *Cuscul Pivaral* de 2018, se afirmó lo siguiente<sup>17</sup>:

“En consecuencia, al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención (...). Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada”.

Esta línea jurisprudencial intenta compatibilizar el principio de progresividad -que reconoce la existencia de limitaciones en la capacidad estatal necesaria para dar satisfacción a los DESCAs- con la tutela judicial directa e inmediata de tales derechos, en especial, basada en la interpretación extensiva del artículo 26 de la Convención. Para ello, el principio de progresividad fue interpretado a la luz del principio de no-regresividad. Así, se reconoce que la satisfacción de los derechos prestacionales constituye para el Estado una obliga-

---

*relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica”.*

17 Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, párrafo 84. Luego, en el párrafo 86 se reitera que la “interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía”. Los límites a la tutela judicial de los DESCAs deben derivar de texto expreso, como sucede con el Protocolo de San Salvador, según el párrafo 87: “no queda duda que la voluntad de los Estados sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación”. Tales límites no existen en la Convención, sin embargo (párrafos 89 y 97).

ción de hacer que debe cumplirse a través de cualquier medio necesario para responder a las exigencias de la efectividad de los derechos humanos, pero que deja a salvo regresiones que puedan ser justificables. Como explica Ferrer Mac-Gregor, la interdicción a la regresividad no implica prohibición absoluta a restricciones al ejercicio de estos derechos, sino más bien la interdicción de ciertas medidas deliberadamente regresivas<sup>18</sup>.

Esta es la base legal para la tutela judicial directa de los DESCAs, incluso, al margen de violaciones a otros derechos, como la interdicción del trato discriminatorio. Al respecto, podemos distinguir entre *violaciones puras e impuras* a los DESCAs. Las violaciones impuras son aquellas derivadas de la violación de otros derechos, y en cierto modo, pueden constituir un modo de tutela indirecta de estos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la violación al derecho a la salud basada en un trato discriminatorio. El estándar para determinar esta violación impura dependerá, por ello, del estándar aplicable al otro derecho humano en juego.

Más compleja es el caso de violaciones puras, no contingentes a la violación de otros derechos humanos. Es el caso de la violación del derecho a la salud basado en la desatención de necesidades humanas asociadas a tal derecho, y no como resultado de la violación de algún otro derecho, como la interdicción del trato discriminatorio. El estándar de violación, en estos casos, es más difícil de determinar, en tanto el propio artículo 26 de la Convención condiciona la satisfacción directa a la capacidad estatal, condicionamiento que ha sido interpretado en la jurisprudencia al reconocer la justificación de ciertos tratamientos regresivos a la satisfacción de estos derechos. Ello

---

18 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad (a propósito del caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala), en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, Editora JusPodium, Salvador, 2019, p. 345.

exige evaluar en qué medida el Estado ha fallado al deber de satisfacción directa de estos derechos prestacionales<sup>19</sup>.

#### IV. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DESCAs Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La tutela judicial directa de los DESCAs por la Corte incide, primariamente, sobre las Administraciones Públicas, no como resultado del diseño institucional del Sistema Interamericano, sino como una consecuencia práctica del funcionamiento del Estado moderno.

En efecto, ya hemos visto que en la jurisprudencia de la Corte la satisfacción de los DESCAs es considerada una obligación de hacer que debe ser cumplida por los Estados de manera progresiva. De conformidad con la Convención, la Carta y el Protocolo, se entiende que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas que aseguren la satisfacción efectiva de estos derechos. El Sistema Interamericano no prejuzga sobre el tipo de medidas que deben ser dictadas, materia que, por el contrario, corresponde al Derecho Público de los Estados. Estas medidas abarcan, en todo caso, las Leyes que en la materia deben ser dictadas<sup>20</sup>.

---

19 A tales efectos, la Corte se ha basado en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, al señalar que el deber de no-regresividad *“no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”*, sino más, como interdicción de las medidas de carácter deliberadamente regresivo. Sentencia de 23 de agosto de 2018, citada, párrafo 143.

20 Como se afirma, por ejemplo, en la sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cuyo párrafo 92 dispone lo siguiente: *“los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica<sup>108</sup>, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad”*.

En la práctica, sin embargo, esas medidas responden principalmente en la Administración Pública. En efecto, la satisfacción de los DESCAs, en los términos expuestos, debe ser “efectiva”, esto es, que esa satisfacción exige que los Estados aseguren la satisfacción de las necesidades humanas relacionadas con tales derechos. La satisfacción de tales necesidades es tarea propia de la Administración Pública, en tanto solo a ésta corresponde interactuar con los ciudadanos para la gestión concreta del interés público<sup>21</sup>. En concreto, las obligaciones de hacer asociados a los DESCAs requieren, primordialmente, satisfacer necesidades humanas, lo que se logra mediante la provisión de bienes y servicios, tarea propia de la Administración Pública<sup>22</sup>. Precisamente, la expresión “Administración Prestacional” alude a las técnicas de la actividad administrativa por medio de las cuales la Administración cumple esa obligación, en lo que se ha denominado la “Administración Pública prestacional”<sup>23</sup>.

Ahora bien, la configuración de los DESCAs como derechos públicos subjetivos de contenido prestacional, no debe llevar a considerar que únicamente el Estado es quien tiene la obligación de atender esos derechos. Aun cuando ello depende del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, a nivel comparado pueden identificarse los principios de menor intervención y subsidiariedad, de acuerdo con los cuales el Estado solo debe actuar para garantizar la satisfacción de los DESCAs si ello no puede lograrse a través de la iniciativa privada<sup>24</sup>.

---

21 Sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 90. Allí incluso se aludió a la actividad de fiscalización y regulación.

22 Por ello, se ha señalado que Administración es el instrumento para la consecución o realización de fines (Fernández Farreres, Germán, *Sistema de Derecho administrativo*. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 51 y ss.).

23 Parejo Alfonso, Luciano, “El Estado social y la Administración Prestacional”, en *Revista Vasca de Administración Pública* número 57, Guipúzcoa, 2000, pp. 17-47, y Rodríguez de Santiago, José María, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, 2007, p. 93.

24 Fernández Farreres, Germán, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la Administración económica”, en *Estudios de Derecho Público*

El fundamento económico de esta explicación jurídica radica en la tesis de los fallos de mercado. El intercambio de bienes y servicios debe basarse en la libre iniciativa privada, en tanto ello crea condiciones que favorecen la eficiencia. Empero, el mercado puede fallar en su rol de asignación eficiente de bienes y servicios, lo que dará lugar a mercados incompletos que impiden la satisfacción de necesidades humanas. Si se trata de necesidades asociadas a DESCAs, el Estado debe intervenir para corregir esa falla y, en su caso, asumir de manera directa la satisfacción de esas necesidades<sup>25</sup>.

Lo anterior entronca con el concepto de desarrollo de Amartya Sen<sup>26</sup>. El desarrollo debe ser considerado como un proceso orientado a expandir la libertad general del ciudadano, lo que requiere remover los obstáculos materiales que, derivados de la desigualdad, impiden el ejercicio de esa libertad. Ello es consistente con el concepto de Administración vicarial, basada en la centralidad del ciudadano. Y esa centralidad parte de la libertad general<sup>27</sup>. Lo contrario supondría una visión estatista de desarrollo, que puede degenerar en vínculos de dependencia del ciudadano para con el Estado, lo que propicia la adopción de medidas autoritarias y populistas<sup>28</sup>.

---

*Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165 y ss.

- 25 Desde el punto de vista jurídico, por todos, vid., Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 136 y ss., así como Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 148 y ss.
- 26 Sen, Amartya, *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 1999, pp. 35 y ss.
- 27 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Reus, Madrid, 2012, pp. 112 y ss.
- 28 El populismo es la retórica basada en la exaltación del "pueblo" en contraposición a las élites. Por ello, esta retórica puede facilitar la implementación de medidas autoritarias basada en la protección del pueblo, en especial, frente a condiciones de desigualdad. Como tal, el populismo es una retórica neutra para la democracia constitucional, que incluso, puede emplearse para fomentar una democracia inclusiva. Cfr.: Norris, Pippa

Frente a los DESCAs, por ello, la Administración Pública puede adoptar dos técnicas de intervención: la actividad de limitación y la actividad prestacional<sup>29</sup>. A través de la primera, la Administración ejerce potestades de ordenación y limitación sobre la libertad de empresa, entre otros objetivos, para asegurar los estándares de satisfacción de necesidades esenciales asociadas a los DESCAs a través de la corrección de los fallos de mercado. A través de la segunda, la Administración Pública satisface directamente tales necesidades, por medio de medidas de fomento e incluso, a través de la oferta de bienes y servicios. El concepto de servicio público, impreciso por lo demás, describe precisamente esta faceta prestacional, en tanto la Administración Pública debe asegurar la satisfacción de necesidades de interés general de acuerdo con los principios de igualdad, mutabilidad y continuidad. Aun cuando la definición de “interés general” es compleja, puede asumirse que las necesidades asociadas a los DESCAs son siempre, y por definición, de interés general<sup>30</sup>.

Este marco jurídico, sin embargo, no puede llevar a concluir que las necesidades humanas de interés general, o si se quiere, las actividades de servicio público únicamente pueden ser atendidas por el Estado. La visión de los DESCAs como derechos públicos subjetivos contribuye a esta visión, en tanto solo el Estado asumiría obligaciones de hacer frente a esos derechos prestacionales. Cabe aquí recordar cómo la tesis de servicio público de Duguit es iliberal, en el sentido que parte de negar todo ámbito de libertad en actividades de servicio público, para dar paso a la solidaridad, lo que se tradujo en la llamada

---

y Inglehart, Ronald (2019), *Cultural Backlash Trump, Brexit, and the rise of authoritarian populism*. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 30 y ss.

29 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 50 y ss.

30 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 5, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 43 y ss.

*publicatio* o asunción de la actividad de servicio público por el Estado<sup>31</sup>.

Por ello, debe insistirse que el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no puede derivar en la *publicatio* de las actividades económicas orientadas a satisfacer esos derechos, en tanto ese reconocimiento no se opone a la satisfacción de esos derechos por la iniciativa económica privada. En este caso, la obligación de hacer a cargo del Estado radica, en primera instancia, en el ejercicio de la actividad de limitación para atender los fallos de mercado existentes y así asegurar la satisfacción de estos derechos por medio de la libre iniciativa privada.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, puede observarse cierta tendencia a la concepción de los DESCAs como derechos públicos subjetivos, en el sentido que la satisfacción de las necesidades humanas asociadas a éstos es siempre una obligación del Estado. Inevitablemente esta visión recarga las tareas a cargo de la Administración Pública. En efecto, en caso de mercados incompletos que no garanticen la satisfacción efectiva de los DESCAs, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes para corregir esa situación, incluso, por medio de la actividad de limitación, pero especialmente a través de la actividad prestacional. Una obligación que, como decimos, es exigible principalmente en cabeza de la Administración Pública, quien debe dar cumplimiento derivados de los estándares definidos por la Corte Interamericana.

Tomemos el ejemplo del derecho a la salud, de acuerdo con la sentencia recaída en el caso Cuscul Pivaral, ya mencionado. Partiendo del carácter vinculante de este derecho prestacional, la Corte concluyó que *“la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las*

---

31 Véase nuestra crítica en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit., pp. 231 y ss.

*personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población*<sup>32</sup>. Estas obligaciones pueden dar lugar al ejercicio de la función legislativa, esto es, a la regulación del derecho a la salud<sup>33</sup>. Empero, la promulgación de Leyes atañaderas al derecho a la salud no garantiza la satisfacción efectiva de este derecho. Antes, por el contrario, esa satisfacción efectiva requiere el acceso a bienes y servicios asociados al derecho a la salud, en concreto, servicios médicos, medicamentos y equipos médicos.

Así lo reconoce la Corte, al señalar que el derecho a la salud garantiza el goce del *“más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”*<sup>34</sup>. Al fijar estos estándares, la Corte Interamericana ha incorporado el concepto de servicio público, como se lee en el párrafo 96 del caso Ximenes López, ya citado:

*“La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud”.*

Nótese que no se niega la gestión privada de servicios de salud, pero se asume que esta gestión privada no menoscaba la

---

32 Párrafo 105.

33 Párrafo 106.

34 Párrafo 107.

obligación del Estado de regular y fiscalizar a la libre iniciativa privada, típicamente, a través del ejercicio de potestades administrativas de ordenación y limitación. Como cual, y en resumen, la Administración Pública debe cumplir los estándares de satisfacción de los DESCAs a través de su actividad de limitación, en caso de gestión privada, o a través de su actividad prestacional, en caso de gestión directa. En cualquiera de esos escenarios, lo cierto es que el reconocimiento de los DESCAs exige, de la Administración Pública, la capacidad adecuada para cumplir con esas técnicas de intervención.

## V. LOS DESCAs Y LAS FALLAS EN LA CAPACIDAD ESTATAL. EL CASO DE LAS EMERGENCIAS HUMANITARIAS COMPLEJAS

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno a la justiciabilidad directa de los DESCAs, si bien responde a una técnica adecuada de interpretación de la Convención, de la Carta y de Protocolo, no ha logrado solventar la tensión existente entre el reconocimiento formal de estos derechos y las fallas en la capacidad estatal, que pueden impedir su satisfacción, en especial, por las Administraciones Públicas. Esta tensión debería ser resuelta a la luz del principio de progresividad, pero como vimos, éste ha sido interpretado sin perjuicio de las medidas inmediatas que deben ser cumplidas. Esto se agrava por la visión de los DESCAs como derechos que siempre son exigibles frente al Estado, incluso si su prestación es confiada a la libre iniciativa privada.

Para abordar esta contradicción, es preciso repasar, brevemente, la relación que existe entre las instituciones formales y el desarrollo, para lo cual seguiremos principalmente la literatura económica que aborda este aspecto.

Comencemos por definir **capacidad estatal**. Se entiende por tal la aptitud del Estado para cumplir con los cometidos públicos, lo cual depende de recursos humanos, recursos

financieros, infraestructuras como bienes y obras, y la organización de todos estos elementos. No siempre el Estado cuenta con capacidad suficiente para cumplir con esos cometidos, ante lo cual surgen **brechas de capacidad estatal**, o sea, áreas en las cuales el Estado no puede cumplir con sus cometidos. En ocasiones, estas áreas en las cuales el Estado no tiene capacidad para actuar son ocupadas por el sector privado que se organiza para proveer los bienes y servicios que el Estado no puede asegurar, incluso, por medio de mecanismos informales e incluso, ilegales, como sucede típicamente con el mercado negro<sup>35</sup>.

Las brechas de capacidad estatal son fallas que evidencian la fragilidad del Estado. En tal sentido, el Estado es frágil cuando presenta fallas que dan lugar a brechas de capacidad estatal, lo que por lo demás, es bastante común. La atención se centra en aquellos **Estados frágiles** cuyas fallas impiden la satisfacción de cometidos esenciales, lo que da lugar a desórdenes civiles y a **emergencias humanitarias complejas**. Para describir esos casos se suele hablar de **Estados fallidos**<sup>36</sup>.

La fragilidad del Estado es causada, en especial, por fallas en la capacidad de la Administración Pública. Esto es particularmente relevante cuando esas fallas afectan la satisfacción de necesidades humanas asociadas a los DESCAs, pues como se dijo, esa satisfacción es, primeramente, responsabilidad de la Administración Pública. En estos casos, la falla en la satisfacción de los DESCAs no parte de problemas en el marco jurídico

35 *Vid.* Risse, Thomas, "Governance in Areas of Limited Statehood", *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, 2015, pp. 700 y ss. Igualmente, *vid.* Ghani, Ashraf y Lockhart, Claire, *Fixing failed states*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 21 y ss. Seguimos lo señalado en Hernández G., José Ignacio, "Capacidad estatal, emergencias complejas y derechos sociales", en *Constitucionalismo transformador, inclusión y derechos sociales*, cit., pp. 681 y ss.

36 Entre otros, *vid.* Rotberg, Robert, "Odious and Failed States, Humanitarian Responses", en Trauschweizer, Ingo and Miner, Steven (ed), *Failed states and Fragile Societies. A New World Disorder?*, Ohio University Press, Ohio, 2014, pp. 119 y ss.

aplicable, sino en las fallas de capacidad de la Administración y, eventualmente, en los arreglos informales que surgen como resultado de esas fallas.

Para comprender este supuesto es útil acudir al concepto de instituciones acuñado por Douglas North<sup>37</sup>. Las instituciones son, en términos simples, las reglas coactivas que regulan la conducta humana y por ello inciden en el intercambio de bienes y servicios. Esas reglas pueden ser formales, como es el caso de la Constitución y las Leyes, pero también pueden ser informales, como es el caso de la costumbre. Las fallas en la capacidad estatal suponen que las instituciones formales no pueden ser implementadas, todo lo cual da lugar a instituciones informales que tienden a suplir la brecha de la capacidad estatal. En casos de Estados fallidos, esto puede incluso afectar el ejercicio del monopolio legítimo de la fuerza degenerando en desórdenes civiles, que agravan –más todavía– la implementación de las instituciones formales<sup>38</sup>.

El reconocimiento de DESCAs responde a instituciones formales, o sea, reglas jurídicas escritas. Por un lado, en Latinoamérica, como vimos, el rasgo distintivo del constitucionalismo ha sido el reconocimiento de estos derechos prestacionales, lo que suele interpretarse como una conquista para erradicar la desigualdad. Por el otro lado, en el Sistema Interamericano, las instituciones formales que reconocen a los DESCAs derivan de la Convención, de la Carta y del Protocolo, tal y como han sido interpretadas por la Corte. Este marco jurídico institucional, de Derecho doméstico y derecho Internacional, es el “*ámbito de iure*”, pues describe los cometidos que el Estado debe atender en relación con los DESCAs.

---

37 North, Douglas, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1999, pp. 3 y ss.

38 North, Douglass, Wallis, John J., Weingast, Barry R., *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, pp. 1 y ss.

Las instituciones formales no se implementan automáticamente, sin embargo. Esto es, que el reconocimiento de los DESCAs en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional es en sí mismo insuficiente para asegurar que, en la práctica, las necesidades humanas asociadas a esos derechos sean satisfechas. Lo común es que el Estado presente fallas que den lugar a brechas de capacidad estatal y, por ello, a instituciones informales por medio de la cual se da cobertura a estas necesidades, allí donde el Estado no cuenta con capacidad suficiente. Este es el *ámbito de facto*, pues describe los mecanismos a través de los cuales, en la práctica, se satisfacen los DESCAs.

No se trata, claro está, de mecanismos comparables. El *ámbito de iure* está basado en el principio de igualdad y coerción, pues en teoría, todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a los DESCAs y a los mecanismos de protección existentes, en especial, en el Sistema Interamericana. Esto supone la existencia de reglas de gobernanza públicas basadas en principios generales de la democracia constitucional como la eficiencia, la eficacia, la igualdad, la motivación y la rendición de cuentas, entre otros, tal y como prevé la Carta Democrática Interamericana. Estos principios reducen las probabilidades de abusos de poder que, por medio de medidas arbitrarias, afectan la capacidad estatal para dar satisfacción a los DESCAs. Como observó Amartya Sen, las hambrunas no son comunes en democracia -precisamente por el sistema de pesos y contrapesos de la democracia constitucional, que tiende a reducir las medidas autoritarias que menoscaban la capacidad estatal<sup>39</sup>.

Los mecanismos informales, por el contrario, son subjetivos pues solo un reducido número de personas pueden acceder, sin que además existan mecanismos coercitivos de control. Aquí cabe hablar de mecanismos informales de gobernanza

---

39 Sen, Amartya, *Poverty and famines. An essay on entitlement and deprivation*, Clarendon Press-Oxford University Press, Nueva York, 1982, pp. 160 y ss.

signados por la opacidad, la ineficiencia y, en muchas ocasiones, la corrupción administrativa<sup>40</sup>.

En casos extremos, como vimos, fallas en la capacidad estatal dan lugar a **emergencias humanitarias complejas**, esto es, crisis en las cuales la autoridad del Estado decae, quedando insatisfechas necesidades esenciales con riesgos a los sectores más vulnerables de la sociedad<sup>41</sup>. Estas emergencias suponen, por ello, el incumplimiento de los DESCAs, como resultado del colapso del Estado. Estas emergencias operan en el ámbito *de facto*, con lo cual, ellas pueden darse, incluso, dentro del marco jurídico que establece instituciones formales orientadas a la eficiente satisfacción de derechos prestacionales que, sin embargo, el Estado no puede atender.

La existencia de fallas en la capacidad estatal, de Estados fallidos y de emergencias humanitarias complejas, demuestra la insuficiencia del marco jurídico de los DESCAs en el Sistema Interamericano. En tales casos, el Estado no tiene capacidad para cumplir con los estándares establecidos por la Corte Interamericana, que como vimos, requieren una adecuada capacidad estatal, en especial, por parte de la Administración Pública. De poco serviría una sentencia de condena de la Corte Interamericana en estos casos, pues de nuevo, la limitación más vinculante que impide satisfacer a los DESCAs son las fallas en la capacidad estatal.

Incluso, el régimen jurídico de los DESCAs en el Sistema Interamericano eleva el riesgo de brechas en la capacidad estatal, simplemente, pues ese régimen jurídico eleva los cometidos a cargo de la Administración Pública. En efecto, la existencia de brechas es más probable mientras mayor sean los cometidos a cargo del Estado y en concreto de su Administración Pública. Como sea que la existencia de instituciones formales

---

40 Pritchett, Lant, et al, *Deals and Development*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 24 y ss.

41 Keen, David, *Complex emergencies*, Polity Press, Malden, 2008, pp. 1 y ss.

que amplían los cometidos públicos no incrementa la capacidad estatal, los riesgos de fallas estatales son mayores mientras mayor sean los cometidos que esas instituciones formales asignan al Estado, como sucede precisamente con los cometidos públicos derivados de los DESCAs en el Sistema Interamericano.

La solución no es, por supuesto, revertir la tesis que reconoce la tutela judicial directa de los DESCAs, incluso, ante la Corte, en tanto ello contradice principios esenciales de los derechos humanos. Más bien la solución pasa por un cambio de enfoque: antes que mantener la atención primordialmente en las instituciones formales, y en concreto, en las reglas jurídicas de los DESCAs en el Sistema Interamericano, debe adoptarse una visión más amplia, que incluya el rol de las instituciones informales y la capacidad estatal. Ello pasa por reconocer las limitaciones propias de las instituciones formales de los DESCAs, y dentro de ellas, su protección judicial por la Corte. Como observó el profesor Pedro Nikken<sup>42</sup>:

“Debe reconocerse, sin embargo, que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no se garantiza exclusivamente mediante su justiciabilidad. Una sentencia judicial puede ordenar el remedio de una situación particular, pero no puede enmendar ni redefinir políticas públicas, que son materias propias del gobierno y la política y no de la justicia y el derecho. El juez puede proteger a las víctimas particulares por la violación, por ejemplo, de su derecho a la salud, pero no es competente para definir una política hospitalaria o de prestación de servicios médicos”

Con acierto, el profesor Pedro Nikken vincula la limitación de la tutela jurisdiccional de los DESCAs por la Corte Interamericana a las brechas de capacidad estatal:

---

42 Nikken, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH* N° 52, 2010, pp. 55 y ss.

“Además, para que su sentencia brinde la protección demandada se requiere que ella sea ejecutada, lo cual puede resultar imposible en determinados casos por carencia oportuna de recursos por parte del Estado. El remedio judicial puede ser incompleto o ilusorio, de modo que no debe construirse un concepto de satisfacción de los (DESCA) con base exclusiva en su justiciabilidad” (paréntesis nuestro).

Frente al Derecho Administrativo, como hemos expuesto, lo anterior implica que las instituciones formales del Sistema Interamericano que reconocen a los DESCAs, si bien amplían las tareas a cargo de la Administración, no inciden necesariamente en su capacidad, y por ello, no resuelven los problemas derivados de brechas de capacidad estatal. Insistimos: esta afirmación no se hace con el propósito de negar la protección judicial de esos derechos, sino con la intención de proponer una visión más amplia, que considere las limitaciones derivadas de las brechas de capacidad estatal, comunes por lo demás en Latinoamérica. De nuevo citando al profesor Nikken:

“(…) pero que la solución judicial no baste para su protección y satisfacción no puede ser motivo para denegar el acceso a la justicia a quienes sufran violaciones a sus derechos económicos, sociales o culturales. Por lo demás, la justiciabilidad tampoco remedia ciertas condiciones generales relativas al ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos, cuya satisfacción también se conecta con políticas públicas, como la administración de justicia, la administración penitenciaria o la organización electoral”.

En nuestra opinión, las limitaciones al marco institucional de los DESCAs recomienda realzar la medición de la capacidad estatal, como se propuso en los *Lineamientos para la elaboración*

*de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*<sup>43</sup>. Como se lee en el párrafo 38 de esos *Lineamientos*:

“Una segunda categoría refiere a las capacidades estatales. Esta categoría describe un aspecto técnico instrumental y de distribución de recursos de poder al interior del aparato estatal. Es decir, implica revisar de qué manera y bajo que parámetros el Estado (y sus diversos poderes y reparticiones) resuelven el conjunto de cuestiones socialmente problematizadas. Particularmente cómo definen sus metas y estrategias de desarrollo; y bajo qué parámetros se inscribe el proceso de implementación de los derechos contenidos en el Protocolo. Implica analizar las reglas de juego al interior del aparato estatal, las relaciones interinstitucionales, la división de tareas, la capacidad”.

En efecto, la medición de los estándares de cumplimiento de los DESCAs es útil para identificar áreas en las cuales no se logran cotas adecuadas de satisfacción de derechos prestacionales, pero ella nada dice acerca de cuál es la causa por la cual esas cotas no son alcanzadas. La medición de la capacidad estatal para cumplir con las obligaciones de hacer derivadas de los DESCAs es por ello útil, en la medida en que permite identificar una de las causas determinantes que afectan el cumplimiento de los derechos prestacionales en Latinoamérica, como es la fragilidad estatal.

La inclusión de la capacidad estatal para dar cumplimiento a las obligaciones de hacer asociadas a los DESCAs encuentra fundamento jurídico en el principio de progresividad, y en la tolerancia a tratos regresivos que puedan ser justificados. Así, como explicamos, el propio artículo 26 de la Convención permite concluir que el principio de progresividad depende de la capacidad estatal, con lo cual, los Estados deben promover procesos de construcción de capacidades necesarias para

---

43 De 19 julio 2008.

cumplir con los cometidos públicos derivados de los DESCAs. Por su parte, fallas en la capacidad estatal pueden justificar -más bien dispensar temporalmente- tratos regresivos, y fijar estrategias más efectivas para garantizar los DESCAs, basadas en la construcción de capacidades estatales.

Asimismo, la capacidad estatal entronca con la interdicción de la regresividad, desde la perspectiva de la sostenibilidad de las políticas públicas orientadas a dar satisfacción de los DESCAs. Así, políticas públicas no sostenibles, y en especial, políticas basadas en corrupción y otras desviaciones arbitrarias como el clientelismo, no se adecúan al principio de progresividad pues no son sostenibles en el tiempo. Todo lo contrario, estas políticas quizás pueden lograr la satisfacción inmediata de los DESCAs pero al afectar la capacidad estatal, inevitablemente degenerarán en tratos regresivos basados en las fallas de la capacidad estatal causadas impulsadas por la retórica populista<sup>44</sup>.

El caso de Venezuela es buen ejemplo de este riesgo. Dentro del llamado modelo de transición al socialismo, e impulsado por el boom del ingreso petrolero, Hugo Chávez promovió políticas expansivas del gasto público orientadas a garantizar los DESCAs, particularmente, en relación con los derechos a la alimentación, a la salud y a la vivienda. Al mismo tiempo, ese modelo redujo el rol de la iniciativa privada en esos sectores, a través de la sobredimensión del concepto de servicio público, empleado para justificar limitaciones arbitrarias a la iniciativa privada, desde controles centralizados hasta medidas expropiatorias. Todo ello se realizó al mismo tiempo que Chávez desmontó el sistema de pesos y contrapesos del Estado de Derecho, lo que creó incentivos para la corrupción -tanto más, observamos, para la captura de la renta petrolera. Era

---

44 Políticas públicas arbitrarias, contrarias a los estándares de gobernanza democrática, tienden a afectar negativamente la capacidad estatal, degenerando en colapsos estatales. *Vid.*: Acemoglu, Daron y Robinson, James, *Why Nations Fail*, Crown Business, New York, 2012, pp. 70 y ss.

evidente que las políticas públicas orientadas a dar satisfacción a los DESCAs no eran sostenibles y que por contrario, ellas conducirían inevitablemente al colapso estatal, como terminó sucediendo<sup>45</sup>.

Todo lo anterior es particularmente relevante al recordar que Latinoamérica es la región más desigual del mundo<sup>46</sup>. Esta situación de desigualdad no ha mejorado a pesar del amplio reconocimiento y protección de los DESCAs, tanto en el constitucionalismo latinoamericano como en el Sistema Interamericano. Ello responde a lo antes señalado: la desigualdad y en general, el acceso a los DESCAs no depende solo de instituciones formales, sino de la implementación de políticas públicas que logren remover las limitaciones más vinculantes que afectan el cumplimiento de los cometidos públicos asociados al desarrollo. Precisamente, la existencia de brechas en la capacidad estatal y, en casos más delicados de Estados fallidos y emergencias humanitarias complejas, hace necesario tomar en cuenta la capacidad estatal, promoviendo de esa manera políticas orientadas a la reconstrucción progresiva de esa capacidad<sup>47</sup>.

Lo anterior es evidente en casos de emergencias humanitarias complejas, como sucede en Venezuela. Pese a contar con un marco jurídico de amplísima protección de los DESCAs, el Estado venezolano carece de capacidad para asegurar la efectiva satisfacción de estos derechos prestacionales, todo lo cual ha excluido a amplios sectores de la población venezolana del acceso a bienes y servicios esenciales, situación que ha derivado en la crisis masiva de refugiados y migrantes. Esta crisis no puede solucionarse desde instituciones formales -inclu-

45 Así lo advertimos en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, libertad y desarrollo*, FUNEDA, Caracas, 2012.

46 Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, cit., p. 147. Vid.: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/09/lustig.htm>

47 Andrews, Matt et al, *Building State Capability*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 13 y ss.

yendo mandatos de la Corte- pues el Estado venezolano es hoy un Estado fallido.

## VI. RECAPITULACIÓN

De todo lo anterior surgen tres grandes conclusiones que conviene recapitular.

- *En primer lugar*, la progresividad en la satisfacción de los DESCAs recomienda ampliar la atención sobre la capacidad estatal en el cumplimiento de los cometidos públicos vinculados a la satisfacción de necesidades humanas asociadas a esos derechos. Las instituciones formales del Sistema Interamericano han tenido en este punto un avance notable, especialmente desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Pero sin capacidad estatal adecuada, y especialmente, en casos de emergencias humanitarias complejas, estas instituciones formales resultan insuficientes, al ser sustituidas por instituciones informales que son las que en la práctica impactan sobre el desarrollo.
- *En segundo lugar*, es necesario comprender que la justiciabilidad directa de los DESCAs por la Corte es tan solo un componente importante de las instituciones formales. Ante brechas de capacidad estatal, sin embargo, ese componente en sí mismo no se traducirá en medidas efectivas de satisfacción de estos derechos. Es necesario por ello complementar esta tutela con el adecuado diagnóstico que permita determinar cuáles son las causas que impiden la satisfacción adecuada de tales derechos. La arraigada inequidad en Latinoamérica revela que las reformas orientadas a fortalecer el marco institucional de los DESCAs, y con ello, el grado de protección a través de la Corte, es insuficiente.

Tanto más, observamos, en casos como Venezuela, cuya emergencia humanitaria compleja evidencia el colapso de la capacidad estatal y, por ello, la ineficacia del marco institucional aplicable.

- *En tercer lugar*, junto al análisis de la capacidad estatal, es preciso repensar el rol de la iniciativa privada en la satisfacción de los DESCAs. No se trata, se advierte, de postular políticas de privatización que solo impactan en la dimensión cuantitativa del Estado, pero no así en su dimensión cualitativa. El rol que la iniciativa privada debe cumplir en la satisfacción de los DESCAs condiciona la capacidad estatal en dos sentidos. Por un lado, la participación de la iniciativa privada en la satisfacción de necesidades humanas asociadas a estos derechos humanos tiende a impedir el crecimiento del Estado más allá de sus capacidades, previniendo con ello abusos como el clientelismo. Por el otro lado, la protección de la iniciativa privada genera incentivos que tienden a reforzar la sostenibilidad de las políticas públicas orientadas a dar satisfacción a esas necesidades, en tanto el cumplimiento de las obligaciones de hacer asociadas a los DESCAs por el Estado implica la ejecución del gasto público que debe ser financiado con tributos recaudados a partir de la riqueza que genera el sector privado. Marginalizar el rol de la iniciativa privada aumenta la probabilidad de políticas macroeconómicas erradas, que afectan el principio de progresividad y tienden a desencadenar en desórdenes que agravan la desigualdad, como la inflación.

Boston, 2020



# APUNTES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES<sup>1</sup>.

**Rafael Lárez Fermín**

*Abogado (USM)*

*Especialista en Derecho Administrativo (UCV)*

*Resumen: Se analizan los derechos fundamentales y sus principales instrumentos de protección desde la dogmática, como garantías de la libertad individual y como institución funcionada para la consecución de los fines y valores proclamados en la Constitución.*

*Palabras clave: Derechos fundamentales. Constitución. Libertades. Garantías. Democracia.*

*Summary: Fundamental rights and their main instruments of protection are analyzed from a dogmatic standpoint, as guarantees of individual freedom and as a functioning institution for the achievement of the purposes and values established in the Constitution.*

*Key Words: Fundamental rights. Constitution. Liberties. Guarantees. Democracy.*

Recibido: 7 de junio de 2020    Aceptado: 22 de julio de 2020

---

<sup>1</sup> Agradezco a mi entrañable amigo Ramsis Ghazzaoui Piña, Magistrado de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, quién, desde su forzado exilio, me ha brindado su incondicional apoyo y acompañamiento científico en la realización de este trabajo.



## SUMARIO

### Introducción

- I. Aproximación a la noción de derechos fundamentales
- II. Función del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales
- III. Protección judicial de los derechos fundamentales
- IV. Derechos fundamentales y democracia. Su necesaria compatibilidad

## INTRODUCCIÓN

Hablar de derechos fundamentales en la Venezuela de hoy, implica adentrarse en un terreno, además de riesgoso, completamente desolador. Basta con revisar, fugazmente, sus garantías de defensa para constatar el nivel de deterioro que presenta esta materia. Todos los derechos (individuales, sociales, económicos y políticos) han sido afectados, conculcados por parte del Estado, al punto que actualmente son prácticamente inexistentes, o con una vigencia, si se quiere, ilusoria.

Por ello, he considerado importante hacer referencia, desde la dogmática, sobre algunos de sus aspectos más relevantes, en concreto, sus principales instrumentos de protección, en mi legítimo ejercicio ciudadano de abogar por la vigencia de las libertades y sus garantías, con la esperanza de verlas, en un futuro muy próximo, completamente restituidas en nuestro país.

A manera de introito, entonces, podemos expresar que, desde sus orígenes, las principales declaraciones de derechos (*Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; la del *Buen Pueblo de Virginia* de 1776, en los Estados Unidos; y la *Declaración de los Derechos*

*del Hombre y del Ciudadano* de 1789, en Francia<sup>2</sup>) han tenido como finalidad cardinal la protección de los particulares frente al Estado; el poder del Estado encuentra un freno en esos derechos solemnemente declarados.

En efecto, la limitación del ejercicio del poder público, a través del reconocimiento y protección de las libertades esenciales de la persona, constituye el rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo, conllevando a que tales libertades sean proclamadas y estatuidas como derechos en el nivel más alto del ordenamiento jurídico (Constitución), de modo tal que vinculen la producción jurídica de los grados inferiores, incluso la de tipo legislativo (carácter vinculante de estos derechos para todos los poderes públicos, incluyendo al legislador), y sean previstos mecanismos que aseguren su efectiva vigencia (garantía de disfrute de tales derechos)<sup>3</sup>.

Así pues, el significado y alcance que a esos derechos se le asigna en el vértice de jerarquía normativa, fija el modelo constitucional de la sociedad; determina el modo de organizar y ejercer las funciones estatales, la propia significación del poder público.

---

2 Debe destacarse aquí, como nota de importancia sobre el papel histórico de Venezuela en la lucha contra el absolutismo, por la independencia, la soberanía nacional y la vigencia y protección de las libertades ciudadanas fundamentales, que la Declaración de Derechos del Pueblo, de 01 de julio de 1811, adoptada por la sección de Caracas del Congreso General de Venezuela, y que luego fue incorporada en la Constitución Venezolana de 1811, fue la tercera declaración de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno. Al respecto, véase ampliamente a BREWER-CARÍAS, Allan R., "El Paralelismo entre el Constitucionalismo Venezolano y el Constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano)", en *El Estado Constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Instituto de Derecho Público, UCV, Caracas, 2005, pp. 101 y ss.

3 Vid. PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 69, Bogotá, 2014, pp. 21 y ss. En términos similares, confróntese a CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Legis, Caracas, 2010, p.7.

Los derechos fundamentales, por ende, representan el objetivo cardinal, la expresión jurídica de los valores y opciones centrales del pacto social.

La evolución del Estado Legislativo o Liberal de Derecho hacia formas de Estado Democrático Social y de Derecho, intensifica la concepción de los derechos fundamentales, ya que, a su función de garantía de las libertades existentes (límites al ejercicio del poder político o garantías negativas de los intereses individuales), se le incorporan un conjunto de valores, principios o fines, a los que va a ser dirigida la acción positiva de los poderes públicos y en virtud de los cuales va a estructurarse el ordenamiento jurídico infraconstitucional<sup>4</sup>.

De allí que, en el Estado Constitucional, a los derechos fundamentales le es atribuido un doble carácter: una *dimensión subjetiva*, ya que son derechos subjetivos, actúan como garantías de la libertad individual, a la cual se le incorpora la defensa de aspectos sociales y colectivos; en su *carácter objetivo*, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo, como un instituto jurídico (dimensión institucional), en donde su contenido se funcionaliza para la obtención de los valores y fines proclamados en la Constitución.

Es preciso decir, que los bienes jurídicos protegidos por la Constitución no son mencionados de modo exhaustivo en ese texto normativo. Sobrepasaría al constituyente si se le exigiese tal labor. Por ello, la Constitución necesita a la legislación para que tales derechos, en gran medida, puedan ser efectivos; a través de la legislación la Norma Constitucional alcanza vigencia real, es actualizada. Esta acción legislativa, además, no consiste simplemente en aplicar la Constitución; se trata de una labor

---

4 Sobre el particular, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, undécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 17 y 18.

creadora, capaz de renovar y dar sentido al contenido que esos derechos encierran<sup>5</sup>.

Así, en el ámbito de los derechos fundamentales, tal y como expresa HÄBERLE<sup>6</sup>, al legislador le es atribuida una doble función: la de *limitación* y la de *conformación*.

Tal función, si bien comprende un amplio margen de discrecionalidad, en modo alguno puede resultar arbitraria. Al legislador le está vedada cualquier lesión a los derechos fundamentales. Aquí, la reserva de ley, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad, resultan determinantes.

Como piedra angular de la protección de los derechos fundamentales, surge para el ciudadano, como garantía constitucional, el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva. La Constitución, de manera exclusiva, faculta a los jueces para que ejerzan la función jurisdiccional. El postulado constitucional del sometimiento pleno a la ley y al derecho de todos los componentes del Estado, implica, también, la sumisión plena al juez. El juez es una pieza esencial en toda la organización del Derecho; el Derecho no existe sin el juez; el juez, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, "*es la boca que pronuncia las palabras de la Ley*"<sup>7</sup>.

Al comprender en su seno una diversidad de derechos (civiles, políticos, económicos y sociales), vincular a todos los poderes públicos e incidir en las relaciones públicas y priva-

---

5 Cfr. BAÑO LEÓN, José María, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 24, septiembre-diciembre, 1998, p.162.

6 HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 168.

7 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5° edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 140.

das de todos los componentes de un país, los derechos fundamentales conforman en su conjunto lo que la doctrina ha dado en llamar la “*esfera de lo no decidible*”, es decir, lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede dejar de decidir, violando los derechos sociales; resguardándose, así, la pacífica convivencia de las libertades de todos<sup>8</sup>.

La democracia, entonces, es el único procedimiento de organización y de decisión política en que todo ello es posible; es el único sistema capaz de conciliar y hacer compatibles esas exigencias de pluralidad y diversidad individual y social que demandan los derechos fundamentales.

En contradicción con lo que nos muestra nuestra cotidianidad, éste es el modelo de Estado proclamado en el Texto Constitucional Venezolano; un Estado en el cual los derechos esenciales de la persona (derechos fundamentales) ocupan el centro del sistema integrado por los elementos a los que hemos hecho mención.

## I. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El término “derechos fundamentales” tiene su origen en Europa hacia el año 1770, concretamente en la Francia prerrevolucionaria (“*droits fondamentaux*”), en el movimiento político y cultural que llevó a la Declaración de 1789<sup>9</sup>. En su concepción inicial se consideraron como derechos y privilegios que corresponden al hombre por su condición de tal (derechos derivados de la ley natural perfilada bajo la doctrina clásica

8 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 54.

9 Aún hoy, la vigente Constitución francesa de 1958 (como sus reformas), en lugar de recoger su propia declaración de derechos, sigue remitiéndose a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

de Tomás de Aquino por su carácter “*originario, universal e inmutable*”<sup>10</sup>); derechos humanos, derechos naturales; ámbitos de libertad preexistentes al Estado y, por ende, sustraídos de su regulación e idóneos para limitar su acción, a tal punto que, en los albores del constitucionalismo moderno, las primeras declaraciones de derechos tuvieron lugar antes de –siquiera– empezar a elaborarse la correspondiente Constitución<sup>11</sup>.

---

10 *Originarios*, por su condición de innatos, intrínsecos a la naturaleza humana; *universales*, ya que es la misma ley para todos los hombres; e *inmutables*, al no poder ser borrada de los corazones de los hombres. La referencia a Tomás de Aquino es tomada de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 43 y 44.

11 Esta es la base de la doctrina *liberal-individualista o iusnaturalista*, que concibe la existencia de la asociación política solamente porque así lo han querido y construido los individuos. En este sentido, HOBBS subraya la naturaleza artificial, dependiente de la voluntad de los ciudadanos, del poder político. Se presume, en este modelo, la existencia de la “*sociedad civil de los individuos*” anterior al Estado. Tal sociedad necesita del Estado para consolidar y garantizar los derechos, las esferas de libertad de cada uno, pero no para fundar, no para crear. Al respecto, véase a FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, séptima edición, Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 29 y ss.

Esta teoría iusnaturalista encuentra su máximo exponente en LOCKE, que afirma la existencia de un “*estado natural pre-social*”, donde los individuos tienen un derecho natural a la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad, en el cual, aún y cuando pudiera prevalecer el orden y la paz, resulta necesario el paso al estado civil para asegurar la defensa de tales derechos. Los individuos necesitan constituir la sociedad y el Estado, para poder proteger, con la fuerza común, esos derechos que de otro modo se verían amenazados, dada la dificultad de lograrlo mediante la acción individual. LOCKE sostiene que el Gobierno se basa en un “*contrato social*”, con limitaciones específicas, en el cual los gobernados sólo ceden en su libertad lo estrictamente necesario para que sus derechos sean protegidos, siendo excepcional cualquier restricción de ellos. Bajo esta teoría existe un *quid*: el derecho natural precede al derecho positivo estatal; las libertades preceden al poder; la positivación tiene un carácter meramente declarativo, y es el resultado final de un proceso cuyo origen se encuentra en las exigencias que se postulan como determinantes para la convivencia social. Sobre el particular, confróntese en extenso a LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, *passim*.

En contraposición a este modelo encontramos la teoría positivista, para la cual el Estado no es solo un instrumento de tutela, sino la condición necesaria para que las libertades y derechos nazcan y tengan reconocimiento

Con la progresiva democratización del Estado Liberal y la aparición de las modernas democracias de masas, fueron proclamados, junto a los clásicos derechos individuales, los denominados derechos económicos, culturales y sociales. Así, los principios y valores que originariamente estaban dirigidos a limitar la actuación del Estado, se convierten entonces en normas que exigen ser gestionadas en el orden económico y social; las garantías pensadas para la defensa de la individualidad, son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa un lugar preponderante; en fin, derechos que, bajo el amparo del principio de igualdad, buscan asegurar la participación de los distintos miembros de la comunidad en los recursos sociales, que todos los ciudadanos puedan disfrutar de los beneficios que la sociedad comporta<sup>12</sup>.

---

como verdaderas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos. Simplemente, donde no existen leyes positivistas ni Estado, no hay ningún derecho.

Ambas teorías (*iusnaturalismo-positivismo*) representan una histórica polémica, esto es, si el Derecho es exclusivamente aquél que es creado (posición positivista), o si se trata de un derecho natural, primario, preexistente, y que al mismo tiempo sirve de base o referencia al derecho impuesto por el Estado (teoría iusnaturalista).

En este sentido, PECES-BARBA afirma que los derechos fundamentales no son derecho si son solo valores, sin que existan garantías que aseguren su cumplimiento o sanciones en caso de inobservancia, tal y como sostienen los iusnaturalistas; como tampoco es un derecho fundamental cualquier derecho válido sin importar su contenido, tal y como pretenden los positivistas, pues, bajo esta óptica, por ejemplo, podría existir una auténtica norma jurídica que -hipotéticamente- autorizara u obligara al exterminio de grupos de personas por razones de raza o religión. Por ello, concibe a los derechos fundamentales desde una perspectiva dualista, esto es, como una síntesis de la filosofía de esos derechos (valores al servicio de la persona humana) y su inserción en normas jurídicas positivas. Sobre lo expuesto, véase con provecho a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad Complutense de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1986, pp. 13 y ss.

- 12 La aparición de los denominados derechos sociales produjo un punto de inflexión en la positivación de los derechos fundamentales en los aspectos siguientes: i) en su *fundamentación*, toda vez que la intervención del Estado va estar dirigida a asegurar un reparto equitativo de las cargas y ventajas de la sociedad y no en un orden individualista y liberal; ii) en su *titularidad*, pues el hombre abstracto en su dimensión individual deja de

En este sentido, la Constitución de México de 1917 es considerado el primer documento que intentó conciliar tales derechos. Sin embargo, será la Constitución Alemana de Weimar de 1919 el texto de mayor trascendencia, toda vez que logró articular en su sistema de derechos las libertades individuales

---

ser el sujeto de tales derechos y pasa a serlo el hombre situado en el contexto de unas circunstancias reales, concretas y comunitarias; y iii), en su *naturaleza jurídica*, al dejar de ser solo libertades de acción y convertirse en libertades de participación y en prestaciones. Al respecto, véase a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* citada, p. 122 y 123.

En lo que a Venezuela se refiere, los derechos sociales o, con mayor precisión, derechos prestacionales, encuentran su fundamento en la cláusula del Estado Social recogida en el artículo 2 de la Constitución de 1999, de la que deriva la obligación del Estado de fomentar la existencia de condiciones materiales efectivas (no solo formales) de igualdad, tal y como estatuye el artículo 21 *eiusdem*. Así lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 24 de enero de 2002, caso *ASODEVIPRILARA*, al expresar que el Estado Social “...desarrolla Derechos Sociales, los cuales son derechos de prestación, que persiguen básicamente actos positivos a cumplirse. Este tipo de derechos otorga a los ciudadanos una directa o indirecta prestación por parte de quien los debe, en función de la participación de los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”. Posteriormente, la misma Sala Constitucional en la sentencia de 26 de marzo de 2004, caso *Federación Médica Venezolana*, reiterará su criterio, añadiendo al efecto que: “...el Estado Social de Derecho es el Estado de la procura existencial, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un *standard de vida elevado*, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el *desarrollo económico y social de sus ciudadanos*”.

Al respecto, el profesor José Ignacio Hernández señala que tales actos positivos que persiguen los derechos prestacionales no solo corresponden al Estado, sino también a los particulares, en virtud del principio de solidaridad recogido en el artículo 135 de la Constitución, que reconoce la potestad que tiene el Estado para imponer cargas positivas o mandatos de hacer en cabeza de los particulares. No obstante, aclara que dicho principio de solidaridad no implica que la Administración pueda imponer limitaciones a los particulares sin contar con una precisa cobertura legal para ello; es decir, si el legislador no impone la obligación a los particulares de satisfacer tales derechos, este deber no puede ser entonces exigido, ello como consecuencia del principio de legalidad que rige en materia de restricciones de derechos fundamentales. Sobre lo expuesto, véase en extenso a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 73 y ss.

con los derechos económicos, sociales y culturales, al extremo que sirvió como fuente de inspiración a los posteriores textos constitucionales de países como España, Francia e Italia, así como de América Latina; incluso, constituye el actual sentido de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que fue la que vino a otorgar verdadero vigor jurídico a los derechos fundamentales, al dotarlos de reglas y medios de garantía especiales que permiten su efectiva protección.

Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos naturales, derechos individuales, derechos de los ciudadanos, derechos esenciales, libertades públicas, entre otras tantas, son locuciones que se emplean como sinónimos para hacer mención a los derechos que corresponden a la persona en su condición de tal, a los derivados de su dignidad humana.

Ello obedece, tal y como advierte CASAL<sup>13</sup>, al carácter poco sistemático de algunos catálogos de derechos, al empleo de diferentes vocablos para designar a los derechos allí reconocidos, así como a la variedad de perspectivas desde las cuales suelen utilizarse esas expresiones<sup>14</sup>.

Esta “*diversidad semántica*”<sup>15</sup> dificulta establecer los linderos conceptuales de esos términos, principalmente en relación

---

13 Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*op. cit., p. 11.

14 Un ejemplo de ello lo encontramos en la Constitución Española, cuyo Título I es denominado “De los derechos y deberes fundamentales”; no obstante, únicamente la Sección 1º del Capítulo II, hace mención a tales derechos, generando un debate sobre la inclusión, bajo esa concepción, del resto de derechos comprendidos en dicho título, en especial, lo que respecta al derecho de propiedad privada. Por su parte, la Constitución Venezolana no es uniforme al formular el catálogo de derechos, siendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la que ha incorporado esta expresión de derechos fundamentales, para así denominar a los derechos garantizados por la Constitución.

15 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE

a las nociones de derechos humanos y de derechos fundamentales, ya que con ellas suelen designarse realidades muy próximas o una misma realidad, a intereses que comúnmente son reconducidos en una u otra categoría.

Haciendo a un lado las profusas discusiones que existen sobre el particular, apoyadas en fundamentos ideológicos, filosóficos, históricos y jurídicos (a la cual no pretendemos sumarnos, ni mucho menos intentar resolver), nos limitamos por señalar, de manera sintética, que la doctrina considera que los derechos humanos son - filosóficamente - el concepto básico desde el cual se construyen jurídicamente los derechos fundamentales, pues, en principio, todos los derechos han de reputarse como humanos, al ser el hombre el sujeto del derecho por excelencia<sup>16</sup>.

La diferenciación entre ambos usos lingüísticos, conforme la tendencia mayoritaria de la doctrina, gravita en el plano en el que esos derechos inherentes a la persona son proclamados y protegidos. Así pues, con la locución derechos humanos se alude a aquellos derechos proclamados y protegidos internacionalmente<sup>17</sup>; la de derechos fundamentales, se refiere a aquellos derechos subjetivos atribuidos, instituidos, garantiza-

---

OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 47.

16 Cfr. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* op. cit., p. 12. Asimismo, véase a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales...* citada, p. 13.

17 Véase a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* citada, pp. 32 y 33. Bajo esta expresión se suelen designar a aquellos derechos recogidos en instrumentos internacionales, como serían, por ejemplo, los tratados o convenciones sometidos a la ratificación y adhesión de los Estados de la comunidad internacional, así como a las declaraciones aprobadas por organismos internacionales, tales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, entre otros.

dos en normas a las que se les reconoce, en la “*cultura jurídica de referencia*”, carácter esencial<sup>18</sup>.

FERRAJOLI, partiendo de una definición puramente formal o estructural, considera a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, universales e indisponibles, adscritos por una norma jurídica a todos en cuanto personas, o ciudadanos, o capaces de obrar, con prescindencia del contenido de esos derechos proclamados<sup>19</sup>.

No obstante, es preciso destacar, que tales derechos (fundamentales) tienen una sustantividad y realidad propias, unos valores con un contenido propio, con un contenido objetivo que no puede ser cambiado caprichosamente por la voluntad de un gobernante; son derechos creados por el hombre en la historia moderna bajo un determinado condicionamiento social, político, económico y cultural, con un decisivo propósito, un valor real, cuál es, el desarrollo de la dignidad humana y la organización estatal en función de la consecución de esos fines. También, son derechos de libertad ante el Estado, lo que precisa determinar el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento positivo concreto, así como las garantías efectivas que tal ordenamiento puede ofrecer<sup>20</sup>.

Por ello, los derechos fundamentales alcanzan conceptualmente dos aspectos principales: i) *formal*, concerniente a la garantía constitucional del derecho, a su máxima fortaleza jurídica declarada a nivel constitucional y la previsión de mecanismos de protección; que sean declarados en normas constitucionales, en normas resistentes a la ley (ordenamientos

---

18 Vid. PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 69, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 31 y ss.

19 Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cuarta edición, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37.

20 Véase al respecto a PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales...* citada, pp. 22 y 23.

provistos de Constitución rígida y de control de constitucionalidad de las leyes<sup>21</sup>), y que, por ende, vinculen a todos los poderes públicos (incluyendo al legislador); y ii) *material*, relativo a la sustantividad de los derechos protegidos; los valores en que tales disposiciones se fundan y que buscan proteger y fomentar; la primacía de los bienes e intereses que se pretenden proteger con el derecho en cuestión<sup>22</sup>.

En este orden de ideas, ALEXY atribuye cuatro rasgos principales a los derechos fundamentales; unos relacionados con los elementos formales, como son: i) su "*máximo rango*", que comprende su inserción en la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico; ii) su "*máxima fuerza jurídica*", toda vez que vinculan a todos los poderes públicos; y iii) su "*máximo grado de indeterminación*", relativo a la estructura normativa de los derechos fundamentales y al carácter abierto de éstas (universalidad); y otro aspecto vinculado con el elemento material, referido a la "*máxima importancia de su objeto*", esto es, la relevancia de su contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad<sup>23</sup>.

Los derechos fundamentales, tal y como puede observarse, tienen en la normativa constitucional una doble significación, un doble carácter, una doble valencia: son un conjunto de valores objetivos básicos y, simultáneamente, son el marco de

---

21 No obstante, la rigidez de la Constitución no puede suponer un carácter eterno ni mucho menos estático; en todo caso, debe ser de tal naturaleza que permita su adaptación progresiva a la realidad, a los constantes cambios que presenta y exige la sociedad, a fin de que el principio conservador del pacto político no sea el que en un momento dado conduzca, por la vía de los hechos, a su ruptura. Confróntese en este sentido a BREWER-CARÍAS, Allan R., "La intervención del pueblo en la revisión constitucional en América Latina", en *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 41.

22 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 29 y ss

23 La referencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*obra citada, pp. 17 y ss.

protección de situaciones jurídicas subjetivas, a la que se incorpora la defensa de aspectos sociales y colectivos.

Así lo ha reconocido en España el propio Tribunal Constitucional, en la célebre sentencia de 14 de julio de 1981 (recurso de inconstitucionalidad del Parlamento Vasco contra la Ley Antiterrorista), al expresar que:

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho, y más tarde, en el Estado social de derecho o el estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1)”.

De esta manera, el núcleo de los derechos fundamentales es el siguiente: Derecho-Institución / Derecho-Titularidad. En primer lugar, como *elemento esencial de un ordenamiento objetivo* (instituto jurídico o institución), sintetiza esos valores que asume una determinada comunidad en su sistema jurídico y que vinculan al resto del ordenamiento, cuya compleja estructura genera una diversidad de ramificaciones que se plasman en reglas de derecho sustantivo y de derecho procesal, de derecho constitucional, de derecho civil, penal o administrativo; y por otro lado, como *derecho subjetivo* atribuido a uno o varios sujetos, y en íntima conexión con la vertiente anterior, formaliza el instituto jurídico y genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: de hacer, de imponer a otros cargas, de recibir una prestación, de acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de tales titularidades, entre otras<sup>24</sup>.

24 Confróntese sobre el particular a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales” ...obra

Los derechos fundamentales son, en resumen, el “*vaso comunicante o correa de transmisión de los valores dimanantes de la centralidad de la persona hacia el resto del orden jurídico-político*”<sup>25</sup>. Se ubican en un plano superior de juridicidad, como es el constitucional; vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador, y son resistentes a cualquier intento del Estado de reducir sus posibilidades de goce y ejercicio. Tales derechos, además, no están limitados únicamente al plano formal, sino que tienen efectos reales; se encuentran en una relación interna, sustancial, respecto del conjunto de la Constitución y de los concretos bienes jurídico-constitucionales; están incluidos en la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores.

## II. FUNCIÓN DEL LEGISLADOR EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde que un derecho es consagrado en el Texto Constitucional lleva impreso un determinado contenido normativo, el cual, aunque comúnmente es genérico, no es ilimitado. De manera simultánea, también desde ese momento inicial, los derechos fundamentales son limitados por otros derechos, valores o bienes que, al igual que ellos mismos, tienen reconocimiento jurídico - constitucional (límites inmanentes)<sup>26</sup>.

De igual forma, la propia Norma Constitucional, en determinadas circunstancias, puede establecer los límites a los que éstos se hallan sometidos, sea con carácter general, sea algún derecho en particular; sea en el mismo precepto que consagra el derecho, sea en otro lugar de la Constitución.

---

citada, pp. 53 y ss.

25 Vid. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 108 y 109.

26 Sobre los límites inmanentes de los derechos fundamentales, confróntese ampliamente a HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 51 y ss.

El Tribunal Constitucional de España, en jurisprudencia reiterada, ha señalado que la Constitución si bien “establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones”, en otras, *“el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”*<sup>27</sup>.

Sin embargo, es preciso destacar, que la mayoría de los derechos reconocidos en el Texto Constitucional están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar, de moldear su contenido y, por consiguiente, les permita alcanzar plena efectividad. Ello así, ya que no sería posible plasmar desde aquél, exhaustivamente, todos los supuestos de aplicación de los derechos, así como todas sus excepciones. Es a partir de la Constitución desde dónde el orden legal y sub-legal concreta y desarrolla los mandatos y principios que se proclaman en esos derechos, bienes o valores.

Por su parte, la ley no cumple solamente una mera función de complitud de esos límites que ya están en la Constitución; generalmente, el legislador lleva a cabo una faceta creativa, ejerce una amplia facultad de configuración y de regulación que le permite desarrollar la generalidad de los derechos, libertades y garantías constitucionales, estableciendo limitaciones que, incluso, no han sido previstas en el propio Texto Constitucional al momento de consagrarse el derecho.

En este sentido, surge la interrogante sobre la admisibilidad de introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún

---

27 La referencia de la sentencia puede verse en DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución...ya referida*, pp. 107 y 109.

cuando tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad.

Esto solo es posible en la medida en que medie una habilitación constitucional expresa, o cuando así lo requiera la plenitud de otros derechos, bienes o valores constitucionales. No obstante, la intervención del legislador ha de efectuarse sin reducir el alcance de la garantía del derecho fundamental, ya que opera como criterio de validez de las leyes y no pierde su valor práctico a través de sus regulaciones.

A tal efecto, debe el legislador analizar la estructura de la norma que consagra al derecho fundamental; definir el contenido del derecho constitucionalmente garantizado; indagar sus rasgos distintivos; delinear la esfera subjetiva comprendida por el derecho fundamental.

### **1. Distinción entre reglas y principios**

Resulta de importancia decir sobre esta labor que ha de llevar a cabo el legislador, que, tradicionalmente, las normas jurídicas son consideradas como reglas de conductas de obligatorio cumplimiento; constan de enunciados cuyo contenido tiene un carácter (prohibido, permitido u obligatorio) y una conducta, una consecuencia jurídica, en donde los principios pudieran considerarse excluidos de la categoría de norma.

Sin embargo, el sistema jurídico de las normas alcanza también a los principios. Este es uno de los rasgos principales de los derechos fundamentales; su enunciado normativo contiene una formulación abierta que comprende tanto reglas como principios, que comparten la misma forma y ambos tienen una función directiva. De allí derivan la mayoría de los problemas de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. La forma de sus enunciados puede producir conflictos o colisiones con otras normas válidas, al resultar

formal o materialmente incompatibles, como también, por los diversos sentidos que tales normas pudieran contener.

Como solución a estos conflictos o colisiones, es clásica en la doctrina la distinción técnica introducida por DWORKIN<sup>28</sup>, y perfeccionada de manera diferenciada por ALEXY<sup>29</sup>, sobre el carácter *prima facie* existente entre reglas y principios. En efecto, entre ambas existe una importante diferencia estructural, no solamente de grado, sino también cualitativa, de naturaleza. Las reglas se agotan en sí mismas, es decir, si se dan los hechos previstos por una regla y ésta es válida, debe entonces aceptarse la respuesta que la regla proporciona, sin mediación o graduación alguna posible; en otras palabras, contienen una determinación en el ámbito de sus posibilidades jurídicas y fácticas; proporcionan el criterio para llevar a cabo determinadas acciones; establecen cómo se debe, o no, actuar ante una precisa situación que la propia regla prevé (son aplicables de manera todo o nada). Las reglas son mandatos definitivos y no solo *prima facie*. Por ello, los conflictos entre reglas se resuelven mediante la técnica de la subsunción, determinando cuál de ellas es la regla válida aplicable a un preciso caso, sin menoscabo que, en razón de algún principio, pueda introducirse a la regla alguna cláusula de excepción que relativice su carácter definitivo.

Los principios, de forma completamente diferente, no imponen una acción acorde con el supuesto normativo, sino una toma de posición ante concretas situaciones que, inicialmente, emergen como indeterminadas. Los principios no tienen carácter absoluto, no agotan su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas. No contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Son mandatos de optimización que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida posible,

---

28 DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 72 y ss.

29 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 63 y ss.

en atención de las viabilidades jurídicas y reales que existan, esto es, que admiten un cumplimiento gradual, en virtud que lo ordenado por ellos no podrá ser satisfecho en todas las situaciones de manera total, como consecuencia de los obstáculos que se le pueden presentar, como serían otros principios o reglas que se le opongan. La respuesta normativa proveniente de los principios se da en términos de más o menos, ya que pueden ser aplicados en mayor o menor grado. Los principios contienen algo que carecen las reglas, como lo es, una dimensión de peso o importancia variable, que exige de razones justificadas en cada caso.

Entonces, las colisiones de principios deben resolverse mediante una técnica de ponderación entre los principios contrapuestos, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. El principio de proporcionalidad, aquí, constituye el criterio fundamental para determinar la viabilidad jurídica y fáctica de los derechos como principios<sup>30</sup>.

Un ejemplo de estos conflictos y colisiones entre reglas y principios, puede evidenciarse en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que está consagrado junto con reglas que establecen los precisos supuestos y condiciones para que pueda llevarse a cabo un allanamiento de morada; sin embargo, admite excepciones, como sería que en caso de un incendio y para salvar la vida de una persona, tenga que ingresar -de manera forzosa- la fuerza pública en el domicilio, lo cual no

---

30 La distinción entre reglas y principios constituye en la teoría de los derechos fundamentales uno de sus pilares de mayor trascendencia. En este sentido, además de la doctrina referenciada (Dworkin y Alexy), remitimos con amplitud, entre otras tantas calificadas, a ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 109 y ss; de igual manera, a PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación...obra citada*, pp. 105 y ss; el mismo autor en *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 59 y ss; asimismo, véase a GUASTINI, Ricardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 183 y ss.

está previsto en la Constitución Venezolana como supuesto lícito de allanamiento o de ingreso coactivo en el hogar doméstico. De ahí que, la admisión del ingreso en esa circunstancia, tendría que justificarse acudiendo a otros bienes constitucionales, como sería, el derecho a la vida seriamente amenazado, que prevalecería frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio que sustenta la correspondiente regla<sup>31</sup>.

Otra muestra de estas colisiones constitucionales, la encontramos en el caso de conflictos entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa y de conciencia. Así, en razón de esta última, las personas que profesan las creencias religiosas de los Testigos de Jehová no admiten recibir transfusiones sanguíneas, lo cual, bajo el halo de protección de ese derecho, no admite objeciones. No obstante, en caso de inminente peligro de muerte de un menor de edad que, para preservar su vida, amerite transfundirlo y sus padres profesen dicha religión y, por tanto, se nieguen a ello, deberá respetarse la jerarquía de los derechos en conflictos salvaguardando el de mayor entidad, prevaleciendo, entonces, el derecho a la vida.

Así lo dejó sentado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en la sentencia de 14 de agosto de 2008, al expresar que:

*“...aunque en abstracto ambos derechos gozan de la misma jerarquía constitucional, es en el ámbito fáctico donde procede hacer la ponderación para armonizar la vigencia simultánea de ambos derechos...si se encuentra en riesgo la vida del objeto el conflicto alcanza una trascendencia social...aunque la libertad religiosa posee un peso específico en la estructura constitucional, nuestro patrón cultural identifica como capital el respeto y fomento del derecho a la vida...siempre cuenta con mayor valor jurídico la preservación de la vida que la libertad de conciencia; y ante semejante conflicto es menester respetar la jerarquía de los dere-*

---

31 La referencia es tomada de CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales...ob. cit.*, pp. 52 y 53.

*chos en conflictos y salvaguardar el derecho de mayor entidad... la transfusión de sangre aún en contra de la voluntad del paciente tiene respaldo constitucional tras el acto de ponderación entre el derecho a la vida y la libertad religiosa realizada por esta Sala en el presente fallo..."*

En definitiva, debe el legislador efectuar una labor interpretativa que permita precisar las conductas o posiciones jurídicas amparadas por el derecho fundamental, considerando para ello, también, las demás disposiciones y derechos consagrados en la Constitución.

## **2. La reserva de ley**

Desde la Declaración de 1789, la definición de libertad es una materia reservada a la ley, requiriendo de la aprobación expresa de los representantes de los ciudadanos todo aquello que incida en esa esfera de autonomía, de independencia. La ley, así, es el principal instrumento para modular la convivencia de los derechos, de las libertades (iguales y recíprocas) en la sociedad<sup>32</sup>.

Por ello, la reserva legal es la más importante de las condiciones formales generales para regular las libertades esenciales de la persona; es una de las garantías principales de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

A través de remisiones específicas, o mediante una cláusula general, la Constitución faculta al legislador para fijar límites a los derechos en ella previstos; da cabida para que se lleve a cabo una reducción de lo ofrecido por los derechos

---

32 Al respecto, véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, primera reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 114 y ss.

33 *Vid.* CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*citada, p. 139.

proclamados y confiere fundamentación a las leyes que sean dictadas para llevarlo a cabo.

Por medio de la reserva legal, se sustrae de la injerencia del Gobierno (también de los jueces), la regulación del estatuto de las libertades, la cual es encomendada al legislador en su condición de representante de la voluntad general. La reserva de ley, entonces, constituye una reserva al parlamento, por lo que todas las regulaciones que se efectúen en la materia concerniente a los derechos fundamentales han de provenir, directamente, de la ley.

En virtud de esto, a la reserva legal les es reconocida una doble dimensión; la primera de ellas, de significado negativo, al prohibir que normas o actos del poder público distintos a la ley formal puedan, libremente, afectar o disminuir el contenido del derecho fundamental; la otra dimensión, de carácter positivo, como "*normas de competencia*", ya que habilitan al legislador (a nadie más) para incidir sobre las libertades, lo cual implica, también, que operen como "*cláusulas restrictivas*", pues, aunque no limiten por sí mismas al derecho, se autoriza con ellas al legislador para que lleve a cabo la regulación. De igual manera, la regulación derivada de la reserva legal puede llegar a poseer naturaleza "*constitutiva o cuasi-constitutiva*", ya que puede reducir las posibilidades de goce y ejercicio del derecho sin que haya sido ordenada por la Constitución, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos que ésta exige<sup>34</sup>.

Es importante destacar sobre lo expuesto, que la reserva legal no ha de entenderse como exclusión de las habilitaciones, autorizaciones o delegaciones acordadas por el órgano legislativo con fundamento en la Constitución, y que permiten al ejecutivo, excepcionalmente, dadas unas particulares circuns-

---

34 Vid. CASAL H., Jesús María, "Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales", en ARISMENDI A., Alfredo y CABALLERO ORTÍZ, Jesús (Coordinadores), *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías...*obra citada, p. 2520.

tancias y dentro de precisos límites, dictar normas con rango y fuerza de ley.

En lo que a Venezuela se refiere, el artículo 156, numeral 32, de la Constitución, reversa al Poder Público Nacional la legislación en materia de derechos y garantías constitucionales, aunque no especifica el alcance o modalidad de la injerencia legislativa que resulta admisible para tales derechos. Esto representa una diferencia de la Constitución Venezolana con respecto de otros ordenamientos, como, por ejemplo, el alemán y el español, cuyas Constituciones (art. 19.1 y 2, en el caso alemán, y art. 53.1, en el español) sí consagran expresamente una regulación sobre la reserva legal, con indicación precisa, además, del límite que ha de observar el legislador, como lo es, el respeto del contenido esencial del derecho.

Por su parte, el artículo 203 Constitucional, reserva a la ley orgánica lo relativo al desarrollo de los derechos constitucionales, lo que implica una mayor rigidez en la regulación que de ellos resulte. En cuanto a la facultad del ejecutivo para dictar Decretos-leyes en materia de derechos fundamentales, que, como acabamos de ver, son motivo de reserva doble al exigirse del carácter orgánico de la ley, no existe en Venezuela un límite material que impida al Presidente de la República dictar, en razón de la habilitación del legislativo, Decretos con carácter de Ley Orgánica, pudiendo, incluso, regular todo lo concerniente al ámbito de esos derechos.

### **3. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (intangibilidad)**

Hemos visto que el legislador se encuentra facultado constitucionalmente para regular los derechos fundamentales, pudiendo imponer limitaciones y restricciones en su ejercicio. Sin embargo, tal acción reguladora no le autoriza para eliminarlos o comprimirlos hasta la nada, para sacrificarlos enteramente. En efecto, el legislador está facultado para regular,

pero no así para eliminar los derechos fundamentales; no le pertenecen los derechos, ni el desarrollo legislativo de éstos es lo que determina su vigor.

Esto, como plantea DIEZ-PICAZO<sup>35</sup>, conlleva a la siguiente interrogante: ¿cuándo puede el legislador limitar el contenido de los derechos fundamentales y hasta dónde puede llegar esa limitación?; en otras palabras, ¿cuáles son los requisitos y cuáles son los límites?

En este sentido, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn, del cual es tributario el artículo 53.1 de la Constitución Española, contienen una indicación explícita acerca de los límites, al expresar que la intervención restrictiva del legislador, en materia de derechos fundamentales, deberá respetar su contenido esencial<sup>36</sup>; es decir, que la garantía de la intangibilidad de la esencia de los derechos fundamentales, es un límite que no es dable traspasar al legislador; comprende una barrera infranqueable, un “límite de los límites” según la expresión acuñada por la doctrina alemana<sup>37</sup> y que ha sido de recibo en la doctrina española<sup>38</sup>.

Tales dispositivos constitucionales, empero, no hacen alguna mención en relación a sus requisitos, ni cuál es ese límite que designa el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho. Por consiguiente, resulta indispensable efectuar una depuración técnica de la garantía de contenido esencial, a partir de una correcta interpretación y aplicación de

35 DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...*citada, p. 109.

36 La Constitución de Venezuela, como tuvimos oportunidad de señalar, nada consagra en este sentido; sin embargo, como veremos más adelante, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que se trata de ese núcleo intocable del derecho del que no puede disponer el legislador.

37 Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*citada, p. 257.

38 Cfr. DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”...obra citada, pp. 125 y ss.

la norma constitucional y en atención a las dimensiones objetivas y subjetivas que comprenden los derechos fundamentales. A tal efecto, se distinguen principalmente dos teorías: *relativa* y *absoluta*.

La *teoría relativa* considera que el contenido esencial del derecho carece de carácter inmutable, ya que la barrera que determina la licitud o ilicitud de la intervención estatal no puede ser fijada con carácter previo, estando sujeto su establecimiento a cada caso en particular y al conflicto suscitado entre el derecho fundamental y otro derecho o bien constitucional. Hay una equiparación sustancial entre el contenido esencial y la exigencia de justificación, de una ponderación de los derechos o bienes en conflicto. No hay, pues, un límite preexistente ni mucho menos infranqueable del derecho; el contenido esencial es el resultado final de un proceso de argumentación, es lo que queda del derecho después de una ponderación<sup>39</sup>.

Esta teoría es objeto de fuertes críticas, toda vez que la garantía de contenido esencial tendría una naturaleza meramente declarativa y no representaría ninguna protección adicional al respeto del principio de proporcionalidad, bastando solamente que la regulación realizada esté justificada suficientemente, lo cual, además, sería completamente incongruente, pues, aún ante la ausencia de esa cláusula, toda medida restrictiva requiere de una necesaria justificación. Pero, aún más grave; bajo esta tesis sería admisible que, previa ponderación, la intervención en el ámbito de disfrute o ejercicio del derecho puede llegar tan lejos como lo exija algún interés contrapuesto que requiera protección preferente, resultando lícito la eliminación o sacrificio completo del derecho<sup>40</sup>.

---

39 Confróntense al respecto a PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 233.

40 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 33.

Por su parte, la *teoría absoluta* concibe el contenido esencial como una esfera permanente del derecho fundamental que nunca puede ser objeto de intervención; una última frontera que no puede ser penetrada por el legislador, como tampoco por los demás órganos del poder público; un *núcleo* inaccesible a todo razonamiento lógico que no admite algún control argumental<sup>41</sup>.

Según esta teoría, el derecho fundamental es posible seccionarlo en dos partes: un *núcleo*, que sería el contenido esencial, y una parte *accesoria o no esencial*. En el núcleo estaría proscrita toda clase de intervención; en la parte *accesoria* sí sería admisible realizarla, aplicándose entonces el principio de proporcionalidad. Se respetan y distinguen claramente, en los supuestos de esta teoría, tanto la garantía del contenido esencial como el principio de proporcionalidad<sup>42</sup>.

La principal crítica que se hace a esta tesis consiste –precisamente– en que divide en dos partes el derecho fundamental (una esencial y otra accesoria), lo que pudiera conducir a la conclusión de que la intervención legislativa habría que reputarse legítima en esa parte periférica, aún cuando pudiera ser arbitraria o injustificada, cuando lo cierto es que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales íntegramente. Además, tal división conlleva un conflicto teórico, como lo es, que en la mayoría de los casos será completamente artificial y técnicamente insostenible, ya que el parámetro para efectuar el control de constitucionalidad de la intervención legislativa, comprenderá solo una parte de la norma constitucional (aquella donde se reconozca el derecho), y no la totalidad de ésta. Asimismo, bajo esta concepción, la acción del legislador sería solo de limitación o restricción, cuando a él le corresponde,

---

41 Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*citada, p. 298.

42 Cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional...*op.cit, p. 34.

también, configurar los derechos fundamentales y crear las condiciones que hagan posible su efectivo ejercicio<sup>43</sup>.

En España, el Tribunal Constitucional en la importante sentencia 11/1981, de 8 de abril, sentó los criterios a partir de los cuales ha de precisarse el contenido esencial de los derechos fundamentales; concretamente, por medio de dos vías que permiten la aproximación a la noción del contenido esencial. Así, en la primera vía, se efectúa una comparación entre el régimen positivo del derecho correspondiente y el tipo abstracto del mismo conceptualmente preexistente a su regulación (*recognoscibilidad* de ese tipo abstracto en la regulación concreta); en la otra vía, se resuelve también a través de una comparación, pero entre el régimen positivo del derecho y los intereses jurídicamente protegidos con éste, considerándose lesionado el contenido esencial cuando el derecho es comprimido de tal forma que se hace impracticable, se le dificulta más allá de lo razonable, o se le despoja de su necesaria protección. Esta metodología, además, no es alternativa ni antitética, sino complementaria, pudiendo utilizarse simultáneamente, verificando los resultados a los que se llegue por una u otra vía<sup>44</sup>.

En razón de esta sentencia, PAREJO identifica la garantía de contenido esencial con la teoría absoluta, en razón de las consideraciones que brevemente se exponen: i) que en virtud de la esencialidad, el contenido esencial no equivale a un simple contenido de los derechos subjetivos públicos; únicamente aquella parte de los elementos integrantes del contenido que

---

43 Al respecto, véase a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 30-33.

44 Si bien en esta sentencia el Tribunal Constitucional no se pronuncia manifiestamente sobre el carácter relativo o absoluto de la garantía de contenido esencial, posteriormente, en la sentencia 137/1990, expresó el carácter absoluto de la mencionada garantía, al dejar sentado que los actos o resoluciones que limiten los derechos fundamentales deberán valorar “...la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial”.

sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial; ii) que el contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado, con el que puede operarse técnicamente; y iii) que el dato crucial de referencia siempre es siempre jurídico y abstracto (preexistencia del derecho al momento histórico de la determinación del contenido esencial), lo que demuestra el carácter de los derechos fundamentales como garantía institucional y posibilitan la operatividad de las técnicas de concreción del núcleo esencial<sup>45</sup>.

En lo que a Venezuela se refiere, la garantía del contenido esencial ha sido estudiada por la doctrina mayoritaria bajo la noción de “núcleo absoluto e intocable del derecho”<sup>46</sup>, es decir, bajo los postulados de la teoría absoluta.

La jurisprudencia, de igual manera, ha considerado la materia relativa a la garantía de contenido esencial como ámbito excluido de las potestades de limitación del legislador.

---

45 Véase ampliamente a PAREJO ALFONSO, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169 y ss.

46 En efecto, confróntese entre otros a BREWER CARÍAS, Allan y AYALA CORAO, Carlos, *El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrarias del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, p. 178; asimismo, a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*, Editorial Jurídica Venezolana/IESA, Caracas, 2004, pp. 222 y ss; igualmente, a CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...citada*, pp. 277 y ss; igualmente, confróntese al mismo autor en “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”...ob. cit., pp. 2528 y ss; en términos coincidentes, a LINARES BENZO, Gustavo, “Los servicios públicos como limitación a la libertad privada y prestación constitucionalmente garantizada”, en *Jornadas Colombo - Venezolanas de Derecho Público*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 902 y ss.

En efecto, la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en decisión de 19 de julio de 1997, caso “Tiuna Tours, C.A.”, expresó lo siguiente:

*“si bien el constituyente estableció la forma en la cual pueden limitarse los referidos derechos de rango constitucional, nada dijo sobre la extensión que ésta pudiera tener, razón por la cual ha sido labor de esta Corte Suprema de Justicia -actuando tanto en Sala Plena como en esta misma Sala- precisar cuál es el “contenido esencial” de dichos derechos, a los efectos de establecer una barrera o área de protección inexpugnable aún para el propio legislador, de forma tal que la mencionada limitación legislativa no pueda transformarse en una supresión absoluta del derecho constitucional”.*

Por su parte, la Sala Constitucional del ahora Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia del caso “Distribuidora Baibery Sun 2002, C.A.”, de 01 de junio de 2001, sostuvo que:

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

La misma Sala Constitucional, en la sentencia de 11 de junio de 2002, caso “Jesús Salvador Rendón Carrillo”, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre la garantía de contenido esencial, se pronunciará en términos parecidos a los de la sentencia No. 11/1981, de 08 de abril, expresando lo siguiente:

*“...si bien el legislador, representante histórico de la soberanía popular, está legitimado para incidir en la regulación de los*

*derechos fundamentales, el alcance de dicha incidencia es, sin embargo, de carácter política -dado la naturaleza de su función-, la cual puede comportar amplitud pero también limitación en cuanto a la configuración y concepción de un derecho fundamental, restricciones que encuentran, como límites, el contenido esencial de tales derechos y que, en el caso específico de los derechos fundamentales, son rigurosos los estándares de restricción.*

(...)

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

Este criterio será reiterado por la mencionada Sala Constitucional en la sentencia de 24 de febrero de 2006, caso “Municipio Baruta del Estado Miranda”, al expresar lo que seguidamente se transcribe:

*“...la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo viene dado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a esa clase y tiene que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose así de alguna manera. Todo ello no puede ser considerado aisladamente al momento histórico, al caso de que se trate y a las condiciones inherentes a toda sociedad democrática, cuando se esté en presencia de derechos constitucionales.*

(...)

*Determinación la cual, puede ser entendida como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente tutelados. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.*

#### **4. La observancia del principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es una técnica que permite que la consecución de los intereses públicos que se buscan satisfacer con la actuación limitativa o restrictiva del legislador, no se haga a costa de los derechos o intereses de los particulares; es un punto de equilibrio entre ambos; va más allá de lo requerido por el respeto del contenido esencial, pues, para éste basta que el derecho fundamental no quede destruido o desvirtuado, así su imagen esté concebida como una realidad evolutiva, mientras que la proporcionalidad exige, además, que la intervención sobre el derecho sea adecuada y necesaria.

Por ello, el mencionado principio constituye una condición de validez de las normas limitativas de los derechos fundamentales, siendo indispensable su aplicación técnica en el examen de licitud de las intervenciones de tales derechos. La acción del legislador, entonces, es permitida en la medida en que no traspase la frontera de la proporcionalidad.

A través de este principio son relacionados los elementos que deben hallarse presentes en toda intervención limitativa o restrictiva de derechos fundamentales, como son, *la finalidad perseguida por la acción estatal y los medios empleados para alcanzarla.*

A tal efecto, se emplea como criterio básico el de la justa medida o prohibición de exceso, descartando, así, cualquier

posibilidad de que los derechos o intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada. De esta manera, el principio de proporcionalidad viene a ser “*la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que debe satisfacer toda limitación de un derecho constitucional*”<sup>47</sup>.

El principio de proporcionalidad, a su vez, se encuentra conformado por tres sub-principios: i) *adecuación o idoneidad*, mediante el cual se constata que la actuación de limitación sea coherente con el fin perseguido y que su adopción permita alcanzar tal objetivo; es un control de “*manifiesta desproporción*”, puesto que evita que las restricciones o limitaciones resulten excesivas; ii) *necesidad o medida menos gravosa*, a través de la cual se procede a verificar que no existan otras medidas alternativas igualmente idóneas que, sin representar una mayor dificultad para alcanzar el fin inicialmente previsto, pudieran afectar en menor nivel el derecho cuya limitación o restricción se pretende, o que no lo afecte en modo alguno; y iii) *proporcionalidad en sentido estricto o balance costos beneficios*, en el cual se valora que la medida restrictiva del derecho fundamental, además de ser adecuada y necesaria, se encuentre en una relación proporcionada con el fin al que se aspira (incorpora a la propia finalidad legislativa como objeto del control); se ponderan los distintos aspectos que confluyen en la limitación de un derecho (fácticos y normativos), desarrollando un examen riguroso de la justificación de la restricción<sup>48</sup>.

Es propicio señalar que, de los tres subprincipios citados, el de proporcionalidad en sentido estricto representa la vertiente de mayor complejidad, pues exige un meticuloso análisis de la

---

47 Vid. CASAL H., Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* ob. cit., pp. 187 y 188.

48 Sobre lo expuesto, confróntese a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos en el sistema constitucional...*obra citada, p. 73; CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...*op. cit., p. 194 y 195; asimismo, a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales...*citada, p. 112; y a ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*citada, pp.520-531.

justificación de la medida que permita así dilucidar el conflicto que se haya suscitado entre distintos bienes jurídicos. En este sentido, son tasados los costos y beneficios de la medida empleada; se indagan, se evalúan los motivos de la reducción de la libertad en relación a los beneficios que se puedan generar para la sociedad o para otros titulares de derechos; se verifica el sentido de la limitación, o sea, si es excesiva para el derecho en comparación con las ventajas que de ella cabe esperar<sup>49</sup>.

Estos tres subprincipios son mandatos de optimización, debiendo ser aplicados en forma gradual y en atención a las circunstancias de cada caso; ordenan una actuación equilibrada, tienen una intensidad variable y configuran una estructura generadora de justificación.

Así, una vez que se constata que la finalidad perseguida a través de la limitación o restricción es lícita, y que el medio empleado para alcanzar dicha finalidad es compatible con la norma constitucional, se procede a una evaluación acumulativa, progresiva, de las exigencias contenidas en los sub principios que conforman el principio de proporcionalidad, a fin de verificar su cumplimiento, esto es: a) si la medida es *adecuada* para alcanzar el fin, b) si es *necesaria* y no existe otra medida alternativa menos gravosa para ello, y c) si es *proporcionada*, es decir, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho en cuestión.

### III. PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado es el derecho de acceso a la justicia; es un presupuesto necesario para la protección de los derechos fundamentales, ya que supone la posibilidad de defensa judi-

---

49 Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...* op. cit., pp. 242 y 243.

cial de tales derechos, la cual es asumida por el Estado a través del Poder Judicial.

El Estado funcionaliza uno de sus poderes para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos frente a cualquier violación de la legalidad por parte de los poderes públicos.

Así, el poder judicial, por medio del Juez, es el garante de los derechos fundamentales. De ahí que se exija a éste una actuación imparcial e independiente, sustraída de cualquier vínculo con el poder político y que pueda estar en condiciones de censurar, como inválidos e ilícitos, los actos a través de los cuales éste es ejercido<sup>50</sup>.

Este derecho de acceso a la justicia, implica los elementos que seguidamente mencionamos: *i*) una norma de derecho sustantivo que propugne el derecho fundamental; *ii*) que el derecho pueda ser defendido ante un órgano judicial, sin trabas (plena justiciabilidad del derecho); *iii*) que se atribuya a un poder autónomo la función jurisdiccional, el cual garantice la independencia de los jueces respecto del sistema político del ordenamiento, como también de las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones; *iv*) la existencia de un procedimiento dónde adjetivamente el derecho a la jurisdicción se encuentre organizado, con todas sus fases probatorias y alegatorias; y *v*) derecho a que la tutela judicial se preste de manera efectiva (efectividad de la tutela), el cual, a su vez, comprende los derechos siguientes: a) interdicción de la discrecionalidad o libre apreciación del juez (derecho a la aplicación cierta y objetiva de la ley); b) derecho a no sufrir indefensión, es decir, que el ciudadano no se vea privado de ejercer todos los medios

---

50 El derecho a la jurisdicción tiene una dimensión de garantía doble; por una parte, es una garantía de los derechos fundamentales; a la vez, es una garantía de la legalidad de la actuación de los poderes públicos, que se traduce en un reforzamiento del fundamento de la división de los poderes y de la independencia de los Jueces. Al respecto, confróntese a FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 212 y 213.

legítimos para su defensa; c) derecho a una decisión suficiente y debidamente motivada (debe expresar un pronunciamiento razonable y debe ser congruente); d) derecho a disponer y utilizar los recursos previstos por las leyes procesales; y e) derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la ejecución de las mismas<sup>51</sup>.

En este orden de ideas, también es necesario decir que, al momento de acudir ante los órganos jurisdiccionales, el derecho objeto de la pretensión ya existe (o no existe) y es legítimo (o ilegítimo); no obstante, su verificación (decisión del tribunal) se produce demasiado tarde para que pueda ser ejercido de manera útil y efectiva. Las medidas cautelares, así, constituyen “instrumentos necesarios para la efectividad de la tutela judicial”<sup>52</sup>, toda vez que evitan que el tiempo requerido para llegar a la sentencia judicial no concluya por vaciar irreversiblemente el contenido del derecho ejercitado; que no sea como ese medicamento que, lentamente elaborado, llega a un “enfermo muerto”<sup>53</sup>.

El Juez, por ello, está en la obligación, indisponible, de utilizar los medios necesarios para que el derecho cuya tutela se le solicita permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de manera que sea posible su satisfacción al momento de ejecutar la sentencia que lo reconozca, puesto que, de lo contrario, se encontraría completamente disminuida la plena eficacia del derecho. Y es que el poder cautelar no es un poder distinto del de enjuiciar y decidir. Para que el juez pueda otorgar justicia efectiva, requiere, imprescindiblemente, de ese poder instrumental que impide que la función judicial sea sólo

---

51 Vid. Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales...ya mencionada*, pp. 185 y ss.

52 Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 3° Edición ampliada, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 114 y 115.

53 Cfr. CHINCHILLA MARÍA, Carmen, *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 31.

nominal y permite que la decisión judicial pueda ser llevada a la práctica<sup>54</sup>.

En definitiva, tal y como dijimos en nuestra introducción citando al maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, el Juez es la clave de bóveda en la protección de los derechos fundamentales, es *“la boca que pronuncia las palabras de la Ley”*.

Si bien hasta aquí hemos tratado el tema de nuestro estudio estrictamente desde la dogmática, acudiendo a parte de la doctrina y jurisprudencia más relevantes en la materia, no podemos en este punto ser indiferentes a la realidad de nuestro país, viéndonos obligados a interrumpir nuestra ruta inicial y realizar algunas consideraciones sobre el particular.

Lamentablemente, en la Venezuela de hoy, el derecho de acceso a la justicia, y muy especialmente el derecho a la efectividad de la tutela judicial, no muestra su cara más feliz. Ya desde el año 2005 el Profesor CANOVA GONZÁLEZ<sup>55</sup>, en un importante y exhaustivo estudio, soportado estadísticamente, desnudaba la realidad de los tribunales contencioso administrativos venezolanos y constataba una nefasta realidad, cuál es, que no actúan imparcialmente como garantes de los derechos y libertades ciudadanas, sino que, contrariamente, lo hacen con complacencia, y hasta con dependencia, hacia quien detenta el poder ejecutivo.

Como posibles razones señalaba, entre otras, la prolijidad de jueces provisorios y suplentes, en su mayoría con poca experiencia y preparación académica deficiente, cuya desig-

---

54 Sobre lo expuesto, véase en extenso a CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *“Tutela Judicial Efectiva, Contencioso Administrativo y Sala Constitucional”*, en *Revista de Derecho Administrativo* No. 7, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 24-27.

55 Nos referimos al trabajo del Profesor CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *La realidad del Contencioso Administrativo Venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político-Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008)*, FUNEDA, Caracas, 2009, in totum.

nación obedece, por lo general, a razones de afinidad política; también, el temor a represalias, a las posibles consecuencias de su conducta en caso de contradecir los intereses y decisiones de la Administración, no siendo por ello de extrañar que, ante la ausencia de argumentos para darle la razón, su actitud se limitara a dejar pasar el tiempo y abstenerse de sentenciar; del mismo modo, el hecho de que muchos tienen hasta la creencia, como regla general, de que sentenciar a favor del Estado beneficia al interés general y que, de manera excepcional, solo ante una arbitrariedad inocultable y graves violaciones de derechos, es que proceden a atender el reclamo de los ciudadanos, y ello siempre con la debida prudencia de no causar incomodidades al poder político.

Pero ello no queda allí. También la jurisdicción constitucional tiene mucho que decir en materia del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, destacan, entre muchos otros de importancia, los agudos y meticulosos trabajos del Profesor BREWER-CARÍAS<sup>56</sup> sobre la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que dejan en evidencia que el juez constitucional venezolano, en lugar de ser un garante de los derechos fundamentales y velar por su vigencia y realización efectivas, ha llevado a cabo una labor destructiva de las libertades ciudadanas y actúa con desparpajo como brazo ejecutor del poder político, para avalar, cohonestar, con sus decisiones, todos los actos de este último, aún lesivos de aquéllas. Tanto así es, que, por solo citar algunos ejemplos, bajo la tesis de un

---

56 Al efecto, véanse en extenso los trabajos de BREWER-CARÍAS, Allan R., *El golpe a la democracia dado por la Sala Constitucional*, Colección Estudios Políticos No. 8, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; asimismo, *La Patología de la Justicia Constitucional*, tercera edición ampliada, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014; también, *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016; e igualmente, *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo asumiendo el Poder Absoluto*, Colección Estudios Políticos No. 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/New York, 2017.

disparatado “desacato”, ha despojado progresiva y sistemáticamente de sus competencias exclusivas a la Asamblea Nacional, al órgano que ejerce el Poder Legislativo Nacional, al órgano que, desde la génesis del constitucionalismo, es el depositario de la voluntad general, llegando al absurdo de sustituirse en ellas sin sostén constitucional alguno<sup>57</sup>; igualmente, ha negado el derecho del pueblo de participar directamente en el ejercicio de su soberanía y del poder constituyente del cual es el único titular, consintiendo que, sin consulta alguna, se instalase una pretendida, espuria e inconstitucional asamblea nacional constituyente (arbitrariamente convocada, además)<sup>58</sup>, que, lejos de cumplir con el único cometido que constitucionalmente le es atribuido (redactar una nueva Constitución), ha usurpado las competencias del Parlamento Nacional, llegando al extremo de dictar supuestas “leyes” e, incluso, promover “elecciones” (presidenciales, gobernadores y alcaldes), tomando asimismo el juramento de quienes se prestaron a ello.

La consecuencia de todo lo anterior no ha sido otra que la quiebra, la destrucción del Estado Constitucional de Derecho, pues, para que el poder judicial pueda cumplir su cometido (garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y obligar al poder público a actuar sometido al ordenamiento jurídico), es indispensable que los jueces tengan la firme e infranqueable resolución de actuar como tales: imparcialmente, con autonomía e independencia, y no como agentes del ejecutivo (forzosa o voluntariamente); que estén dispuestos a hacer justicia; que tengan comprensión de que los derechos fundamentales ocupan el centro del ordenamiento constitucional del Estado como núcleo del bien común, siendo la tutela de esos derechos el fin de interés general más relevante.

---

57 Al respecto, véanse los números de la Sala Constitucional 269 de 21 de abril de 2016, 808 de 02 de septiembre de 2016, 810 de 21 de septiembre de 2016, 952 de 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 de 25 de noviembre de 2016, y 01 de 09 de enero de 2017; asimismo, las de la Sala Electoral números 260 de 30 de diciembre de 2015, 01 de 11 de enero de 2016 y 108 de 01 de agosto de 2016.

58 Confróntese la No. 378 de 31 de mayo de 2017.

#### IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA. SU NECESARIA COMPATIBILIDAD

Retomando el hilo de nuestro trabajo, podemos decir, en resumen, que el Poder Público (en todas sus expresiones) se encuentra limitado en sus posibilidades de decisión política y disposición normativa en razón de los derechos fundamentales, los cuales, además, en caso de ser transgredidos por aquél, gozan de protección judicial.

Resta apuntar, entonces, que ello es posible - solamente - en el contexto jurídico-político de la democracia, al ser el único sistema que -por excelencia- garantiza la defensa de los derechos de libertad. Ciertamente, mientras que los Estados autoritarios se caracterizan por coartar y conculcar las libertades, por ser antiliberales, los Estados democráticos protegen los derechos del hombre<sup>59</sup>. Por ello, tal y como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, la libertad, la igualdad de derechos y la democracia, no pueden ser separadas<sup>60</sup>.

Hay que destacar en este sentido, que en virtud del Estado Constitucional de Derecho (Estado Democrático de Derecho), la democracia no puede ser entendida estructuralmente solo desde su dimensión política o formal, esto es, como un modelo o método de decisiones políticas por mayorías, bien directamente, bien a través de representantes, toda vez que, aún cuando esto sea una condición necesaria de su legitimación, no resulta suficiente para garantizar que tales decisiones sean acordes con los principios y derechos establecidos constitucionalmente. La democracia constitucional, en efecto, incluye también una dimensión sustancial de las decisiones, es decir, aquella que permite valorar, por un lado, lo que está prohibido

---

59 Cfr. BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, 15° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 48

60 *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5° edición ampliada-reimpresión, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 82.

decidir y, por el otro, lo que es obligatorio decidir. Dicho de otra manera, la noción de ejercicio legítimo del poder exige que la concepción jurídica de validez de la producción normativa, atienda no solo a sus formas, es decir, al “quién” y al “cómo”, sino, también, al “qué”, a la sustancia, al contenido de tales decisiones<sup>61</sup>.

Esta dimensión valorativa de la democracia constitucional, entonces, permite considerarla algo más que un simple procedimiento decisorio, algo más que un simple criterio de validación de decisiones del poder por mayorías o del poder elegido mayoritariamente; la comprensión axiológica de la democracia constitucional como modelo político, la configuran como el único procedimiento de organización y de decisión política compatible con las exigencias de la pluralidad individual y social.

En efecto, para la convivencia pacífica de la sociedad, es indisponible la preservación y garantía de los derechos fundamentales, cuya principal fortaleza jurídica es, como ya se ha dicho, el estar ubicados en un plano superior de juricidad (el constitucional) y vincular a todos los poderes del Estado, lo que implica la intangibilidad de su contenido, es decir, que se halle proscrita la posibilidad de su disposición o decisión, aún por mayoría. Esta es la regla del juego democrático, aquella en la cual, la regla de la mayoría, se halla limitada por los principios y derechos proclamados constitucionalmente que definen, precisamente, a la democracia<sup>62</sup>.

---

61 Al respecto, confróntese a FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 35-45.

62 Tanto es así, que la noción de democracia en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es comprendida como la limitación de la facultad estatal de incidir sobre tales derechos. Así tenemos, por citar alguno, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando estatuye que: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y

La democracia constitucional, como modelo de organización política, en definitiva, presupone que no todo puede ser decidido mayoritariamente, sino que consiste en un modelo político estructuralmente limitado, conformado por un conjunto de reglas que determinan cómo y quién decide en el marco de un Estado de Derecho, por ende, vinculado estructural y funcionalmente a la tutela de los derechos e intereses de los individuos. Tales reglas condicionan la validez de las normas jurídicas y las posibilidades de decisión política democrática. Entonces, se declara primero aquello sobre lo que “no se puede decidir”, así como aquello sobre lo que “no se puede dejar de decidir” y, finalmente, lo que “sí puede ser objeto de decisión”<sup>63</sup>.

De esta forma, se asume estructuralmente un modelo, la democracia como expresión del Estado Constitucional de Derecho, donde el poder político está siempre vinculado constitucionalmente a la garantía de los derechos y libertades ciudadanas, a los derechos fundamentales.

---

*libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática”.*

63 Vid. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho...citada*, pp. 64 y ss.

# ASEDIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y SUS LÍMITES

**Gustavo Linares Benzo**

*Profesor de Derecho Administrativo  
de la Universidad Central de Venezuela*

Todos los martes sigo viendo a Pedro Nikken. Lo tengo enfrente, en la galería de retratos de los Decanos de la Facultad que está en la Sala del Consejo. Antes lo veía en persona con frecuencia y los martes en retrato. Ahora el retrato significa mucho más que antes, recuerda a Pedro en su legado, sobre todo en sus hijos (su hija honra a la Facultad y a la Cátedra) pero también en sus amigos y en su obra, jurídica, diplomática, política, académica, profesional.

En un mundo con tantos pillos, Pedro fue un hombre de bien. Un hombre de fino criterio moral, consciente de que no todo da lo mismo, de que hay cosas buenas, cosas malas e inclusive el mal a secas (entre tantas labores humanitarias, estuvo en Ruanda en 1995, después del genocidio).

Ese criterio debe seguir guiando a quienes estamos en este mundo tan difícil.

*Resumen: Si el estándar de la jurisdicción contenciosa es la protección de las posiciones subjetivas de los particulares frente a la ilegalidad de la Administración, el control de la discrecionalidad, tal como postula la mejor y más avanzada doctrina, no pasa la prueba, no cumple con el estándar. A lo más, permite al particular volver a empezar el mismo procedimiento administrativo, ahora con la autoridad de cosa juzgada de que no tiene derecho a lo que pretende realmente. Pues por definición el juez nunca podrá satisfacer su pretensión en tanto que sea producto de la sola decisión discrecional de la Administración. Para ello el juez carece de jurisdicción.*

Palabras clave: *Discrecionalidad. Contencioso administrativo. Acto administrativo. Falta de jurisdicción.*

*Summary: Judicial review standard, individual rights protection from government wrongdoing, is not satisfied by discretionary administrative powers controls ad use. At its best, these judicial techniques allow a new administrative proceeding, now with res judicata about government discretion. Of the essence, judicial review can't adjudicate individual rights in front a discretionary administrative power. Judges lack jurisdiction in these cases.*

*Key Words: Discretionary administrative powers. Judicial review. Administrative act. Lack of jurisdiction.*

Recibido: 25 de junio de 2020 Aceptado: 17 de julio de 2020

## SUMARIO

- I. Actos reglados y actos discrecionales
- II. Discrecionalidad, tutela judicial efectiva y sustitución de la Administración por el juez
- III. Las técnicas de control de la discrecionalidad
- IV. La “reducción de la discrecionalidad”
- V. La discrecionalidad como causa de falta de jurisdicción de los tribunales

*“El razonamiento, hoy como ayer, es bien simple: Si la ley renuncia a regular la discrecionalidad y ésta consiste más bien en que la Ley se remite a la apreciación subjetiva de los agentes de la Administración, no hay modo de articular un control de legalidad de su ejercicio: sólo se podrá valorar su oportunidad, pero esto será propio de un juicio político (...); no será en ningún caso articulable en un juicio de Derecho, que es lo propio de los Tribunales contencioso administrativos.*

*“Tal actitud es insostenible en su elementalidad y aceptarla equivale a consagrar una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos”<sup>1</sup>*

---

1 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1999, Tomo I, p. 450. En la doctrina venezolana debe citarse sobre todo TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. 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, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV)* n. 16 y la doctrina allí citada: PEÑA SOLÍS, José: *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*. Volumen 1. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2000, pp. 726-727; MOLES CAUBET, Antonio: El principio de legalidad y sus implicaciones, en *Estudios de Derecho Público* (compilación). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1997, p. 343; ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo*. Parte general. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 115-116 y 121; LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, 12º Edición (reimpresión), Facultad de Ciencias

Esta condena ya legendaria de la justificación tradicional de la discrecionalidad, debida a uno de los grandes maestros del Derecho Administrativo, releída décadas después se ve con unas reservas que merecen profundizarse. A indagar en el fenómeno de la discrecional nos dedicaremos de seguidas, con el objetivo de equilibrar una doctrina venezolana más o menos tributaria de García de Enterría, con tesis más congruentes con la posición constitucional del Ejecutivo.

## I. ACTOS REGLADOS Y ACTOS DISCRECIONALES

### 1. Noción

La principal jurisprudencia venezolana, la muy famosa *Depositaria Judicial* abordó el tema de la regla y discreción, capital distinción de los actos administrativos.

*“La clasificación del acto administrativo que opuso el “discrecional” al “reglado” fundamentándola en la libertad (máxima en el primero, mínima en el segundo) de que disponía la Administración para actuar dentro de la Ley, corresponde en efecto a un planteamiento de la doctrina tradicional que bien pronto mereció acerbas críticas basadas unas en razones teóricas y otras en consideraciones pragmáticas atañederas a la vida misma del Estado.*

*“Situado el asunto en su justo medio, “una cosa es que la ley predetermine, en algunos casos de una forma total, la actividad administrativa y, en otros, atribuya a la Administración facultades de elección, y otra muy distinta es que deban admitirse como dos categorías antagónicas, apriorísticamente diferencia-*

---

Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 2002; BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Derecho Público en Iberoamérica. La acción de la Administración: poderes, potestades y relaciones con los Administrados. Volumen V. Civitas Thomson Reuters-Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 219-321; RUAN SANTOS, Gabriel, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Ediciones FUNEDA, Caracas, 1998, p. 42

*bles, la de los actos discrecionales y los actos reglados. Debemos decir no que los actos son reglados o discrecionales, sino que, en todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y que en todos los discrecionales, por libres que los supongamos, se ejercita una actividad más o menos reglada” (GARRIDO FALLA). Lo que ARIAS DE VELASCO resumió en una frase feliz por él acuñada “los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales”. CSJ-SPA de 02-11-82, caso Depositaria Judicial.<sup>2</sup>*

Este tema de la regla y la discrecionalidad es uno de los fundamentales desde el punto de vista del acto administrativo, quizás el más fértil de todas las apreciaciones que puedan hacerse. En concreto, las consecuencias procesales y judiciales del tratamiento del acto administrativo derivan fundamentalmente de él.

La ley es la que debe establecer necesariamente las potestades, la potestad es siempre un poder que otorga la ley. Hay entonces frente a la ley dos extremos lógicos posibles, es decir, que establezca agotadoramente, de manera exhaustiva, todos los elementos de la potestad, o que la ley no establezca todos éstos. La posibilidad de que la ley no establezca ningún elemento está negada por la misma definición de potestad como poder construido en la ley.

En ese sentido, lo discrecional va del extremo en que todos los elementos, absolutamente todos, están contenidos en la ley, y aquél otro extremo en que no todos los elementos de la potestad se establecen en ella. Puede haber así una enorme gradación de grises, unos de los elementos de la potestad están en la Ley y otros no: la discrecionalidad es un concepto intensivo, es decir, va aumentando de intensidad a medida que menos elementos de la potestad están en la ley, y va disminuyendo a

---

2 Entre la extensa jurisprudencia venezolana sobre regla y discreción merecen citarse: TSJ - SC de 14 09 2004, caso Comisión Nacional de Valores; CSJ-SPA de 12-07-1984, 20-05-1985, 04-10-1986, 21-11-1988, 01-08-1991).

medida que los elementos de la potestad están establecidos en la ley.

Esa es la importantísima distinción entre una potestad reglada y una potestad discrecional, ¿cuándo un juez puede sustituir a la administración? ¿Cuándo la potestad es reglada? ¿Por qué? Una potestad absolutamente reglada es aquella en la cual todos sus extremos están en la ley y en consecuencia no existe ninguna posibilidad de decisión subjetiva, discrecional pues, de la Administración.

En otras palabras, frente a una potestad reglada existe un derecho subjetivo o un interés legítimo y por lo tanto es perfectamente posible que un tribunal se sustituya a la Administración en el ejercicio de potestades regladas, como veremos más adelante.

Esta son pues la gama de posibilidades y las diferencias fundamentales entre una potestad reglada y una discrecional, la distinción más importante entre los actos administrativos, porque precisamente las completamente regladas pueden ser totalmente controladas por el juez, porque frente a ellas existe un derecho subjetivo o un interés legítimo, mientras que en las potestades discrecionales, entendidas como los elementos propiamente discrecionales de una potestad, no existen tales situaciones subjetivas. Por ello, en este último caso el juez no pueda sustituir a la Administración, la decisión corresponde a la Administración. Así para seguir con *Depositaria Judicial*, la negativa dictada sobre bases falsas es anulada por la Corte Suprema de entonces, pero no se le ordena a la Administración que otorgue la autorización solicitada porque la decisión correspondiente es discrecional.

Habiendo pues estos dos extremos, el camino que debemos seguir a continuación es tratar de determinar en medio de ambas posibilidades cuan discrecional puede ser la potestad o cuan reglada tiene que serlo. Volvamos a *Depositaria Judicial*:

*“los actos administrativos son más o menos reglados y más o menos discrecionales”.*

Es decir, que en toda potestad administrativa habría elementos reglados y elementos discrecionales. Analicemos esa expresión, en primer lugar, que toda potestad es más o menos reglada. Toda potestad administrativa, pues, tiene algo reglado. ¿Qué elementos de una potestad son reglados siempre? Según GARCIA DE ENTERRIA:<sup>3</sup> 1.- La existencia de la potestad. 2.- La competencia para ejercerla. 3.- Su objeto, el contenido del poder administrativo. 4.- El fin de la potestad. La propia sentencia *Depositaria Judicial* apunta en ese sentido cuando expresa que “en los actos administrativos discrecionales existen elementos (competencia, requisitos de forma) necesariamente reglados”.

Analicemos ahora la otra frase de la expresión de *Depositaria* sobre la mezcla en todo acto administrativo de elementos reglados y discrecionales que afirma que toda potestad es más o menos discrecional. Si esa frase es cierta, en toda potestad hay algo discrecional y no podría existir una absolutamente reglada. Pero ello es evidentemente falso, pues existen sin duda tales potestades absolutamente regladas, por ejemplo, el otorgamiento de la cédula de identidad, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Identificación (G. O. N° 38.458 de 14 de junio de 2006):

*Artículo 6. Identificación de venezolanos y venezolanas. La identificación de todos los venezolanos y venezolanas, menores de nueve años de edad, se hará mediante la presentación de su partida de nacimiento. Cumplidos los nueve años de edad, se otorgará la cédula de identidad sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley.*

---

3 GARCIA DE ENTERRIA, Op. cit., Tomo I, pp. 448-449.

“Se le **otorgará** la cédula de identidad”: nada queda a la discreción administrativa con ese otorgar. Entonces, decir que toda potestad es más o menos discrecional es falso, porque existen tales completamente regladas, sin nada discrecional.

Esta posición de *Depositaria Judicial* que ve en todo acto administrativo elementos discrecionales, fue corregida en un asunto posterior (CSJ-SPA de 01-08-1991, caso RCTV - La Escuelita)

*“Debe, sin embargo, hacerse ahora una precisión: la discrecionalidad puede entenderse de dos maneras distintas, y de hecho, en su jurisprudencia, así lo ha interpretado esta Corte: unas veces como pluralidad de soluciones justas entre las que puede, a su arbitrio, elegir la Administración (sentencia S.P-A del 05.05.83, caso: ‘C.A. RADIO CARACAS TELEVISION’ programa: ‘Hola Juventud’); y otras como ausencia de previsión directa de la única solución justa, por la ley. En este sentido la entendió la Sala, por ejemplo, en el fallo recientemente citado (del 11.12.90) y en la sentencia del 02.11.82 (caso: ‘Depositaria Judicial’), al señalar que todo acto administrativo tiene aspectos tanto reglados como discrecionales, siendo por tanto controlable por el juez. En realidad, existen situaciones en las que no hay más que una solución justa y, en consecuencia, no se da la discrecionalidad en el primer sentido, el más propio, pero sí en el último; tal es el caso, precisamente, de los supuestos de hecho subsumibles en los conceptos jurídicos indeterminados”.*

La distinción fundamental entre regla y discreción se da en el elemento de la potestad que es reglado: la última palabra la va a tener un juez, el asunto es justiciable, existe un derecho subjetivo o un interés legítimo frente al ejercicio de la potestad y en consecuencia la negativa de la Administración es recurrible y una sentencia puede satisfacer íntegramente la pretensión. Cuando un elemento de la potestad es reglado solo hay una solución justa, solo una solución es conforme al ordena-

miento jurídico. En cambio, una potestad tiene un elemento discrecional cuando hay varias soluciones justas.

En definitiva, la teoría de la discrecionalidad decide precisamente que haya o no Derecho, es decir, delimita las materias en que el juez puede decirlo: jamás un tribunal podrá invadir las decisiones discrecionales de la Administración. Solo hay Derecho en tanto y en cuanto la potestad sea reglada, todo acto es controlable en tanto o en cuanto no sea discrecional.

La ley normalmente presenta indicios para determinar la existencia de la discrecionalidad. V. gr., cuando dice “la Administración *podrá*”, normalmente se refiere una potestad discrecional. Cuando la ley usa el verbo poder-podrá en vez del verbo deberá-otorgará, es decir, cuando el verbo deja de ser imperativo y se utiliza el verbo “poder”, la potestad es discrecional.<sup>4</sup>

---

4 Algunos ejemplos de potestades discrecionales en la legislación venezolana: Ley Orgánica de Turismo (G. O. 6.152 extr. de 18-11-2014) Artículo 88. La administración y puesta en uso y valor de los bienes públicos objeto de declaratoria de bien turístico, *se puede* delegar a terceros, bajo régimen de administración, estableciéndose el lapso o vigencia de dicho régimen, siempre y cuando se ajusten a las normas que regulen la materia, para lo cual el respectivo reglamento de uso debe definir los criterios y condiciones requeridos. Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (G.O. 6.156 extr. de 19-11-2014) Artículo 111. *Es potestativo* del Presidente o Presidenta de la República Bolivariana de Venezuela y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana autorizar por necesidades de servicio en comisión, al personal militar para ejercer cargos en la Administración Pública, según las necesidades del servicio. Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria (G.O. extr. 5.889 de 31-07-2008). Artículo 35. En los instrumentos mediante los cuales se regule el sector agrícola, así como en los respectivos Planes Nacionales y Sectoriales, el Ejecutivo Nacional *podrá establecer* sujetos beneficiarios a los cuales se les otorgará prioridad para la colocación de productos agrícolas, suministro de insumos y uso de servicios requeridos en la producción, con el objetivo de transformar las relaciones de intercambio y el proceso de distribución. Artículo 60. La importación de determinados alimentos, rubros agroalimentarios e insumos para la producción agroalimentaria, *sólo podrá ser autorizada* cuando no haya producción nacional de los mismos, la producción nacional de éstos sea insuficiente o, medien causas excepcionales de interés general que justifiquen la importación.

En *Depositaria Judicial* el ejemplo es muy claro, fue solicitada al Ministerio de Justicia para la época la autorización para actuar como depositaria judicial en un determinado establecimiento y aunque la Corte Suprema de Justicia consideró que la decisión se basaba sobre supuestos falsos y, por lo tanto, expresamente remite el caso al ministerio al reconocer que la potestad para otorgar la autorización es discrecional, sobre la base de que la Ley de Depósito Judicial dice “podrá” otorgar, la Corte podía anular el acto por falso supuesto, pero no podía sustituirse a la Administración y otorgar, ni siquiera ordenar a la Administración que otorgara a la demandante la condición de depositaria. Al tratarse de un elemento discrecional, cualquiera de las soluciones que determine la Administración dentro del espacio de la discrecionalidad es justa, no es controlable por el juez; es decir, frente a esa decisión no hay un derecho subjetivo.

## **2. El necesario equilibrio: administrar y juzgar**

Normalmente se entiende que el principio de separación de poderes es principalmente una salvaguarda de la autonomía judicial, y sobre esa base se ha expresado la mayoría de la literatura. Sin embargo, es necesario recordar también que el principio, consagrado en el artículo 136 de la Constitución venezolana, funciona en ambos sentidos. Existen no sólo zonas exclusivas de la competencia de los tribunales, sino también ámbitos donde la Administración posee potestades propias cuyo ejercicio le corresponde sin interferencias. No sólo existe una autonomía judicial, sino también una autonomía administrativa, como corolario de la separación de poderes.

Nótese que la propia Constitución otorga potestades directamente a la Administración. En otras palabras, que existe un ámbito constitucionalmente asignado al Ejecutivo que es corolario de la separación de poderes, y que excede a la mera discrecionalidad administrativa, otorgada por la ley. El ejemplo clásico en Venezuela han sido las potestades financieras

de este Poder Público a la hora de elaborar y ejecutar el presupuesto, donde la propia Constitución establece límites tanto al Legislativo como al Judicial.

Esta autonomía del Ejecutivo también existe en el ejercicio de potestades discrecionales. Allí es la ley la que permite a la Administración actuar libremente, y ese caballo de Troya dentro del Estado de Derecho puede ser controlado por las técnicas cada vez más en boga entre nosotros y en el Derecho comparado, pero sin invadir lo estrictamente discrecional.

En efecto, el mencionado artículo 136 de la Constitución establece:

*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.*

Esa autonomía puede entenderse de dos maneras. En primer lugar, la Constitución reserva al Poder Ejecutivo, como cabeza de la Administración, el ejercicio de una serie de potestades. Es el caso de la administración de la Hacienda Pública (art. 236, 11) el manejo de las relaciones internacionales (art. 236, 4), la autoridad sobre la Fuerza Armada (art. 236, 5). Aunque la ley pueda establecer normas en estas materias, su gobierno corresponde a la Administración. De allí que pueda decirse que existen una serie de potestades que corresponden constitucionalmente a la Administración, y que en su ejercicio la injerencia de otro poder está limitada.

El ordenamiento ofrece también la posibilidad de que una materia concreta sea objeto del ejercicio conjunto de poderes del Legislativo y del Ejecutivo, mediante el conocido sistema de legislar otorgando potestades a la Administración para que actúe sobre la materia de que se trate. Esas potestades, a los efectos que nos interesan, pueden ser regladas o discrecionales. En el primer caso, la decisión de la Administración viene

predeterminada por la ley, y por ello es posible a los tribunales sustituirla a la hora de revisar su actuación. En cambio, en el segundo caso, el de las potestades discrecionales, la ley permite a la Administración ejercer una apreciación subjetiva de las circunstancias y actuar libremente dentro de los parámetros legales. En este caso, tampoco es dable a los tribunales sustituir la actividad de la Administración en lo que tiene de discrecional, dado que la materia ha sido regulada de ese modo por el binomio Poder Legislativo-Poder Judicial.

La separación de poderes, pues, exige al menos dos formas de actuación autónoma de la Administración. En primer lugar, el ejercicio de aquellas potestades directamente previstas por la Constitución en cabeza de la Administración y, después, aquellas potestades discrecionales que el legislador le otorgue al regular una materia determinada. La sustitución por parte de los tribunales de su decisión en estos dos casos representaría una invasión inconstitucional de las potestades de la Administración por violatoria de la separación de poderes.

### **3. El origen electoral de la Asamblea Nacional y de la Administración como justificación de la discrecionalidad**

Autores, algunos de gran renombre<sup>5</sup>, han abogado por la eliminación pura y simple de cualquier autonomía de la Administración frente a los tribunales. A salvo de lo que se dirá más adelante, basta por ahora afirmar que al menos en Venezuela esa opción sería abiertamente inconstitucional, dado el carácter político, electo, de los órganos superiores de las Administraciones públicas territoriales, carácter que quedaría cancelado si todas sus decisiones pueden ser sustituidas por otras emanadas de los tribunales, que por su parte no son electos.

---

5 Sobre el tema de la inexistencia de la discrecionalidad en el Derecho español, v. CASTILLO VEGAS, Jesús Luis, Debate de la doctrina española sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Tachirense de Derecho* N° 23. San Cristóbal. Venezuela, 2012.

(A esta razón estrictamente jurídica, entre otras tales, se une la razón tradicional de que un gobierno de jueces sería imposible en la práctica; pero esta razón, sociológica, por sí sola no haría la correspondiente decisión constituyente contraria al Derecho: un pueblo que democráticamente opte por un gobierno de jueces podría estar loco, pero no necesariamente sería injusto).

La estructuración constitucional del Poder Ejecutivo se articula sobre la base de un órgano –con su cortejo de personas públicas- dotado de todas las prerrogativas y potestades necesarias para administrar y gobernar. Entre ellas, se trata de un aparato que es capaz de reunir toda la información necesaria para decidir los asuntos que le estén encomendados. La enorme cantidad de *data* que reposa en los archivos de cualquier Administración moderna es una de las principales garantías de la mayor posibilidad que tiene ésta de tomar la decisión adecuada en cada caso.

No es superfluo anotar aquí que entre los órganos que normalmente se encuadran dentro de una Administración están los entes encargados de la estadística y de la recopilación de esta información, y que la ofrece al resto del aparato administrativo. Esos órganos no están en el Poder Judicial, ni existe ninguna previsión mediante la cual los tribunales accedan regularmente a los datos que produce y procesa la Administración Pública.

La procedimentalización de la Administración, fenómeno normal en las administraciones modernas, es otra garantía de que este compuesto es el más indicado para decidir los asuntos que le competen. Esos procedimientos no sólo aseguran que la información se almacene ordenadamente, sino lo que es más importante, que los particulares interesados en esos procedimientos tendrán acceso tanto a la información producto del órgano público de que se trate como la posibilidad de exponer y probar sus datos. Las leyes de procedimiento administrativo

y la jurisprudencia que las interpreta son muy exigentes en estos extremos, y salvaguardan la capacidad de la Administración de decidir adecuadamente.

Esta mejor posición de la Administración es otra de las razones que exigen que los jueces sean cuidadosos a la hora de tomar decisiones por la Administración. No cuentan los tribunales con la información que sí es del acceso de los entes públicos, y deciden los casos únicamente con la que se encuentra en autos. Esta es una de las razones de la deferencia que conoce el derecho administrativo norteamericano, mediante la cual los tribunales dan por buenas las decisiones administrativas, en vista de la más adecuada posición de la Administración en los casos bajo su dominio. (Sent. de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, caso Chevron (467 US, 104 S.Ct).

El control judicial de la Administración, por pleno que sea, no puede olvidar tanto la más adecuada visión de los asuntos que tiene ésta, como la realidad de que el interés general en su plenitud sólo es de su dominio, y que le está constitucionalmente encargado.

El manejo de la Hacienda Pública corresponde de acuerdo con el texto fundamental al Legislativo, que aprueba la Ley de Presupuesto anual, y al Ejecutivo, que lo pone en práctica. La razón última de esta centenaria práctica republicana, además de la mejor posición de la Administración para gobernar y por ende para gastar, está en el origen democrático de este binomio, del que carece el Poder Judicial. Sólo las autoridades políticas –y los tribunales no lo son, por definición- pueden conformar y ejecutar el presupuesto. Concebir el control judicial de la discrecionalidad como habilitaciones a los tribunales para sustituir a la Administración supondría en muchos casos crear créditos fiscales, romper ese principio fundamental.

También el máximo tribunal se ha expedido sobre el principio de separación de poderes como clave del régimen presupuestario:

*“Es al parlamento a quien corresponde votar la Ley de Presupuesto, la cual anualmente determina los recursos y las cargas del Estado, y si bien no puede decirse que tengan un procedimiento distinto para la formación como ley, los poderes públicos Ejecutivo y Legislativo tienen constitucional y legalmente competencia que regulan su participación en lo relativo a la materia presupuestaria. Es decir, que ambos poderes deben ejercer sus facultades dentro de un respeto mutuo de independencia de competencias, con fundamento en el principio de la separación de poderes.*

*El valor constitucional del principio de la separación de poderes, consagrado en la Constitución en el artículo 118 se fundamenta en las funciones que son propias al legislador y al ejecutivo, sin necesidad de que necesariamente haya de hacerse explícita referencia al principio de la separación, pero en aplicación del mismo (artículo 119), toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos.” (Sent. de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 16-12-91).*

El origen democrático del Legislativo y del Ejecutivo es el que les permite crear cargas, al primero, y ejecutarlas, al segundo. Esas cargas, al final, son fundamentalmente económicas, y de allí las disposiciones, normales en cualquier democracia, que sea al juego conjunto de ambos poderes que se deje la confección y administración de la Hacienda Pública.

#### **4. Análisis del concepto de interés general**

Un examen útil para poner en funcionamiento las tesis anteriores es determinar si el concepto “interés público”, “interés general” o sintagmas parecidos constituyen un concepto jurídico indeterminado o, por el contrario, habilitan a la Admi-

nistración para determinar discrecionalmente cuándo se realiza en la realidad.

Desde ya debemos decir que el término “interés público”, su similar “interés general” o frases semejantes, construyen a favor de la Administración una potestad discrecional inequívoca, pues ese término apunta a decisiones de sustancia política, que corresponden constitucionalmente al Poder Ejecutivo y no a los tribunales. En efecto, el interés público viene determinado en una democracia por la orientación de la mayoría de la población, y ese juego político se concentra en el binomio Poder Legislativo – Poder Ejecutivo, el primero representante del pueblo y el segundo su fiduciario. Por ello, cuando el legislador otorga potestades a la Administración para ejercerlas de acuerdo con el interés general, la determinación de ese interés corresponde a la Administración dentro de los límites de la ley, si es que ésta impone algunos.

Si el término “interés general” fuera un concepto jurídico indeterminado, el juez podría controlar su determinación, con lo cual se apoderaría de potestades propias de los componentes políticos del Poder Público. El Poder Judicial carece de la información necesaria para determinar ese interés y, sobre todo, no posee la legitimación popular esencial para que esa determinación sea democrática.

## II. DISCRECIONALIDAD, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SUSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL JUEZ

Para completar esta indagación debe examinarse la jurisprudencia en lo que tiene de mandato judicial, a la luz de la tutela judicial efectiva y sus estándares constitucionales. Continuando con su ejemplo más famoso, ¿qué ordena *Depositaria Judicial*? ¿Qué significó para las pretensiones del demandante que la Corte haya declarado con lugar su recurso?

Aunque la sentencia no lo dice expresamente, es obvio que el actor pretendía con su recurso que se le otorgase la autorización para actuar como depositaria judicial, de acuerdo con la ley respectiva vigente para el momento. La nulidad del acto denegatorio era una condición para ese otorgamiento, pero no satisfacía su pretensión, que sólo sería cumplida bien con una orden a la Administración para que la otorgara, o bien con un fallo que la constituyese. Pero no fue así.

Expresamente la decisión remite el asunto de nuevo a la Administración, ciertamente con indicación de que decida conforme con lo señalado en la sentencia, pero en modo alguno exigiendo una decisión favorable al administrado. De hecho, como del fallo quedó demostrado que la correspondiente potestad era discrecional, ahora no quedaba duda de que el Ministerio de Justicia no tenía obligación alguna de otorgar al demandante la autorización de actuar como depositaria judicial.

Es decir, una nueva decisión denegatoria de la solicitud del particular para desempeñarse como depositaria ahora era con absoluta seguridad conforme a Derecho. Negativa que, de un plumazo, hacía inútil para éste todo el proceso judicial que culminó en *Depositaria Judicial*. Entonces, ¿satisfacía este fallo el derecho a la jurisdicción del demandante, el derecho a la tutela judicial efectiva diríamos treinta años después? Siendo jurídicamente verdadera la *ratio decidendi* de la sentencia, ¿cómo podía satisfacer la pretensión? ¿*Depositaria Judicial* es una nulidad inútil? Veamos.

Responder esta pregunta implica previamente determinar el objetivo, la finalidad del contencioso administrativo y en concreto ahora dentro de ésta la finalidad del control de la discrecionalidad. A nadie escapa que la respuesta es la tutela del particular afectado por el acto administrativo discrecional, tutela que es la razón de ser de toda jurisdicción, como dice expresamente la Constitución al hablar precisamente de la

tutela judicial efectiva (art.26) y aún más claramente en el caso de la jurisdicción contenciosa, cuando se le asigna “el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa” (art. 259).

Así, si por definición lo discrecional es el núcleo irreducible de autonomía de la Administración frente a los tribunales, o bien hay que negar de plano que esa tutela alcance la discrecionalidad, o bien negar de plano que la discrecionalidad exista, pues si los tribunales pueden decidir inclusive en lo estrictamente discrecional, por esa misma razón entonces deja de existir: o la discrecionalidad es frente a los tribunales o no es discrecionalidad.

Comencemos por la segunda posibilidad: lo que llamamos discrecionalidad, aquel espacio que sería impermeable al juez de la potestad administrativa construida así por ley, en realidad no es impermeable, los tribunales pueden entrar en él y decidir en sustitución de la Administración, de ser necesario para satisfacer la pretensión del particular, única justificación de la potestad jurisdiccional en nuestro medio. En otras palabras, la discrecionalidad no existiría, toda decisión administrativa, inclusive las discrecionales, sería provisional y no sólo podría ser anulada por los tribunales, sino también sustituida por una decisión distinta del propio juez. “Si así fuere, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial), sin avanzar ni un solo paso en el problema”<sup>6</sup>.

Si no es jurídicamente válido sustituir una discrecionalidad (administrativa) por otra (judicial), (entre otras cosas porque ésta no existe), no hay manera de que el control judicial de la discrecionalidad pueda satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del particular que ha demandado a la Administración en virtud de esa discrecionalidad. Ciertamente, con las técnicas de control de la discrecionalidad

---

6 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Op. cit.*, Tomo I, p. 468.

al uso, es posible anular un acto discrecional por lo que tiene de reglado. Prototipo: la negativa de autorización de depositaria judicial. Pero esa nulidad es absolutamente incapaz de tutelar el interés del demandante, porque, en el mejor de los casos, sólo permitiría al particular victorioso comenzar de nuevo el procedimiento administrativo correspondiente, pero ahora con la seguridad de que la Administración no tiene obligación alguna de decidir en su favor, pues se trata de acuerdo con la misma sentencia que declaró con lugar el recurso de nulidad que él mismo intentó, una decisión discrecional y el fallo lo declara así con valor de cosa juzgada.

Consecuencia humillante: el control de la discrecionalidad no es tal, es un asedio que jamás podrá entrar en la fortaleza asediada, sólo establecer el exacto plano de sus muros. Así, si lo que solicita el particular sólo puede ser satisfecho mediante un acto discrecional de la Administración, la nulidad correspondiente no servirá de nada, o de muy poco, al particular. Muy poco: intentar la solicitud administrativa de nuevo apostando a que la Administración cambiará de criterio. En el caso de *Depositaria Judicial*, pedir de nuevo la autorización para funcionar como depositaria, ahora con la certeza de que cualquier negativa que no viole los aspectos reglados de la potestad será válida.

Esta fenomenología de los efectos de la nulidad de un acto discrecional (rectius: de lo discrecional de un acto), la (no) efectiva tutela judicial de la posición del particular, no por defecto del juez sino porque no hay nada que tutelar, debe llevar a una resuelta revisión de la teoría del control de la discrecionalidad. Porque, como vimos del examen de *Depositaria Judicial*, inclusive en su mejor desempeño, la nulidad del acto por motivos reglados, que son todos, es casi siempre una victoria pírrica para el particular demandante.

Si el estándar de la jurisdicción contenciosa es la protección de las posiciones subjetivas de los particulares frente a la

ilegalidad de la Administración, el control de la discrecionalidad, tal como postula la mejor y más avanzada doctrina, no pasa la prueba, no cumple con el estándar. A lo más, permite al particular volver a empezar el calvario administrativo, ahora con la certeza de que no tiene derecho a lo que pretende realmente. Pues por definición el juez nunca podrá satisfacer su pretensión en tanto que es producto de la sola decisión discrecional de la Administración.

Para citar la doctrina más reciente y particularmente lúcida,

*“Tradicionalmente la doctrina ha reconocido que un primer límite a los poderes de sustitución del Juez se halla en la existencia de potestades -mayormente- discrecionales. (...) Como lo asevera Muci, (Muci Borjas, José Antonio, “Los poderes del juez administrativo, Tutela judicial efectiva y control integral de la actividad administrativa”, en: Revista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia No. 14, Editorial Texto, Caracas, 2004) es precisamente el derecho a una tutela judicial efectiva el fundamento para afirmar que “si de lo que se trata... es de ejercer poderes reglados, no puede dudarse del poder del juez para sustituir a la Administración Pública... [y que]... no existe obstáculo que le impida al juez ocupar el lugar de la Administración para aplicar la ley al caso concreto” Así, siempre y cuando la actuación del Juez se fundamente en Derecho y no en apreciaciones políticas, pareciera no haber obstáculos para la sustitución. Se trata, pues, en esencia de la misma operación jurídica que llevaría a cabo la Administración, al verificar que unos hechos determinados pueden ser subsumidos en una norma y, en consecuencia, debe ser actuada la consecuencia jurídica. (...) Solo, entonces, cuando estamos en presencia del ejercicio del núcleo duro de potestades discrecionales, esto es, decisiones esencialmente políticas, que se fundamentan en motivos de “oportunidad y conveniencia” no podríamos hablar de sustitución.”<sup>7</sup>*

---

7 PARÉS, Antonio. La Resurrección -Parcial- de la fallecida máxima según la cual sustituir a la Administración es administrar. Sobre los límites al

Rotunda también la legislación española, como española es la doctrina paladín del control de la discrecionalidad. Así la Ley de la Jurisdicción Administrativa, artículo 71, 2:

*Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen **ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados** (Resaltado mío).*

Baste entonces estos argumentos para rechazar en Venezuela la sustitución de la Administración por el juez contencioso en el caso de potestades discrecionales, por tratarse de una invasión inconstitucional de las competencias del Poder Ejecutivo, tal como han sido delimitadas por el Legislativo en la ley correspondiente.

### III. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Las técnicas de control de la discrecionalidad son muy conocidas entre nosotros. Una lista generalmente aceptada incluiría, siguiendo la doctrina extranjera más influyente, al control por los elementos reglados, sobre todo el control del fin y la desviación de poder; el control por los hechos determinantes; el control por los principios generales del derecho; y la interdicción de la arbitrariedad (test de razonabilidad y racionalidad). Veamos.

El control de los elementos reglados y específicamente del elemento fin de la norma y su violación, la desviación de poder, por un lado; y de los hechos determinantes por otro, en todo caso no se tratarían del control de la discrecionalidad en tanto que discrecionalidad, que es nuestro actual problema, sino de

---

poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves en *Revista de Derecho Público* Núm. 135, Julio 2013.

su asedio, de la determinación de sus fronteras. En realidad, la discrecionalidad de la Administración queda bajo estas técnicas de control delimitada pero no sujeta al juez contencioso.

Sobre la desviación de poder, pues, bastaría insistir aquí en lo gaseoso de esta técnica, en su reducción en la inmensa mayoría de los casos al examen de otros elementos del acto administrativo. Aún en el supuesto extraordinario de encontrarnos, con la certeza propia de un tribunal, con el fin de la norma y, luego, con la prueba de su violación, que es una cuestión de hecho, seguiría siendo un control de lo reglado y no de lo discrecional.<sup>8</sup>

Con respecto a los hechos determinantes, es aún más claro la ausencia de verdadera discrecionalidad: la realidad es reglada, su constatación no queda a la discreción del observador y menos si el observador es un juez. Por difícil que sea controlar esa apreciación en algunos casos, como es el de los conceptos jurídicos indeterminados, seguimos en el dominio de lo reglado.

El control de los actos discrecionales por medio de los principios generales del derecho merece mayor comentario. A los efectos del control de la discrecionalidad, basta con afirmar desde luego que el tema de los principios generales del derecho es *quaestio iuris* para un tribunal. Los principios generales del derecho son parte del ordenamiento, y sin querer entrar aquí en su teoría general, espinosa y controvertida, en modo alguno se trata de criterios subjetivos del juez sino de estándares derivados e inclusive establecidos expresamente en el ordenamiento jurídico. (*in dubio pro reo, in dubio pro operario*, por ejemplo y en la propia Constitución). Así la doctrina del mismo maestro García de Enterría.<sup>9</sup>

---

8 LINARES BENZO, Gustavo “¿Incluso por desviación de poder? Los elementos del acto administrativo y sus mitos” en REDAV no. 15, mayo-agosto 2018.

9 *Ibíd.*, Tomo I, p. 468.

En consecuencia, se trata aquí de un control de la discrecionalidad mediante la misma regla de Derecho, lo que revela que tampoco esta técnica es un control de la discrecionalidad como tal sino de su asedio, del establecimiento de sus límites.

Queda así por examinar el tema del control de la arbitrariedad, que es la base en la cual la doctrina española, García de Enterría a la cabeza, coloca las técnicas de los test de racionalidad y razonabilidad. Aquí pareciera que hemos atravesado las murallas y llegado al núcleo mismo de la discrecionalidad, porque expresamente García de Enterría considera que la racionalidad y la razonabilidad entran en juego después del control de los actos por los elementos reglados<sup>10</sup>. Finalmente, agotado el arsenal de las técnicas de control sobre los elementos reglados, debemos entrar en el análisis de la racionalidad de la decisión. En otras palabras, el juez ya no va a seguir aplicando reglas, entre las cuales los principios generales del derecho, sino la racionalidad. Pero cuál racionalidad, sobre todo de quién, de la Administración o del Juez, debe determinar si se trata de una decisión racionalmente justificada. Pero, insisto, para ello tiene que comprobar primero que el acto está dentro de los límites del Derecho, que le es conforme, que respeta la ley. El juez está dejando el Derecho y entrando en otra área que esta doctrina llama racionalidad. Si no se respeta esa racionalidad, que pareciera no encontrarse en el ordenamiento jurídico aplicable al acto examinado por el tribunal, nos hallamos frente a una decisión irracional y por ello arbitraria, lo que estaría prohibido por la ley.

El primer dato para este análisis es uno de Derecho Comparado. García de Enterría fundamenta normativamente esta técnica de control de la discrecionalidad en la previsión constitucional española que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9,3):

---

10 *Ibidem*, Tomo I, p. 474.

*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (resaltado mío).*

Una expresión así no existe en el Derecho venezolano. Esta ausencia es tal que habría que decir que de esa larga norma española lo único que falta en nuestro ordenamiento es esa interdicción de la arbitrariedad. Sabiendo además que la mayor inspiración desde los años noventa del siglo pasado en el Derecho venezolano es precisamente la española, la ausencia de la frase “la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” no es una simple ausencia, sino de lo que a todas luces debe entenderse como una ausencia consciente, reveladora de una clara voluntad constituyente de no establecer la interdicción de la arbitrariedad en Venezuela, al menos mediante tal expresión. Si se analiza además el articulado de la Constitución venezolana sobre la administración pública (art. 141), inspirado y casi copiado de la Constitución española de 1978, tampoco aparece la interdicción de la arbitrariedad.

Para empezar este análisis comparativo, pues, hay que decir que la base constitucional en España para el test de racionalidad y razonabilidad no existe en Venezuela, inexistencia que como argumento es bastante rotundo. Pues se trata de la única parte de una norma que recoge muchos otros principios constitucionales todos aplicables hasta con las mismas expresiones en Venezuela. Ello no quiere decir ni que la arbitrariedad esté consagrada en Venezuela ni que sea imposible importar las mencionadas técnicas de racionalidad y razonabilidad, pero sobre bases distintas, pero es un primer y muy importante argumento a tomar en cuenta para darle entrada en nuestro ordenamiento.

Ciertamente, que no se encuentre expresamente prohibida la arbitrariedad en la constitución venezolana en modo alguno quiere decir que esté permitida. Pues se trata de una conducta que la Administración tiene vedada por multitud de otras disposiciones, como se demuestra de la sola lectura del mencionado artículo 141 de la Constitución, que se refiere a valores como la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad, pero con ello no se resuelve el problema de qué haya que entender por arbitrariedad en una decisión administrativa: ¿que aunque respete la ley, no alcance las cotas de racionalidad del juez contencioso que la juzga?, que no otra cosa son estos test de racionalidad y razonabilidad.

Nos acercamos aquí al núcleo del problema, al núcleo de la discrecionalidad y con ello, quizás al núcleo del Derecho Administrativo. Si se analiza el significado de arbitrariedad comenzando por el diccionario de la Real Academia Española encontramos lo siguiente.

**Arbitrario.** *Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón*

Arbitrario es un acto dictado sólo por la “libre voluntad” de quien lo emite. Dentro de esta técnica del test de racionalidad sería un acto contrario a la razón dictado únicamente por razones de voluntad. Que sea contrario a la razón es precisamente lo que estamos analizando. Así que en definitiva el acto arbitrario sería aquél dictado exclusivamente por la voluntad de la Administración.

Un acto dictado tala estaría prohibido en España, García de Enterría dixit, por estar prohibida la arbitrariedad. Pero en Venezuela no lo está, o al menos expresamente. Y aunque todos los demás elementos de la arbitrariedad, sería evidente que en nuestro país también están prohibidos, no parece evidente que exista prohibición de un acto administrativo dictado por la sola voluntad de la Administración. Más aún, un acto dictado

sólo por la voluntad de la Administración suena muy parecido a acto discrecional.

Un acto discrecional ¿no es precisamente aquel que la Administración fundamenta en la libre escogencia de una opción legalmente válida? Por definición, el test de racionalidad opera sobre una decisión que es legalmente válida, pero no racional. Entonces si el test de racionalidad se refiere un acto arbitrario, es decir, dictado sólo por la voluntad y puede llevar a su nulidad querría decir que la Administración nunca podría dictar un acto discrecional. Veamos si ello es así en Venezuela.

*Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 3. Nombrar y remover los Ministros o Ministras.*

Si el Presidente de la República tuviera que motivar el nombramiento de un ministro, sería perfectamente válido justificarlo con un acto dictado sólo por su voluntad. “Porque sí”, por pura voluntad, se nombra a Ticio como ministro.

Esta potestad elemental e indiscutidamente discrecional echa por tierra, aquí y en España, el test de racionalidad como una técnica válidamente constitucional de control de la discrecionalidad. Es evidente y no puede ser de otra manera que el ordenamiento, al otorgar discrecionalidad a la Administración Pública, otorga libertad de elección a la Administración, y que para ser tal esa libertad tiene que poder ejercerse por la sola voluntad.

“Porque sí” es la manifestación esencial de una voluntad libre. Si cubiertos todos los extremos legales, la Administración no puede justificar con su sola voluntad el ejercicio de una potestad discrecional, si tiene que justificarlo en cambio racional y razonablemente de acuerdo con el juez, en realidad la discrecionalidad no existe, y ello en Venezuela al menos es sencillamente inconstitucional.

Que se entienda que un acto administrativo discrecional es aquel dictado por la sola voluntad de la Administración significa también que no se necesita ninguna razón para emitirlo, en otras palabras, que sería un acto que no requiere motivación. Así llegamos a otro elemento tradicional del análisis de la discrecionalidad: su relación con la motivación de los actos administrativos. De hecho, en este largo debate sobre el control de la discreción administrativa, la exigencia de motivación de todo acto, especialmente de los discrecionales, ha sido una de las técnicas básicas de control.

Sin embargo, el par discreción-motivación como técnica de control lleva al mismo dilema anterior. Porque si se acepta la tesis de que la discrecionalidad administrativa es constitucionalmente necesaria, como derivación de la separación de poderes, fatalmente o bien hay que exceptuar a los actos discrecionales de la exigencia de motivación o bien dar por buenos cualesquiera motivos que la Administración alegue.

Siguiendo con el ejemplo de la potestad presidencial del nombramiento de ministros, si se fuera coherente con la universalidad de la motivación, el Presidente tendría que dar los motivos por los cuales designó a Ticio como ministro; si no lo hace el acto es nulo per se; y si lo hace y la racionalidad subyacente no es la del juez, también será nulo.

En la práctica, siempre habrá una razón más o menos confesable, más o menos política, para nombrar un ministro, pero cuya enunciación el Derecho no exige porque obviamente no es controlable. Si lo fuera entraríamos en el mismo círculo vicioso de nulidades sinfín que nunca satisfaría al eventual demandante, que en este caso de Derecho ficción podría ser el del candidato favorito a ministro que se quedó esperando el nombramiento.

Pero lo extremo del caso del ministro encuentra eco en casos mucho más comunes, como la designación de funciona-

rios de libre nombramiento y remoción, a los cuales nadie ha exigido motivación, como dice expresamente la ley del Estatuto de la Función Pública, al que volveremos más adelante.

De guiarnos exclusivamente por estos casos extremos, llegaríamos a la derogación del artículo 12 de la LOPA y a la eliminación de la motivación como elemento de los actos administrativos discrecionales. Por ello debe encontrarse un sentido útil a la motivación de los actos administrativos discrecionales, tomando en cuenta lo dicho más arriba.

Así, la motivación de los actos administrativos sólo es obligatoria jurídicamente en lo que respecta a sus elementos reglados. La motivación es una guía para el administrado, primero, y para el juez, después, para determinar si la Administración cumplió la ley y en consecuencia para ejercer su derecho a la defensa, el primero, y para impartir justicia, el segundo. Pero ni la Administración está obligada a motivar lo estrictamente discrecional de sus actos, y en caso de hacerlo esos motivos no entrarían en la materia justiciable por el juez.

En otras palabras, los actos administrativos discrecionales deben motivarse solamente en lo que tienen de reglados, y esa es la razón misma de la obligatoriedad legal: la discreción se controla por la regla, y la Administración debe determinar claramente como cumplió la ley y como probó sus alegatos de hecho, explicando cómo aplicó la ley: motivando sus actos, pues.

Pero no puede exigírsele los motivos estrictamente discrecionales de lo estrictamente discrecional de su decisión, porque esos motivos, cualesquiera que sean, son irrelevantes para el Derecho, pues serán los motivos de un acto dictado "por la sola voluntad" de la Administración, lo que como vimos es la esencia de la discrecionalidad.

Hemos así terminado de analizar las técnicas de control de la discrecionalidad al uso, para concluir que todas ellas son en realidad control de los elementos reglados de una potestad discrecional. Todos menos los test de racionalidad y razonabilidad, que al menos en Venezuela no serían admisibles por ser una invasión de potestades administrativas por el Poder Judicial y en definitiva la eliminación de la discrecionalidad, lo que también sería inconstitucional.

#### IV. LA “REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD”

Sin embargo, luego de la lista canónica de García de Enterría que hemos citado antes, hay un apartado referido al control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva. En él el maestro español toca el tema tan importante para nuestro asunto de la sustitución de la Administración por el juez, relacionándolo con el mismo valor constitucional con que empecé este tema, el de la tutela judicial efectiva, pero en un sentido diametralmente opuesto. Allí incluye otra técnica de control de la discrecionalidad distinta al elenco anterior, que en mi opinión presenta características propias y que por lo tanto merece un análisis específico: la “reducción” de la discrecionalidad.

Como vimos más arriba, la sustitución de la Administración por el juez es una técnica muy conocida en Venezuela, reservada hasta ahora para el caso de las potestades regladas.

Anulado un acto sometido íntegramente a la regla de Derecho, y frente al cual el demandante solicitó no sólo esa nulidad sino el restablecimiento de la situación jurídica infringida, el juez puede y debe dictar las medidas necesarias para ese restablecimiento, que en muchos casos incluirán, entre otras, la orden a la Administración para que emita dentro de un plazo un determinado acto con un determinado contenido, aquel que satisface la pretensión del demandante. Y si la Adminis-

tración no cumple dentro del plazo, puede sustituirla y darle a su sentencia los mismos efectos del acto debido.

Esta técnica, al menos en nuestra doctrina, es pacíficamente aceptada desde hace ya tiempo. Es, por demás está decirlo, plenamente coherente con las definiciones de potestad reglada y potestad discrecional, porque entre nosotros se la ha circunscrito al caso de potestades estrictamente regladas, en el cual es evidente que para alcanzar los estándares de la tutela judicial efectiva no basta la nulidad, sino que hay que llegar a la situación subjetiva del demandante: si la tutela de ésta exige la emisión del acto, y la Administración no lo hace una vez requerida, el juez puede darle los efectos de ese acto a su decisión.

El problema con esta técnica de reducción de la discrecionalidad, es que se entiende precisamente como tal, es decir, como llegar a un residuo, a un resto de discrecionalidad que el juez podría invadir y en el cual podría sustituir a la Administración. Por vez primera, en las técnicas de control de la discrecionalidad aparece una que realmente controla lo irreductiblemente (nunca mejor dicho) discrecional y allí el juez sustituye a la Administración.

García de Enterría cita como ejemplo una sentencia del Tribunal Supremo español (21-09-1993) que luego de anular un acto de planeación urbanística por ilegalidades, todas regladas, concluye sustituyendo a la Administración porque si bien el acto era originalmente discrecional, como planificación urbana que era, luego de ejercida esa discreción en las sucesivas zonificaciones, anulado el acto la Administración ya no tenía margen de discrecionalidad alguno y en consecuencia el juez podía dictar por ella ese acto discrecional pero ya sin alternativas, dadas las auto vinculaciones que la propia Administración dictó con anterioridad.

Esta solución podría ser de Derecho positivo en Italia

*31, 2 El juez puede pronunciarse sobre los méritos de la pretensión sólo cuando se trata de una actividad reglada o cuando no hay márgenes de ejercicio de la discrecionalidad ni necesidad de instrucción que deba ser llevada a cabo por la Administración. (Código del Proceso Administrativo)<sup>11</sup>*

A estos efectos, vale la pena un brevísimo excursus sobre el derecho positivo italiano en esta materia de “reducción de la discrecionalidad”, tanto por lo preciso de su regulación como por las semejanzas, que no identidad, con Venezuela.

### **1. El Codice del Processo Amministrativo (2011)**

La legislación vigente en lo contencioso administrativo, el Código del Proceso Administrativo de 2011, significó un hito en la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa italiana. Como sabemos, tradicionalmente esa jurisdicción, cuya cabeza es el Consejo de Estado, tenía como competencia ordinaria las pretensiones de los particulares contra la Administración Pública *lato sensu* relacionadas con sus intereses legítimos, fundamentalmente el conocimiento de los recursos de nulidad de los actos administrativos. Por su parte, las pretensiones frente a la Administración relativas a derechos subjetivos deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, con la Corte de Casación a la cabeza.

La distinción interés legítimo-derecho subjetivo, de la que es tributaria nuestra mucho menos relevante discusión venezolana, el primero derivado de una actuación de la Administración como autoridad, y el segundo cuando ésta se somete al Derecho privado, no es esencial para nuestro tema. Sólo apuntemos que el *Codice* estableció, además de esta jurisdicción administrativa propiamente dicha (*di legitimita*), dos más,

---

11 *31, 2 Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.*

una jurisdicción exclusiva para conocer de las pretensiones sobre derechos subjetivos relacionadas con la Administración recogidas taxativamente en el *Codice* y otra, la jurisdicción de mérito, que es la que nos interesa aquí, pues contiene lo relacionado con las competencias judiciales sobre la discrecionalidad administrativa

El primer dato, a mi ver esencial de esta jurisdicción sobre el mérito, es que se ejerce sobre todo en el caso de ejecución de sentencias judiciales ya dictadas. En efecto, esta jurisdicción, única en que el juez puede sustituir a la Administración y adoptar un nuevo acto o modificar el impugnado (*“adotta un nuovo atto, ovvero modifica o riforma quello impugnato”* art. 34, 1 d), sólo se ejerce en casos tasados, el principal de los cuales es el del juicio de ejecución de sentencias a que se dedica el Título I del Libro IV del *Codice*.

En el Derecho italiano, pues, la sustitución de la Administración por el juez decidiendo asuntos dejados a la discrecionalidad de ésta, sólo puede ocurrir en caso de que la Administración incumpla una decisión judicial previa. Sólo con este dato puede apreciarse el grado de excepcionalidad de este control de la discrecionalidad, en los casos en que verdaderamente lo sea.

Pues si bien es cierto que sólo en ejecución de sentencia puede el juez contencioso invadir el ejercicio discrecional de la Administración y sustituirla dictando él el acto correspondiente, esas sustituciones ocurren normalmente en el caso de potestades regladas, que es lo normal en las sentencias de nulidad. Es decir, que aún en el caso de sustitución de la Administración cuando actúa reglamentamente, su sustitución por el juez sólo puede ocurrir cuando se ejecuta una sentencia previa, ni siquiera el juez de la nulidad puede hacerlo. Sustitución excepcional en todo caso, pues, y más aún en el caso de la discrecionalidad.

A este respecto es útil transcribir la norma del *Codice* que termina de cerrar el sistema sobre el control de lo discrecional:

*34, 2. En ningún caso el juez puede pronunciarse respecto de potestades administrativas aún no ejercidas.*<sup>12</sup>

Podemos en consecuencia resumir el funcionamiento del control de la discrecionalidad en Italia diciendo que, en ese sistema, la satisfacción de la pretensión del recurrente en este caso es la efectiva emisión del acto solicitado, inclusive en el evento de potestades discrecionales; que en consecuencia una nulidad puede ser inútil si esa satisfacción es imposible, lo que así es por definición en las pretensiones sobre lo discrecional propiamente dicho; que salvo en la jurisdicción de mérito, el juez contencioso no puede sustituir a la Administración en la emisión del acto, ni siquiera en los casos reglados, sino a lo más condenarla a dictarlo; que esa condena sólo puede ocurrir en el caso de potestades regladas (*attività vincolata*) o cuando se ha agotado el margen de discrecionalidad; que sólo como ejecución de la sentencia que ordene la emisión de un acto determinado puede el juez de la jurisdicción de mérito dictar, ahora sí, un nuevo acto o modificar el impugnado.

Al final, en lo estrictamente discrecional, el Derecho italiano sólo conoce una técnica: agotado el margen de discrecionalidad debido a la decisión previa impugnada, puede el juez de la nulidad ordenar la emisión de un acto cuyo contenido determina el mismo juez, sin poder todavía dictarlo el tribunal; y sólo como ejecución de esa sentencia, pareciera posible al juez, por fin, sustituir a la Administración dictando ese acto al que fue condenada a emitir.

Como vemos, la técnica de la reducción del margen de discrecionalidad es la única que verdaderamente es tal. Sin embargo, a nuestros efectos, en un sistema de Derecho Admi-

---

12 *34, 2 In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.*

nistrativo semejante al nuestro como el italiano, fue necesario para ello una consagración de Derecho positivo y además sumamente restrictiva, al punto que parte de la doctrina de ese país incluso considera que al final el control del juez sigue siendo sobre lo reglado de la potestad.

*Es cierto que el art. 31, 3, del código asume los resultados que la jurisprudencia había alcanzado pretorianamente, la hipótesis de que "no hay más margen para ejercer discreción", pero la fórmula parece pleonástica: si no hay márgenes para el ejercicio de la actividad administrativa discrecional, significa que el agere administrativo se presenta ante el juez (...) como una actividad totalmente vinculada<sup>13</sup>.*

Puede concluirse entonces de este breve análisis del Derecho italiano que en el nuestro, inclusive en el caso de mayor amplitud, sería necesaria una reforma legislativa para aceptar la tesis de la reducción de la discrecionalidad y que ésta, al final, no permitiría tampoco la invasión del juez contencioso en lo estrictamente discrecional de la potestad.

## V. LA DISCRECIONALIDAD COMO CAUSA DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES

Si se pretende por último una definición técnica pero dentro del mundo del Derecho Procesal de lo que ocurre en la relación juez-discrecionalidad, tendríamos que encuadrarla en la falta de jurisdicción del Derecho Procesal Común.

---

13 *E pur vero che l'art. 31, co. 3, del codice aggiunge ai risultati cui la giurisprudenza era giunta in via pretoria l'ipotesi che "non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità", ma la formula appare pleonastica in quanto, se non sussistono margini per l'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, vuol dire che l'agere amministrativo si presenta al giudice adito con il ricorso avverso il silenzio come un'attività totalmente vincolata. CAPONIGRO, Roberto. I principi di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo in Codice del Processo Amministrativo commentato, Roma 2012, p. 455.*

Así el CPC:

*Artículo 59. La falta de jurisdicción del Juez respecto de la administración pública, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. La falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero, se declarará de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero. En cualquier otro caso, mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, la falta de jurisdicción sólo podrá declararse a solicitud de parte. En todo caso, el pronunciamiento del Juez sobre la jurisdicción se consultará en la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 62.*

*Artículo 62. A los fines de la consulta ordenada en el artículo 59, el Tribunal remitirá inmediatamente los autos a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, suspendiéndose el proceso desde la fecha de la decisión. La Corte procederá luego de recibidas las actuaciones, a decidir la cuestión, lo cual hará dentro de diez días, con preferencia a cualquier otro asunto.*

*Artículo 63° La determinación sobre la jurisdicción se dictará sin previa citación ni alegatos, atendiéndose la Corte únicamente a lo que resulte de las actuaciones remitidas.*

*Artículo 64° La decisión se comunicará de oficio al Tribunal donde cursare la causa. Artículo 65° La administración pública que no es parte en la causa, puede solicitar ante el Juez que conoce de ella, mientras la jurisdicción no haya sido afirmada mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que se declare el defecto de jurisdicción del Juez, fundándose en las atribuciones conferidas por la ley a dicha administración, y se procederá con arreglo a los artículos anteriores.*

*Artículo 66° La solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que sea decidida la cuestión de jurisdicción.*

La falta de jurisdicción es la inhabilidad judicial más intensa, mayor aún que la incompetencia, que sólo consiste en que un determinado juez no tiene atribuciones para una determinada causa, pero otro dentro del Poder Judicial sí es competente, a quien deben enviarse los autos.

La falta de jurisdicción es aún más: ningún juez puede resolver la controversia, porque ello corresponde a otro poder público, al Ejecutivo. Así lo ha dicho claramente la doctrina comentando el artículo copiado del CPC. De hecho, los ejemplos jurisprudenciales sobran, especialmente en las materias administrativizadas<sup>14</sup>, como los asuntos laborales que corresponden a los organismos administrativos del trabajo. Lo veremos más adelante.

---

14 LINARES BENZO, Gustavo. Sentencia previa. "La diferencia fundamental entre acto administrativo y sentencia judicial" en *Revista de Derecho Público* Núm. 147-148, Julio 2016, pp. 67-81. Como dice PAREJO con su característica precisión: "Con entera independencia de la concepción que se tenga del Derecho administrativo, es claro que: i) se caracteriza -y en ello radica la principal razón de su singularización respecto de las demás ramas del Derecho- por su construcción en función de y para la ejecución -y de la ejecución sistemática, en términos específicos y precisamente por un sujeto diseñado a tal fin- de las normas que, por su carácter y objeto, precisan de una tal ejecución para cumplir su cometido y, justamente por ello, la presuponen y "programan" o, dicho de otro modo, por serle constitutiva -estructural y funcionalmente- una radical dependencia entre normación (programación de la actuación) y ejecución (actuación programada); de donde ii) la elección por el legislador, en el marco de la Constitución, de la "administrativización" de una materia o sector de la realidad implica de suyo una responsabilidad y cualificación específicas del aludido sujeto, que no es otro que el complejo orgánico-funcional "gobierno-administración", para la determinación de lo que deba ser Derecho en el caso concreto". PAREJO ALFONSO, Luciano. "Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa" en *Revista General de Derecho Administrativo* 36 (2014).

Nótese, como vimos, que, en esos casos, deferido el asunto a la Administración competente, el acto correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contenciosa y, de ser reglado, podrá ser no sólo anulado sino también satisfecha la pretensión del particular demandante mediante la sentencia del caso.

En el evento de lo irreductiblemente discrecional ni siquiera ello es posible. El juez contencioso en este caso no sólo carece de jurisdicción para decidir el asunto, aunque sí la tuviese para revisar el acto que posteriormente dictase la Administración: en lo discrecional ni puede decidir inicialmente, ni puede luego revisar el eventual acto posterior que dicte la Administración deferida por falta de jurisdicción del tribunal. Una falta de jurisdicción agravada, podríamos decir.

Las declaratorias sobre regulación de jurisdicción pueden clasificarse de acuerdo con el sector administrativizado al que se refieren. En orden de frecuencia: la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la administración en los casos de las autoridades administrativas del trabajo y de las autoridades administrativas de arrendamiento para viviendas. Analicemos caso por caso

### **1. Regulación de jurisdicción en materia de derecho laboral**

De manera reiterada la Sala Político Administrativa<sup>15</sup> declara que en las materias competencia de las autoridades administrativas del trabajo los tribunales no tienen jurisdicción. Una lista de esas materias, sin pretensión de exhaustividad, incluye lo relativo a la inamovilidad laboral y a su correspondiente garantía administrativa, la calificación del despido. La norma del caso, el artículo 94 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras establece

---

15 V., v. gr. sentencia del TSJ-SPA 387/2019 de 4-07-2019.

### ***“Inamovilidad***

**Artículo 94.** *Los trabajadores y trabajadoras protegidos de inamovilidad no podrán ser despedidos, ni trasladados, ni desmejorados sin una causa justificada la cual deberá ser previamente calificada por el inspector o inspectora del trabajo.*

A nuestros efectos, basta decir que la potestad de calificación de despido que establece esta norma es completamente reglada. En efecto, sus supuestos contienen bien estándares precisos, o bien en el caso de máxima amplitud, conceptos jurídicos indeterminados que simplemente requieren del funcionario competente la constatación de unos hechos y su calificación jurídica. Ninguna discrecionalidad, pues.

En este caso se trataría así de una falta de jurisdicción relativa tal como hemos venido hablando: los tribunales carecen de jurisdicción para decidir sobre estos asuntos de naturaleza laboral antes de lo que lo haga la Administración, pero luego de dictado el acto administrativo correspondiente, en este caso calificando o no el despido, para la nulidad que se intente los tribunales sí tienen jurisdicción y, en su caso, para anular el acto y restablecer la situación jurídica infringida, que en este supuesto puede llegar a que la propia sentencia califique el despido que no había sido tal por el acto anulado, pues se trata como vimos de una potestad completamente reglada.

## **2. Regulación de jurisdicción frente a las autoridades de arrendamiento de viviendas**

La normativa sobre alquiler de viviendas se encuentra contenida en la Ley para la Regularización y Control de Arrendamientos de Vivienda (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.053 Extraordinario de 12-11-2011).

El reglamento de esta ley (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.799 de 14-11-2011) estableció también la potestad administrativa de recepción de la consig-

nación de canon de alquiler que antes correspondía a los tribunales:

*“Artículo 65. Mediante escrito dirigido al Superintendente Nacional de Arrendamiento de Vivienda, el consignante indicará su nombre y apellido, el carácter con que actúa, así como la identificación completa y la dirección de la persona natural o jurídica en cuyo favor consigna, las referencias del inmueble, el monto del canon de arrendamiento mensual y el motivo por el cual efectúa la consignación.”*

***“Del certificado electrónico de consignación***

*Artículo 70. La Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, deberá emitir certificado electrónico a favor del arrendatario consignante, que dé constancia de su solvencia; situación que deberá ser prevista en la plataforma tecnológica del sistema automatizado.”*

En consecuencia, cuando la consignación se ha presentado en los tribunales éstos han declarado su falta de jurisdicción y así lo ha confirmado la sala político administrativa<sup>16</sup>. De nuevo se trata de potestades claramente regladas donde no está dada a la administración ninguna libertad para decidir la aceptación de los cánones correspondientes, al punto de que esa recepción se realiza electrónicamente, sin participación humana, lo que es la confirmación inequívoca de su carácter reglado.

En todos estos casos, como vimos que ordena el CPC, el juez de oficio, aunque no lo solicite la Administración u otro interesado, debe suspender el proceso y remitir los autos a la Sala Político Administrativa, planteándose la correspondiente regulación de jurisdicción.

---

16 V. gr. sentencia del TSJ-SPA 00567/2013 de 04-06-2013.

Este espiguelo por los casos más comunes de falta de jurisdicción frente a la Administración Pública, ha mostrado únicamente los supuestos de ausencia de jurisdicción de los tribunales en caso de ejercicio de potestades regladas. Es decir, que luego de dictado el acto en ejercicio de una de ellas (por ejemplo, calificar o no el despido sometido a competencia de las autoridades administrativas del trabajo), los tribunales contenciosos tienen jurisdicción para conocer de las acciones que se intenten contra él, básicamente la de nulidad. He llamado relativo a este primer caso de falta de jurisdicción porque se refiere exclusivamente al primer ejercicio de la potestad administrativa, que nunca puede ser desempeñado por el Poder Judicial (queda a salvo el caso de las acciones por abstención).

Entonces, *quid iuris* en el caso de nulidades ejercidas contra actos discrecionales? ¿Cómo es la falta de jurisdicción en esos casos?

Como vimos, se trata de un plus de falta de jurisdicción, porque ya no se trata simplemente del evento de que los tribunales carezcan de ella frente al ejercicio de una potestad reglada, caso éste en que luego de ejercida sí la tienen para conocer de las pretensiones contra los actos dictados con su base. En los casos de potestades discrecionales, tampoco la tienen en este segundo supuesto, es decir, luego de dictado el acto discrecional correspondiente en lo que tiene de discrecional.

Ejemplo de manual, ya mencionado: el nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción. La norma pertinente de la Ley de Estatuto de la Función Pública establece:

*Artículo 19. Los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública serán de carrera o de libre nombramiento y remoción. Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes, habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remu-*

*nerado y con carácter permanente. Serán funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley (resaltado mío).*

Se trata sin duda de una potestad discrecional. Por lo tanto, en el supuesto de un recurso intentado contra actos dictados con base en esa potestad de nombramiento de funcionarios de libre designación que pretenda en definitiva el ejercicio de ese poder discrecional en lo que tiene de discrecional, los tribunales carecen de jurisdicción y así debe ser declarado a solicitud de parte, normalmente la propia administración, o cualquier otro interesado, de acuerdo con las normas mencionadas y copiadas del CPC.

Esta es la solución de principio, porque volviendo a las consideraciones iniciales, si bien es cierto que los tribunales, para ejercer sus potestades frente a lo irreductiblemente discrecional de una potestad discrecional, en el ejemplo la designación del funcionario de libre nombramiento y remoción, carece de jurisdicción, en cambio sí la tienen para anular el acto de que se trate con base en los elementos reglados de esa potestad (la negativa se basa en falsedades como en el caso de *Depositaria Judicial*, por ejemplo).

Ciertamente una decisión tal no satisface la pretensión del recurrente si ésta fuese obtener el nombramiento, como es el caso normalmente, pero, aunque no lo haga, sí permite reabrir el procedimiento administrativo correspondiente y otorga así una expectativa de derecho al recurrente, que sin duda es una posición mejor que la mera negativa.

Pero todo esto sigue estando en el mundo del control de lo reglado de los actos administrativos. Por lo tanto, es necesario ir más allá, revisar esa opción y analizar si puede existir algo

así como un control judicial de los discrecional *qua* discrecional.

Antes verifiquemos la constitucionalidad de la reapertura del procedimiento administrativo mediante la nulidad de un acto discrecional con base en sus elementos reglados. Como dijimos, si bien es cierto que esa reapertura representa una posición más favorable al demandante que la mera negativa, si la verdadera pretensión de este es el ejercicio de la potestad discrecional en un determinado sentido, nunca podrá ser satisfecha por el juez porque éste carecería de jurisdicción.

En mi opinión, en este caso el juez contencioso debe considerar el grado de probabilidad<sup>17</sup> de que anulado el acto, la administración pueda en la nueva decisión solicitada por el demandante victorioso ejercer su discrecionalidad de modo de satisfacer su pretensión. Sólo en caso de que exista una probabilidad real de que el particular obtenga en vía administrativa lo que pretendía en la judicial y que previamente le había sido negado, debería el juez admitir el recurso y continuar el procedimiento hasta sentencia definitiva. De lo contrario debe

---

17 En un sistema distinto al continental del que somos tributarios se encuentra lo que a mi ver es un trato justo y preciso del oficio judicial frente a la discrecionalidad. Se trata de la *Senior Courts Act* del Reino Unido (2015), sección 31. *“Similar provisions have been introduced into section 31 on the question whether permission to bring a claim for judicial review (still referred to in the statute as “leave”) should be granted: “(3C) When considering whether to grant leave to make an application for judicial review, the High Court – (a) may of its own motion consider whether the outcome for the applicant would have been substantially different if the conduct complained of had not occurred, and (b) must consider that question if the defendant asks it to do so. (3D) If, on considering that question, it appears to the High Court to be highly likely that the outcome for the applicant would not have been substantially different, the court must refuse to grant leave”* (resaltado mío). V. la sentencia de la Corte de Apelaciones (División Civil) de 27-02-2020, que suspendió la construcción de la nueva etapa del aeropuerto de Londres (Heathrow) <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Heathrow-judgment-on-planning-issues-27-February-2020.pdf>, a mi ver una pieza magistral del manejo judicial de la discrecionalidad administrativa.

abrir de oficio el procedimiento de regulación de jurisdicción y remitir los autos a la sala político-administrativa.

Este camino tiene inclusive la ventaja de que la decisión final sobre la recurribilidad del acto en cuestión correspondería a la cúspide de la jurisdicción contenciosa y sería más fácil mantener la unidad de la jurisprudencia. Se armoniza además el derecho de acceso a la justicia con la tutela judicial efectiva, pues sin cerrar de plano la vía judicial, se establece una razonable posibilidad de la reapertura de la vía administrativa y se respeta la discrecionalidad de la Administración.



# LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES POR VIOLACION A LOS DERECHOS HUMANOS. CASO: FUERZA DE ACCIONES ESPECIALES DE LA POLICIA NACIONAL BOLIVARIANA

Luís Alonso Macías<sup>1</sup>

*Resumen: Este ensayo busca desarrollar el régimen de la responsabilidad individual y del Estado desarrollado en las normas constitucionales como en las leyes dictadas en materia policial. Así mismo, se realiza un estudio pormenorizado de los informes emitidos por las organizaciones no gubernamentales como Provea y el Observatorio Venezolano de la Violencia, como del informe elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el caso Venezuela, con relación a la violación de los derechos humanos por parte de funcionarios policiales adscritos a la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana. Concluyendo que las operaciones desarrolladas por el grupo policial generan responsabilidad tanto individual como del Estado.*

*Palabras clave: Derechos Humanos. Función Policial. Responsabilidad. Indemnización.*

*Summary: This essay seeks to develop the regime of individual and State responsibility developed in constitutional norms as well as in the laws issued in police matters. Likewise, a detailed study is carried out of the reports issued by non-governmental organizations such as Provea and the Venezuelan Observatory on Violence, as well as the report prepared by the United Nations High Commissioner for Human Rights in the Venezuela case,*

---

1 Abogado egresado de la Universidad José María Vargas en el año 2006. Especialista en Derecho Administrativo egresado de la Universidad Fermín Toro en el año 2010.

Docente de pregrado en las cátedras de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I, Derecho Administrativo II, Contencioso Administrativo en la Universidad Fermín Toro.

*regarding to the violation of human rights by police officers assigned to the Special Actions Force of the Bolivarian National Police. Concluding that the operations carried out by the police group generate both individual and State responsibility.*

**Key Word:** *Human Rights. Police function. Responsibility. Compensation.*

Recibido: 30 de junio de 2020    Aceptado: 23 de julio de 2020

## SUMARIO

- I. La responsabilidad como principio de actuación de la Administración Pública.
- II. La responsabilidad por violación a los Derechos Humanos.
- III. La noción de actividad de policía.
- IV. Responsabilidad individual de los funcionarios policiales por violación a los Derechos Humanos.
- V. La Responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o sin falta y por funcionamiento anormal o sin falta derivado de la actividad de policía.
- VI. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en materia de responsabilidad del Estado.
- VII. Responsabilidad individual y del Estado por violación de los derechos humanos en el caso de la actuación de la Fuerzas de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana.

## I. LA RESPONSABILIDAD COMO PRINCIPIO DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>2</sup>, dentro de su articulado regula ampliamente a la responsabilidad desde diversas ópticas, que va desde reconocerla como un valor superior del ordenamiento jurídico, un principio de actuación de la Administración Pública, pasando por la responsabilidad por violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad individual en el ejercicio de la función pública, como la responsabilidad del Estado.

---

2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, de fecha 30 de diciembre de 1999, reimpresión por error materia del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000.

Es así como ese conjunto de normativas jurídicas que integran a la responsabilidad es lo que se conoce como el bloque de la constitucionalidad. Dentro de ese denominado bloque encontramos a la responsabilidad como un principio de actuación de la Administración Pública, regulada en el artículo 141 del texto fundamental, el cual estipula:

“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”.

Tales principios orientadores de la conducta de cómo debe ser la actuación de los órganos y entes que componen la Administración Pública, son reproducidos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>3</sup>, en el contenido del artículo 10, el cual amplía la gama de principios incluyendo la economía, la simplicidad, la proporcionalidad, la oportunidad, la objetividad, la imparcialidad, la accesibilidad, la uniformidad, la modernidad, la buena fe, el paralelismo de la forma, así como la supresión de las formalidades no esenciales.

En todo caso, los órganos y entes de la Administración Pública deben siempre actuar en el marco del respeto de estos principios constitucionales y legales. En el caso específico de la responsabilidad, las instituciones que forman parte de la Administración Pública deben enmarcar su actuación bajo los parámetros de este principio.

---

3 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, de fecha 16 de noviembre de 2014, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147, de fecha 17 de noviembre de 2014.

## II. LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La Organización de las Naciones Unidas define a los derechos humanos como: “aquellos inherentes a todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna”<sup>4</sup>.

Sobre esa base, el sistema jurídico venezolano dispone de una amplia gama de derechos humanos tanto en las normas constitucionales como en las diversas leyes que componen el ordenamiento interno e internacional.

En tal sentido, se debe destacar que los tratados que versan sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, siempre que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución de la República Bolivariana y en las leyes de la república, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales nacionales, según lo dispone el artículo 23 del texto constitucional.

Según explica Nikken sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional del artículo antes mencionado:

“La Constitución venezolana de 1999 ha ido más allá, pues ha avanzado hacia el reconocimiento explícito del rango constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos. El artículo 23 de la Constitución contiene una norma de inserción directa de los derechos humanos

---

4 Derechos Humanos, disponible en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

internacionalmente protegidos por convenciones internacionales que vinculan a la República<sup>5</sup>.

El texto constitucional dio un salto cualitativo enorme en relación con las normas constitucionales anteriores, al regular la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, así como en su aplicabilidad de forma directa e inmediata por los órganos que conforman el Poder Judicial.

La Sala Constitucional ha aportado también al estudio de este tema, al disponer en sentencia N° 1942, de fecha 15 de julio de 2003<sup>6</sup>, que en materia de derechos humanos, adquieren rango constitucional las disposiciones de los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por la nación, es así que esas normas pasan a incorporarse al derecho interno del estado venezolano.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce explícitamente el rango constitucional de los tratados de los derechos humanos, y deja fuera de cualquier discusión el carácter auto ejecutivo de esos pactos, dado que explícitamente ordena su aplicación de forma directa e inmediata por los tribunales de la República<sup>7</sup>.

En materia de responsabilidad por violación a los derechos humanos, no solamente debe tomarse en consideración las normativas internas, sino también, todos aquellos tratados, pactos y convenciones universales o regionales que regulen derechos humanos, dada su preeminencia dentro del orden jurídico interno.

---

5 Nikken, Pedro. *Código de Derechos Humanos. Estudio Preliminar. La adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos*. Colección de textos legislativos N° 2, segunda edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. 2006, p, 24.

6 SC/TSJ N° 1942, de fecha 15 de julio de 2003.

7 Nikken, Pedro. *Código de Derechos Humanos*. Ob.Cit, p, 24 - 25.

Sobre el particular, los artículos 29 y 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, regulan el régimen de la responsabilidad por violación de los derechos humanos, estipulando la obligación que tienen los órganos del Estado de investigar y sancionar los delitos contra estos, y el deber de indemnizar a las víctimas.

Ahora bien, existe responsabilidad por violación a los derechos humanos cuando se irrespetan los derechos y libertades de los individuos, por parte de las personas al servicio de la función pública incluyendo a las autoridades policiales, encontrando el ejercicio de dicha actividad sus límites precisamente en esos derechos fundamentales que son atributos inherentes a la dignidad humana, así como también al estado vulnerar las garantías del libre ejercicio de los derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución, y en los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República<sup>8</sup>.

Esta responsabilidad implica que el Estado debe indemnizar integralmente a los particulares, por la vulneración de sus derechos humanos por parte de agentes que prestan una determinada actividad administrativa.

En cuanto al punto estipulado en el contenido del artículo 29 del texto constitucional sobre las investigaciones y juzgamientos por parte de los órganos nacionales cuando se esté en presencia de un delito de lesa humanidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 3167, de fecha 9 de diciembre de 2002<sup>9</sup>, ha expresado su crite-

---

8 Álvarez Londoño, Luís Fernando. "Responsabilidad por las violaciones de derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, volumen 1, número. 1, enero - junio. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2006, pp. 22-23, disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92710103>

9 SC/TSJ N° 3167, de fecha 9 de diciembre de 2002.

rio sobre esos aspectos, señalando que en el caso de los delitos de lesa humanidad que:

“El Estatuto distingue los delitos ordinarios de los crímenes de lesa humanidad respecto de los cuales la Corte tiene competencia, sobre la base de los siguientes criterios:

1) Los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, tienen que haber sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático. No obstante, el término ataque no denota una agresión militar, sino que puede aplicar a leyes y medidas administrativas como la deportación o el traslado forzoso de población.

2) Deben afectar una población civil. Por lo tanto, quedan excluidos los actos aislados o cometidos de manera dispersa o al azar. La presencia de soldados entre la población civil no basta para privar a ésta de su carácter civil.

3) Su comisión responderá a la política de un Estado o de una organización. Sus ejecutores pueden ser agentes del Estado o personas que actúen a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, como los llamados escuadrones de la muerte.

... En fin, se trata de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos en forma tendenciosa y premeditada, con el propósito de destruir, total o parcialmente un grupo humano determinado, por razones de cultura, raza, religión, nacionalidad o convicción política. Se reconocen, además, por ser delitos continuos que pueden exteriorizarse en forma masiva”.

Entonces, los delitos de lesa humanidad según la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, constituyen delitos comunes magnificados por la forma premeditada en la que son cometidos en

contra de un grupo humano determinado, por razones diversas que van desde lo religioso, cultural, racial o político.

Según la sentencia antes citada, la atribución de investigar estos delitos corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal, y el juzgamiento de los mismos a los tribunales ordinarios en materia penal, y en modo alguno esa terminología incluye a los tribunales militares, quedando estos excluidos del conocimiento de las causas por violación a los derechos humanos conforme a la jurisprudencia nacional con carácter vinculante.

Como corolario de todo lo anterior, al existir una violación por parte de los agentes estatales de los derechos humanos bien sea mediante un delito común o uno de lesa humanidad, el Estado tiene la obligación constitucional de indemnizar integralmente a las víctimas de esas vulneraciones, incluidos el pago de daños y perjuicios, según lo dispone las normas que rigen sobre dentro del orden interno como el internacional.

### III. LA NOCIÓN DE ACTIVIDAD DE POLICÍA

La doctrina francesa, italiana, alemana y española, encuentran concordancia con la conceptualización del término policía administrativa, en el sentido que todos admiten que los conceptos de orden público y de paz encuentran arraigo dentro de esa terminología.

Es así que luego de un estudio pormenorizado de varias concepciones sobre actividad de policía o lo que es lo mismo la policía administrativa, el maestro Lares Martínez<sup>10</sup>, desarrolla su definición de este término en el siguiente sentido:

---

<sup>10</sup> Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Decima Segunda Edición actualizada a la Constitución de 1999. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001., p 231.

“Entendemos por policía administrativa la actividad del Estado mediante la cual, con el objeto de asegurar el mantenimiento del orden público, se imponen las restricciones necesarias a la libertad personal y a la propiedad de los administrados”.

Esta actividad del Estado puede ser realizada por los órganos de seguridad pública facultados por la ley para tal fin, así como por los órganos y entes públicos que no tienen competencia en materia de orden público pero que la norma los faculta a dictar determinados actos administrativos que afectan la esfera de las libertades personales del individuo.

Dicha noción de policía vinculada al orden público, encuentra asidero dentro del contenido del artículo 332 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual otorga la facultad al Poder Ejecutivo Nacional para que en resguardo y mantenimiento de dicho orden y en protección de los ciudadanos, sus hogares y familias, organice un cuerpo de policía nacional; uno de investigación científica, penales y criminales; un cuerpo de bomberos; y, uno de protección civil y administración de desastres, los cuales tienen como norte fundamental el respeto a la dignidad y los derechos humanos.

Posteriormente, la Asamblea Nacional en el año 2008, crea la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional<sup>11</sup>, reformándola en el año 2009.

Dicha norma regula en su artículo 3, la definición del servicio de policía, entendido como: “el conjunto de acciones ejercidas en forma exclusiva por el Estado a través de los cuerpos de policía en todos sus niveles, conforme a los lineamientos y directrices contenidos en la legislación nacional y los que sean dictados por el Órgano Rector, con el propósito de proteger

---

11 Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940, de fecha 7 de diciembre de 2009.

y garantizar los derechos de las personas frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para su integridad física, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social, la convivencia y el cumplimiento de la ley”.

Este conjunto de acciones tiene como fin último la protección y garantía de los derechos de las personas frente a cualquier situación que constituya una amenaza o una vulneración para la integridad física de los ciudadanos.

Es decir, que podemos entender a la actividad de policía desde dos puntos de vista: a) desde un sentido material, entendido como el servicio público que tiende a satisfacer la noción de orden público, y b) en un sentido orgánico, como el cuerpo de policía que presta el servicio público, como por ejemplo, la Policía Nacional Bolivariana, el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, las policías de los Estados y de los Municipios<sup>12</sup>.

Así mismo, dentro de la doctrina se distinguen entre dos expresiones: El primero poder de policía empleado para hacer alusión a la facultad legislativa de regular el ejercicio de las medidas de protección dictadas para satisfacer el interés público, y el segundo policía, consistente en la actividad administrativa destinada a ejecutar las leyes dictadas por el parlamento en ejercicio del poder de policía<sup>13</sup>.

Ahora bien, la noción de policía encuentra sus límites en el mismo principio de legalidad estipulado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como, en el orden público, y en la proporcionalidad de las

---

12 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob,cit, p, 234.

13 De La Riva, Ignacio M. “La actividad de coacción”. *Conferencia dictada en la ciudad de Maracay, en el Diplomado de Derecho Administrativo auspiciado por la Procuraduría General del Estado Aragua*. Maracay, Venezuela. 2005, disponible en: <https://www.badellgrau.com/?pag=13&ct=61>

medidas y actuación que desplieguen los órganos y entes que ejercen la función de policía, entendida bajo la noción de servicio público<sup>14</sup>.

Estas limitaciones encuentran un fundamento legal en los artículos 4, 12 y 15 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, vinculados con los fines del servicio, el respeto a los derechos humanos y la proporcionalidad con la que deben actuar en el resguardo de los derechos e intereses públicos y privados.

#### IV. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La noción de responsabilidad individual encuentra su regulación jurídica en los artículos 25 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales disponen:

“Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos consagrados en la Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

“El ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley”.

Se colige de la norma constitucional que los funcionarios públicos son responsables cuando en el ejercicio de sus funciones cometan actos de abuso de poder, desviación de poder o cuando violenten los derechos humanos consagrados en la Constitución, los tratados, pactos y convenciones relativos a

---

14 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob, Cit, p, 237.

derechos humanos y en las leyes nacionales que desarrollen los derechos fundamentales.

En consecuencia, la responsabilidad por abuso de poder, se da cuando existe un vicio en la causa de los actos estatales, por desviación de poder, siendo el vicio de la finalidad del acto, al utilizarse el poder conferido para perseguir un fin distinto al dispuesto en la norma, y, en general, cuando exista una violación de la Constitución o la ley<sup>15</sup>.

Es así que si no existiese la configuración jurídica respecto a la responsabilidad individual de los funcionarios públicos, poco valdría el régimen competencial al que estos están sujetos, si estos pudiesen impunemente extralimitarse en el ejercicio de sus atribuciones y en la observancia de sus deberes<sup>16</sup>.

Dentro de la larga tradición constitucional venezolana se reitera la noción de responsabilidad de los funcionarios públicos, respecto de aquellos actos que dicten, ordenen o ejecuten, que violen o menoscaben los derechos humanos, incurriendo en responsabilidad civil, penal o administrativa, sin que pueda servirles de excusa órdenes superiores que reciba el funcionario<sup>17</sup>.

En cuanto a la responsabilidad individual de los funcionarios policiales, la Ley del Estatuto de la Función Policial<sup>18</sup>, dispone claramente en su artículo 11, que los agentes del servicio de policía responden penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los hechos ilícitos, delitos, faltas e irre-

---

15 Brewer Carias, Allan R. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*. Colección de estudios jurídicos N° 86. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 2007, p. 58.

16 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. O, Cit, p. 409.

17 Brewer Carias, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, p. 280 - 281.

18 Ley del Estatuto de la Función Policial, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940, de fecha 7 de diciembre de 2009.

gularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones de conformidad con la ley, reglamentos y resoluciones.

La normativa en materia estatutaria aplicable a los funcionarios policiales, estipula de forma clara y lacónica los tipos de responsabilidad en la que incurren estos agentes cuando su actuación no se encuentre apegada al régimen de competencias que desarrolla el servicio policial.

### **1. Responsabilidad Penal**

Este tipo de responsabilidad comporta para el funcionario policial una conducta que encuadra en un determinado tipo penal, bien sea cometida por acción u omisión, y que se encuentra prevista como un delito o falta, sancionado con una pena determinada<sup>19</sup>.

Es importante resaltar que para que la conducta sea sancionable con pena privativa de libertad esta debe estar tipificada como un delito por una norma de rango legal, esto en acatamiento del principio de tipicidad estipulado en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Sobre el particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1.120 de fecha 10 de julio de 2008<sup>20</sup>, establece una serie de garantías que comportan el principio de tipicidad en materia penal, conocido comúnmente con el aforismo latín *nullum crimen nulla pena sine lege*:

“...se habla en primer lugar de una garantía criminal, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una garantía penal, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la

---

19 Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*, Ob. Cit, p, 410.

20 SC/TSJ N° 1.120, de fecha 10 de julio de 2008.

pena que corresponda al delito cometido (*nulla poena sine lege*); de una garantía jurisdiccional, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una garantía de ejecución, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia”.

Estas garantías sirven de fundamento y dan soporte firme al principio de tipicidad establecido en la norma constitucional, es así que si la acción presuntamente delictual no se encuentra tipificada en la ley como delito, no habrá procedimiento judicial acusatorio, ni mucho menos la ejecución de una sanción que comporte una medida privativa de libertad, en el caso que ocurra este hecho sería contrario a la norma teniendo el Estado la obligación de indemnizar al particular o funcionario sometido a esa acción inconstitucional.

Es importante destacar que en el ejercicio de la función policial deben respetarse las garantías de los derechos humanos, y en consecuencia las del debido proceso, como lo consagra el artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo Nacional de Policía.

“Los cuerpos de policía actuarán con estricto apego y respeto a los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados sobre los derechos humanos suscritos y ratificados por la República y en las leyes que los desarrollen”.

De igual forma, en materia penal las personas presuntamente culpables de haber perpetrado un delito tienen una serie de garantías que deben ser respetadas por los órganos policiales, estas son las denominadas Reglas de Actuación Poli-

cial reguladas en el artículo 119 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>21</sup>, el cual dispone:

“Las actuaciones de policía de investigaciones penales deberán detener a los imputados o imputadas en los casos que este Código ordena, cumpliendo con los siguientes principios de actuación:

Hacer uso de la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la proporción que lo requiera, la ejecución de la detención.

No utilizar armas, excepto cuando haya resistencia que ponga en peligro la vida o la integridad física de personas, dentro de las limitaciones a que se refiere el numeral anterior.

No infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

No presentar a los detenidos o detenidas a ningún medio de comunicación social, cuando ello pueda afectar el desarrollo de la investigación.

Identificarse, en el momento de la captura, como agente de la autoridad y cerciorarse de la identidad de la persona o personas contra quienes procedan, no estando facultados para capturar a persona distinta de aquella a que se refiere la correspondiente orden de detención. La identificación de la persona a detener no se exigirá en los casos de flagrancia.

Informar al detenido o detenida acerca de sus derechos.

---

21 Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.078, de fecha 15 de junio de 201.

Comunicar a los parientes u otras personas relacionadas con el imputado o imputada, el establecimiento en donde se encuentra detenido o detenida.

Asentar el lugar, día y hora de la detención en un acta inalterable”.

Todo este conjunto de regulaciones debe ser cumplidas de forma taxativa por la autoridad policial que le corresponda realizar la detención, en caso contrario, la actuación estaría viciada de nulidad y en consecuencia el tribunal deberá dictar una medida sustitutiva de libertad del presunto delincuente.

Como corolario de lo anterior, se presenta a modo de ejemplificar la responsabilidad penal de los funcionarios policiales uno de los asuntos más emblemáticos en los cuales estuvo involucrado un funcionario de la Policía Metropolitana (PM), conocido por la opinión pública como el caso del “Monstruo de Mamera”<sup>22</sup>.

En la década de los años 80, el Distinguido Argenis Rafael Ledezma, ejercía funciones dentro de la Policía Metropolitana, el mismo fue acusado, y posteriormente condenado por el triple homicidio de los ciudadanos Efraín Rodríguez, Douglas Nieves y Martín Mijares. El motivo que llevó a Ledezma a cometer esos delitos fue pasional, debido a que su esposa Rosa Elena Pinto, quien era mucho menor que él, luego de desavenencias matrimoniales dejó al Distinguido para mudarse a la casa de madre. Rosa Elena inicio una relación sentimental con Martín Mijares.

Al poco tiempo de haber iniciado su nueva relación sentimental, Efraín Rodríguez y Douglas Nieves desaparecen. Pocos días después sucede lo propio con Martín Mijares. La madre de Mijares la ciudadana Carmen Amada, al ver que su

---

22 El Monstruo de Mamera. Crónicas del Tánatos, disponible en: <https://cronicasdeltanato.wordpress.com/el-triple-crimen-de-mamera/>

hijo no aparecía decide acudir a la Policía Técnica Judicial a interponer la denuncia.

Las investigaciones del Cuerpo de Policía Técnica Judicial se paralizaron, la razón la protección brindada por la Policía Metropolitana a Ledezma, lo cual obstaculizó el normal desenvolvimiento de las averiguaciones. La ciudadana Carmen Amada decide acudir a los medios de comunicación, los cuales se volcaron sobre la noticia, luego de un tiempo el caso no avanzaba y Carmen Amada decidió entrevistarse con el Presidente de la República de ese entonces Luís Herrera Campins.

Posterior a la entrevista con el primer mandatario nacional, la Policía Metropolitana quita el resguardo que sostenía con Ledezma, destituyéndolo del cargo. Días después Ledezma confiesa el triple homicidio ante la presencia de fiscales del Ministerio Público y del juez de la causa, y revela donde había enterrado los cuerpos sin vida de Efraín Rodríguez y Douglas Nieves. El cuerpo de Martin Mijares nunca apareció. Argenis Ledezma fue condenado a treinta (30) años de prisión por el triple homicidio en contra de los ciudadanos anteriormente mencionados.

Este caso es una clara muestra de la responsabilidad individual penal por abuso de poder en la que pueden incurrir los funcionarios policiales de cualquier cuerpo de seguridad del Estado.

## **2. Responsabilidad Civil**

En cuanto a la responsabilidad civil, la misma se encuentra estatuida en el artículo 1185 del Código Civil<sup>23</sup>, el cual estipula:

“El que, con intención, o por negligencia, o por impericia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

---

23 Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2990, de fecha 26 de junio de 1982.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido este derecho”.

Ahora bien, incurren en dicha responsabilidad los funcionarios que en el ejercicio de sus funciones, cuando con intención o negligencia o imprudencia o abuso de poder causan un daño a los particulares<sup>24</sup>.

También puede consistir en la obligación impuesta, en determinadas condiciones, al autor de un perjuicio de reparar este, bien en especie o bien en su equivalente, en consecuencia, debe el autor del hecho dañoso restituir producto del desequilibrio producido en el patrimonio del afectado<sup>25</sup>.

Ahora bien, puede existir responsabilidad civil cuando exista una falta en el servicio, es decir, que si el daño proviene de un hecho del servicio, entonces el Estado es el que debe resarcir el monto de la indemnización<sup>26</sup>.

Si por el contrario la responsabilidad civil se origina por falta personal, es decir, la falta cometida directamente por el agente que presta sus servicios a la actividad del Estado, este debe responder de forma personal, con su patrimonio, según las reglas establecidas por el derecho privado<sup>27</sup>.

---

24 Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. Cit, p, 412 - 413.

25 Urdaneta Sandoval, Carlos A. “El Estado Venezolano y el fundamento de su responsabilidad patrimonial extracontractual por el ejercicio de la función legislativa a la luz de la Constitución de 1999”. *Revistas de Derecho Constitucional* N° 5. Julio - Diciembre. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, 2001, p, 247 - 248.

26 Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. Cit, p, 413.

27 Rueda Pinto, Raúl José. La responsabilidad civil del funcionario público. Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela, disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/4AA2BF9CFE2E61FF05257E85006401C3/\\$FILE/24-7.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4AA2BF9CFE2E61FF05257E85006401C3/$FILE/24-7.pdf)

A modo de conclusión, los funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones pueden incurrir en responsabilidad civil cuando su actuación se encuentre enmarcada en los supuestos estipulados en el Código Civil, y que con su accionar genere un daño en la esfera patrimonial del particular.

### **3. Responsabilidad Disciplinaria**

Los funcionarios policiales incurren en responsabilidad disciplinaria cuando se encuentran incurso en alguna de las causales estipuladas en el artículo 97 de la Ley del Estatuto de la Función Policial.

En este sentido, al estar inmerso en alguna de esas causales, la consecuencia jurídica es que la máxima autoridad policial mediante un procedimiento administrativo instruido bajo los parámetros del debido proceso sea destituido del cargo que ostenta dentro del cuerpo policial.

Siguiendo este orden de ideas, la destitución señala el maestro Lares Martínez:

“...es la manifestación unilateral de la Administración mediante la cual el agente queda definitivamente separado del cargo. La facultad de destituir puede ser discrecional o reglada. Es discrecional cuando la autoridad que la ejerce puede obrar con prudente arbitrio, por los motivos que estime convenientes, sin obligación de expresar las razones de su decisión; es lo que ocurre cuando son funcionarios de libre nombramiento y remoción. La destitución es reglada, cuando sólo puede ejercer esa facultad, fundada en causales determinadas en la Ley, y después de cumplidos los trámites de procedimiento legal establecido al efecto; es lo que ocurre cuando se trata de los funcionarios de carrera, los cuales no pueden ser destituidos, sino en razón de ser las irregularidades... y previo estu-

dio del expediente elaborado por la respectiva oficina de personal”.<sup>28</sup>

De este modo, la destitución en materia de función policial es reglada en virtud que el artículo 97 de la Ley del Estatuto de la Función Policial, dispone supuestos específicos en los cuales los agentes de los cuerpos de seguridad incurrir en la falta administrativa que trae como consecuencia su destitución.

#### 4. Responsabilidad Administrativa

La responsabilidad administrativa es entendida como aquella que es declarada a un particular por los órganos que integran el denominado Sistema Nacional de Control Fiscal, previo la instrucción de un procedimiento administrativo, teniendo como consecuencia la aplicación de una multa que oscila entre 100 y 1000 unidades tributarias, y accesoriamente pudiera generar inhabilitaciones para ejercer determinadas actividades<sup>29</sup>.

De igual forma, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 280, de fecha 7 de marzo de 2018<sup>30</sup>, recaída en el caso: Moisés Henríquez Hernández, define a la responsabilidad administrativa en el siguiente sentido:

“... la responsabilidad administrativa de los servidores públicos surge como consecuencia del actuar ilícito de un funcionario: “Se basa en las infracciones que, en criterio

---

28 Lares Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. Cit, p. 397.

29 Canónico Sarabia, Alejandro. “El reparo como forma de determinación de la responsabilidad civil del funcionario público”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 16. Septiembre - Diciembre 2018. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, Venezuela, 2018, p. 95.

30 SPA/TSJ N° 280, de fecha 7 de marzo de 2018, caso: Moisés Henríquez Hernández.

del órgano que la declare, hayan cometido personas encargadas de la Administración Pública”.

A modo de conclusión, la responsabilidad administrativa comporta una sanción pecuniaria dictada por la Contraloría General de la República, aplicable cuando el servidor público, en el caso concreto el funcionario policial, se encuentre incurso en alguno de los supuestos generadores estipulados en la norma.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO  
POR FUNCIONAMIENTO NORMAL O SIN FALTA  
Y POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL O SIN FALTA DERIVADO  
DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA

De las innovaciones más importantes que trajo consigo la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es la relativa al régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado, contenido en el artículo 140 del texto fundamental.

Dentro de la derogada Constitución de 1961, la previsión estaba expresada en el contenido del artículo 47, el cual establecía que las personas no podían pretender que los entes estatales los indemnizaran sino por los daños causados por las autoridades legítimas en ejercicio de su función pública<sup>31</sup>.

Sobre el particular Badell Madrid<sup>32</sup>, expresa lo siguiente:

---

31 Brewer Carias, Allan R. *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*. Ob. Cit, p, 59.

32 Badell Madrid, Rafael. “La Responsabilidad del Estado en la nueva Constitución”. *Conferencia dictada en el foro “El Contencioso Administrativo a la luz de la Constitución de 1999”* el día 14 de julio de 2000, Caracas, Venezuela, 2000, disponible en <https://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=1492>

“Esta norma, que constituía la piedra angular sobre la que descansaba el principio de la responsabilidad administrativa en Venezuela consagraba –por interpretación en contrario– un amplio y efectivo sistema que permitiría a los particulares exigir la responsabilidad del Estado bien fuera por sacrificio particular o por funcionamiento anormal, derivada de cualquier actividad pública (i.e. administrativas, judiciales y legislativas) ejercida por cualquier ente público”.

El sistema cerrado que recogía el derogado texto constitucional fue modificado a uno mucho más amplio, en el cual, no cabe discusión alguna que el Estado tiene responsabilidad por los daños que cometa en los bienes y derechos de los particulares, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los órganos que componen el Poder Público.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial del Estado no es más que una garantía constitucional otorgada a los particulares frente a los daños extracontractuales causados por los distintos órganos y entes públicos<sup>33</sup>.

Esta garantía indemnizatoria se puede producir bien sea por una acción directa desplegada por los órganos públicos, o por omisión en el ejercicio de sus funciones.

Existe responsabilidad por funcionamiento normal o sin falta, cuando la conducta generadora del daño es completamente lícita y ajustada a derecho, sin embargo, es factible que se puedan encontrar personas afectadas por la conducta desplegada por los órganos públicos, en consecuencia, la Administración puede dictar o abstenerse a emitir medidas que podrían

---

33 García Guerrero, Sandra Helena. “Responsabilidad del Estado – Juez en ejecución de las sentencias contencioso administrativas, *Revista de Derecho Administrativo* N° 18. Enero – Junio 2004. Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela, 2004, p. 38.

producir el rompimiento de las cargas públicas, siendo que en estos casos el resarcimiento patrimonial es obligatorio para que con esto se compensen las consecuencias desiguales<sup>34</sup>.

En el caso de la responsabilidad por funcionamiento anormal o con falta, se produce cuando la Administración Pública ocasiona un daño mediante una acción, positiva o negativa, violatoria de obligaciones preestablecidas, es decir, mediante una conducta ilícita<sup>35</sup>.

Ahora bien, en materia de función policial, la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, estipula en su artículo 7 que: "El Servicio de Policía es responsabilidad exclusiva del Estado, bajo la rectoría del Poder Nacional. En ningún concepto se permitirá ni se delegará el ejercicio de las funciones policiales a particulares".

En consecuencia, de existir situaciones que se enmarquen dentro de los conceptos antes expresados sobre la responsabilidad por funcionamiento normal o sin falta, y por funcionamiento anormal o con falta, el Estado a través tiene la obligación constitucional de reparar los daños causados.

En el caso que la responsabilidad del Estado se derive por actos atentatorios a los derechos humanos, estaríamos frente a la responsabilidad por funcionamiento anormal o con falta, igualmente el Estado deberá ser declarado responsable y consecuentemente ser condenado para que otorgue la correspondiente indemnización o la reparación de los daños y perjuicios ocasionados en la esfera patrimonial del particular.

---

34 Guerrero Hardy, Álvaro. *El régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública durante la vigencia de los Estados de Excepción. Cuadernos de Derecho Público* N° 2. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela, 2008, p. 90 - 91.

35 Guerrero Hardy, Álvaro. *El régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública durante la vigencia de los Estados de Excepción*. Ob. Cit, p. 89.

## VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Es importante el estudio del asunto más emblemático en materia de responsabilidad del Estado como lo es el caso de la viuda de Carmona.

En este sentido, la sentencia N° 00943 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de mayo de 2001<sup>36</sup>, realiza un breve recuento de los hechos que motivaron a la ciudadana Gladys de Carmona a demandar por daños y perjuicios materiales y morales en contra de la República de Venezuela.

“... el delito de homicidio calificado de que fuera víctima RAMÓN OSCAR CARMONA VÁSQUEZ, fue cometido por funcionarios públicos adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, los cuales responden a los nombres de XAVIER JESÚS ANUEL PACHECO y PABLO JOSÉ DÍAZ MARTÍNEZ: el primero como autor material del hecho, y el segundo como su cómplice en el delito ya señalado, a cuyos efectos se interpuso contra ellos formal Acusación, consignada oportunamente en fecha 6 de noviembre de 1978, a través de la cual se exigió la imposición de las penas correspondientes al hecho por ellos cometido

Así mismo, la parte actora refiere que, igualmente, participaron en el homicidio los funcionarios JESÚS ENRIQUE VILLARROEL y DOMINGO SÁNCHEZ, quienes cumplieron la pena que les fue impuesta como cómplices en el delito; y que, no obstante lo antes expuesto, los mencionados ciudadanos “no actuaron en forma autónoma, sino, por el contrario, en su condición de subordinados de su jefe inmediato, como lo era el ciudadano MANUEL MOLINA GASPERI, Director del Cuerpo Técnico de Policía Judicial

---

36 SPA/TSJ N° 00943, de fecha 15 de mayo de 2001. Caso: Viuda de Carmona.

y Jefe del “Grupo de Apoyo Táctico Operacional”, conocido también con las siglas “G.A.T.O.”.

En relación con el ciudadano MANUEL MOLINA GASPERI (hoy fallecido), los demandantes exponen que la función pública por él desempeñada, “por su misma naturaleza, es considerada como de plena confianza del Ejecutivo Nacional, pues sencillamente pesa sobre la persona del Director del Cuerpo Técnico de Policía Judicial el supremo control de dicha policía, del cual eran integrantes, no sólo los homicidas sino todos los que se concertaron de una manera u otra para favorecer o encubrir el crimen, siendo el director del Cuerpo de libre nombramiento y remoción del ejecutivo nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Policía Judicial, así como también los demás funcionarios de dicho Cuerpo Policial, quienes son designados por el Ejecutivo Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 ejusdem. **LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES INCUESTIONABLE.**”

en el “caso de RAMON OSCAR CARMONA VASQUEZ, el Estado no solamente NO GARANTIZÓ SU VIDA, SINO QUE FUERON SUS DEPENDIENTES QUIENES EJECUTARON LA MUERTE, utilizando los medios idóneos para consumir tan vil asesinato, como lo fueron los policías que lo siguieron hasta darle muerte; armas de pertenencia de la República de Venezuela; el vehículo utilizado en el homicidio era recuperado por el Cuerpo y camuflajeado para tal fin; las tácticas utilizadas para encubrir el crimen; las pérdidas de los proyectiles extraídos del cuerpo de RAMON CARMONA VASQUEZ de la Medicatura Forense del Cuerpo Técnico de Policía Judicial; la implantación de huellas dactilares en el vehículo comprometido en el hecho de personas ajenas al mismo, quienes hasta la fecha se encuentran desaparecidos; el evitar que patrullas pertenecientes al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, transitaran por la zona en el momento en que se consumaba el homici-

dio, y otras, que quedaron suficientemente demostradas en el expediente contentivo del juicio, cuyo mérito favorable invocamos". (Resaltados y subrayados de la sala).

El hecho que motivó a la recurrente a solicitar la indemnización patrimonial por parte del Estado, surge en virtud, del homicidio en la persona de Ramón Carmona, quien fuese en vida esposo de la ciudadana Gladys de Carmona. De la descripción de los hechos se colige que los funcionarios policiales adscritos al Cuerpo de Policía Técnica Judicial, realizaron una ejecución extrajudicial violentando el derecho humano a la vida consagrado en la Constitución de 1961, vigente para el momento del hecho, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los tratados y convenciones que regulan la materia suscritos y ratificados por Venezuela antes de la consumación del hecho delictual.

La representación de la ciudadana Gladys de Carmona, alega que el Estado no cumplió con su obligación fundamental de garantizar la vida de Ramón Carmona, sino que también fueron funcionarios prestos al servicio público de policía quienes ejecutaron la inconstitucional acción utilizando mecanismos idóneos como el armamento adquirido por el Estado; el uso de un vehículo recuperado camuflado para ser usado en el hecho delictual; el encubrimiento del crimen; la desaparición de los proyectiles con que se dio muerte al ciudadano Carmona de la Medicatura Forense de la PTJ; así como, otros hechos suficientemente documentados en el expediente del juicio cuyo mérito favorable fue invocado por la representación judicial de la parte actora.

La parte actora basó su pretensión en normas de derecho privado, en específico los artículos 1185, 1191, 1196, 1396 y 1397 del Código Civil, y los dispositivos constitucionales estipulados en los artículos 46, 58 y 206 de la Constitución de 1961.

Sin embargo, a pesar de esos alegatos y de haber sido condenados varios funcionarios de la Policía Técnica Judicial, la Sala Político Administrativa declaró sin lugar la demanda argumentando que fue una conducta de terceros quienes no estaban en el servicio de la función policial, los que originaron el fallecimiento del ciudadano Ramón Carmona, en consecuencia, según el criterio de la Sala le corresponde a ellos resarcir el daño y no a la República Bolivariana de Venezuela.

A pesar de ello, la representación judicial de la ciudadana Gladys de Carmona, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, recurso de revisión extraordinario de sentencia en base al artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional en decisión de fecha 19 de noviembre de 2002<sup>37</sup>, estipulo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado lo siguiente:

“El carácter determinante de la responsabilidad objetiva del Estado que se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución vigente de 1999 constituiría una hipótesis nunca verificable si se vincula la culpa personal del funcionario a la culpa en el servicio para exonerar de responsabilidad al Estado; y aún más, con el mismo criterio de responsabilidad subjetiva que utiliza la sentencia objeto de revisión, resultaría también nunca verificable el presupuesto jurídico previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961 porque justamente es la culpa personal del funcionario (agentes de policía) como variable independiente, lo que hace presumir la culpa en el servicio ya que revela un funcionamiento defectuoso del sistema policial puesto en evidencia, por el solo hecho de que la ocasión, los medios y los instrumentos de la actividad culposa o delictiva del

---

37 SC/TSJ, de fecha 19 de noviembre de 2002, caso: Viuda de Carmona.

funcionario han sido puestos a disposición de los culpables por el servicio público de policía.

...De otra parte, es menester señalar que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 *ejusdem*; razón por la cual, podría el juzgador admitir la acumulación de responsabilidades resultante de un cúmulo de culpas; y hasta de una separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a indemnizar efectivamente a la víctima o sus derechohabientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición”.

De este modo, afirma la Sala Constitucional la existencia de dos sistemas de responsabilidades como lo son el individual por abuso de poder, desviación de poder y por violación a la Constitución y a la ley, como la posibilidad que ambos tipos de responsabilidad confluyan en una misma causa.

La decisión judicial dictada por la Sala Constitucional anuló el fallo y ordenando a la Sala Político Administrativa, a declarar la responsabilidad del Estado por el homicidio del ciudadano Ramón Carmona a manos de funcionarios policiales pertenecientes a la entonces Policía Técnica Judicial.

El estudio del caso de la viuda de Carmona resulta de vital importancia a los fines de determinar de manera efectiva la coexistencia de los tipos de responsabilidad, tanto la individual como la del Estado, por actuación atentatoria a los derechos humanos por parte de los efectivos policiales.

## VII. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DE LA ACTUACIÓN DE LA FUERZAS DE ACCIONES ESPECIALES DE LA POLICÍA NACIONAL BOLIVARIANA

La situación de la violación de los derechos humanos por parte de los cuerpos de seguridad del estado venezolano como una política pública para disminuir los índices de criminalidad en el país es de vieja data.

Basta con hacer un breve recuento histórico para darnos cuentas de la verdad de esta aseveración. Desde la instauración del sistema democrático en el país luego del derrocamiento del General Marcos Pérez Jiménez, se han venido practicando situaciones que pueden catalogarse como violaciones de los derechos humanos cometidas por funcionarios policiales que en principio tienen la misión de velar por el resguardo de la seguridad y de los derechos ciudadanos.

Es así como desde la década de los años 60 y 70, las prácticas atentatorias al derecho a la vida y las vinculadas con las desapariciones forzadas eran comunes en la Venezuela de ese entonces. El argumento fundamental esbozado por los altos funcionarios de los gobiernos de turno para justificar estas prácticas era el de la lucha contra la insurgencia de los grupos radicales de izquierda, luego dicho alegato se fue extendiendo a toda la disidencia política.

Entre los casos más sonados ocurridos durante esas décadas, traídos a colación por López y Hernández citado por Ávila<sup>38</sup>, se encuentran los de Alberto Lovera, asesinado en el año 1965, por funcionarios pertenecientes a la Dirección General de Policía (DIGEPOL), antecesora de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP); Fabricio Ojeda

---

38 Ávila, Keymer. *Uso de la fuerza pública y derecho a la vida en Venezuela*. Serie de investigaciones en derechos humanos N° 1. Provea. Caracas, 2019, p. 31. Disponible en <https://www.derechos.org.ve/informes-especiales>

en el año 1966, quien luego de su detención por parte del Servicio de Información de las Fuerzas Armadas (SIFA) fuese encontrado sin vida en su celda; Jesús Márquez Finol, asesinado el 1 de marzo de 1973, por funcionarios del Servicio de Información de las Fuerzas Armadas (SIFA) y de la Dirección General de Policía (DIGEPOL); y, Jorge Antonio Rodríguez, apresado por funcionarios de la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) el 23 de julio de 1976, por su participación en el secuestro del estadounidense William Frank Niehous, quien para ese entonces ejercía el cargo de Vicepresidente de la empresa Owens-Illinois, luego de ser torturado en la sede del organismo policial fallece el 25 de julio de 1976, la causa de muerte oficial fue un infarto producto de las torturas que sufrió durante su detención.

Tan sólo son algunos de los casos más emblemáticos de homicidios, torturas y desapariciones forzadas realizadas por órganos de seguridad del estado, acaecidos dentro del territorio nacional en las décadas mencionadas.

Aunado a lo anterior, reseña Ávila en una entrevista otorgada al Diario *El Estímulo*, de fecha 26 de agosto de 2016<sup>39</sup>, sobre la actuación de las operaciones practicadas por escuadrones policiales que presuntamente buscan combatir el crimen que: “Estas políticas de mano dura no son una novedad en Venezuela. Ya hay una historia de este tipo de operaciones: El Operativo Oriente de 1965, la Operación Vanguardia en los años 70, y el Plan Unión en los 80. Y las OLP son una continuación de estos planes. Son explosiones bélicas esporádicas, pero no efectivas, agravan los problemas en lugar de disminuirlos”.

Estas políticas públicas atentatorias de los derechos humanos, reflejadas en operativos policiales especiales eran alentadas y toleradas por los gobiernos de turno, encontrando un fundamento en la implantación de dos normas jurídicas, la Ley

---

39 El terror y la sangre de las OLP, Diario *El Estímulo*, acceso el 26 de agosto de 2016, <https://elestimulo.com/climax/el-terror-y-la-sangre-de-las-olp-2/>

de Vagos y Maleantes del año 1956<sup>40</sup>, y el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962<sup>41</sup>.

En relación con la Ley sobre de Vagos y Maleantes, está fue instaurada durante el periodo dictatorial del General Marcos Pérez Jiménez, y permaneció vigente durante 41 años, hasta que mediante la sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de octubre de 1997<sup>42</sup>, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, se declaró con lugar el recurso por inconstitucionalidad en contra de la mencionada norma anulando el texto íntegro de la misma.

El fallo judicial anulatorio de la ley, en una de sus partes hizo referencia a los operativos policiales realizados en la ciudad de Maracaibo durante la vigencia de la norma, apoyándose en el estudio realizado por el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, estableciendo sobre el particular que:

“... fundamentándose en los supuestos legales contenidos en los artículos 1º y 2º de la Ley sobre Vagos y Maleantes, se hicieron en la ciudad de Maracaibo varios operativos de seguridad, catalogándose como: ...”campos propicios para la arbitrariedad y la discrecionalidad policial”. “Nuestra investigación, dice el Profesor Delgado Rosales, pudo establecer que, en la ciudad de Maracaibo, alrededor de 18.000 ciudadanos fueron detenidos en operativos de seguridad en un periodo de tres años.”

---

40 Ley sobre Vagos y Maleantes, publicada en Gaceta Oficial N° 25.129, de fecha 16 de agosto de 1956.

41 Código de Enjuiciamiento Criminal, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 748, de fecha 3 de febrero de 1962.

42 SP/CSJ, de fecha 14 de octubre de 1997, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche.

Aunado a lo anterior, la decisión de la Sala Plena dispuso en el capítulo referente a la violación de los derechos humanos que:

“Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera “ipso jure”, Convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.

En ese sentido, el carácter infamante de la Ley se pone de manifiesto, no sólo en su denominación, sino también en el contenido de varios artículos de su texto, como el artículo 11, que crea establecimientos carcelarios para la reforma moral de los vagos y maleantes”.

...De otra parte, la definición de vago y maleante es tan imprecisa que plantea serias dudas sobre el hecho según el cual, sus disposiciones sean compatibles con el principio de igualdad ante la ley, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

...Existen los informes de instituciones defensoras de los Derechos Humanos. Dichos documentos censuran abiertamente la Ley venezolana sobre Vagos y Maleantes. Son muchas las recomendaciones orientadas a poner fin a su vigencia.

Conviene observar que se ha exhortado al Gobierno venezolano a adoptar e implementar una serie de recomendaciones, a los efectos de reducir las violaciones a los derechos humanos, derivadas de la aplicación de la Ley sobre Vagos y Maleantes”.

Por tanto, la Ley sobre Vagos y Maleantes era contraria a instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, no solamente por la imprecisión en la terminología utilizada para referirse a las personas que presuntamente cometían un delito bajo los parámetros dispuestos en la norma, sino también por las medidas y procedimientos adoptados a lo largo del articulado de la ley.

Como reflejó la decisión judicial, muchos fueron los cuestionamientos realizados por las organizaciones defensoras de los derechos humanos, así como también por destacados juristas como Tulio Chiossone, Ernest Wolf y Rafael Naranjo Ostty, sobre la inconstitucionalidad de la ley y la posibilidad que la misma abría para que los cuerpos policiales cometiesen violaciones a los derechos humanos.

Con relación a la responsabilidad del estado por los hechos acaecidos durante la vigencia de la Ley sobre Vagos y Maleantes, la Sala Político-Administrativa, en fecha 4 de marzo de 2010, con ponencia de la Magistrada Miriam Becerra, declaró procedente la demanda intentada por el ciudadano Ángel Nava y ordenó a la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular de Relaciones Interiores y Justicia indemnizar al referido ciudadano por el daño patrimonial producto de la afectación de su proyecto de vida y de su esfera moral debido a la reclusión por más de dos años en las colonias móviles de El Dorado con fundamento en la anulada norma sin especificar el motivo de su detención<sup>43</sup>.

Es importante acotar que los hechos que originaron la reclamación por parte del ciudadano, se encontraban enmarcados bajo la vigencia de la Constitución de 1961, y su detención en virtud del contenido de la Ley sobre Vagos y Maleantes, como lo estipula el fallo:

---

43 SPA/TSJ, de fecha 4 de marzo de 2010, caso: Ángel Nava.

Adujo el demandante que fue detenido el 12 de julio de 1965 por funcionarios de la Dirección General de Policía (DIGEPOL), sometido a torturas brutales y finalmente trasladado a las Colonias Móviles de El Dorado.

De lo expuesto se deriva que para el momento en que ocurrieron los hechos que originaron la presente demanda, el régimen de responsabilidad de la Administración Pública era el previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961, que disponía: *“En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”*.

Lo que se reconocía, ni más ni menos, era la responsabilidad patrimonial del Estado, solamente cuando esos daños hubieren sido causados por autoridades legítimas de la República o de las demás entidades locales.

... Conforme a lo expuesto y a los recaudos que constan en autos se colige que el actor fue privado de su libertad cuando tenía 29 años y enviado a las Colonias Móviles de El Dorado a través de una actuación irregular de la Administración de aquel entonces y con fundamento en una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por violentar los derechos fundamentales ya mencionados.

En atención a lo expuesto, a juicio de esta Sala Político-Administrativa Accidental en el presente caso se verifican los requisitos concurrentes que determinan la responsabilidad de la República, ya que se ha producido un daño al actor, que es imputable al funcionamiento de la Administración Pública. Así se declara.

La anterior decisión judicial es fundamental para el entender el tema tratado, ya que reconoce la responsabilidad del

estado en aquellos casos de violación a los derechos fundamentales cometida por los funcionarios policiales, siendo que en el supuesto concreto que originó la acción indemnizatoria, el actor fue privado de su libertad el 12 de julio de 1965, por parte de efectivos pertenecientes a la Dirección General de Policía (DIGEPOL), durante un procedimiento de allanamiento llevado a cabo a la oficina del ciudadano Edwin Burguesa, quien presuntamente formaba parte del comité pro libertad del General Marcos Pérez Jiménez.

Posteriormente fue sometido a torturas y maltratos crueles dentro de la sede policial, y fue recluido en las colonias móviles de El Dorado sin haber cometido delito alguno. La medida correccional tipificada en la anulada ley, ordenaba la reclusión del ciudadano por espacio de cinco (5) años siendo dictada por la Prefectura del Departamento Libertador del Distrito Federal (hoy Municipio Libertador del Distrito Capital) y ratificada por el Gobernador del Distrito Federal, figura que para ese entonces era designada por el Presidente de la República, luego fue rebajada a dos (2) años por decisión del Ministro de Relaciones Interiores.

En consecuencia, el fallo dictado por la Sala Político Administrativa en el caso del ciudadano Ángel Nava, es un importante precedente judicial que deberá ser tomado en consideración por todas aquellas víctimas de violación a sus derechos humanos por parte de funcionarios policiales, así como también por parte de los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa, quienes a futuro tendrán en sus manos importantes decisiones vinculadas con el tema de estudio.

Así mismo, una situación similar a la descrita con la Ley sobre Vagos y Maleantes ocurría durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, el cual disponía en sus artículos 374 al 381, el procedimiento en los juicios de responsabilidad que conocen los demás tribunales ordinarios, o comúnmente

conocido como averiguación de nudo hecho, el cual según Ávila<sup>44</sup>, fue un: “mecanismo previo al juicio penal que tenía el propósito legal de resguardar la función pública de denuncias o ataques infundados contra funcionarios presuntamente implicados en delitos”.

La implementación de las normas contenidas en el código en materia de procedimientos penales, traía consigo la impunidad de los delitos cometidos por los funcionarios policiales, siendo una especie de fuero que protegía a los cuerpos de seguridad ante las violaciones que cometían en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos, reconocidos por la Constitución de 1961, vigente para la época, así como los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos.

Es importante acotar que en el informe del Relator de las Naciones Unidas contra la tortura elaborado en el año 1997, señalaba sobre la averiguación de nudo hecho que la misma era un procedimiento: “fundamentalmente percibido como un escudo destinado a proteger a dichos funcionarios de toda responsabilidad real”<sup>45</sup>.

Ciertamente, las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal permitían la completa impunidad por parte de los funcionarios policiales, al gozar estos de una especie de prerrogativa contenida en la norma, que en definitiva hacía prácticamente imposible el enjuiciamiento de los agentes prestos a la actividad de policía.

Otro antecedente de relevancia acaecido en fechas más recientes es la creación de la Operación de Liberación del Pueblo (OLP), por parte del ciudadano Nicolás Maduro en el

---

44 Ávila, Keymer. *Uso de la fuerza pública y derecho a la vida en Venezuela*. Ob. Cit p, 32.

45 Informe especial: Estado de derecho sin fronteras. Una década de impunidad en Venezuela, elaborado por Provea. Caracas, 1999, p. 6.

año 2015, quien en alocución pública justificó su puesta en marcha al referirse sobre el intento de instauración en el país del narcotráfico y el paramilitarismo colombiano, teniendo la firme convicción de derrotarlo y desmontarlo con la activación de dicha operación policial militar.

Según el informe anual emitido por el Ministerio Público en el año 2015, este órgano registró 245 personas fallecidas en el contexto de la OLP<sup>46</sup>, indicando que los estados con mayores cifras de homicidios por la intervención de la OLP fueron Carabobo con 84, Bolívar con 49, Caracas con 27, Miranda con 13, y Falcón con 12.

Ahora bien, en el marco de la responsabilidad individual en materia penal de los funcionarios policiales por violación a los derechos humanos, el informe del Ministerio Público indica que fueron imputados 1.312, acusaron a 959, y realizaron 13.911 actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, señalando que de esas acciones 77 fueron juicios y 50 fueron ordenes de aprehensión.

Sin embargo, el informe elaborado por el Ministerio Público no indica cuantas sentencias condenatorias emitieron los tribunales penales en los casos de los funcionarios policiales que actuaron durante la Operación de Liberación del Pueblo, ni mucho menos se indica si las víctimas de violaciones a sus derechos humanos por parte de los cuerpos policiales del estado fueron debidamente indemnizadas conforme lo dispone las normas constitucionales que rigen la materia.

Así mismo, desde el año 2015 hasta el 2017, se registra un total de 505 ciudadanos a los cuales se les violento el derecho a

---

46 Fuente: Transparencia Venezuela, disponible en <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2016/07/Informe-Anual-2015-fiscalia.pdf>

la vida durante la práctica inconstitucional de la Operación de Liberación del Pueblo<sup>47</sup>.

La Operación de Liberación del Pueblo, es el antecedente más cercano que se tiene antes de la creación de la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana.

En cuanto a ese organismo, el mismo fue activado en fecha 14 de julio de 2017, por el ciudadano Nicolás Maduro en un acto público transmitido por Venezolana de Televisión. En el discurso pronunciado tenía una clara intencionalidad belicista al indicar que el grupo tiene la intención de “combatir el crimen organizado y el terrorismo”<sup>48</sup>.

Ahora bien, su conformación encuentra su fundamento legal en lo dispuesto en el artículo 39, numeral 4 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, el cual dispone como una atribución exclusiva de la Policía Nacional Bolivariana, la creación de grupos o unidades tácticas de conformidad con el reglamento que rige la materia.

A pesar de ello, desde la fecha de su activación hasta la actualidad muchos han sido los casos en que la Fuerza de Acciones Especiales ha incurrido en violaciones de los derechos humanos, en especial del derecho a la vida consagrado en el artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin que el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia o los órganos que forman parte del Poder Ejecutivo, actúen en el cumplimiento de su mandato constitucional de proteger a los ciudadanos y de indemnizarlos por las violaciones en sus derechos fundamentales.

---

47 Actuaciones del Ministerio Público relacionadas con las OLP en Venezuela (julio 2015 - marzo 2017), disponible en <https://www.lortega.diaz.com/wp/wp-content/uploads/2017/10/Folleto-OLP-2017.pdf>

48 Alocución de fecha 14 de julio de 2017, [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=263&v=Egeg1TIR5oE](https://www.youtube.com/watch?time_continue=263&v=Egeg1TIR5oE)

Desde el año 2017, las cifras de personas fallecidas a manos de los órganos de seguridad del Estado ascienden a la cantidad de 4.998 ciudadanos a quienes se les ha violentado sus derechos humanos sin reparación alguna, según información aportada por Keymer Ávila directivo de la ONG Provea, en entrevista otorgada a Caracas Chronicles<sup>49</sup>.

En el año 2018, la cantidad de fallecidos a manos de los distintos cuerpos de seguridad del estado aumentó en proporción al año anterior a 5.287, según cifras aportadas por el gobierno nacional reflejadas en el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela<sup>50</sup>, sin embargo, la organización no gubernamental Observatorio Venezolano de la Violencia (OVV), registró un total de 7.523 muertes violentas producto de la actuación de los organismos policiales, es decir, entre las cifras oficiales y la aportada por la OVV existe una disparidad.

El informe antes mencionado denota su preocupación en cuanto al uso que el estado venezolano pueda estar dándole al grupo FAES, utilizándolo como un medio de represión para infundir miedo en la población y como un mecanismo de control social.

De igual forma, según el informe anual de Provea del año 2018<sup>51</sup>, la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacio-

---

49 Conoce a la FAES: Los escuadrones de la muerte de la policía bolivariana lideran la represión contra los manifestantes, *Caracas Chronicles*, de fecha 27 de enero de 2017. <https://www.caracaschronicles.com/2019/01/27/meet-faes-the-bolivarian-police-death-squads-leading-repression-against-protesters/>

50 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, pp. 11-12, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>

51 Informe anual 2018 elaborado por Provea, disponible en: <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/18Vida-4.pdf>

nal Bolivariana, son responsables del homicidio de al menos 205 ciudadanos entre los meses de enero a diciembre de 2018, sin embargo, la organización no gubernamental admite que probablemente el estudio no revele la totalidad de casos debido a la falta de medios independientes de comunicación social y del miedo de las víctimas en denunciar los hechos.

Es importante resaltar que, a inicios del año 2018, se suscitó un caso que conmocionó a la opinión pública, como lo fue el del piloto del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) Oscar Pérez, conocido este hecho como “La Masacre del Junquito”.

El grupo liderado por Pérez busco refugio en un chalet, al encontrarse acorralado por las fuerzas de seguridad del Estado comienza a difundir mensajes por las redes sociales, indicando que se quiere entregar y pide el alto al fuego por parte de los funcionarios policiales y militares de los distintos componentes del orden público, sin embargo, estos hacen caso omiso a las peticiones del piloto actuando con un uso desproporcionado de la fuerza al utilizar armamento bélico como lanzacohetes y granadas, dándole finalmente muerte a Pérez y a otras ocho personas.

A pesar de lo notorio que resultó ser el caso de Oscar Pérez, el Estado venezolano, no ha indemnizado en modo alguno a sus familiares, es decir, no han dado cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Continuando con el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en los puntos 48, 49, 51 y 52, resaltó las coincidencias en las entrevistas realizadas a los familiares de veinte (20) hombres jóvenes asesinados por la acción del grupo FAES, en el periodo comprendidos desde el mes de junio de 2018 a abril de 2019, todos los casos describieron un modus operandi similar, así como, la docu-

mentación de seis (6) casos de ejecuciones extrajudiciales por motivos políticos, a saber:

“48... Las FAES llegarían en camionetas negras sin placas de matrícula y bloquearían los puntos de acceso en la zona. Vestían de negro, sin ninguna identificación personal, con pasamontañas cubriendo sus rostros. También llevarían armas largas. Las familias de las víctimas describieron cómo las FAES irrumpieron en sus hogares, se apoderaron de sus pertenencias y ejercieron violencia de género contra las mujeres y las niñas, incluyendo la desnudez forzada. Las FAES separarían a los hombres jóvenes de otros miembros de la familia antes de dispararles. Según sus familiares, casi todas las víctimas habían recibido uno o más disparos en el tórax.

49. En cada caso, las personas testigos reportaron cómo las FAES manipularon la escena del crimen y las pruebas. Habrían plantado armas y drogas y habrían disparado sus armas contra las paredes o en el aire para insinuar un enfrentamiento y demostrar que la víctima se habría “resistido a la autoridad”. En muchos casos, las FAES llevaron a las víctimas al hospital, aunque éstas ya estaban muertas, aparentemente con el propósito de manipular los cuerpos y modificar la escena del crimen. En algunos casos, las autoridades declararon que las víctimas eran delincuentes antes de que hubiese concluido la correspondiente investigación oficial.

51. Habida cuenta del perfil de las víctimas, el modus operandi de las operaciones de seguridad y el hecho de que con frecuencia las FAES mantienen una presencia en las comunidades después de concluida la operación, al ACNUDH le preocupa que las autoridades puedan estar utilizando a las FAES y a otras fuerzas

de seguridad como instrumento para infundir miedo a la población y mantener el control social.

52. Además, el ACNUDH documentó los casos de seis hombres jóvenes ejecutados por las FAES en represalia por su papel en las protestas antigubernamentales en 2019. Estas ejecuciones extrajudiciales tuvieron lugar durante allanamientos ilegales de domicilios después de las manifestaciones y siguieron el mismo modus operandi descrito anteriormente."

Sobre el particular, la actuación del FAES es contraria a lo dispuesto en los artículos 29, 43, 49 y 139 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al accionar en clara violación al derecho a la vida, la dignidad de las personas, al infringir tratos crueles, inhumanos y degradantes en contra de la víctima y de su núcleo familiar, y por supuesto, por ir en contra del debido proceso, por lo que los funcionarios actuantes mediante esos inconstitucionales operativos incurren en responsabilidad individual en el ejercicio de la función pública.

Dicha actuación también es contraria a lo dispuesto en el artículo 119 de Código Orgánico Procesal Penal, en relación con las reglas de actuación policial, en virtud que actúan bajo un uso desproporcionado de la fuerza al realizar el disparo en el tórax; utilizan armas largas durante la operación policial; infringen actos crueles, inhumanos y degradantes en contra de los familiares del género femenino de las víctimas llegando incluso a forzarlas a desprenderse de su vestimenta personal; no se identifican plenamente llegando los funcionarios policiales con pasamontañas que cubren plenamente sus rostros; y, tampoco informan a la víctima de los presuntos delitos que son culpados.

Como corolario de lo anterior, los funcionarios policiales al servicio de la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana, infringen lo dispuesto en el decreto n°

2.654 referido a las normas básicas de actuación de los servidores y servidoras públicas en materia de derechos humanos<sup>52</sup>, dictadas en el año 2017, la cual tiene como finalidad establecer principios y criterios de obligatorio cumplimiento para las personas que ejercen la función pública, incluidos los que están prestos al servicio de policía, por lo tanto, los miembros del FAES, al actuar de la manera descrita en el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, contradicen los postulados referidos al respeto, garantía y protección de los derechos humanos estipulados en el decreto presidencial.

El numeral 8, del artículo 3 de las normas básicas de actuación en materia de derechos humanos, dispone una prohibición para los funcionarios públicos de ordenar, tolerar, realizar, admitir o promover amenazas o violaciones de los derechos humanos, indicando la consecuencia jurídica en el caso de infracción siendo que incurren en responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria conforme a la ley.

Todo lo antes descrito indica que los funcionarios policiales adscritos al FAES, incurren en responsabilidad penal por su desproporcionado accionar en las operaciones descritas. Distintos tipos penales pueden ser imputados por el Ministerio Público a los miembros del FAES como lo son por ejemplo el homicidio, las torturas, la desaparición forzada, la violencia de género, tan sólo por mencionar algunos delitos regulados en el Código Penal como en diversas leyes penales especiales.

El informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señala que de acuerdo a las cifras aportadas por el gobierno nacional, para el mes junio de 2019, tan sólo cinco miembros de la Fuerza de Acciones Especiales

---

52 Decreto N° 2.654, que establece las Normas básicas de actuación de los Servidores y Servidoras Públicas en materia de Derechos Humanos, de fecha 6 de enero de 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 41.069, de fecha 6 de enero de 2017.

de la Policía Nacional Bolivariana habían sido condenados por homicidio, uso indebido de arma orgánica y simulación de hecho punible, por hechos ocurridos en 2018, además, se refleja en el trabajo realizada por la funcionaria de Naciones Unidas que 388 miembros del FAES están siendo investigados por los delitos de homicidio, trato cruel y violación de domicilio cometidos entre 2017 y 2019.

Sin embargo, reconoce más adelante en relación con la actuación del Ministerio Público que este ha incumplido con regularidad su obligación de investigar y llevar a juicio a las personas responsables de los hechos y el Defensor del Pueblo ha guardado silencio ante las violaciones de los derechos humanos.

Este reconocimiento hecho por las Naciones Unidas constituye una violación a lo preceptuado en el artículo 29 constitucional relacionado con la obligación de los órganos del Estado de investigar y sancionar los delitos cometidos contra los derechos humanos por sus autoridades, es decir, tanto el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, como los órganos del Poder Judicial, son responsables patrimonialmente por la omisión en el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, en el caso de la actuación de los funcionarios policiales adscritos al FAES.

Así mismo, los funcionarios policiales actuantes en las operaciones de ejecuciones extrajudiciales, incurren en responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito conforme a lo establecido en el artículo 1.185 del Código Civil, actuando con intención manifiesta afectando la esfera patrimonial de las víctimas, pudiendo con su inconstitucional accionar causar un daño moral y generar también un lucro cesante que recae sobre los familiares sobrevivientes de la persona ajusticiada, en consecuencia, deben resarcir el daño realizando la respectiva indemnización.

De igual forma, los funcionarios del FAES incurrirán en causales de destitución regulados en los numerales 2, 6 y 9 del artículo 97 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, tienen una responsabilidad disciplinaria.

Los numerales indicados tienen relación con los delitos cometidos en el ejercicio de la función policial por parte de los agentes pertenecientes a la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana que actúan en los procedimientos de ejecuciones extrajudiciales, acaecidos en el país desde el año 2016, momento en el cual es creado el grupo especial.

Es decir, que incurrirán en responsabilidad disciplinaria, y son sujetos a un procedimiento administrativo de destitución cuando cometen un hecho delictivo, como lo por ejemplo un homicidio, utilizando un uso desproporcionado de la fuerza, abusando de su poder e intimidando a las víctimas y sus familiares, así como, con su accionar causan daños a la integridad física bajo actos de torturas y de violencia física y psicológica, ejecutando ordenes que comportan la violación de los derechos humanos de los ajusticiados y las personas con un vínculo familiar que le sobreviven, derechos estos reconocidos y garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como en los tratados sobre la materia suscritos y ratificados por la nación.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, los funcionarios policiales pertenecientes al FAES incurrirán en este tipo de responsabilidad individual cuando se encuentren incurso en alguno de los supuestos generadores establecidos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, o cuando con su accionar generen un daño patrimonial a los órganos y entes públicos descritos en el artículo 9 de la referida norma.

En base a todo lo anterior, los funcionarios policiales adscritos a la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional

Bolivariana cuando actúan en los operativos que tienen como finalidad una ejecución extrajudicial incurrir en responsabilidad individual por violación a los derechos humanos según lo dispone el artículo 139 del texto fundamental.

Lo anterior no obstaculiza la posibilidad que tienen las víctimas de las violaciones de los derechos humanos de solicitar el resarcimiento patrimonial al Estado, basando su pretensión en el contenido de los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, en el informe presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas en el año 2019, indica en el punto 54 que: “La mayoría de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos señaladas en el presente informe no han tenido un acceso efectivo a la justicia y a una reparación adecuada...”.

Adicionalmente, señala en el punto 59 sobre las indemnizaciones otorgadas por la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública creada el 8 de agosto de 2017 por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, que la misma: “... ha concedido indemnizaciones monetarias y ha proporcionado asistencia jurídica, psicológica, médica y medidas de protección social a 107 familiares de 50 víctimas que murieron durante las protestas de 2017. Sin embargo, en ausencia de un proceso imparcial de búsqueda de la verdad, justicia y reparación, las familias entrevistadas por el ACNUDH consideran el apoyo financiero como un intento de comprar su silencio...”.

Indica el informe que la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que la comisión de la ANC no cumple con los estándares internacionales relativos a las comisiones de la verdad.

Si bien es cierto que las indemnizaciones otorgadas por la ANC se enmarcan en las manifestaciones acontecidas en

el año 2017, en donde funcionarios del orden público violaron derechos constitucionales en acciones represivas con un uso desproporcionado de la fuerza en contra de los manifestantes, donde fallecieron más de cien (100) ciudadanos a manos de los órganos de seguridad del estado, y no están fundamentadas esas reparaciones patrimoniales en los casos de ejecuciones extrajudiciales realizadas por los funcionarios policiales del FAES, no es menos cierto que es un punto interesante de discusión dentro de la esfera de competencias constitucionales y legales que disponen los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En el caso concreto de la responsabilidad del Estado, le corresponde a los órganos que componen la jurisdicción contencioso administrativa condenar al pago de sumas de dinero y la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, por lo tanto, las indemnizaciones otorgadas por violación de los derechos humanos deben ser acordadas mediante un procedimiento judicial contradictorio en donde las partes puedan debatir sus argumentos, bajo todas las garantías que ofrece el debido proceso, y en ningún caso puede ser otorgados resarcimientos patrimoniales por órganos que no ostentan la competencia constitucional y legal para tal fin.

La ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, tiene la competencia según el artículo 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y de redactar una nueva Constitución, no de realizar indemnizaciones discrecionales a víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud que esa facultad resarcitoria le compete a los órganos del Poder Judicial, y en materia de responsabilidad del Estado, a los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con el artículo 259 del texto constitucional, así como por lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por lo tanto, nos encontramos frente a un supuesto de usurpación de autoridad, teniendo la indefectible consecuencia que los actos dictados en contravención a la norma son nulos conforme lo dispone el artículo 138 constitucional.

En relación con los requisitos para hacer efectiva la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha sido conteste en mencionar estos supuestos de procedencia en diversos fallos judiciales, pudiendo resumirse los mismos en: a) un daño originado al particular en su esfera patrimonial, b) que el daño sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento normal o anormal, y c) que exista una relación de causalidad entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por tal hecho<sup>53</sup>.

La actuación de los funcionarios policiales pertenecientes al grupo FAES, pueden enmarcarse dentro de estos requisitos de procedencia, teniendo la representación judicial de la víctima que probar la existencia de cada uno de los supuestos en el caso concreto.

Sobre el daño patrimonial, las normas de derecho público en especial las contenidas en los artículos 30 y 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente a la obligación del estado de indemnizar a las víctimas de violación a los derechos humanos, y la responsabilidad del Estado, sirven de fundamento para alegar la existencia de un daño en la esfera de los bienes y derechos de los particulares.

Es así que la jurisprudencia nacional se ha apartado de la tesis por la cual el basamento jurídico del daño es efectuado arguyendo a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, específicamente los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil. En concreto la sentencia de la Sala Político Admi-

---

53 SPA/TSJ, caso: Ángel Nava.

nistrativa del Tribunal Supremo de Justicia recaída en el caso: Compañía Anónima de Electricidad de Occidente<sup>54</sup>, dispone:

“... en torno al fundamento jurídico indicado por el demandante conviene recordar que esta Sala ha advertido en anteriores oportunidades que a la luz de la Constitución vigente queda establecida de una manera expresa y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad, por lo que no es imprescindible invocar las normas del Código Civil, ya que la referida responsabilidad se infiere principalmente de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 3, 21, 30, 133, 140, 259 y 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La afirmación esbozada por la Sala Político Administrativa encuentra justificación en el hecho de que la responsabilidad civil atiende a relaciones intersubjetivas entre particulares cuyas reglas no pueden ser aplicadas a los órganos y entes públicos, en virtud que estos gozan de potestades públicas, y detentan unos determinados privilegios que son completamente ajenos al ámbito privado por ser los garantes del interés general<sup>55</sup>.

En cuanto a la imputación del daño al funcionamiento normal o anormal del Estado, en el caso concreto de las operaciones de ejecuciones extrajudiciales por parte de los funcionarios policiales de la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana, el actuar del servicio policial es atentatorio a los derechos humanos de las víctimas, como también a los fines que persigue el servicio público de policía dispuestos

---

54 SPA/TSJ N° 00850, de fecha 11 de junio de 2003, caso: Compañía Anónima Electricidad de Occidente.

55 Badell Madrid, Rafael. *La Responsabilidad del Estado en la nueva Constitución*. Ob. Cit., disponible en <https://www.badellgrau.com/?pag=68&ct=1492>

en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional.

En consecuencia, el actuar del grupo FAES durante esas operaciones constituye un funcionamiento anormal de la Administración Pública, que es violatoria de los derechos humanos de los individuos, teniendo el Estado la obligación constitucional de realizar reparaciones patrimoniales a los afectados por la actividad desplegada completamente apartada de los postulados constitucionales y legales.

Sobre el último requisito de procedencia de la responsabilidad del Estado, correspondiente al nexo causal, o lo que es igual decir, la vinculación entre el daño y el órgano o ente público estatal, encuentra sentido en la propia acción desplegada por los funcionarios policiales, quienes utilizan los implementos proveídos por el estado, tales como armamentos, vehículos y uniformes, basando su actuación en el hecho de ser prestadores del servicio de policía, haciendo un uso desproporcionado de la fuerza con la finalidad de lograr su cometido, la ejecución extrajudicial de las personas indiciadas en cometer presuntos delitos, sin el cumplimiento de las garantías que conlleva el debido proceso, así como también el ajusticiamiento de personas que no han sido acusados por los órganos competentes de atentar contra algún derecho individual o un bien patrimonial.

Como lo reflejan el informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y los datos aportados por las organizaciones no gubernamentales protectoras de los derechos fundamentales, la actuación de los funcionarios policiales adscritos a la Fuerza de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana, constituyen ejecuciones extrajudiciales que afectan el derecho a la vida de los ciudadanos.

De esta forma, vemos como la responsabilidad individual en el ejercicio de la función pública consagrada en el artículo 139 del texto constitucional, no se encuentra reñida en modo

alguno con la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos regulada en la disposición 30 y 140 de la carta magna.

Ambos tipos de responsabilidades, tanto la individual como la estatal, pueden confluir en los casos de las actuaciones inconstitucionales desplegadas por los funcionarios policiales del FAES, puesto que las dos tratan sobre supuestos distintos perfectamente aplicables en el supuesto concreto, encontrando armonía un régimen con el otro.

# NOTAS SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

**Juan Andrés Miralles Quintero**

*Abogado*

*Resumen: El autor efectúa un análisis de las diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han interpretado la aplicación del debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios, así como en los procedimientos administrativos en general.*

*Palabras clave: Debido proceso. Procedimiento administrativo sancionatorio.*

*Summary: The author carries out an analysis of the decisions in which the Inter-American Court of Human Rights has interpreted the applicability of due process in administrative sanctioning procedures, as well as administrative procedures in general.*

*Keywords: Due process. Administrative sanctioning procedure.*

Recibido: 29 de junio de 2020    Aceptado: 22 de julio de 2020

---

1 Especial agradecimiento a mi colega y amigo Gabriel Ortiz Crespo, por haberme ayudado con la investigación y revisión final de este trabajo.



## SUMARIO

### Introducción

- I. Concepto, contenido y alcance del debido proceso.
- II. Garantías generales del debido proceso y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios.
- III. Garantías mínimas del debido proceso y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios.
- IV. Breve referencia al control de la convencionalidad y su importancia en la materia.

### Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

Los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos reconocen la garantía del debido proceso como derecho inherente a toda persona e inviolable durante la tramitación de cualquier proceso. Particularmente, a nivel regional, la Convención Americana de los Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH”)<sup>2</sup> reconoce en su artículo 8 dicho derecho.

---

2 La CADH fue ratificada por Venezuela en el año 1977, mediante la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Gaceta Oficial N° 31.256 de fecha 14 de junio de 1977), luego ratificada internacionalmente, en fecha 08 de septiembre de ese mismo año, a través del depósito del instrumento en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sin embargo, el 10 de septiembre de 2012, el entonces Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, actuando por órdenes directas del expresidente Hugo Chávez Frías, presentó ante la Secretaría General de la OEA, la denuncia de la CADH, mediante la nota oficial diplomática N° 000125 del Despacho de ese Ministerio. No obstante, la misma fue realizada en franca violación a las normas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que la hace nula y carente de validez alguna. Sobre este tema, véase Carlos Ayala Corao, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 43-79. Igualmente, véase Alberto Blanco-Urbe Quintero, “La denuncia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el retiro

No obstante, la redacción del referido artículo y su literalidad parecieran indicar que el debido proceso únicamente rige para aquellos procesos llevados ante un juez, quedando excluidos los procedimientos administrativos, incluidos los de naturaleza sancionatoria.

Empero, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en lo sucesivo “Corte IDH”)<sup>3</sup>, como institución judicial autónoma encargada de la aplicación e interpretación de la CADH, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este artículo y su aplicabilidad a otros procesos distintos a los judiciales, tales como los procedimientos administrativos sancionatorios. En este sentido, consideramos de suma importancia referirnos a los criterios jurisprudenciales que ha establecido la Corte IDH, haciendo la advertencia de que han sido pocas las oportunidades en las que la referida Corte ha podido pronunciarse acerca del tema.

En este sentido, el presente escrito versara sobre los criterios jurisprudenciales que la Corte IDH ha establecido en relación al concepto, contenido y alcance del debido proceso establecido en la CADH, sobre las garantías generales y mínimas que componen al derecho al debido proceso y su aplicación a los procedimientos administrativos sancionatorios, así como haremos una breve referencia al control de la convencionalidad, para luego concluir con unas breves conclusiones de nuestra parte sobre el tratamiento que la Corte IDH le ha dado a dicho tema.

---

de la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de la ética y del derecho”, en *Revista de Derecho Público* N° 129 (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 7-25.

3 La Corte IDH es un órgano judicial autónomo creado por la propia CADH, encargado de interpretar y aplicar dicha Convención, y el cual ejerce su jurisdicción por medio de la competencia consultiva o contenciosa que la propia CADH le atribuye. la competencia contenciosa sólo puede ser ejercida por la Corte IDH respecto a los Estados del continente americano que han aceptado someterse a su jurisdicción (artículo 62 de la CADH).

## I. CONCEPTO, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso, o “debido proceso legal” como se conoce en el sistema interamericano, se encuentra reconocido expresamente en el artículo 8 de la CADH. Dicho artículo, establece lo siguiente:

- “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
  
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
  - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
  
  - b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
  
  - c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
  
  - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
  4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
  5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Si bien de una lectura inicial del artículo pareciera desprenderse que el debido proceso sólo rige en los procesos judiciales, así como en los de carácter penal, la Corte IDH en diversas decisiones, ha extendido la aplicación y el alcance del mismo a otros ámbitos (administrativo, laboral, disciplinario, entre otros)<sup>4</sup>. En este sentido, la Corte IDH señaló en el caso *Tribu-*

---

4 Es preciso señalar que la primera vez que la Corte IDH sostuvo tal postura fue en la Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. En este sentido, la sentencia del caso Tribunal Constitucional vs. Perú fue la primera decisión de la Corte IDH en respaldar dicho criterio. Sobre dicho criterio, véase Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia

*nal Constitucional vs. Perú* (sentencia del 31 de enero de 2001)<sup>5</sup>, lo siguiente:

“68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier

---

(Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27 y 28.

- 5 Este caso trató sobre la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano por el Congreso de ese mismo país. Ante tal situación, los magistrados interpusieron, respectivamente, acciones de amparo contra las resoluciones de destitución del Congreso. La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró los amparos interpuestos como infundados. Posteriormente, el Tribunal Constitucional peruano confirmó dichas decisiones. Si bien, el caso no se refirió específicamente a los procedimientos administrativos, la Corte IDH formuló la alusión en torno a las consideraciones sobre la compatibilidad del procedimiento de destitución con lo establecido en el artículo 8 de la CADH. Al respecto, véase Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 68 y ss.

tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

Posteriormente, dicho criterio fue reiterado por la Corte IDH en el caso *Ricardo Baena vs. Panamá* (sentencia del 2 de febrero de 2001)<sup>6</sup>, en el cual se hizo mención expresa a la aplicación del debido proceso en los procedimientos administrativos sancionatorios. En dicho caso, la Corte IDH indicó, lo siguiente:

“124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal**”<sup>7</sup>.  
(Resaltado nuestro)

Lo anterior implica que no cabe una interpretación literal y restrictiva del precitado artículo 8 de la CADH, puesto que

---

6 Este caso se refirió al despido de doscientos setenta empleados públicos y dirigentes sindicales del Congreso de Panamá, luego de que habían participado en distintas protestas contra el gobierno, en reclamo de sus derechos laborales. El Gobierno ordenó el despido de dichos trabajadores, con base en la Ley No. 25 del 14 de diciembre de 1990, después de haberlos acusado de participar en manifestaciones y de resultar cómplices de un levantamiento militar. Ante tal situación, el grupo de trabajadores interpuso una serie de recursos administrativos, no obstante, no obtuvieron resultado favorable. Lo interesante, a los efectos del presente trabajo, es que la Corte IDH consideró que el despido de trabajadores públicos constituye tanto un asunto laboral como administrativo, específicamente, de derecho administrativo sancionador, como se verá más adelante.

7 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

el mismo, a criterio de la propia Corte IDH, abarca no sólo a los procesos judiciales, sino a todas las “instancias procesales”, dentro de las cuales se incluyen los procedimientos administrativos, incluidos los de carácter sancionatorio. Así mismo, la Corte IDH fue enfática en señalar que, el respeto al debido proceso de las personas es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, es decir, en aquellos procedimientos mediante los cuales se pretenda imponer una sanción a una determinada persona por la comisión de algún ilícito o infracción administrativa (procesos penales o procedimientos administrativos sancionatorios).

Ahora bien, el precitado artículo 8 de la CADH, establece dos tipos de regímenes del debido proceso, a saber: un régimen general del debido proceso (artículo 8.1) y un régimen particular (artículo 8.2. y numerales 3, 4 y 5). En cuanto al primero de estos regímenes, el artículo 8.1 establece que toda persona tiene derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial, establecido previamente en la Ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones tanto penales como de cualquier otro carácter (laborales, civiles, administrativos, entre otros).

Como se dijo antes, a pesar de la literalidad del artículo, la Corte IDH ha señalado, en reiteradas oportunidades, que el mismo es aplicable a procesos o procedimientos que no se estén ventilando en sede judicial, pues dicho artículo establece los requisitos necesarios para que, en el marco de cualquier proceso o procedimiento, se les garanticen a las personas su derecho a la defensa. En efecto, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* (sentencia de 19 de septiembre de 2006)<sup>8</sup>, la Corte sostuvo lo anteriormente referido, en los siguientes términos:

---

8 El referido caso giró en torno a la solicitud de información que realizó el señor Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, al Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) relativa a un proyecto de industrialización forestal. Dicho Comité negó la solicitud de información, ante lo cual el señor Reyes junto con otras personas presentaron un

**“118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.**

119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención **son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos**, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria<sup>9</sup>. (Resaltado nuestro)

De esta manera, las garantías establecidas en el artículo 8.1 de la CADH, esto es, las relativas al (i) derecho a ser oído, (ii) dentro de un plazo razonable, (iii) por un juez –o funcionario en el caso de los procedimientos administrativos sancionatorios– que sea competente, imparcial e independiente, determinado previamente por la Ley, deben ser observadas en todos los procesos o procedimientos en los cuales los órganos del Estado puedan adoptar decisiones que determinen derechos y obligaciones para las personas, dentro de los cuales caben los procedimientos administrativos sancionatorios.

---

recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Posteriormente, el recurso fue declarado inadmisibile. Lo interesante aquí, es que la Corte analizó si el procedimiento para que un particular obtuviera información de la Administración Pública, estaba o no regido por el debido proceso establecido en el artículo 8 de la CADH. La Corte IDH decidió que sí aplicaba dicho artículo a tal procedimiento.

9 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 1515, párr. 118 y 119.

En efecto, como bien se sabe, en los procedimientos administrativos sancionatorios, la Administración Pública, en ejercicio de la potestad sancionatoria que la Ley le ha conferido previamente, puede adoptar decisiones que determinen derechos y obligaciones respecto de los administrados; las cuales pueden abarcar desde la imposición de deberes y sanciones (v.g. multa y su correspondiente pago) hasta la supresión de una determinada situación antes favorable al particular (v.g. revocatoria o cancelación de permisos, entre otros)<sup>10</sup>.

Así las cosas, la Corte IDH ha establecido de forma pacífica que las garantías generales del debido proceso, establecidas en el artículo 8.1 de la CADH, resultan aplicables en todos los procesos y procedimientos en los que las distintas autoridades públicas puedan adoptar decisiones que incidan en los derechos y determinen obligaciones de las personas, tales como los procedimientos administrativos sancionatorios.

Por otro lado, el artículo 8.2 y el resto de los numerales de la CADH establecen un catálogo de garantías mínimas de los cuales, apelando a la literalidad del artículo, pareciera desprenderse que sólo rigen en los procesos de orden penal, ya que únicamente se refieren al “inculpado” de un delito. Sobre este particular, la Corte IDH en el caso *Ricardo Baena vs. Panamá*<sup>11</sup>,

10 Sobre los procedimientos administrativos sancionatorios véase, en general, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 147 y ss. Así mismo, véase Luciano Parejo Alfonso, “La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el derecho español”, en *Las formas de la actividad administrativa. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Allan Brewer Carías. Funeda, Caracas, 1996, p. 148.

11 En efecto, en el referido caso, la Corte IDH señaló lo siguiente: “106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, pri-

expresó que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador comparten en muchas ocasiones, la misma naturaleza, y debido a ello, no sólo resultan aplicables las garantías mínimas del debido proceso en ambos ámbitos, sino que también debe observarse el principio de legalidad respecto de las sanciones administrativas<sup>12</sup>. Ello permitió a la Corte IDH arribar a la siguiente conclusión:

“125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso enten-

---

tación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”. Al respecto, véase Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 726, párr. 106 y ss. Sobre doctrina general relacionada con el principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionador, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho...*, *ob.cit.*, p. 164.

12 Sobre el principio de legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas, véase Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 287.

dido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

126. **En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.**

**Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.**

127. **Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas**

(...)

129. **La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.**

(...)

131. Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, **este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal**. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso". (Resaltado nuestro)

Posteriormente, dicho criterio fue reiterado por la Corte IDH en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* (sentencia de 6 de febrero de 2001)<sup>13</sup>, en los términos siguientes:

- "103. La Corte ha establecido que, a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y

---

13 Los hechos del referido caso se centraron en Baruch Ivcher Bronstein, ciudadano israelí que había adquirido la ciudadanía peruana por naturalización. El señor Ivcher era propietario mayoritario de un canal de televisión, en el cual se empezaron a transmitir reportajes relacionados con el gobierno del entonces Presidente Alberto Fujimori. Ante tal situación, el Poder Ejecutivo peruano dictó el Decreto Supremo N° 004-97-IN, a través del cual se emitió la Ley de Nacionalidad No. 26574, que establecía, a su vez, la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. Meses después, la nacionalidad peruana del señor Ivcher se dejó sin efecto lo que, a su vez, generó su suspensión como accionista mayoritario del canal de televisión. Posteriormente, se presentaron los recursos pertinentes para cuestionar dichas decisiones, no obstante, estos fueron desestimados. Lo importante, a los efectos del presente trabajo, es que el referido caso versó sobre un procedimiento de cancelación de nacionalidad llevado a cabo por una autoridad administrativa, es decir, un procedimiento administrativo.

obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, **las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.**

104. Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana<sup>14</sup>. (Resaltado nuestro)

Así las cosas, por mucho que en la CADH las garantías del debido proceso estén referidas explícitamente sólo a los procesos penales, la Corte IDH ha reforzado, en diversas oportunidades, la aplicación de las garantías del “debido proceso legal” en los procedimientos administrativos<sup>15</sup>, incluidos los de natu-

---

14 Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 743, párr.103 y 104.

15 Resulta particularmente interesante traer a colación lo señalado por la Corte en su Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica en relación a la aplicación de ciertos artículos de la CADH en un procedimiento administrativo en el cual las personas estén optando por el cambio de nombre a partir de su identidad de género. Sobre la competencia en los procedimientos administrativos, la Corte IDH señaló lo siguiente: “54. Así, entonces y considerando que la Corte ha entendido que lo prescrito en el artículo 8.1 de la Convención es también aplicable a las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales, lo significativo en esta materia, no es tanto si la vía prevista por la legislación nacional para cambiar el nombre es administrativa o judicial, sino que permita que la decisión que proceda al efecto sea adoptada por quién competa, dentro de un plazo razonable y que, en todo caso, se disponga de una instancia judicial donde acudir en contra de la aludida resolución”. Al respecto, véase Corte IDH. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre pareja del mismo sexo (Interpretación

raleza sancionatoria. De tal manera que, indiscutiblemente, las garantías del debido proceso del artículo 8 de la CADH, deben garantizarse en todo procedimiento administrativo, incluidos los de naturaleza sancionatoria. Analicemos pues, las garantías del debido proceso que son aplicables, según la propia Corte, a los procedimientos administrativos sancionatorios.

## II. GARANTÍAS GENERALES DEL DEBIDO PROCESO Y SU APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

Como se mencionó anteriormente, el artículo 8.1 de la CADH, establece un régimen general del debido proceso, según el cual, todas las personas tendrán (i) derecho a ser oídas, (ii) dentro de un plazo razonable, (iii) por un juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad en la Ley. La Corte IDH ha expresado que tal previsión contiene las garantías generales del debido proceso (derecho a ser oído, razonabilidad del plazo y la competencia, independencia e imparcialidad de la autoridad), a las cuales, a su vez, la misma Corte IDH ha añadido por vía jurisprudencial<sup>16</sup>, el derecho a una resolución motivada. Como se señaló antes, la aplicación de tales garantías es extensible a los procedimientos administrativos sancionatorios, razón por la cual, vale la pena que analicemos cada una de éstas, de forma separada.

### 1. Derecho a ser oído en sede administrativa

---

y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 54.

- 16 La primera sentencia que dictó la CIDH en relación a este derecho fue la de fecha 23 de junio de 2005 del caso *Yatama vs. Nicaragua*, en la cual sostuvo lo siguiente: “152. Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”. Al respecto, véase CIDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152.

Toda persona tiene derecho a ser oída en los procedimientos que se llevan a cabo en sede administrativa. Tal afirmación encuentra pleno respaldo, en la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso *Ricardo Baena vs. Panamá* citada anteriormente, así como en otras sentencias dictadas posteriormente, en las que se reiteró dicho criterio. Concretamente, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte IDH sostuvo lo siguiente:

“105. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, **dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos**”<sup>17</sup>. (Resaltado nuestro)

Así pues, la expresión “ser oída por un juez o tribunal competente” debe interpretarse como el derecho que tiene toda persona a ser oída por cualquier autoridad pública (sea judicial o administrativa) capaz de dictar decisiones que puedan afectar los derechos de las personas, dentro de las cuales cabe la Administración Pública cuando ejerce su potestad sancionatoria. Aunado a lo anterior, la Corte IDH precisó, en el caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* (sentencia del 13 de octubre de 2011)<sup>18</sup> el alcance del derecho a ser oído, en los términos siguientes:

“122. El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído esta-

---

17 Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 743, párr. 105.

18 Este caso giró en torno a la disolución y liquidación del Banco de Montevideo, cuyos fondos fueron traspasados al Trade & Commerce Bank en las Islas Caimán, sin haber informado ni consultado previamente a un grupo de ahorristas. Ante tales hechos, los ahorristas solicitaron una audiencia ante la Comisión Asesora, así como interpusieron sendos recursos tanto administrativo como judicial. No obstante, no obtuvieron éxito.

blecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, **ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido**<sup>19</sup>. (Resaltado nuestro)

De tal manera que, el derecho a ser oído comprende tanto un ámbito formal o procesal y un ámbito material. En el ámbito administrativo sancionador, ello se traduce en, por un lado, la celebración de una audiencia previa, en donde se les brinde la oportunidad a los administrados de presentar los alegatos y aportar las pruebas que estimen pertinentes (ámbito procesal y formal) y, por el otro, que el acto administrativo que se dicte satisfaga el fin para el cual fue concebido (ámbito material). En otras palabras, implica que los particulares tengan derecho a argumentar y contradecir los alegatos que la parte contraria, es decir, la Administración, pretenda o pueda sostener, y que el acto administrativo que ponga fin al procedimiento satisfaga o produzca el resultado para el cual fue concebido éste.

Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido que tal derecho, a su vez, se encuentra ligado con otro componente esencial del debido proceso (administrativo), esto es, a la notificación previa del proceso judicial, o en este caso, del procedimiento administrativo sancionatorio al interesado; componente al cual haremos referencia más adelante.

---

19 Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122.

Aunado a lo anterior, la Corte IDH también ha tenido la oportunidad de analizar si la oralidad es necesaria para que se le dé cumplimiento al derecho que tiene toda persona a ser oído en el marco de un proceso, sea judicial, administrativo o de cualquier otra naturaleza. Al respecto, la Corte IDH sostuvo en el caso *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*<sup>20</sup>, que si bien el artículo 8.1, no establece expresamente la oralidad como garantía del debido proceso, en realidad, nada obsta para que la Corte la considere como tal en ciertos procesos<sup>21</sup>. Aunque no se trata de un criterio reiterado, ni la sentencia fue producida en el marco de un caso relacionado con procedimientos administrativos sancionatorios, creemos que dicha sentencia puede servir de referente en la línea jurisprudencial que, eventualmente, la Corte IDH asuma en relación a los procedimientos administrativos, en especial, los de carácter sancionatorio.

## 2. Derecho a un plazo razonable de duración del procedimiento administrativo sancionatorio

La Corte IDH ha sostenido la aplicación de la garantía del plazo razonable a los procedimientos administrativos, en

---

20 El referido caso se refiere a la destitución por parte de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de cinco magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, luego de haber cometido, presuntamente, un error judicial inexcusable. Los magistrados impugnaron dicha decisión a través de una serie de recursos, no obstante, los mismos no fueron exitosos.

21 La Corte IDH sostuvo, concretamente, lo siguiente: "75. Al respecto, la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las "debidas garantías" que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Sin embargo, el representante no ha presentado argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad, como garantía del debido proceso, en el procedimiento disciplinario ante la CFRSJ o en las distintas instancias recursivas". En este mismo sentido, véase Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 1829, párr. 75.

diversas ocasiones. Particularmente, la Corte IDH se pronunció sobre este tema en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (sentencia del 17 de junio de 2005)<sup>22</sup> en los términos siguientes:

“65. Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas en el presente caso, la Corte examinará, en primer término, la existencia formal de un recurso que permita solicitar la reivindicación de tierras indígenas. En segundo término, compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales.

(...)

86. La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo”<sup>23</sup>.

---

22 Este caso estaba relacionado a un procedimiento administrativo de reivindicación de tierras de la comunidad indígena Yakye Axa de Paraguay, en el que la Corte IDH estimó que el plazo de 11 años que duró dicho procedimiento de reivindicación era contrario a la garantía de un plazo razonable.

23 Corte IDH Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie 125, párr. 65 y 86.

En este mismo sentido, para la determinación de la razonabilidad del plazo en que se desarrollan los procesos, la Corte IDH ha señalado reiteradas veces, que se deben en tomar en consideración los siguientes aspectos: (i) la complejidad del asunto que comprende, a su vez, diversos elementos (complejidad de la prueba, pluralidad de sujetos procesales o cantidad de víctimas, tiempo transcurrido desde la violación, características del recurso en la legislación interna, y el contexto en el que ocurrieron los hechos)<sup>24</sup>; (ii) la actividad procesal del interesado, (iii) la conducta de las autoridades públicas, así como (iv) la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso y (v) la realización de un análisis global del caso. Dichos criterios han de ser aplicados concurrentemente, sin embargo, la propia Corte IDH ha considerado que la pertinencia de aplicar esos criterios, específicamente los primeros tres, para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso o procedimiento dependerá de las circunstancias del caso concreto<sup>25</sup>. Lo importante parece radicar entonces, en que los procesos se tramiten prontamente, pues la situación contraría implicaría una afectación al debido proceso de las personas involucradas en el mismo.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la garantía del plazo razonable rige indudablemente en el ámbito administrativo sancionador. En dicho ámbito, dicha garantía se traduce en el deber que tiene la Administración Pública de tramitar y decidir los procedimientos administrativos sancionatorios prontamente, ya que los mismos no pueden demorarse y prolongarse indefinidamente.

### **3. Garantías de competencia, imparcialidad e independencia de la autoridad pública**

---

24 Corte IDH. Caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 158.

25 Corte IDH. Caso de la "*Masacre de Mapiripán*" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 218, y Corte IDH. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 171.

Sobre las garantías relativas a la competencia, imparcialidad e independencia, aplicables en materia administrativa sancionatoria, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido poca y confusa, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de las últimas dos garantías mencionadas. Particularmente, en cuanto a la garantía de competencia en el ámbito administrativo sancionador, la Corte se pronunció al respecto -aunque de manera confusa- en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, antes aludido, en los términos siguientes:

“96. Además, la autoridad que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher resultó ser incompetente. En efecto, como quedó establecido (supra párr. 76.a), el señor Ivcher Bronstein adquirió la nacionalidad peruana a través de una “resolución suprema’ del Presidente” y su título de nacionalidad fue firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores; sin embargo, perdió su nacionalidad como resultado de una “resolución directora’ de la Dirección General de Migraciones y Naturalización”, indudablemente de menor jerarquía que la que le otorgó el derecho correspondiente (supra párr. 76.q), y que por eso mismo no podía privar de efectos al acto del superior. Esto demuestra nuevamente el carácter arbitrario del retiro de la nacionalidad del señor Ivcher, en contravención del artículo 20.3 de la Convención Americana.

(...)

109. Por último, la autoridad que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher era incompetente. **Esta incompetencia no sólo deriva de su carácter subordinado con respecto a la autoridad que emitió el título, sino de la propia letra de la legislación peruana.** Así, el artículo 110 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Proce-

dimientos Administrativos dispone: (...) La nulidad (...) deberá ser declarada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula. Si se tratara de resolución suprema, la nulidad se declarará también por resolución suprema”<sup>26</sup>. (Resaltado nuestro)

De la sentencia antes transcrita, puede desprenderse que la Corte IDH consideró que, en el ámbito administrativo, “autoridad o funcionario competente” se refiere, únicamente a aquél que concedió el derecho invalidado o el superior jerárquico de ésta. En efecto, en la referida sentencia la Corte IDH parece sostener que la emisión de la resolución o acto perjudicial al particular, por parte de una autoridad jerárquicamente inferior al que otorgó el derecho, constituye razón suficiente para considerar que la misma es incompetente. De tal manera que, pareciera que la Corte IDH estableció –aunque de manera confusa– que toda persona tiene derecho a un procedimiento administrativo ante un funcionario competente, entendido éste como aquel funcionario debidamente facultado por la Ley para determinar derechos y obligaciones.

Adicionalmente, en el caso *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela* (sentencia del 22 de junio de 2015)<sup>27</sup> la Corte IDH reiteró que el artículo 8.1 de la CADH

26 Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 96 y 109.

27 Como bien se sabe, este caso estuvo referido a la decisión por parte del Estado venezolano de no renovar la concesión a RCTV. En efecto, desde el año 2000, RCTV le había solicitado a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) la transformación al nuevo régimen jurídico, sin embargo, dicho ente consideró y rechazó la solicitud dos años después. Posteriormente, en enero de 2007, se le comunicó a RCTV la decisión de no renovar la concesión con la cual estaban operando. En ese mismo año, el Tribunal Supremo de Justicia dictó medidas que otorgaban a CONATEL el derecho de uso de los bienes de RCTV, dejando de transmitir en mayo del mismo año. Antes y después del cierre, RCTV había interpuesto varios recursos judiciales (acción de amparo constitucional, recurso contencioso administrativo de nulidad, medidas cautelares innominadas, y oposición

garantiza a las personas que las decisiones deben ser adoptadas por un juez o funcionario competente según la Ley interna y bajo el procedimiento dispuesto para determinar los derechos y obligaciones que se trate, o en el ámbito administrativo sancionador, para imponer sanciones administrativas en el procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria<sup>28</sup>. De esta forma, el principio de legalidad administrativa cobra nuevamente especial relevancia.

En lo que respecta a las garantías de imparcialidad e independencia de las autoridades públicas, tal y como se señaló antes, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido casi inexistente. Ello debido a los pocos casos que ha tenido la Corte IDH, en los cuales el fondo del asunto se refería a un procedimiento administrativo, razón por la cual, la Corte IDH siempre se ha referido a dichas garantías respecto de los jueces o tribunales, más no respecto a funcionarios de la Administración Pública. Si bien pareciera que en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú*, y *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, la Corte IDH se pronunció sobre el tema, lo cierto es que la misma no ha tenido la oportunidad de abordarlo seriamente<sup>29</sup>.

En nuestra opinión, el Derecho Administrativo, está compuesto por ciertos principios generales, entre los cuales se encuentra el principio de autotutela administrativa, que podría, de alguna manera, colisionar con la aplicación de estas dos garantías, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio. Si bien el principio de imparcialidad se reconoce como un principio general en todo procedimiento administra-

---

a las medidas cautelares decretadas por el TSJ), así como acciones penales que fueron desestimadas.

28 Corte IDH. Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 243.

29 Como se vio anteriormente, ambos casos no se refirieron concretamente a procedimientos administrativos sancionatorios, sino a la destitución de ciertos magistrados por parte del Poder Judicial de los respectivos países.

tivo, incluso en leyes administrativas procedimentales de la mayoría de los países<sup>30</sup>, consideramos que el mismo, está muy relativizado y, por tanto, se hace dificultosa su observancia<sup>31</sup>.

Lo cierto es que habrá que ver que establece, específicamente, la Corte IDH en relación a la aplicación de estas garantías respecto de los procedimientos administrativos sancionatorios. Por lo menos, podemos afirmar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los particulares tienen el derecho a que los procedimientos administrativos, incluidos los sancionatorios, sean iniciados, sustanciados y decididos por funcionarios competentes de acuerdo con la Ley<sup>32</sup>.

#### **4. Derecho a la obtención de una resolución motivada**

Como se dijo anteriormente, el artículo 8.1 de la CADH no establece expresamente el derecho a una resolución motivada, sino que el mismo fue añadido y ha sido sostenido reiteradamente por la Corte IDH, por vía jurisprudencial. En este sentido, la primera vez que la Corte IDH se refirió a este derecho fue

---

30 Por ejemplo, en el caso venezolano, la vigente Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) establece, en su artículo 30, que la actividad administrativa deberá desarrollarse "con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad". Igualmente en España, la Ley general en materia de procedimientos administrativos establece causales de recusación para los funcionarios actuantes, a fin de garantizar la imparcialidad.

31 Precisamente por el rol de "juzgador" y "parte" que tiene la Administración Pública en los procedimientos administrativos es que nos resulta difícil comprender como se garantizará la imparcialidad de los funcionarios públicos actuantes en dicho procedimiento. Si bien el establecimiento de causales de recusación e inhibición para los funcionarios parecen ser unos esfuerzos nobles, los mismos son insuficientes para solucionar esta situación. Lamentablemente, un análisis sobre el tema de la imparcialidad de la Administración en los procedimientos administrativos excede el propósito de este trabajo pero, valdría la pena que se reflexione, en un futuro, sobre el mismo. Sobre la imparcialidad en el procedimiento administrativo véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho...*, ob.cit., pp. 405-406.

32 Véase la nota 14 de este trabajo.

mediante la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia del 23 de junio de 2005)<sup>33</sup>, en la que estableció que aquellas decisiones dictadas por órganos internos y que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente motivadas pues, de lo contrario, las mismas constituirían decisiones arbitrarias.

Posteriormente, dicho criterio fue reiterado por la Corte IDH en los casos *Claude Reyes y otros vs. Chile*, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (sentencia del 1 de julio de 2011)<sup>34</sup> y *López Mendoza vs. Venezuela* (sentencia del 1 de septiembre de 2011)<sup>35</sup>. En esta última, la Corte IDH se pronunció explícitamente sobre la motivación de los actos administrativos<sup>36</sup> sancionatorios, en los términos siguientes:

- 33 El referido caso se relaciona con la solicitud de autorización de reconocimiento como partido político que la organización indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) realizó al Estado nicaragüense, a los fines de participar en las elecciones del mes de noviembre de 2000. No obstante, dicha solicitud fue negada y, en consecuencia, el grupo indígena YATAMA no pudo participar en las referidas elecciones.
- 34 Los hechos de este caso se refirieron, concretamente, al despido de la ciudadana Chocrón Chocrón, por parte de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, del cargo de jueza del Juzgado de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. La mencionada ciudadana interpuso los recursos administrativos y judiciales respectivos, sin embargo, no obtuvo éxito. Al respecto, véase CIDH. Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 22728.
- 35 El referido caso giró en torno a las dos sanciones de inhabilitación política impuestas por el Contralor General de la República de Venezuela en contra del ciudadano Leopoldo López Mendoza en el marco de dos procedimientos administrativos sancionatorios.
- 36 Para la Corte IDH, la motivación es “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. Al respecto véase, inter alia, Corte IDH. Caso Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77, y Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr.152). En el ámbito administrativo, la doctrina ha señalado en sentido similar, que la motivación de los actos administrativos constituye “la expresión formal de los motivos, es decir, de las situaciones de hecho o causa de los actos administrativos”. Al respecto, véase Allan R.

- “147. Si bien el Estado alegó “el alto grado de afectación que [la] conducta [del señor López Mendoza] tuvo en los valores de la ética pública y la moral administrativa, así como las nefastas repercusiones que su conducta como funcionario público tuvo en la colectividad” [...], la Corte observa que las decisiones internas no plasmaron con suficiente precisión este tipo de aspectos. El Tribunal considera que, dados los alcances de la restricción al sufragio pasivo implicados en una inhabilitación para ser candidato, el Contralor tenía un deber de motivación explícita de la decisión, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo. El Contralor tenía que desarrollar razones y fundamentos específicos sobre la gravedad y entidad de la falta supuestamente cometida por el señor López Mendoza y sobre la proporcionalidad de la sanción adoptada. Además, la Corte considera que una motivación adecuada para la imposición de la inhabilitación permite verificar que el Contralor ha realizado una evaluación concreta y autónoma, sin remisión a lo determinado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, respecto a los alegatos y evidencia que dieron origen a la declaración de responsabilidad. Sin una motivación adecuada y autónoma, la sanción de inhabilitación para postularse a un cargo de elección popular opera en forma casi automática, a través de un incidente procesal que termina siendo de mero trámite.
148. Finalmente, la Corte ya ha señalado que el señor López Mendoza tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores en los que se rechazaban los argumentos sobre la entidad de las fallas administrativas y

---

Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Octava Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Caracas, 2008, p. 153.

la gravedad de las irregularidades cometidas [...]. Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. **En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.**

149. **En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza**<sup>37</sup>. (Resaltado nuestro)

Así pues, la Corte IDH ha establecido que, la Administración tiene el deber de motivar los actos administrativos que adopte y mediante los cuales pretenda establecer derechos y obligaciones a cargo de las personas, pues de lo contrario, incurría en una violación al debido proceso (administrativo) consagrado en el artículo 8 de la CADH. Igualmente, la Corte IDH sostuvo en la precitada sentencia que, la motivación de los actos administrativos manifiesta a los particulares involucrados en el procedimiento que han sido oídos y, al mismo tiempo,

---

37 Corte IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 147 y ss.

brinda la posibilidad para que éstos recurran de los mismos ante instancias superiores, en caso de que estén disconformes con su contenido o éste no se ajuste al Derecho.

Más recientemente, la Corte IDH en el caso *Flor Freire vs. Ecuador* (sentencia del 31 de agosto de 2016)<sup>38</sup>, reforzó que la motivación en los actos administrativos mediante los cuales se pretendan imponer sanciones administrativas, debe ser cumplida más estrictamente, toda vez que es necesario que se identifiquen plenamente las razones de la sanción.

---

38 Este caso se refirió al procedimiento de información sumaria llevado a cabo en contra del Teniente Flor Freire. Dicho procedimiento constituye, de acuerdo con la legislación peruana, un procedimiento investigativo administrativo. Ahora bien, en dicha sentencia, la CIDH sostuvo, específicamente, lo siguiente: “La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada a la recta administración de justicia, que le garantiza a los ciudadanos el derecho a ser juzgados por las razones que el derecho otorga, a la vez que brinda credibilidad a las decisiones judiciales en una sociedad democrática. En virtud de lo cual las decisiones que adopten los órganos internos de los Estados que puedan afectar derechos humanos deben de estar motivadas, de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que estas han sido oídas en el marco del proceso. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo lo anterior, la Corte ha concluido que el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 del debido proceso. 184. Tratándose de sanciones disciplinarias la exigencia de motivación es mayor que la de cualquier acto administrativo, debido al objeto de un control disciplinario [...] y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las conductas reprochadas tienen la suficiente entidad para justificar que la persona no permanezca en el cargo”. Al respecto, véase Corte IDH. Caso *Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 182 y ss.

Así las cosas, en los procedimientos administrativos sancionatorios, los particulares tienen derecho, no sólo a que los mismos sean iniciados, sustanciados y decididos en un plazo razonable y por un funcionario competente, sino también a que dicha decisión (acto administrativo) esté debidamente motivado y fundamentado, más aún cuando éste imponga sanciones administrativas. Por tanto, la Administración tiene el deber de expresar por escrito, de manera clara y precisa, los motivos que fundamentan o apoyan su decisión mediante la cual impone una sanción administrativa a un determinado particular.

### III. GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO Y SU APLICACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

Como se señaló anteriormente, el artículo 8 de la CADH, establece, en su numeral 2, un catálogo de garantías mínimas que, apelando a la literalidad del artículo, pareciera que rigen únicamente en los procesos penales. No obstante, se ha señalado que la interpretación que ha de dársele a tal disposición, de acuerdo con la propia Corte IDH, ha de ser amplia y, por tanto, la aplicabilidad del artículo 8.2 de la Convención a un procedimiento que no es estrictamente judicial, es posible.

Así mismo, conviene recordar que, de acuerdo a los criterios asentados por la Corte IDH en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú*, *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, e *Ivocher Bronstein vs. Perú*, anteriormente citados, las garantías mínimas establecidos en el mencionado artículo de la CADH respecto de los procesos penales, son aplicables al ámbito administrativo sancionador, por la íntima vinculación que existe entre ambas ramas del Derecho. Ahora bien, antes de entrar en el estudio particularizado de dichas garantías mínimas, queremos precisar que la Corte IDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de cada una de estas garantías en el

ámbito administrativo sancionador. Por ello, los criterios que utilizaremos serán aquellos sostenidos por la Corte IDH en casos relacionados al ámbito penal que, en nuestra opinión, podrían servir de referente para la Corte IDH, cuando ésta se pronuncie al respecto sobre el tema. Analicemos pues, los derechos y garantías mínimas a las que se refiere el mencionado artículo, en el marco de los procedimientos administrativos sancionatorios.

### **1. Derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2.)**

Conforme al artículo 8.2, toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, salvo se pruebe en contrario. Recientemente, la Corte IDH se pronunció sobre dicho derecho, en los términos siguientes:

“190. El derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite su responsabilidad penal conforme a la ley. Por ello, ese derecho puede ser violado tanto por los jueces a cargo del proceso, como por otras autoridades públicas, por lo cual éstas deben ser discretas y prudentes al realizar declaraciones públicas sobre un proceso penal, antes de que la persona haya sido juzgada y condenada”<sup>39</sup>.

Lo anterior, puede ser perfectamente trasladable al ámbito administrativo sancionador y supondría que, todos los administrados se presumen inocentes salvo que la Administración pruebe lo contrario. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio, la Administración tiene la carga de la prueba y, por tanto, no puede emitir un juicio respecto

---

39 Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C No. 334, párr. 190.

de la persona, hasta tanto no se acredite su responsabilidad administrativa de conformidad con lo establecido en la Ley. Sólo a través de un procedimiento administrativo sancionador en el que se pruebe la culpabilidad del administrado, es que la Administración podrá imponerle la sanción administrativa que corresponda.

## **2. Derecho a la defensa (artículo 8.2., incisos a, b, c, d, e, f y g)**

El artículo 8.2 de la CADH establece, en su inciso d), el derecho que tiene toda persona a la defensa, sea personalmente o asistido por un defensor de su elección. La Corte IDH ha indicado que dicho derecho a la defensa engloba, a su vez, otras garantías mínimas establecidas en ese mismo artículo, a saber: el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; el derecho a la notificación previa; el derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; el derecho a ser asistido por un defensor público; así como el derecho a promover pruebas y a no autoinculparse. En este sentido, nos referiremos a cada uno de estos derechos y garantías mínimas por separado y de manera breve.

Sobre el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, en caso de que no comprenda el idioma en el cual se está llevando el proceso respectivo, la Corte IDH ha sostenido que dicho derecho se reconoce para evitar las desigualdades en los procesos<sup>40</sup>. Al ser aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios, aquellos administrados que desconozcan el idioma en que se está desarrollando el respectivo procedimiento, pueden exigir que se les provea un traductor o intérprete. Igualmente, la Corte IDH ha indicado

---

40 Corte IDH. *Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, párr. 119 y 120.

que el extranjero también tiene derecho a ser informado que puede ser asistido por los órganos consulares<sup>41</sup>.

En cuanto al derecho a la comunicación previa y detallada del proceso, ello se traduce, en el ámbito administrativo sancionador, en el derecho que tiene todo particular de ser notificado previamente del procedimiento que se está iniciando en su contra. Sobre este derecho, la Corte IDH sí ha hecho referencia explícita en el marco de los procedimientos administrativos sancionatorios. Particularmente, en el caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala* (sentencia de 3 de mayo de 2016)<sup>42</sup>, la Corte IDH indicó lo siguiente:

“80. (...) Como parte de las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención, el derecho a contar con comunicación previa y detallada de la acusación se aplica tanto en materia penal como en los otros órdenes señalados en el artículo 8.1 de la Convención, a pesar de que la exigencia en los otros órdenes puede ser de otra intensidad o naturaleza. **Ahora bien, cuando se trata de un proceso disciplinario sancionatorio el alcance de esta garantía puede ser entendido de manera diversa, pero en todo caso implica que se ponga en conocimiento del sujeto disciplinable cuales son las conductas infractoras del régimen disciplinario que se le imputan**”<sup>43</sup>. (Resaltado nuestro)

41 Ídem.

42 El mencionado caso se refirió al despido de la ciudadana Olga Maldonado Ordóñez de su cargo de Auxiliar Departamental de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala. Lo interesante aquí es que, la Corte IDH consideró, nuevamente, que el despido de una funcionaria pública es tanto un asunto relacionado no sólo con el ámbito laboral, sino también con el ámbito administrativo sancionatorio. Por tal razón, consideró que las garantías mínimas del debido proceso resultan aplicables a dichos procedimientos también.

43 Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311, párr. 80.

Así las cosas, en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio, dicha garantía implica que se notifique previamente al administrado del procedimiento que está siendo iniciado en su contra, así como se le comunique detalladamente cuáles son las infracciones administrativas que se le imputan.

El artículo 8.2. también reconoce el derecho que tiene todo inculpado a que se le conceda el tiempo suficiente y los medios adecuados para preparar su defensa. Sobre este derecho, la Corte IDH ha indicado que, en el ámbito penal, dicho derecho implica el acceso del inculpado al expediente llevado en su contra, así como el derecho al contradictorio<sup>44</sup>. En el ámbito administrativo sancionatorio, ello supone el derecho que tiene todo administrado de acceder al expediente administrativo respectivo, así como de que se le otorgue la oportunidad de contradecir los argumentos de la parte contraria, es decir, de la Administración. De tal manera que dicho derecho se encuentra ligado con el derecho a ser oído, al que antes aludimos, así como el derecho de notificación previa, ya que, teniendo conocimiento de todos los actos del procedimiento, es que el particular podrá ejercer su derecho a la defensa cabalmente.

Igualmente, el referido artículo 8.2. reconoce el derecho que tiene toda persona a defenderse personalmente, o de ser asistido por un defensor de su elección, en cuyo caso podría comunicarse libre y privadamente con éste. Incluso, se reconoce también el derecho de ser asistido por un defensor público, en caso de que el inculpado no haya elegido un defensor, ni haya decidido defenderse por sí solo. Lo anterior, resulta aplicable también al ámbito administrativo sancionador<sup>45</sup>.

---

44 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 54.

45 En el caso venezolano, la LOPA vigente únicamente establece, en su artículo 2, la posibilidad de que toda persona con interés en dirigir alguna petición a cualquier autoridad administrativa, puede hacerlo por sí mismo o por medio de un representante. Sin embargo, nada se establece en cuanto a los procedimientos administrativos sancionatorios. Por otro

Aunado a lo anterior, el artículo 8.2 de la CADH prevé el derecho de aportar las pruebas que se estimen pertinentes (testigos, expertos, entre otros), así como de no ser obligado a autoinculparse. Sobre este último particular, la Corte IDH ha sostenido reiteradas veces que, en el ámbito penal, se prohíbe la coacción para obtener una confesión o prueba. Lo anterior, creemos que debe observarse también en los procedimientos administrativos sancionatorios, en la medida en que sean aplicables, es decir, que las personas tienen el derecho a no declarar contra sí mismo, ni respecto de sus familiares, así como el derecho a no autoinculparse por haber infringido la Ley administrativa.

### 3. El derecho a recurrir del acto administrativo

Como parte del derecho a la defensa que reconoce la CADH, se encuentra el derecho a recurrir del fallo ante un tribunal superior, o en este caso, del acto administrativo ante el órgano administrativo jerárquicamente superior o ante los tribunales respectivos. Sobre la aplicación de este derecho en el ámbito penal, la Corte IDH se pronunció, recientemente, en los términos siguientes:

---

lado, la defensa pública si ha sido reconocida en sede administrativa, y en algunos procedimientos especiales, por ejemplo la Ley Orgánica de Defensa Pública vigente prevé la figura de defensores públicos con competencia en materia agraria para actuar en los distintos procedimientos administrativos. La ausencia de regulación por parte de la LOPA vigente en materia de procedimientos administrativos sancionatorios y sus graves consecuencias ha sido denunciada por varios autores en la materia. Al respecto, véanse, José Peña Solís, *La potestad sancionadora de la Administración Pública Venezolana*. Colección Estudios Jurídicos N° 10. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, y Miguel Ángel Torrealba Sánchez, "Ideas preliminares para una reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) en materia de procedimiento sancionador", en *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo (BEDA) de la Dirección de Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) N° Especial sobre las II Jornadas de Derecho Administrativo José Araujo Juárez. 35 años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: Revisión y propuestas de reforma*. Caracas, 2018, pp. 9-18.

“113. La Corte se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía (...). Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal”<sup>46</sup>.

Trasladando dicho derecho al ámbito administrativo sancionador, este implicaría, en principio, que todo administrado tiene derecho no sólo de recurrir el acto administrativo mediante el cual se le impuso una sanción ante un órgano jerárquicamente superior al que dictó el mismo, sino también de acudir a los tribunales competentes correspondientes. Sin embargo, la Corte IDH ha precisado que el recurso debe ser ordinario y eficaz para que el órgano superior procure la corrección de la decisión impugnada<sup>47</sup>, y así se evite obstaculizar o limitar la posibilidad de impugnar tales decisiones.

---

46 Corte IDH. *Caso Girón y otro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2019. Serie C No. 390, párr. 113.

47 En este mismo sentido, véanse lo establecido por la Corte IDH en los casos *Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de

De tal manera que, los administrados, en caso de que no estén conformes con el contenido de un acto administrativo sancionatorio o el mismo sea contrario a la Ley, tienen derecho a impugnar el mismo a través de la interposición de un recurso ordinario y eficaz judicial o administrativo, según corresponda en el caso concreto.

#### **4. Garantía del respeto a la cosa juzgada administrativa (artículo 8.4.)**

Finalmente, la CADH reconoce la garantía que tiene todo inculpado que ha sido declarado inocente por sentencia firme, de no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos. Según la Corte IDH, esta garantía, conocida como *non bis in ídem*, busca proteger los derechos de aquellas personas que, ya habiendo sido enjuiciadas por determinados hechos, no vuelvan a serlo<sup>48</sup>.

En el ámbito administrativo sancionador, dicha garantía suele conocerse como “cosa juzgada administrativa” o “cosa decidida administrativamente”<sup>49</sup>, e implica la imposibilidad

---

noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 90; Caso *Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 179.

48 Corte IDH. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

49 Recientemente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 570 del 02 de octubre de 2019 consideró que el término “cosa juzgada administrativa” es inexacto y que resulta más adecuado hacer uso del término “cosa decidida administrativamente”. En tal sentido, la referida Sala señaló lo siguiente: “En las señaladas decisiones estableció también esta Máxima Instancia, que resulta más cónsono en el ámbito de las potestades de la Administración utilizar la expresión “cosa decidida administrativa” o que el acto “causó estado”, en lugar de la mal llamada “cosa juzgada administrativa”. Por lo tanto, para “que pueda haber cosa decidida administrativa, debe mediar una decisión administrativa de carácter definitivo que no haya sido sometida a revocatoria o anulación, en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. Advertido lo anterior, entiende esta Alzada que cuando la accionante alega la violación de la “cosa juzgada adminis-

de que la Administración establezca la responsabilidad administrativa de un particular por unos hechos sobre los cuales ya media una decisión administrativa anterior. Los requisitos para que opere dicha garantía, normalmente, suelen variar dependiendo de la legislación del país respectivo.

#### IV. BREVE REFERENCIA AL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA EN LA MATERIA

Estudiados los criterios de la Corte IDH con relación a la aplicación del debido proceso en el ámbito administrativo sancionador, creemos de suma importancia hacer referencia -aunque sea de manera breve- al llamado control de la convencionalidad. Así pues, y sin ánimo de exhaustividad, podemos decir que el control de la convencionalidad se refiere a la labor que realiza, a nivel internacional, la Corte IDH (control de la convencionalidad externo) y, a nivel nacional, los órganos judiciales de los Estados Parte de la CADH (control de la convencionalidad interno) de análisis de la compatibilidad de las leyes y disposiciones internas con relación a lo previsto en la CADH, así como lo dispuesto por la Corte IDH en su jurisprudencia;

---

trativa”, lo que denuncia es la existencia de un pronunciamiento anterior de la Administración sobre los mismos hechos que ahora se sancionan a través del acto administrativo impugnado, es decir, existe -a criterio de la demandante- lo que la Sala ha denominado en sus sentencias “cosa decidida administrativa”, o violación del principio non bis in idem. En este contexto debe la Sala precisar que el aludido principio se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, conforme al cual la Administración no puede conocer nuevamente un asunto ya decidido de manera definitivamente firme en sede administrativa, constituyendo una de las manifestaciones del derecho al debido proceso y la seguridad jurídica y, a su vez, un límite al ejercicio de la potestad de autotutela de los órganos administrativos, con fundamento en la cual la Administración puede subsanar actos viciados de nulidad y revocar actos por razones de oportunidad y legalidad, siempre que no hayan originado derechos subjetivos, así como corregir errores materiales”.

y su correspondiente aplicación<sup>50</sup>. Aunado a lo anterior, debe precisarse que, según la propia Corte IDH<sup>51</sup>, el primero de estos controles únicamente procede subsidiariamente respecto del segundo, es decir, sólo cuando se determine que, en un caso concreto, los órganos judiciales del Estado Parte no ejercieron su control de la convencionalidad nacional o interno, es que la persona cuyos derechos han sido vulnerados podrá solicitarle a la Corte IDH, el ejercicio del control de la convencionalidad internacional o externo.

Ahora bien, debido a la inconstitucionalidad de la denuncia a la CADH realizada por el Gobierno venezolano, dicha Convención sigue formando parte del bloque de la constitucionalidad en Venezuela por mandato del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo "CRBV")<sup>52</sup>. Lo anterior implica que, no sólo la Convención tiene plena vigencia en el país, sino que las decisiones de la Corte IDH en materia del debido proceso -aun cuando sólo sean vinculantes para las partes en el proceso determinado- deben servir de referencia significativa para los órganos judiciales internos en la resolución de casos, a fin de que se garanticen los derechos de los particulares, siendo posible para éstos acudir ante las instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos.

De este modo, no sólo es importante que el contenido del Derecho interno venezolano sea compatible con la CADH, sino también que los tribunales venezolanos tomen en cuenta los

---

50 Sergio García Ramírez, "Sobre el control de la convencionalidad", en *Revista Pensamiento Constitucional* N° 21, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016, p. 176.

51 Corte IDH. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia del 06 de diciembre de 2001, Serie C, N° 90, párr. 33.

52 Carlos Ayala Corao, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en *Derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002, p. 53.

criterios asentados por la Corte IDH en la materia, aunque la realidad jurídica venezolana demuestre lo contrario<sup>53</sup>.

## CONCLUSIONES

La elaboración del presente trabajo nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Corte IDH ha establecido como criterio definitivo la aplicación conjunta e indiscriminada de los artículos 8.1 y 8.2 referidos al debido proceso respecto a los procedimientos administrativos.
2. La Corte IDH considera, indudablemente, como aplicables a cualquier procedimiento administrativo sancionatorio, las garantías del artículo 8.2 de la CADH, ya que, a criterio de ésta, dicha materia comparte en ocasiones, los principios del derecho penal. No obstante, en lo que respecta a la aplicación de cada garantía por separado a los procedimientos administrativos, la Corte IDH aún no ha tenido la oportunidad de desarrollar suficientemente algunas de éstas, de tal manera que queda la duda si ciertas garantías aplican para procedimientos administrativos distintos a los sancionatorios (v.g. el derecho a ser asistido en un procedimiento administrativo de simple gestión).
3. Se puede afirmar que los criterios de interés para el derecho administrativo sancionador, que ha establecido la Corte abarcan casos relativos a (i) procedimientos administrativos sancionatorios de carácter laboral, así como de inhabilitación política; (ii) procedimien-

---

53 Sobre el desconocimiento del control de la convencionalidad nacional e internacional por los tribunales venezolanos, véase Gabriel Sira Santana, "El control de convencionalidad, los derechos políticos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", en *Revista de Derecho Público* N° 147/148, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 187-204.

tos administrativos disciplinarios de fuerzas armadas o policiales, y (iii) procedimientos de destitución de magistrados por el Poder Judicial, los cuales pueden servir de referencia futura en esta materia. Igualmente, la Corte IDH ha establecido criterios en materia administrativa general y, por tanto, aplicables en el ámbito administrativo sancionador, en casos sobre (iv) procedimientos de reivindicación de tierras de pueblos indígenas, (v) procedimientos administrativos de cancelación de nacionalidad, (vi) procedimientos administrativos de inscripción de candidatos electorales, y (vii) procedimientos administrativos de suministro de información pública.

4. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos administrativos sancionatorios constituye un derecho humano, y por tanto, inviolable en sede administrativa. De tal manera que, la Administración debe respetarlo en todo procedimiento administrativo de carácter sancionatorio, que pretenda iniciar, sustanciar y, eventualmente, decidir.
5. Finalmente, es preciso reiterar que, como consecuencia de la inconstitucionalidad de la denuncia a la CADH realizada por el Estado venezolano, dicha Convención sigue teniendo jerarquía constitucional y plena aplicabilidad en Venezuela por mandato del artículo 23 de la CRBV, por lo que debe ser respetada, así como las decisiones de la Corte IDH en materia del debido proceso servir de referencia y ser tomadas en cuenta por los tribunales venezolanos al momento de resolver las distintas controversias que puedan surgir. En todo caso, la propia CRBV reconoce la garantía del debido proceso en los procedimientos administrativos, y por tanto, dicha garantía tiene plena vigencia y debe ser respetada por la Administración Pública venezolana

en los procedimientos administrativos que pretenda iniciar, sustanciar y decidir.

# LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL EN VENEZUELA

Iván D. Paredes Calderón<sup>1</sup>

*Resumen: El trabajo estudia el principio de participación ciudadana y su recepción en el ámbito del funcionamiento de los órganos de Control Fiscal. Por ello, se hizo un análisis de la normativa legal y sublegal aplicable, así como de la situación actual del precitado principio en ese particular ámbito de actividad.*

*Palabras clave: Control Fiscal. Participación ciudadana. Administración Pública.*

*Summary: The paper studies the principle of citizen participation and its reception in the field of operation of the Fiscal Control. For this reason, was made an analysis of the applicable legal and sub-legal regulation as well as the current situation of the principle under study in that particular field of activity.*

*Keywords: Fiscal Control. Citizen participation. Public Administration.*

Recibido: 6 de julio de 2020    Aceptado: 28 de julio de 2020

---

<sup>1</sup> Abogado, Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor de pre y postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Colaborador en la Revista de Derecho Funcionarial editada por FUNEDA-CIDEP.



## SUMARIO

### Introducción.

- I. La participación ciudadana como principio aplicable a la actividad administrativa.
- II. El principio de participación ciudadana en la Ley Orgánica de Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y su reglamento.
- III. Desarrollo normativo del principio de participación ciudadana a través de las normas dictadas por la Contraloría General de la República.
- IV. La contraloría social, los consejos comunales y su problemática en el ámbito del control fiscal venezolano.

### Conclusión.

## INTRODUCCIÓN

El principio de participación ciudadana, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, adquirió rango constitucional con su consagración en el artículo 141 como elemento fundante y de necesaria observancia para la administración pública. Asimismo, y en razón de tal dispositivo constitucional, fue desarrollado a nivel legal la previsión del principio *in commento* en otros instrumentos, como por ejemplo, en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>2</sup> y en la Ley Orgánica

---

2 En la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001 (G.O N.º 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001) se contempló de forma indirecta a través de varias disposiciones (Art. 5; 6.2 por ejemplo), no obstante, en el artículo 12, titulado “*Principios que rigen la Actividad de la Administración Pública*” no fue incluido. Esta situación cambió con la entrada en vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Administración Pública de 2008 (G.O 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008) así como el Decreto homónimo del 2014 (G.O 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014) en los cuales en sus respectivos artículos 10, titulados idénticamente “*Principios que rigen la actividad de la Administración Pública*”, fue consagrado el principio de participación en forma expresa.

de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (En adelante LOCGRySNCF).

Sobre este último instrumento, debe señalarse que desde la publicación de la Ley respectiva en el año 2001<sup>3</sup>, así como de su reforma parcial publicada en el año 2010<sup>4</sup>, ha habido una expresa consagración de este principio en el ámbito del Control Fiscal, con múltiples implicaciones, trayendo ello consigo la elaboración de múltiples instrumentos de rango sublegal tendentes a desarrollarlo así como la adecuación de la estructura organizativa de los órganos de control fiscal, todo ello a los fines de favorecer el cumplimiento del mismo.

Ante tal situación, es de interés el estudio de la forma a través de la cual ha conseguido aplicabilidad y desarrollo el principio de participación ciudadana en el ámbito del funcionamiento de los órganos de control fiscal en nuestro país, desde el punto de vista del ordenamiento vigente, todo lo cual nos llevará a abordar primeramente, la concepción de los principios como elementos fundantes del orden jurídico y de la participación ciudadana como manifestación de la democratización de la actividad administrativa, para luego, abordar el estudio de su tratamiento en el ámbito del control fiscal y sus implicaciones.

---

3 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001.

4 Ley de reforma parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial N.º 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010.

## I. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO PRINCIPIO APLICABLE A LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

“*Principium est primum*”, nos recuerda el maestro ANTONIO MOLES CAUBET (1974)<sup>5</sup> haciendo referencia a la noción de los principios, rememorando las enseñanzas de los escolásticos, en el sentido de que un principio constituye lo primero que actúa como origen de todo aquello que le sigue. Así, tenemos entonces que en el ámbito del Derecho los principios vienen a constituirse en el fundamento o base del ordenamiento del sistema, siendo que en particular caso del Derecho Público, múltiples principios tienen aplicabilidad, tal y como es el caso del principio de legalidad (Estudiado magistralmente por el precitado maestro), el principio de separación de poderes, el principio de confianza legítima, entre otros.

Ahora bien, en el caso particular de la Administración Pública, tenemos que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se consagró en su artículo 141 la participación ciudadana expresamente como principio fundamental, de la forma que sigue:

*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.*  
(Resaltado propio)

---

5 Moles Caubet, Antonio. *El Principio de Legalidad y sus implicaciones*. Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N.º 3. Caracas. 1974. Pág.9.

Así las cosas, tenemos que de conformidad con la exposición de motivos de la Constitución de 1999<sup>6</sup>, la consagración de estos principios tuvo como objeto cambiar el papel de la Administración Pública en el sentido de posicionarla al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, para evitar así ciertas “prácticas” que tendían a desviar el foco de la Administración a la satisfacción de intereses subalternos, contribuyendo a fomentar la corrupción, la ineficacia y la ineficiencia administrativa.

Sin embargo aún se hace necesario, al menos, delimitar el alcance del principio de participación ciudadana en su aplicación a la administración, lo cual puede efectuarse siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA(1993)<sup>7</sup>, en el sentido de establecer círculos de actuación ciudadana en las funciones de la administración de la forma que sigue:

- Primeramente, tenemos una *actuación orgánica*, caracterizada por la participación del ciudadano, como tal (lo que excluye que participe como funcionario público o político), en organizaciones, sea en corporaciones o en la Administración organizada sobre el modelo típico de la Administración burocrática;
- Una *actuación funcional* en la que el ciudadano actúa en funciones administrativas desde su propia posición privada, sin incorporarse a un órgano administrativo formal, es decir, supone una actuación ciudadana desde lo externo del aparato administrativo, aunque ejerciendo funciones materialmente públicas. Un ejemplo de este caso lo podemos encontrar en la función que cumple el ciudadano al momento en que participa en la consulta pública en el proceso de elaboración de Reglamentos e, inclusive, en la consulta previa a la

---

6 Publicada en la Gaceta Oficial N.º 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

7 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid. 1994. p. 87.

elaboración de planes de urbanismo (Participación en informaciones públicas); cuando el ciudadano ejerce denuncias diversa índole o cuando formula peticiones o propuestas que no supongan una reclamación.

- Una *actuación cooperativa* en la cual el ciudadano se mantiene en su rol de tal, no ejerce funciones materialmente públicas, pero colabora con su actuación privada a la consecución del interés general en el mismo sentido en que la Administración dirige su actividad.

De esta manera, tenemos entonces que el principio de participación ciudadana puede conseguir múltiples manifestaciones dependiendo de la posición que asuma ese ciudadano respecto de la Administración Pública, siendo que en el particular caso de la actividad de los órganos de control fiscal, ello puede materializarse a través de acciones tales como la denuncia propiamente dicha (actuación funcional) y hasta a través de esquemas de “*contraloría social*”, elementos éstos que nos detendremos a analizar más adelante.

## II. EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEY ORGÁNICA DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL Y SU REGLAMENTO

Siguiendo los nuevos parámetros establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el año 2001 fue publicada la LOCGRySNCF, la cual trajo consigo notables cambios en el ámbito del Control Fiscal venezolano, dentro de los cuales, podemos mencionar la inclusión por vez primera del principio de participación ciudadana como elemento de necesaria observancia por parte de la actividad de los órganos de control, todo lo cual ha sido igualmente trasladado a su reforma efectuada en el año 2010, y que tomare-

mos como base para nuestro análisis en razón de encontrarse actualmente vigente.

Así, tenemos que el artículo 6 de la LOCGRySNCF, dispone sobre el particular, lo siguiente:

**Artículo 6.**

*Los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal adoptarán, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, las medidas necesarias para fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública.*

De esta forma, tenemos entonces que el principio de participación ciudadana adquiere relevancia no sólo en lo que corresponde a la Contraloría General de la República, como máximo órgano de control, sino también, respecto de todos los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal, que según el artículo 24 de *ejusdem*, se encuentra conformado por los siguientes órganos:

1. Los órganos de control fiscal indicados en el Artículo 26 de la LOCGRySNCF, y que son, a su vez:
  - La Contraloría General de la República.
  - La Contraloría de los estados, de los distritos, distritos metropolitanos y de los municipios.
  - La Contraloría general de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.
  - Las unidades de auditoría interna de las entidades a que se refiere el Artículo 9, numerales 1 al 11, de la LOCGRySNCF.

2. La Superintendencia Nacional de Auditoría Interna.
3. Las máximas autoridades y los niveles directivos y gerenciales de los órganos y entidades a los que se refieren el Artículo 9, numerales 1 al 11, de la presente ley.
4. Los ciudadanos y ciudadanas, **en el ejercicio de su derecho a la participación en la función de control de la gestión pública.**

Así, y en lo que corresponde a las actividades ejecutadas por estos órganos, tenemos que se encuentran vinculados al principio de participación, tanto por mandato constitucional, como por mandato de la LOCGRySNCF, siendo que incluso ha llegado a dimensionarse a la participación como derecho de los ciudadanos no sólo a participar en la función administrativa, sino en particular, a participar en la específica función de control de la gestión pública, según el artículo 26 numeral 4 de la Ley *ejusdem*, lo cual ha generado como contrapartida el establecimiento al Contralor General como una de sus atribuciones en el numeral 14 del artículo 9, la de fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública.

Ahora bien, un punto de notoria relevancia en este tema, lo constituye la existencia de un capítulo entero en la LOCGRySNCF dedicado a la participación ciudadana, y que corresponde al Capítulo VIII “*De la Participación Ciudadana*”, del Título II “*Del Sistema Nacional de Control Fiscal*”, integrado por los artículos 75 y 76, cuyo contenido es el siguiente:

#### **Artículo 75**

*El Contralor o Contralora General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las normas destinadas a fomentar la participación de los ciudadanos y ciudadanas, haciendo especial énfasis en los siguientes aspectos:*

1. *Atender las iniciativas de la comunidad organizada, en el marco del proceso de participación ciudadana, en el ejercicio de la Contraloría Social o Comunal.*
2. *Ordenar, dirigir, sistematizar y evaluar las denuncias ciudadanas que provengan de las instancias que ejercen la Contraloría Social.*
3. *Facilitar el seguimiento, vigilancia, supervisión y control de la ejecución de los planes realizados por la Unidad de Contraloría Social, de los proyectos comunitarios presentados por los Consejos Comunales o las Comunas.*
4. *Establecer Estrategias de Formación y Promoción de la Participación contralora y ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal.*
5. *Promover mecanismos de control ciudadano en proyectos de alto impacto económico, financiero y social.*
6. *Promover mecanismos para el fomento y ejecución efectiva del control fiscal, con la participación democrática y protagónica de las unidades de contraloría social que forman parte de los consejos comunales o las comunas.*

#### **Artículo 76**

*El Poder Popular, a través de los consejos comunales o las comunas, podrá postular candidatos o candidatas para los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del Artículo 9 de esta Ley.*

Sobre lo anterior, hemos de indicar primeramente que el mandato contenido en el encabezamiento del artículo, relativo a la resolución que ha debido dictar el Contralor General de la República, atinente a las normas destinadas a fomentar la participación ciudadana, tiene su antecedente en la LOCGRyS-NCF de 2001, en la que se formuló dicho mandato en térmi-

nos similares en el homónimo artículo 75. Este mandato fue cumplido a través de la Resolución N.º 01-00-000225 de fecha 20 de agosto de 2007, dictada por Clodosbaldo Russián Uzcátegui quien para entonces se desempeñaba como Contralor General de la República, siendo publicada en la Gaceta Oficial N.º 38.750 de fecha 20 de agosto de 2007.

Por otra parte, es de suma relevancia resaltar que el artículo 75 de la LOCGRySNCF de 2001, a diferencia del mismo artículo de la LOCGRySNCF de 2010, no poseía referencias a la comuna, a los consejos comunales o a la contraloría social, siendo que la derogada regulación se limitaba de la forma siguiente:

#### **Artículo 75**

*El Contralor General de la República mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dictará las normas destinadas a fomentar la participación de los ciudadanos, haciendo especial énfasis en los siguientes aspectos:*

- 1. Atender las iniciativas de la comunidad en el proceso de participación ciudadana en el control fiscal.*
- 2. Ordenar, dirigir, sistematizar y evaluar las denuncias ciudadanas.*
- 3. Establecer estrategias de promoción de la participación ciudadana para coadyuvar a la vigilancia de la gestión fiscal.*
- 4. Promover mecanismos de control ciudadano en proyectos de alto impacto económico, financiero y social.*

Lo anterior, puede conseguir explicación en la propuesta formulada por el fallecido Hugo Chávez y sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, para lo cual se acudió inconstitucionalmente al procedimiento de la “reforma

*constitucional*”, pero que no obstante haber resultado rechazada por el pueblo en fecha 07 de diciembre de 2007<sup>8</sup>, trató de ser implementado forzosamente y de forma encubierta, a través de la reforma o creación de diversos instrumentos legislativos posteriores en los que fueron incluidas las modificaciones rechazadas, todo ello en fraude al vigente texto Constitucional de 1999.

Por su parte, y retomando el tema que nos ocupa, tenemos que en el nivel sublegal encontramos el reglamento<sup>9</sup> de la LOCGRySNCF (en adelante RLOCGRySNCF), el cuales un reglamento superviviente, por cuanto el mismo al ser del año 2009 aún hoy regula y desarrolla materias de la posterior LOCGRySNCF de 2010, en todo aquello en lo que sea compatible. Sin embargo, más allá del señalamiento contenido en su artículo 1 referente a que el mismo desarrollará, entre otras cosas, el principio de participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora, no hay en su contenido algún otro elemento adicional que materialice esa disposición.

Ahora bien, en este grado de análisis, pasamos de seguidas a efectuar algunos comentarios referentes a la participación ciudadana en las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana, antes identificadas, en el entendido que posteriormente, procederemos a efectuar algunas consideraciones sobre la contraloría social, los consejos comunales y su problemática en el ámbito del control fiscal venezolano.

---

8 Para mayor información sobre este particular, Véase: Brewer-Carías, Allan. *“La reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)”*, Colección textos legislativos N.º 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2007.

9 Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 39.240 de fecha 12 de agosto de 2009.

### III. DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA A TRAVÉS DE LAS NORMAS DICTADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

De conformidad con el mandato contenido en el artículo 75 de la LOCGRySNCF de 2001, fue dictada la Resolución N.º01-00-000225 de fecha 20 de agosto de 2007, anteriormente identificada, y que se contrae precisamente a esas *“Normas para fomentar la participación ciudadana”* (En adelante *“las normas”*), aún vigentes, cuyo principal objeto según su artículo 1 es el de fomentar el ejercicio del derecho de los ciudadanos a participar en el control sobre la gestión pública a través de las Oficinas de Atención Ciudadana y de los Órganos de Control Fiscal.

En este sentido, resulta sumamente relevante el imperativo establecido en el artículo 8 de las precitadas normas, en el sentido que se establece el deber que tienen los órganos a que hace referencia la extensa lista contenida en el artículo 9 de la LOCGRySNCF, de suministrar la información que en ejercicio del control sobre la gestión pública, solicite la ciudadanía respecto de los bienes y el gasto de los recursos que integran el patrimonio público cuya administración les corresponde con la descripción y justificación de su utilización y gasto.

Así, tenemos entonces que, en el marco de esta normativa, existe un deber sobre los órganos y entes a que hace referencia el artículo 9 de la LOCGRySNCF, de suministrar la información que sea requerida por la ciudadanía organizada a través de los distintos medios que el ordenamiento jurídico válidamente le habilite. Así, y como correlativo a ello, consideramos que nace un derecho correlativo en favor de la ciudadanía, en el sentido precisamente de materializar el contenido de esa disposición.

Ahora bien, en las normas bajo estudio se establecieron dos (02) instancias a través de las cuales puede hacerse valer

el principio de participación, a saber, por un lado, la Oficina de Atención Ciudadana (Capítulo II) y, por otro, a través de los Órganos de Control Fiscal (Capítulo III), todo lo cual pasamos de seguidas a analizar brevemente.

## **1. La Oficina de Atención Ciudadana**

Esta oficina ha sido concebida como una instancia incluida en la estructura organizativa de los órganos o entes a que hace referencia el artículo 9 de la LOCGRySNCF, y que de conformidad con el artículo 11 de las normas debe estar adscrita a la máxima autoridad del ente u órgano quien, a su vez, deberá otorgarle la autoridad suficiente para poder tramitar de forma efectiva las denuncias y requerimientos que le sean planteados.

Asimismo, se tiene que las funciones de la Oficina de Atención Ciudadana, han quedado delimitadas en el artículo 13 de las normas, de la forma siguiente:

### **Artículo 13.**

*Las máximas autoridades jerárquicas de los organismos y entidades a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, establecerán las funciones de la Oficina de Atención Ciudadana, de conformidad con el ordenamiento jurídico y las presentes Normas.*

*A las Oficinas de Atención Ciudadana les corresponderá, fundamentalmente:*

- 1. Atender, orientar y asesorar a los ciudadanos que acudan a solicitar información, requerir documentos o interponer denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones.*
- 2. Informar a la ciudadanía sobre la utilización de los recursos que integran el patrimonio público del ente u organismo, a*

*través de un Informe, de fácil manejo y comprensión, que se publicará trimestralmente y se pondrá a disposición de cualquier persona.*

3. *Poner a disposición de la ciudadanía la información relativa a la estructura organizativa y funciones del respectivo ente y organismo y de sus órganos adscritos, y sobre los procedimientos administrativos y servicios que presta, a través de medios impresos, audiovisuales, informáticos, entre otros.*
4. *Recibir, tramitar, valorar, decidir o resolver, denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones y remitirlas a la dependencia de la organización o al ente y organismo que tenga competencia para conocerlas, según el caso.*
5. *Llevar un registro automatizado de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones.*
6. *Comunicar a los ciudadanos la decisión o respuesta de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones formuladas por ellos.*
7. *Promover la participación ciudadana.*
8. *Llevar el registro de las comunidades organizadas y de las organizaciones públicas no estatales a que hace mención el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.*
9. *Formar y capacitar a la comunidad en los aspectos vinculados con el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en el control de la gestión pública mediante talleres, foros o seminarios, entre otros.*
10. *Atender las iniciativas de la comunidad vinculadas con el ejercicio de la participación ciudadana en el control de la gestión pública.*
11. *Las demás competencias que le sean asignadas.*

De esta manera, se tiene entonces que se ha perfilado en este instrumento de rango sublegal, ciertas funciones que deben ser consideradas por los órganos y entes sujetos a la LOCGRySNCF al momento de crear la respectiva Oficina de Atención al Ciudadano en su estructura. En este sentido, resulta sumamente llamativo el hecho de que esta oficina sea la competente para la recepción de las denuncias, quejas, reclamos, sugerencias o peticiones vinculadas al funcionamiento del órgano o ente en el que se encuentre, sin embargo, nada se menciona sobre el mecanismo de ingreso del funcionario titular de esta oficina.

Sobre este particular, y considerando el mandato contenido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, referente a que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera (exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción, contratados y obreros al servicio de la administración pública) aunado al imperativo sobre el ingreso por concurso público de los funcionarios públicos a los cargos de carrera, es por lo que consideramos que justamente este medio es el que necesariamente debe implementarse a los fines del ingreso del titular de la oficina in comento.

No obstante lo anterior, ha sido recurrente el incumplimiento del mandato constitucional anterior, en lo referente al titular de esta oficina, toda vez que han sido publicadas en Gaceta Oficial múltiples designaciones bajo la condición de "*Encargado*"<sup>10</sup> lo cual genera una situación de inestabilidad en

---

10 Como ejemplos, tenemos los siguientes: 1) Resolución N.º 053 de fecha 5 de septiembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 41.711 de fecha 6 de septiembre de 2019, a través de la cual se designó al Director General Encargado de la Oficina de Atención Ciudadana, del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria; 2) Resolución N.º 023 de fecha 08 de agosto de 2019, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 41.694 de fecha 14 de agosto de 2019, a través de la cual se designó al Director General Encargado de la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio

el ejercicio de las funciones de ese funcionario, todo ello por el hecho de que el máximo jerarca puede influir negativamente en la gestión de ese funcionario público, sólo por el hecho haberlo designado a dedo.

Otro punto importante dentro de las normas, es el dinamismo que adquiere el derecho de petición en el marco de la presentación por un ciudadano de denuncias, quejas, reclamos, sugerencias y peticiones. Así, tenemos entonces que en esta materia el ciudadano puede optar por interponerlas ante la Oficina de Atención al Ciudadano, caso en el cual esta última deberá comunicarle de las resultas correspondientes e, incluso, si el órgano o ente del cual forma parte la oficina no fuere el competente para la resolución de la misma, esa oficina tiene la competencia para remitirlo al que así lo considere, claramente, siempre notificando al particular de la remisión efectuada y los motivos por los cuales ello fue realizado.

Por su parte, si la denuncia versare sobre la presunta comisión de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal vinculadas al manejo o custodia de fondos o bienes públicos, la oficina deberá remitirla al órgano de control fiscal competente para que sustancie los procedimientos dirigidos a la constatación de la veracidad de lo denunciado. Sin embargo, el particular igualmente tiene la posibilidad de interponer su denuncia directamente ante el órgano de control fiscal competente, según el contenido del artículo 19 de las normas, sin embargo, nada se menciona sobre la deber del órgano de control de notificarle a ese interesado las resultas correspondientes en casos en que se interpone directamente ante él, motivo por el cual consideramos que en sano cumplimiento del derecho de petición consagrado en el artículo 51 de

---

del Poder Popular para el Transporte; 3) Resolución N.º 062 de fecha 21 de agosto de 2018, publicada en la Gaceta Oficial N.º 41.467, de fecha 24 de agosto de 2018, a través de la cual se designó al Director General de la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, en calidad de Encargado.

la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, igualmente debe notificarse al ciudadano sobre el trámite de su denuncia.

## **2. Participación ciudadana a través de los Órganos de Control Fiscal**

El Capítulo III de las normas, se encarga de desarrollar algunos mecanismos a través de los cuales se puede potenciar o reforzar la participación ciudadana en el ámbito del Control Fiscal. De hecho, se establece como un imperativo para los órganos de control fiscal establecer estrategias para promover el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal sobre la gestión pública, por lo que siendo así, y concatenando esto con lo dispuesto en el artículo 6 de la LOCGRySNCF, es necesario que los órganos de control fiscal realmente implementen, dentro de su planificación, actividades tendentes a fomentar el ejercicio de la participación ciudadana, así como también, posibiliten el acceso a los ciudadanos a estos mecanismos.

En este sentido, las normas en su artículo 30 contemplan la posibilidad de que los órganos de control fiscal soliciten la colaboración de los medios de comunicación social a los fines de difundir, entre otras cosas, la participación ciudadana en el ejercicio del control fiscal sobre la gestión pública, todo lo cual sin duda si es aplicado sanamente permitirá ampliar la conciencia sobre la importancia de este punto. Sin embargo, al presente momento, se han evidenciado pocos casos de implementación de estos medios de difusión<sup>11</sup>, ya que los mayores esfuerzos se han concentrado en programas para fomentar la declaración jurada de patrimonio de funcionarios públicos.

---

11 Un ejemplo lo constituyó el programa radial "*Poder Ciudadano*", que era transmitido durante los años 2017 y 2018 a través de la emisora Radio Nacional de Venezuela (RNV) a través de la frecuencia 91.1 FM, no obstante, dicho programa se veía limitado por el poco alcance de dicho medio, así como también, por el poco tiempo que se mantuvo activo.

Por otra parte, se ha concebido como medio de difusión de la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal, la implementación de actividades formativas y de acercamiento a las comunidades, todo ello a los fines de dotarles de las herramientas suficientes para que puedan hacer valer, desde la perspectiva del derecho, la participación ciudadana en el ejercicio del control, aspecto este íntimamente ligado al siguiente punto a desarrollar.

#### IV. LA CONTRALORÍA SOCIAL, LOS CONSEJOS COMUNALES Y SU PROBLEMÁTICA EN EL ÁMBITO DEL CONTROL FISCAL VENEZOLANO

En líneas anteriores, se ha efectuado una aproximación a los mecanismos de participación ciudadana contemplados en la LOCGRySNCF y que han sido desarrollados en las *“Normas para fomentar la participación ciudadana”*. Sin embargo, hay un elemento tanto en las normas como en la Ley precitada que, por tener una íntima relación con el tema bajo estudio, es necesario abordar y es el relativo a la Contraloría Social, reseñado en el artículo 75 numerales 1 al 3 y 6, al hacer referencia particularmente a las formas a través de las cuales puede la comunidad organizada coadyuvar en el control del patrimonio público, todo ello en el marco del principio de participación ciudadana.

Así, hemos de señalar que la Contraloría Social ha sido definida por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como *“...un mecanismo para la participación ciudadana, que permite velar porque la administración pública o entidades no estatales, que ejecutan proyectos con fondos públicos, lo hagan con total transparencia, lo que permite favorecer el desarrollo humano de las personas, de sus comunidades y su nación”*<sup>12</sup>.

---

12 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *“Tejiendo paso a paso la auditoría social”*. Programa Apoyo a la Participación de la Sociedad Civil (PASOC) del PNUD (2006, p. 09. Disponible a través del siguiente enlace web: <http://www.dhls.hegoa.ehu.es/uploads/resources/>

Vemos entonces que el concepto de Contraloría Social se caracteriza por ser un mecanismo más de dinamismo del principio de participación ciudadana, que además no es una idea exclusiva de nuestro país, toda vez que por ejemplo Guatemala lo ha calificado como “*Auditoría Social*” abocándose también a impulsar programas de que conduzcan a fomentar la participación ciudadana en el ámbito del control del patrimonio público<sup>13</sup>. Asimismo, es importante resaltar que algunos países europeos también han realizado esfuerzos para impulsar la Contraloría Social, como es el caso de Noruega, Suecia y Dinamarca, a través de su “*Programa de Apoyo a la Participación de la Sociedad Civil (PASOC)*” en trabajo conjunto con el PNUD.

Con lo anterior, puede evidenciarse que el mecanismo de Contraloría Social propiamente puede ser beneficioso para el desarrollo y aplicación del principio de participación ciudadana, siempre y cuando sea aplicado según los parámetros que tanto la Constitución como demás instrumentos legales y sublegales, consagren para su correcta implementación.

Ahora bien, en el caso particular de nuestro país tenemos que en el artículo 75 de la LOCGR y SNCF de 2001, fueron establecidos los lineamientos generales que regirían la participación ciudadana en el ámbito del Control Fiscal y que a posteriori, serían desarrollados por las normas respectivas, sin embargo, se entiende que la participación ciudadana en el ámbito del control fiscal sería efectuada a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico contempla para que la comunidad se organice y pueda finalmente coadyuvar en el control.

---

4932/resource\_files/Mediaci%C3%B3n\_auditor%C3%ADa\_social\_PNUD\_2006.pdf?v=63735918493 Consultado en fecha 01/07/2020 siendo las 12:11 p.m.

13 A tales efectos puede verse la información facilitada por la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia del Gobierno de Guatemala a través del siguiente folleto explicativo: <https://www.scep.gob.gt/infopub/Guia%20de%20Auditoria%20Social.pdf> Consultado en fecha 01/07/2020 siendo las 12:01 p.m.

De esta forma, tenemos que en el año 2007 al ser dictadas las “*Normas para fomentar la participación ciudadana*”, se introducen a los Consejos Comunales por conducto de su Unidad de Contraloría Social, como una pretendida forma de organización que pueda participar en estos mecanismos de control social (Artículo 28 de las normas), situación que con la entrada en vigencia de la LOCGRySNCF de 2010, se materializa a nivel legal, puesto que se modificó el artículo 75 antes señalado y se incluyó como actor de Contraloría Social al consejo comunal.

Sobre el tema de los Consejos Comunales mucho se ha señalado en el ámbito de la doctrina respecto de su inconstitucionalidad<sup>14</sup>, todo lo cual excedería el objeto del presente estudio, sin embargo, nos limitaremos a señalar por ello que al ser pretendidas estructuras organizativas que “*desmunicipalizan*” la concepción de la participación ciudadana, tal y como fue concebida en la Constitución de 1999, chocando frontalmente con el principio de descentralización territorial delineado en nuestra Carta Magna en perjuicio de los Municipios, ello trae consigo igualmente que el mecanismo de Contraloría Social basado en la Comuna resulte igualmente inconstitucional.

Finalmente, también hay otras razones que tributan a rechazar el ejercicio de la participación ciudadana por parte de los consejos comunales, y que han sido estudiados también por la doctrina (ACOSTA, ANA Y OTROS; 2019)<sup>15</sup>, dentro de los cuales debemos resaltar:

---

14 Para un estudio detallado sobre el tema, véase: Brewer Carías, Allan; Nikken, Claudia; Herrera Orellana, Luis y otros. “*Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal (Los Consejos Comunales, las Comunas, la Sociedad Socialista y el Sistema Económico Comunal)*”. Colección de textos legislativos N.º 50. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2011. En esta obra, se aborda ampliamente el tema de la “desmunicipalización” de la participación ciudadana frente a los Consejos Comunales y como toda esta nueva pretendida estructura choca frontalmente con el régimen de descentralización territorial concebido en la Constitución de 1999.

15 Acosta, Ana; Mavárez, Edgar y Martínez, María. “Consejos comunales: ¿factores para la contraloría social?”. *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 24. Número. 86, Universidad del Zulia. 2019.

1. El partidismo, considerado como un elemento que disminuye la capacidad de los consejos comunales para ser actores independientes en el ámbito de los mecanismos de contraloría social.
2. La dependencia de fondos presupuestarios canalizados a través del Ejecutivo Nacional, Estatal o Municipal, ya que ello puede abrir la puerta a manipulaciones de quien otorgue los fondos públicos para desviar el ejercicio de cualquier acción que tienda a la Contraloría Social sobre su gestión.
3. La participación utilitarista de los consejos comunales como instancias de control, comportándose como un aval para el gobierno de turno, solo por fines político-electorales, aunque en la realidad no sea tomada en consideración su actividad y su impacto sea desconocido.

No obstante, lo anterior, y en contra de todos los argumentos señalados previamente, en la actualidad los Consejos Comunales se han erigido como un brazo importante de control sobre ciertos sectores de la población, manifestado esto a través del control en la distribución de alimentos (Cajas CLAP) así como mecanismos de censo de población y asignación de "beneficios", todo lo cual no hace más que ratificar la ineficacia de la Contraloría Social a través de este medio.

## CONCLUSIÓN

La participación ciudadana a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 adquirió rango Constitucional, con aplicabilidad necesaria para los órganos y entes que conforman la administración pública. Así, en el ámbito del Control Fiscal necesariamente ha conseguido recepción, concretamente en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y

del Sistema Nacional de Control Fiscal de 2001, y su posterior reforma del año 2010, siendo desarrollado igualmente por instrumentos normativos de rango sublegal, como es el caso de las Normas para Fomentar la Participación Ciudadana de 2007.

En este sentido, las normas precitadas contemplan algunos mecanismos para que los ciudadanos puedan coadyuvar en la función contralora, tal y como es el ejemplo de la denuncia, así como también instancias especialmente concebidas para atender a la ciudadanía en el ejercicio de esta función, como es el caso de la Oficina de Atención al Ciudadano que obligatoriamente deben implementar los órganos y entes señalados en la Ley.

Así, se tiene que en el ordenamiento jurídico se cuenta efectivamente con los medios y las instancias para poder hacer efectivo el principio de participación ciudadana, no obstante, en los hechos se dista de lograr tal cometido por la inestabilidad del titular de la Oficina de Atención al Ciudadano, quien al igual que otros importantes funcionarios ocupan el cargo en condición de “encargado”.

Finalmente, tenemos que otro punto de importante relevancia lo constituye el de la Contraloría Social, mecanismo éste que en la actualidad es implementado por otros países, e impulsado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y que ha sido conceptualizado como un mecanismo que permite velar porque la administración pública o entidades no estatales, que ejecutan proyectos con fondos públicos, lo hagan con total transparencia. Sin embargo, en algunos casos la idea de Contraloría Social ha sido revestida de pretensiones políticas, como ha sido el caso de Venezuela, en donde ha sido ligada a la actividad de los consejos comunales a través de su unidad de contraloría social, tornando en ineficaz este mecanismo de control al ser despojado de la transparencia necesaria para el ejercicio de tan importante función.

Esperamos que en un futuro la participación ciudadana, y en particular, el mecanismo de Contraloría Social consiga en nuestro país el redimensionamiento necesario para hacerlo plenamente eficaz, acoplándonos así con los esfuerzos que se vienen realizando en otros países en la materia.

# RENDICIÓN DE CUENTAS: UN INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Angello J. Peña B.<sup>1</sup>

*"The past was pervaded by inequality, authoritarianism and repression. The aspiration of the future is based on what is 'justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality'. It is premised on a legal culture of accountability and transparency".*

Corte Constitucional de Sudáfrica  
(*Shabalala and Five Others vs. The Attorney-General  
of the Transvaal and Another*, CCT/23/94, 1995).

*Resumen: El presente artículo tiene como objeto, señalar a la rendición de cuentas como instrumento protector de los derechos humanos. En primer lugar, analiza el concepto de rendición de cuentas y su importancia jurídica y política para la Administración pública. En segundo lugar, trata de demostrar los efectos negativos que produce la corrupción en los derechos humanos, y cómo afecta no sólo a los derechos sociales, sino también los derechos civiles. En tercer lugar y finalmente, se refiere a cómo la rendición es un instrumento que puede proteger los derechos humanos.*

*Palabras clave: Rendición de cuentas. Control del poder. Administración pública. Corrupción. Derechos humanos.*

*Summary: The present paper has as goal, point the accountability as protective instrument of human rights. Firstly, it analyzes the concept of accountability and its importance legal and political to public Administration. Secondly, it tries to demonstrate the negative effects that corruption produces on the human rights, and how it does not affect only social rights, but the civil*

---

<sup>1</sup> Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad de Los Andes. Investigador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl y cursante de la maestría en Ciencias Políticas de la Universidad de Los Andes.

*rights also. Thirdly and finally, it refers to how the accountability is an instrument that can protect the human rights.*

**Keywords:** *Accountability. Power control. Corruption. Public administration. Human rights.*

Recibido: 22 de junio de 2020 Aceptado: 25 de julio de 2020

## SUMARIO

### Introducción

- I. Estado democrático de derecho y rendición de cuentas
- II. Explorando el contenido de la rendición de cuentas
- III. Tipos de rendición de cuentas
- IV. La corrupción como afectación de los derechos humanos
- V. La rendición de cuentas como instrumento protector de los derechos humanos

### Conclusiones

## INTRODUCCIÓN

La corrupción, es un problema común que afecta prácticamente a todos los Estados a nivel mundial. El nivel alto o bajo de corrupción, depende generalmente de las condiciones institucionales del Estado democrático de derecho. Si la calidad institucional, es baja, entonces los índices y actos de corrupción serán altos y a la inversa, si la calidad institucional es alta, la corrupción será más baja que en aquél supuesto.

Por un lado, uno de los elementos que hace posible el Estado democrático de derecho, es la racionalización o control del poder, como ingrediente que permite mantener las instituciones limitadas y con alta calidad en su actuación. En este sentido, la rendición de cuentas funge como uno de los mecanismos de control del poder, con el que dicho modelo de Estado puede alcanzar uno de sus objetivos, que en este caso es, el ejercicio responsable del poder estatal.

Por otro lado, los derechos humanos, pudieran verse afectados por una patología como la corrupción que transgrede su realización efectiva en el ordenamiento jurídico. Es allí, donde cobra plena vigencia lo que plantea Bobbio “[e]l problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justi-

ficarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político<sup>2</sup> y específicamente jurídico. Si la corrupción, efectivamente afecta a los derechos humanos: ¿Cómo protegerlos ante este fenómeno? ¿Puede ser la rendición de cuentas un instrumento para proteger los derechos humanos?

La presente investigación, tiene como objeto responder la interrogante planteada, enfocado especialmente en la Administración pública como lugar central donde se manifiesta la corrupción. Asimismo, dicho cometido se alcanzará a través de distintas herramientas que sirvan para construir una respuesta sustentada entre teoría del Derecho y teoría de la Democracia, bajo criterios técnicos y buenas prácticas administrativas, que pretendan guiar a la Administración pública hacia un desempeño en armonía con los derechos humanos.

## I. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y RENDICIÓN DE CUENTAS

### 1. Estado Democrático de Derecho y Control del Poder

El concepto de Estado democrático de derecho que se considera en el presente estudio, es complementario y no busca la contraposición, sino la relación entre el Derecho y la Política, o en palabras de Habermas “no sólo una conexión histórica-contingente entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia, sino también una conexión interna o conceptual”<sup>3</sup>, en cuanto a que acepta la voluntad soberana como método legitimador del Estado democrático, pero que racionalmente se encuentra limitada por los derechos humanos como elemento legitimador del Estado de derecho.

---

2 Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 61.

3 Habermas, Jürgen. *La inclusión del otro*, Editorial Paidós, España, p. 248.

El derecho administrativo, a su vez tiene una estrecha relación con la democracia, puesto que es una de las disciplinas jurídicas más influenciadas por los cambios sociales y políticos, al comprender en su contenido elementos como la Administración pública y la relación de ésta con los administrados. De allí que incluso, “es la democracia como régimen político, la que precisamente permite configurar al derecho administrativo como ese punto de equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados”<sup>4</sup>.

Por lo cual, es en un Estado democrático de derecho donde los administrados tienen un rol importante, en el sentido de que los derechos humanos son la base común para cualquier diseño institucional y el telos de la función administrativa debe estar orientada en protegerlos. Así, la Administración pública está al servicio de los ciudadanos y no a la inversa.

Como lo refiere Madison en *El Federalista*, “[n]o puede negarse que el poder tiende a extenderse”<sup>5</sup>, y el Estado democrático de derecho busca delimitar ése peligroso poder. Por ello, éste tipo de Estado tiene un conjunto de requisitos mínimos. Se presenta, como el régimen político donde existen elecciones libres, separación de poderes estatales, soberanía popular responsable, principio de legalidad, gobierno de la ley, respeto a los derechos humanos y en general, el control del poder.

El control del poder, precisamente es el elemento que, de acuerdo con Aragón, se configura “como el instrumento indispensable para el equilibrio (y con él la libertad) pueda ser realidad”<sup>6</sup>. Además, permite determinar cuán democrático y apegado al imperio de la ley es un Estado y para Brewer-

---

4 Brewer-Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, p. 1066.

5 Madison, James. “Control de poderes”, *EL Federalista*, XLVIII, Fondo de cultura económico, México, 1943, p. 193.

6 Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, p. 22.

Cariás, la democracia “sólo puede existir cuando se asegura a los ciudadanos la posibilidad de ejercer el control efectivo sobre el ejercicio del poder por parte de sus representantes, que son los gobernantes”<sup>7</sup>.

Estos puntos de vista, son así, debido a que el Estado democrático de derecho, exige que no existan poderes absolutos, exentos de cualquier tipo de control jurídico. Sino por el contrario, desaparece la *potestas legibus soluta* del Estado clásico, y todos sus poderes, aún los más salvajes, se encuentran sometidos a la Ley<sup>8</sup>, como límite jurídico de la funciones y poderes que se encuentran en el Estado.

La necesidad de que se controle el poder, permite que se desarrolle una función pública con transparencia y uno de esos métodos que precisamente promueve, tanto el control del poder como la transparencia, es la rendición de cuentas. La rendición de cuentas, viene a concretizar lo que señaló en su momento el Juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman”<sup>9</sup>.

---

7 Brewer-Cariás, Allan. “El principio de la transparencia en la actuación de la administración pública y su distorsión en un régimen autoritario”, *Revista de Derecho público*, No. 151-152, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p.118.

8 Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2011. p. 36. O’donnell, también señala que en “un *Rechtsstaat* democrático, o estado Democrático de Derecho, nadie es de *legibus solutus*”; O’donnell, Guillermo. “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *Revista Española de Ciencia Política*, No. 11, 2004, p. 20.

9 Kreimer, Seth. “The ecology of transparency reloaded”, *Troubling Transparency*, editores David, Pozen y Michael, Schudson, Columbia University Press, New York, 2018, p. 157.

## 2. Conceptualización de la Rendición de Cuentas en el Estado Democrático de Derecho

La rendición de cuentas, es un mecanismo de control político y jurídico que permite responsabilizar a los representantes de la sociedad en el poder y que desde finales del siglo XX, empezó a ser seriamente considerado por diversas disciplinas de las ciencias sociales<sup>10</sup>. Es un control político, porque un régimen democrático requiere dicha responsabilidad para su funcionamiento. Es un control jurídico, porque la Constitución y –en general– la Ley exigen a los funcionarios del Estado y especialmente a los de la Administración pública, rendición de cuentas con la posibilidad de atribuir sanciones administrativas, civiles y hasta penales a quienes están obligados a rendirlas y lo incumplen.

En principio<sup>11</sup>, rendición de cuentas es una traducción del término anglosajón *accountability*<sup>12</sup> y se refiere, según Schedler a “el derecho a recibir información y la obligación correspon-

---

10 Muy especialmente por la ciencia política y jurídica. Véase, por ejemplo: O’donnell, Guillermo. “Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliárquias”, *Nueva Sociedad*, No. 152, 1997, Buenos Aires; Schedler, Andreas., Diamond, Larry y Plattner, Marc. *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1999; Bovens, Mark. *The Quest for Responsibility: Accountability and Citizenship in Complex Organizations*, Cambridge University Press, New York, 1998 y Przeworski, Adam., Stokes, Susan y Manin, Bernard. *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge University Press, Estados Unidos, 1999.

11 Se señala “en principio”, puesto que en español no existe una traducción exacta del término *accountability* y ante su ausencia, el más aproximado en el desarrollo académico es el de rendición de cuentas. Se pueden encontrar traducciones similares a responsabilidad, fiscalización e incluso control, lo cual dificulta su precisión.

12 Incluso, se señala por arte de Hernández, que dicha traducción “es una idea inexacta”; Hernández, Ignacio. “La buena Administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, No. 11, Caracas, 2017, p. 251. No obstante, en la presente investigación se considera a la rendición de cuentas como la idea más cercana a *accountability*.

diente de divulgar todos los datos necesarios. Pero también implica el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio del poder"<sup>13</sup>. Para Dunn, significa "the obligation owed by all public officials to the public, the ultimate sovereign in a democracy, for explanation and justification of their use of public office and the delegated powers conferred on the government through constitutional processes"<sup>14</sup>. El término anglosajón, para Ríos y Fuentes, es proveniente de "la contaduría que fue asumido por la Ciencia Política para referir procesos de responsabilización contable y fiscal, o control del gasto público"<sup>15</sup> y asimismo, por la Ciencia Jurídica.

Ahora bien, es necesario destacar que, si bien la rendición de cuentas fue tomada en serio recientemente, desde la antigüedad, específicamente en la Democracia Ateniense de la *polis griega*, se suscitó una especie de rendición de cuentas o de control de quienes dirigieron a la sociedad a través de la Constitución de los Atenienses. Tal es el caso, de lo que en la antigua Grecia se denominó como la *dokimasia*, la *euthyna*, la *eisangelia*, la *graphe paranomon* y el *ostracismo*<sup>16</sup>. Un conjunto de deberes y de procedimientos que tuvieron los griegos para lograr que los gobernantes rindieran cuentas a los administrados sobre la gestión pública, lo cual demuestra el valor histórico que, desde los inicios de la democracia, ha tenido dicho método de control.

---

13 Schedler, Andreas. *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Instituto Federal de Acceso a la Información, México, 2004, p. 14.

14 Dunn, Delmer. "Mixing Elected and Nonelected Officials in Democratic Policy Making: Fundamentals of Accountability and Responsibility", *Democracy, Accountability and Representation*, Editores Przeworski, Adam., Stokes, Susan y Manin, Bernard, Cambridge University Press, Estados Unidos, 1999, p. 298.

15 Ríos, Alejandra y Fuentes, Laura. "Democracia, control político y rendición de cuentas. El antecedente griego", *Revista Co-herencia*, Vol. 15, No. 28, 2018, p. 95.

16 Elster, Jon. "Accountability in Athenian Politics", *Democracy, Accountability and Representation*, Editores Przeworski, Adam., Stokes, Susan y Manin, Bernard, Cambridge University Press, Estados Unidos, 1999, p. 263 y ss.

La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el conjunto de derechos que consagra éste importante documento del constitucionalismo, también hace referencia a la rendición de cuentas. La Declaración, señala en su artículo 15 lo siguiente: “La sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público que le rinda cuentas de su administración”. De esta manera, la Declaración consagra a la rendición de cuentas como un derecho de la sociedad, como un derecho índole político necesario para que exista una buena administración responsable.

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno, señala respecto a los miembros del Poder Ejecutivo, reglas sobre ética gubernamental donde se resalta la siguiente: “Promoverán la evaluación permanente de sus políticas y programas para asegurar el rendimiento y la eficacia. También propiciarán una regulación que considere los impactos de las normas y la rendición de cuentas de acuerdo con la normativa de cada país”. Conforme a esta regla de ética gubernamental, la rendición de cuentas es relevante para el buen gobierno.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, cuando se refiere al cambio cultural y los arreglos institucionales necesarios para el sistema de función pública, señala:

“d) La incorporación por los diferentes actores institucionales de los valores propios del servicio público, y en particular la honestidad de los comportamientos públicos, la austeridad en el manejo de los recursos, la transparencia de las decisiones, la evaluación y rendición de cuentas y el compromiso con el servicio a los ciudadanos”.

Allí, se resalta a la rendición de cuentas como requisito que debe tener un diseño institucional moderno, cuyo sistema de función pública sea profesional, eficaz y transparente. De otra forma, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del

Ciudadano en Relación con la Administración Pública, indica en su preámbulo lo siguiente:

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

Se pone de relieve, el compromiso que los ciudadanos deben tener con la rendición de cuentas y su realización efectiva en una Administración pública de calidad. Por otra parte, la Carta Democrática Interamericana en su artículo 4, establece:

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

La Carta, también se refiere a la rendición de cuentas, cuando señala “transparencia” y “responsabilidad de los gobiernos” en la gestión pública, como componentes esenciales de la democracia. En efecto, la rendición de cuentas se presenta como un elemento indispensable para el funcionamiento del Estado democrático de derecho, utilizándose, además, como indicador de la calidad democrática de un Estado y del funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones sometidas al imperio de la ley.

Esto, es de esa manera, por cuanto la calidad democrática de un Estado, se determina mediante varias dimensiones, a saber: a) satisfacer las demandas de los ciudadanos (calidad en términos de resultado); b) el disfrute de la libertad e igualdad (calidad en términos de contenido) y c) el control de la gestión pública, eficacia de la aplicación de las leyes y gobierno de la ley (calidad en términos de procedimiento)<sup>17</sup>.

Bajo esta idea, la democracia en términos de procedimiento, alude al Estado de derecho (o gobierno de la ley) y a la rendición de cuentas (o control de la gestión pública). Para decir lo menos, funcionan como mecanismos que permiten combatir fenómenos como la corrupción, usurpación de funciones, abuso de poder y promueven el ejercicio transparente de la función pública, al someter la actividad estatal a los parámetros legalmente preestablecidos y a la sujeción de los funcionarios públicos a rendir cuentas.

Además, en relación con la democracia, la rendición de cuentas funge para Ugalde, como “elemento central de la democracia representativa, uno de los principales instrumentos para controlar el abuso de poder y garantizar que los gobernantes cumplan su mandato con transparencia, honestidad y eficacia”<sup>18</sup>. La rendición de cuentas, es de esta forma un elemento importante de la democracia y para Schedler, “democracia implica rendición de cuentas”<sup>19</sup> o como señala Solares “[u]no de los mecanismos que permiten el desarrollo de la democracia es la rendición de cuentas”<sup>20</sup>.

---

17 Morlino, Leonardo. “Calidad de la democracia. Notas para su discusión”, *MetaPolítica*, No. 39, 2005, pp. 38-39.

18 Ugalde, Luis. *Rendición de Cuentas y Democracia. El caso México*. Instituto Federal Electoral, México, 2002. p. 10.

19 Schedler, Andreas. *¿Qué...?*, ob. cit., p. 9?

20 Solares, Manuel. *La Auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 128.

Si se aspira “refrenar eficazmente para que [el poder] no pase de los límites que se le asignen”<sup>21</sup> que señala Madison, el Estado democrático de derecho, exige rendición cuentas para controlar el poder, y a su vez, no se podría hablar de rendición de cuentas en regímenes no democráticos donde no existe respeto a Ley e instituciones democráticas. En efecto, para Brewer-Carías “sólo controlando al Poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, y rendición de cuentas por parte de los gobernantes”<sup>22</sup> y para Morlino “la libertad, la igualdad e incluso la rendición de cuentas no se pueden obtener si el respeto de la ley no es efectivo o el gobierno y la administración no garantizan la eficacia decisional”<sup>23</sup>.

La relación Estado democrático de derecho y rendición de cuentas, es una relación de interdependencia para la realización efectiva de ambos. La capacidad de hacer cumplir la Ley y el carácter democrático de las instituciones, son esenciales para responsabilizar a los funcionarios públicos obligados a rendir cuentas. La existencia de condiciones jurídicas y democráticas, en consecuencia, son precondiciones para lo que pretende la rendición de cuentas.

## II. EXPLORANDO EL CONTENIDO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

### 1. Elementos de la Rendición de Cuentas

La rendición de cuentas, es un concepto de contenido variado que dificulta su misma precisión. Incluso, para entender *accountability* como exacto con rendición de cuentas, ésta tendría que ser una rendición obligatoria de cuentas, por cuanto “*accountability* conlleva un sentido claro de obligación,

---

21 Madison, James. “Control...”, ob. cit., p. 193.

22 Brewer-Carías, Allan. *Tratado...*, ob. cit., p. 1070.

23 Morlino, Leonardo. “Calidad...”, ob. cit., p. 40.

la noción de rendición de cuentas parece sugerir que se trata de un acto voluntario<sup>24</sup>.

El contenido de la rendición de cuentas, siguiendo a Schedler, se puede comprender, por un lado de “la obligación de los políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público (*answerability*)” y por otro lado, de “la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos (*enforcement*)”<sup>25</sup>.

La rendición de cuentas tiene de esta manera, un contenido que comprende: 1) un elemento obligatorio, sobre el deber de los funcionarios públicos de informar y justificar ante la sociedad sus actos en el desempeño de sus funciones y 2) un elemento coercitivo, referido a la posibilidad de sancionar a tales funcionarios en el supuesto de que hayan violado sus deberes jurídicos. Una rendición de cuentas con estos elementos, es la que sería la más exacta con la idea de *accountability* y tendría mayores posibilidades de control sobre el poder.

## 2. Rendición de Cuentas: ¿deber, derecho y/o principio?

Se ha señalado inicialmente, que la rendición de cuentas es un mecanismo de control del poder, tanto político como jurídico. Por ello, es un deber al establecerse en la Ley la posibilidad de sancionar a quien tiene que rendir cuentas y lo incumplen. Un deber necesario para la salud democrática y jurídica del Estado.

Asimismo, “las obligaciones de unos son los derechos de otros”<sup>26</sup>, por ello, la rendición de cuentas se configura también

---

24 Schedler, Andreas. *¿Qué...*, ob. cit., p. 11?

25 *Ibíd*em, p. 12.

26 *Ibíd*em, y viceversa, quien tiene un derecho determina el contenido del deber de otro. Ver por ejemplo Hart, Herbert. “Are there any natural rights”, *Theories of rights*, Editor Jeremy, Waldron, Oxford University Press, Oxford, 1984.

como un derecho, especialmente como un derecho político. La Declaración Francesa de 1789, lo catalogó como un derecho e incluso, la misma Constitución Nacional Venezolana, señala en su artículo 66 a la rendición de cuentas como un derecho político de los electores, al establecer que: “Los electores y electoras tienen derecho a que sus representantes rindan cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión, de acuerdo al programa presentado”.

Adicionalmente, la rendición de cuentas de acuerdo a la Constitución, es un principio por el cual se debe regir la Administración Pública, al establecer en su artículo 141 lo siguiente:

“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”.

Se podría señalar que la rendición de cuentas, es un deber jurídico y político de los funcionarios públicos obligados a rendirlas, pero también un derecho político de la sociedad para promover el control y la transparencia de sus representantes en el desempeño de sus funciones. No obstante, de su categorización como deber y derecho, es a su vez, un principio rector de la Administración pública. De esta manera, la rendición de cuentas se configura como un deber de los funcionarios públicos, un derecho político de la sociedad y un principio fundamental de la Administración pública. Todas sus dimensiones, tienen un rol importante y desde sus esferas, tienen como objeto común, lograr un desempeño transparente de la función administrativa y una alta calidad institucional.

### III. TIPOS DE RENDICIÓN DE CUENTAS

La rendición de cuentas, de acuerdo con O'donnell, puede ser dividida en dos sentidos: 1) rendición de cuentas en sentido vertical y 2) rendición de cuentas en sentido horizontal<sup>27</sup>. Ambos tipos de rendición de cuentas, como se observará, son esenciales para controlar el poder de las instituciones que componen el Estado.

#### 1. Rendición de Cuentas Vertical

La rendición de cuentas vertical, se comprende desde una relación de desigualdad entre la Administración pública y los administrados. Una relación desde arriba hacia abajo, donde el carácter moral, político y simbólico tiene más preponderancia que lo jurídico. De allí su insuficiencia y problema. La rendición de cuentas vertical, para Morlino "es la que los electores pueden demandar de sus gobernantes electos, la que los gobernados pueden exigir al gobernante que aclare a la luz de ciertos actos por él ordenados"<sup>28</sup> y además, en la que la libertad de medios o de comunicación ejercen presión sobre la administración de la cosa pública.

Bajo esta idea, la rendición de cuentas vertical se divide en: a) elecciones, las demandas sociales que usualmente pueden articularse sin sufrir sanción estatal y b) medios de comunicación, con una cobertura periodística de por lo menos las demandas más evidentes y los actos manifiestamente ilegales de los funcionarios públicos<sup>29</sup>.

27 O'donnell, Guillermo. "Rendición...", ob. cit., p. 143 y ss. Cabe agregar, tradicionalmente la rendición se dividió en: 1) rendición de cuentas a y 2) rendición de cuentas para.

28 Morlino, Leonardo. "Calidad...", ob. cit., p. 42.

29 O'donnell, Guillermo. "Rendición...", ob. cit., p. 144. Se ha señalado también, una especie de rendición de cuentas vertical no electoral, calificado como "societal" que atiende a control de "autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, así como acciones mediáticas" cuyo objeto es "monitorear el compor-

Este sentido de la rendición de cuentas, permite “sancionar” a los gobernantes votando por otra opción en el catálogo electoral cada vez que haya una elección, de allí su prioridad lógica. Como señala O’donnell “debido al hecho elemental de que sin elecciones limpias y, con ellas, la posibilidad de desplazar a los gobernantes en la siguiente ronda de elecciones, simplemente no existiría, por definición, un régimen democrático”<sup>30</sup>.

Además, con las denuncias efectuadas en los medios de comunicación, se podría presionar a los órganos del Estado para iniciar investigaciones contra los funcionarios públicos de la Administración. No obstante, no prevé sanciones jurídicas y órganos administrativos encargados de investigar y controlar, y eso la hace, en consecuencia, insuficiente por sí misma para controlar la función administrativa de los gobernantes.

Por ello, las elecciones y los medios de comunicación no garantizan la transparencia en el ejercicio de la función administrativa y la alta calidad institucional que se requiere en un Estado democrático de derecho. Es necesario, otro conjunto de instrumentos que permitan controlar eficazmente el ejercicio de la función administrativa del Estado. Es decir, la rendición de cuentas vertical es útil pero no suficiente y requiere, el complemento de otros elementos de índole jurídico, que permitan hacer obligatorio que se rinda cuentas a la sociedad.

## 2. Rendición de cuentas horizontal

La rendición de cuentas horizontal, complementa a la vertical y cuenta con órganos estatales y sanciones jurídicas –como *desconfianza* política– para responsabilizar a los funcio-

---

tamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de éstos y activar la operación de agencias horizontales de control”; Peruzzotti, Enrique y Catalina, Smulovitz. “Accountability social: la otra cara del control”, *Controlando la política*, Editorial Temas, Buenos Aires, 2002, p. 32.

30 O’donnell, Guillermo. “Accountability...”, ob. cit., p. 25.

narios públicos. Por un lado, este tipo de rendición de cuentas, funciona mediante instituciones de control que están en el mismo nivel de jerarquía, pero independientes entre sí –de allí su carácter horizontal– y no de una relación entre desiguales como la de administración-administrado de la rendición de cuentas vertical. Se lleva a cabo una relación de control real y viene a ser una especie de *checks and balances* entre órganos estatales.

Por otro lado, “no se extiende solamente a los funcionarios nacionales electos; incluye a funcionarios electos subnacionales y a miembros no electos de las burocracias estatales, nacionales y subnacionales”<sup>31</sup>, lo cual es importante en el cometido de controlar al poder en el Estado democrático de derecho.

Para O’donnell, la rendición de cuentas horizontal es:

“la existencia de organismos estatales que están legalmente habilitados y autorizados, y de hecho dispuestos y capacitados, para emprender acciones que abarcan desde la fiscalización rutinaria hasta sanciones penales o destitución, en relación con actos u omisiones de otras instituciones del Estado, que puedan calificarse, en principio o presuntamente, como ilícitos”<sup>32</sup>.

Ejemplos de órganos de rendición de cuentas horizontal, pueden ser: el Parlamento y la Contraloría Nacional sobre el Ejecutivo Nacional, Contraloría Estadal sobre el Ejecutivo Estadal y Contraloría Municipal sobre el Ejecutivo Municipal y la Defensoría del Pueblo en sus distintos niveles de jerarquía, quien vigila, inspecciona y promueve el cumplimiento efectivo de los derechos humanos<sup>33</sup>.

---

31 O’donnell, Guillermo. “*Accountability...*”, ob. cit., p. 28.

32 O’donnell, Guillermo. “*Rendición...*”, ob. cit., p. 156.

33 Al respecto, la Constitución de Venezuela, tiene un diseño constitucional que permite observar distintos órganos de rendición de cuentas horizontal.

Además, también “es necesario que exista una red de agencias estatales, culminando en los tribunales superiores, comprometidas en la preservación y acatamiento de la AH [rendición de cuentas horizontal], en caso de necesidad contra los más altos poderes del estado”<sup>34</sup>. Así, tienen protagonismo los Tribunales Administrativos o especialísimos como los Tribunal de Cuentas y los órganos judiciales de mayor jerarquía. Ello, con el fin de hacer cumplir las fiscalizaciones, auditorías, investigaciones y actividades similares generadas por los órganos de control y/o establecer sanciones.

Se debe hacer énfasis, en que las sanciones jurídicas cumplen un papel fundamental en la rendición de cuentas, por tal razón, la rendición de cuentas vertical no se basta a sí misma para controlar el poder de la Administración pública. Como señala Arroyo, “la base jurídica es el prerrequisito indispensable para que se desarrolle el sistema de rendición de cuentas que incluye no sólo la obligación de rendir cuentas, sino también establece límites a la actuación pública”<sup>35</sup>.

Como resultado, cabría preguntarse: ¿Qué funcionario público podría rendir cuentas a la sociedad, cuando no está obligado y no existe una sanción para el supuesto en que efectúe actos ilegales como es el caso de la corrupción? Es casi natural que un gobernante no vaya a rendir cuentas en tal supuesto. El poder, como lo advirtió Montesquieu, tiende a abusar y por eso, debe ser limitado por la Ciencia Jurídica. Las sanciones jurídicas, son sustancialmente importantes para tener una Administración pública accountable, con mecanismos de control que sirvan para rendir cuentas reales a la sociedad.

---

34 O'donnell, Guillermo. “Accountability...”, ob. cit., p. 23.

35 Arroyo, Jennifer. “El Principio de Rendición de Cuentas y el Estado Democrático Costarricense”, *Revista Judicial*, Poder Judicial de Costa Rica, No. 123, 2018, p. 176.

#### IV. LA CORRUPCIÓN COMO AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

##### 1. Corrupción y Derechos Humanos

Uno de los males comunes y más antiguos que ha transgredido la calidad institucional de la Administración pública de los Estados, es la corrupción. El nivel mayor o menor de corrupción en un Estado, generalmente demuestra las condiciones en las que se encuentra el Estado Democrático de Derecho y los derechos humanos. Por ello, es pertinente analizar y resaltar la relación entre la corrupción y los derechos humanos.

Un primer acercamiento, lo refiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien señala que, lo que caracteriza a la corrupción es “el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales”<sup>36</sup>.

La corrupción, es de esta forma, un fenómeno que debilita los mecanismos de control jurídicos-administrativos y que proviene del poder, ya sea público o privado<sup>37</sup>, aunque principalmente se desarrolla por parte de los funcionarios públicos del Estado. Asimismo, dicho fenómeno busca un beneficio privado principalmente económico, pero también pudiera ser con fines como el político u otros, para beneficio de las partes involucradas en la conducta corrupta y hasta de un tercero.

En cuanto a la relación de la corrupción con los derechos humanos, la propia Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su prefacio señala:

---

36 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y Derechos Humanos*, Resolución 1/18, 2018, párr. 2.

37 Las empresas transnacionales, por ejemplo, es un supuesto donde además puede darse la corrupción.

“Los representantes del pueblo francés, que han formado una Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables”.

Para los franceses precursores de dicho documento constitucional, la corrupción deriva de la vulneración de los derechos humanos. Pero, en sentido contrario a la Declaración Francesa ¿podría también suceder? Es decir, ¿la corrupción como fenómeno podría generar efectos negativos como la desprotección o vulneración de los derechos humanos?

Un primer acercamiento a la respuesta, es que generalmente en entornos donde hay desprotección o violaciones de derechos humanos, existen altos índices de corrupción en las instituciones del Estado. Para Peters “la corrupción y las violaciones de los derechos humanos crecen en los mismos ambientes y probablemente tienen las mismas raíces, tales como la pobreza y las instituciones débiles”<sup>38</sup> por cuanto –según el mismo autor– “se puede mostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) son también los países con un registro pobre de protección de los derechos humanos”<sup>39</sup>.

La Corte Constitucional de Sudáfrica, estableció un importante precedente acerca de la relación entre corrupción y derechos humanos, en los siguientes términos:

“Corruption and maladministration are inconsistent with the rule of law and the fundamental values of our Cons-

---

38 Peters, Anne. “Corrupción y derechos humanos”, *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Editores Carlos, Tablante y Mariela, Antoniazzi, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2018, p. 25.

39 *Ibíd.*, p. 24.

titution. They undermine the constitutional commitment to human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. They are the antithesis of the open, accountable, democratic government required by the Constitution. If allowed to go unchecked and unpunished they will pose a serious threat to our democratic state. There can be no quarrel with the purpose sought to be achieved by the Act, or the importance of that purpose. That purpose must, however, be pursued in accordance with the provisions of the Constitution"<sup>40</sup>.

La corrupción y la mala administración, de acuerdo al criterio de la Corte Constitucional Sudafricana, son incompatibles con el Estado de Derecho, vulneran el progreso de los derechos humanos y hasta la dignidad humana. Tanto la corrupción como la mala Administración, son la contradicción del gobierno democrático, abierto y responsable. Además, representa una necesidad controlar y sancionar la corrupción bajo los medios constitucionales y legales, como un instrumento que permita proteger la salud institucional del Estado democrático de derecho.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el fenómeno de la corrupción funciona de la forma siguiente: "Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos"<sup>41</sup>. Es decir, la corrupción como fenómeno, no solo se limita a violar los derechos humanos, sino que también afecta su goce y ejercicio dado sus altas magnitudes transgresoras.

---

40 Corte Constitucional de Sudáfrica. *South African Association of Personal Injury Lawyers vs Heath and Others*, Sentencia CCT 27/00, 2000, párr. 4.

41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, 2019, párr. 136.

Desde la perspectiva de la corrupción como violación por sí misma de los derechos humanos, Almagro señala que la corrupción “esencialmente lo es, en tanto lesiona los principios básicos de una democracia de igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Solo accede a derechos quien puede comprarlos. También colide con el interés público al originarse en la superposición de interés público y privado de los responsables”<sup>42</sup>. En dicho punto de vista, la corrupción viola derechos humanos por cuanto, sólo gozan y disfrutan de determinados derechos, quienes tienen el poder económico para cumplir con las exigencias de las élites corruptas dado el daño institucional producido.

Para el Parlamento Europeo, en una resolución sobre corrupción y derechos humanos, señala la relación entre corrupción y derechos humanos en los siguientes términos:

“E. Considerando que, en muchos países, la corrupción no solo constituye un importante obstáculo sistémico para la realización de la democracia, el respeto del Estado de Derecho, la libertad política y el desarrollo sostenible, así como de todos los derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales–, sino que también puede ser la causa de numerosas violaciones de los derechos humanos; que la corrupción es una de las causas de violaciones de los derechos humanos a la que menos importancia se atribuye, pese a que favorece la injusticia, la desigualdad –también por lo que respecta a los recursos financieros y económicos–, la impunidad, la arbitrariedad, los extremismos políticos y religiosos y los conflictos”<sup>43</sup>.

---

42 Almagro, Luis. “Prólogo”, *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Editores Carlos Tablante y Mariela Antoniazzi, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2018, p. 14.

43 Parlamento Europeo. “Corrupción y derechos humanos en terceros países”, *Resolución*, 2017.

El Parlamento Europeo, describe amplias esferas que puede afectar el fenómeno de la corrupción. Desde la democracia, el Estado de derecho, desarrollo sostenible y los derechos humanos. Desde dicha óptica, tiene una conexión con distintas aristas que repercuten en la vida de la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, mediante Sentencia, estableció la relación entre corrupción y derechos humanos de la siguiente manera:

“Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”<sup>44</sup>.

Para la Corte, la corrupción genera efectos negativos en los derechos humanos, desde el goce y ejercicio de los mismos. Asimismo, resalta que la corrupción afecta a las personas más vulnerables, es decir, aquellos quienes no cuentan con la capacidad económica para corromper el sentido de los derechos y poder gozarlos y disfrutarlos. Situación que, con el tiempo resquebraja la confianza en las instituciones del Estado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su Preámbulo destaca estar preocupada por lo siguiente:

---

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia*, 2018, párr. 241.

*“Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”.*

El referido preámbulo, no se refiere directamente a la corrupción como fenómeno que afecte a los derechos humanos. Señala a la corrupción, como un seria amenaza para las instituciones, democracia, desarrollo sostenible<sup>45</sup> y el imperio de la ley como exigencia de los funcionarios públicos en su actuación.

La Convención Interamericana Contra la Corrupción, igualmente en su Preámbulo señala lo siguiente:

*“CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;*

*CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.*

La Convención Interamericana, es un poco más justificativa que la Convención de las Naciones Unidas. Se refiere a la corrupción como fenómeno que afecta la legitimidad institucionalidad del Estado y los valores de toda sociedad democrática. Asimismo, resalta a la democracia *representativa* como

---

45 La rendición de cuentas, es incluso uno de los principios para realizar el objetivo 16 referido a “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

régimen que dado su naturaleza requiere combatir la corrupción para su misma pervivencia.

## 2. Derechos Humanos Afectados por la Corrupción

Considerando una interpretación en la que corrupción, ora directamente, ora indirectamente vulnera derechos humanos: ¿Qué derechos humanos son afectados? Generalmente, se suele señalar que afecta a los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, pero también, se pueden afectar los derechos civiles y políticos dado sus altas capacidades de agresión a los derechos humanos.

Por un lado, el impacto de la corrupción, impide que el Estado pueda cumplir las expectativas sobre los derechos humanos. Los derechos más golpeados por el fenómeno de la corrupción, claramente son aquellos que implican un actuar positivo y que cuestan dinero para el Estado. Como señala Peters “[e]n la práctica, los derechos sociales son los que resultan más afectados”<sup>46</sup>, por cuanto, “[l]a corrupción reduce los recursos disponibles para la progresiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>47</sup> o en otras palabras, la efectividad de estos derechos “depende de políticas y presupuesto públicos”<sup>48</sup>.

Para explicar de mejor manera la idea, los derechos sociales, se afectan severamente ante conductas que impliquen para los titulares de esos derechos, tener que erogar cantidades –de manera ilegal– de dinero para disfrutarlos, cuando en principio son gratuitos y accesibles en igualdad de condiciones para todas las personas, debido al presupuesto y políticas que

---

46 Peters, Anne. “Corrupción...”, ob. cit., p. 32.

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción...*, ob. cit., párr. 152.

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos humanos y lucha contra la impunidad y corrupción*, Resolución 1/17, 2017, p. 1.

previamente el Estado ha establecido, para que las personas gocen de tales derechos.

Es decir, los derechos sociales se reducen a un segundo plano y el interés individual de los funcionarios públicos -beneficio privado- se superpone al interés colectivo que presuponen. La igualdad ante la ley, el principio de legalidad y la seguridad jurídica se ven seriamente vulnerados en la descripción señalada.

Ejemplos de estas situaciones, pueden ser los supuestos del derecho a la salud o la educación pública y gratuita donde un funcionario solicita un soborno para que una persona vulnerable pueda acceder a ellos. También sería un supuesto, en el ámbito de políticas de vivienda promovidas por el Estado, donde los recursos para crearlas se desvían de manera ilegal. Aquí, se vulnera la obligación del Estado de cumplir los derechos humanos, por cuanto al desviar los recursos para garantizar los derechos o requerir sobornos para gozarlos, compromete seriamente el cumplimiento de los derechos sociales.

En efecto, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[l]a corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento”<sup>49</sup>.

Por otro lado, también los derechos civiles clásicos o liberales se pueden ver afectados ante el fenómeno de la corrupción. Los derechos civiles, igualmente cuestan e implican dinero y, si se desvían los recursos que los realizan, también éstos derechos tendrían consecuencias severas. Sunstein y Holmes señalan que la “protección de los derechos individuales nunca es gratuita, porque siempre presupone la creación y el mante-

---

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos*, Resolución 1/18, 2018, p. 6.

nimiento de relaciones de autoridad”<sup>50</sup>. Por ello, las personas tienen el deber de pagar impuestos para precisamente contar con los derechos que dependen de esos impuestos. El problema, claramente radica en el control y manejo del dinero de los contribuyentes y es allí, donde la corrupción tiene su inserción en la afectación de los derechos civiles.

Por ejemplo, la corrupción en la administración de justicia puede poner en grave peligro derechos básicos, como lo es el derecho al debido proceso, cuando sólo gozan de las garantías judiciales aquellos quienes pagan soborno, caso en el cual Estado incumple su obligación de respetar los derechos humanos. También, y en sentido más grave, cuando los policías dependientes de la Administración pública, aceptan sobornos para comprar su silencio, ante la trata de personas en zonas territoriales propensas a éstas actividades, como las fronteras. Asimismo, cuando los funcionarios públicos de los servicios penitenciarios, requieren sobornos de los reclusos para que éstos puedan gozar de condiciones, que normalmente garantiza el ordenamiento jurídico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: Tibi vs. Ecuador, a través de Sentencia, establece que la corrupción en los órganos penitenciarios de la Administración pública, afectan derechos civiles:

“En la Penitenciaría del Litoral el señor Tibi fue recluido en el pabellón conocido como ‘la cuarentena’, en el cual estuvo por 45 días, en condiciones de hacinamiento e insalubridad. En ese pabellón estaban recluidas entre 120 y 300 personas, en un espacio de 120m<sup>2</sup>. Allí permaneció encerrado

---

50 Sunstein, Cass y Holmes Stephen. El Costo de los Derechos, por qué la libertad depende de los impuestos, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 99. Igualmente, “the protection of individual rights is never free” because “always presupposes of relations of authority”; Sunstein, Cass y Holmes, Stephen. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton, Chicago, 1999, p. 69.

las veinticuatro horas del día, el lugar no tenía ventilación ni luz adecuada y no se le proporcionó alimento. Tuvo que pagar a otros internos para que le trajesen comida (...) 152. La descripción de las condiciones en las que vivió el señor Daniel Tibi durante su detención evidencian que éstas no satisficieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención<sup>51</sup>.

Ante esta situación, evidentemente se produce un grave menoscabo de los derechos civiles. El derecho a la integridad, igualdad, vida o dignidad humana en un sentido mucho más abstracto, se ven condicionados por la corrupción. En referencia a una apreciación similar, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, señala que “la situación de los presos que deben pagar sobornos a los guardias para evitar los malos tratos o gozar de buenas condiciones de detención; este tipo de corrupción afecta indirectamente a todo un grupo<sup>52</sup>.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, mediante Sentencia, señala el efecto producido por la corrupción en la adopción de niños y niñas y la trata de personas, en la forma siguiente:

“242. La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción (...) La Corte destaca que las adopciones internacionales se dieron dentro de un marco

---

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia, 2004, párrs. 90.46 y 152.

52 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, A/HRC/28/73, 2015, p. 11.

de corrupción, en el que (...) tuvo un fuerte impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos de los niños y sus padres biológicos (...) si bien por vía administrativa y por procedimiento notarial, es posible llevar a cabo actos voluntarios de trascendencia, cuando se trata de la adopción de niñas o niños debe cuidarse que la simplificación del procedimiento no llegue al extremo de permitir una cosificación de la niña o niño y abrir el espacio para la trata de personas<sup>53</sup>.

Por tanto, el efecto de la corrupción en los derechos humanos es de dimensiones importantes. No sólo afecta los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, sino también los derechos civiles básicos de la persona, ya que todos los derechos humanos, de alguna manera, tienen implicaciones cuando se produce corrupción por parte -especialmente- de las instituciones públicas, como lo es, por excelencia, la Administración pública.

## V. LA RENDICIÓN DE CUENTAS COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un instrumento, que combate la corrupción producida en el Estado, especialmente en la Administración pública, es la rendición de cuentas. La rendición de cuentas, en sus distintas dimensiones y sentidos, cuenta con medios que, si se materializan dentro de un ambiente democrático de organización del poder, pueden ser de gran utilidad para estimular transparencia, calidad democrática y el buen gobierno-administración. Así, es importante tomar en consideración la justificación y preocupación que se señala en su Preámbulo, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno:

---

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia, 2018, párrs. 242 y 244.

“Consideramos inaceptable:

1. Un Gobierno que ampare y facilite la corrupción.
2. Un Gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones.
3. Un Gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos.
4. Un Gobierno irresponsable y que no rinda cuentas”.

Cuando un gobierno, no rinde cuentas, ampara y facilita la corrupción, lo que también produce no considerar las necesidades de los ciudadanos y estar alejado del interés general, como efecto. En contraste, cuando un gobierno rinde cuentas, no protege la corrupción y evita desvincularse de los intereses de sus representados. Rendir cuentas, en esencia, es ser un buen gobierno responsable y no rendirlas, es ser un mal gobierno que se desorienta de los propósitos del Estado democrático de derecho.

Por otra parte, la lucha contra la corrupción y en favor de los derechos humanos, es una lucha común, que debe ir junta y no puede ir separada. Los gobiernos, con altos índices de corrupción, rechazan la transparencia y la rendición de cuentas y no respetan los derechos humanos<sup>54</sup>. Es decir, proteger derechos humanos y combatir la corrupción, no son ideas contradictorias, sino que se relacionan en la búsqueda de fines comunes. De esta manera, combatir institucionalmente la corrupción, significa consecuentemente proteger los derechos humanos, mediante mecanismos institucionalizados de control y garantía de los derechos humanos.

---

54 Hemsley, Ralph. “Human Rights & Corruption States’ Human Rights Obligation to fight Corruption”, *Journal of Transnational Legal Issues*, Vol. 2, Issue 1, 2015, pp. 12-13.

En ese sentido, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “promoción y el fortalecimiento de los derechos humanos constituyen una medida preventiva de lucha contra la corrupción”<sup>55</sup> y de acuerdo con la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “la corrupción vulnera los principios básicos de los derechos humanos relacionados con la transparencia, la rendición de cuentas, la no discriminación y la participación significativa” e inversamente, “cuando esos principios se defienden y aplican, es el medio más eficaz de lucha contra la corrupción”<sup>56</sup>. Bajo esta idea, elementos importantes para lograr combatir la corrupción son la no discriminación, transparencia, participación y especialmente, la rendición de cuentas.

Según destaca la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “quienes ejercen funciones públicas deben responder ante aquellos que, habiéndoles confiado ese poder, resultan afectados por sus actividades. De ese modo, es posible prevenir, detectar y sancionar la corrupción”. Conforme a esta apreciación, se resalta el deber de los funcionarios públicos que, mediante el poder otorgado por los electores, ejercen su representación en las instituciones públicas y deben ser objeto de control, pues no es una cesión absoluta de poder. En un Estado democrático de derecho, el poder es limitado y responsable. Así, controlar el poder mediante prevención, detección y sanción de la corrupción, precisamente representa gran parte del contenido de la rendición de cuentas.

Asimismo, continúa señalando otros elementos importantes de la rendición de cuentas como instrumento de lucha contra la corrupción:

---

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción...*, ob. cit., párr. 122.

56 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, A/HRC/23/26, 2013, párr. 123.

“El derecho a un recurso efectivo, en tanto mecanismo para reclamar de la vulneración de un derecho y obtener reparación, puede ser utilizado como una forma de rendición de cuentas. Cuando los recursos judiciales dispuestos por el Estado se han agotado, son ilusorios, inadecuados o impracticables, el DIDH contempla mecanismos globales y regionales de rendición de cuentas. Una de las razones por la que los recursos judiciales del Estado pueden ser ilusorios o impracticables es la existencia de corrupción en la administración de justicia”<sup>57</sup>.

Este punto de vista, pone de relieve los órganos judiciales de la administración de justicia y la posibilidad de contar con recursos para proteger los derechos humanos mediante la reparación. Por supuesto, si la administración de justicia también se encuentra impregnada por la corrupción, los recursos serán ilusorios, e incluso, valga mencionar, en órganos administrativos con funciones jurisdiccionales como el Tribunal de Cuentas en Argentina, que es un organismo interesante para controlar la Administración pública y la gestión de recursos públicos. Por ello, se refiere también a otros mecanismos regionales y globales de rendición de cuentas, como los tribunales internacionales regionales y las comisiones internacionales encargadas de vigilar el cumplimiento de obligaciones internacionales sobre derechos humanos.

En otras palabras, los distintos tipos de rendición de cuentas son fundamentales para proteger los derechos humanos. Desde el punto de vista vertical, las elecciones libres y los medios de comunicación tienen una importancia lógica. Ambos, son elementos del Estado democrático de derecho y medios de canalización de las exigencias de la sociedad. La elección de quienes representan a los electores y la libertad de los medios de comunicación, ejercen una presión en el manejo

---

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción...*, ob. cit., párr. 120.

de los recursos públicos y el cumplimiento de los derechos humanos, ya sean civiles o sociales.

Desde el punto de vista horizontal, existen instituciones en un mismo nivel, encargadas y capacitadas para controlar el poder, mediante sanciones jurídicas que responsabilizan a los funcionarios públicos. Las sanciones jurídicas, tienen un rol central en la obligación de rendir cuentas de manera efectiva. En este punto de vista, tienen protagonismo órganos legislativos como el parlamento, órganos judiciales como los tribunales y órganos administrativos como las contralorías, quienes controlan, fiscalizan, inspeccionan y sancionan.

Todos estos órganos, en un mismo nivel de jerarquía ejercen un control de rendición de cuentas para delinear una función pública transparente, sin discriminación en el disfrute de los derechos y con responsabilidad de quienes son los encargados de dirigir el Estado, para cumplir los valores y principios constitucionales. De esta forma, se concretiza a la rendición de cuentas como “la piedra angular de los derechos humanos”<sup>58</sup>, donde el sistema de pesos y contrapesos desde una percepción democrática, son fundamentales para proteger los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

El concepto de rendición de cuentas, es variado y por ello, difícil de precisar. Su traducción de *accountability*, no es exacta y conlleva dificultades. No sólo existe el deber político de rendir cuentas que exige un régimen democrático. Es también, un deber jurídico que demanda el ordenamiento jurídico y un derecho político con el que cuenta el electorado por el poder conferido a sus representantes en las instituciones.

---

58 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *¿Quién debe Rendir Cuentas? Los derechos humanos y la agenda para el desarrollo después de 2015*, p. 4.

No obstante, de ser un deber jurídico y un derecho político, es también un principio por el cual, la Administración pública se encuentra orientada.

La corrupción, es un fenómeno que destruye la democracia, el ordenamiento jurídico y los derechos humanos. Hablar de corrupción en el Estado y específicamente, en la Administración pública, es hablar de degeneración institucional. Los derechos humanos, se vulneran gravemente, tanto en entornos donde hay corrupción, como por la misma corrupción, ya sea directa e indirectamente. No sólo los derechos sociales, que implican un actuar positivo del Estado se ven alterados ante este fenómeno. También se vulneran derechos humanos, como los civiles y políticos, que en principio implican una abstención estatal.

En contraste, la rendición de cuentas, es un instrumento esencial del Estado de democrático de derecho. Para contar con instituciones sólidas y alta calidad democrática, es necesario responsabilizar a los gobernantes que representan a la sociedad, por el ejercicio de sus funciones. Delimitar bajo parámetros de razón, la actuación de los órganos estatales, responsabilizarlos y sancionarlos ante conductas ilegales como la corrupción, es esencial para cualquier régimen democrático. Rendir de cuentas para el Estado Democrático de Derecho, es indispensable para su supervivencia.

Rendir cuentas, precisamente es un instrumento anti-corrupción. La institucionalización integral de los distintos sentidos de la rendición de cuenta, esto es, rendición de cuentas vertical y horizontal, promueve mayor transparencia en el ejercicio de la función pública. Asimismo, protegen los derechos humanos al contar con órganos estatales, incluyendo órganos administrativos, cuyo objeto es controlar e inspeccionar el manejo de los recursos de la cosa pública, que, en definitiva, son un medio para materializar los derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, controlar a quienes representan a la sociedad en las instituciones públicas, es controlar que cumplan sus obligaciones en materia de derechos humanos. Estar legalmente habilitado, para sancionar la corrupción, es un requisito de todo diseño institucional cuyo objeto sea la promoción de los valores democráticos. La institucionalización legal de la rendición de cuentas y su materialización, es una buena medida para prevenir y sancionar la corrupción. Por todo lo anterior, la rendición es un instrumento protector de los derechos humanos.



# LOS BARRIOS, LA PROPIEDAD Y EL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: UN HOMENAJE MEMORIOSO A PEDRO NIKKEN

**Rogelio Pérez Perdomo**

*Profesor de la Universidad Metropolitana  
y profesor jubilado de la Universidad Central de Venezuela.  
Individuo de Número de la Academia Nacional de la Historia,  
Académico honorario de la Academia Peruana de Derecho.*

*Resumen: El artículo rememora las circunstancias en las cuales dos investigadores que comenzaban su carrera académica en el Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, Pedro Nikken y Rogelio Pérez Perdomo, concibieron la idea de investigar el tema de la propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas, los problemas jurídicos conexos con éste y cómo eran resueltos en la práctica. Se destaca la innovación que representó esta investigación tanto en el ambiente universitario venezolano como para el estudio interdisciplinario del derecho. El producto de la investigación fue el libro *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas* (1979) y dos artículos en inglés.*

*Palabras clave: Barrios. Vivienda. Problemas legales. Derecho de propiedad.*

**Summary:** *This paper revisits the circumstances in which two researchers in the beginning of their academic career at the Institute of Private Law of the Central University of Venezuela, Pedro Nikken and Rogelio Pérez Perdomo, set out to investigate the issue of home ownership in the slums of Caracas, the legal challenges associated with property rights in these neighborhoods and how they would be dealt with in practice. This was an innovative project in the Venezuelan academic world and had significant effects on the interdisciplinary study of law. The result of this investigation was the book *Law and Real Property Rights in the Slums of Caracas* (1979) as well as two articles of law in English.*

**Key words:** *Slums. Housing. Legal problems. Real property rights.*

Recibido: 9 de febrero de 2020 Aceptado: 7 de julio de 2020

## SUMARIO

- I. Inicio y desarrollo del proyecto
- II. Hallazgos
- III. Impacto y limitaciones

Pedro Nikken comenzó su carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela enseñando Derecho Civil II y como miembro del Instituto de Derecho Privado. Él venía de la Universidad Católica Andrés Bello, donde fue un estudiante brillante, y sus profesores -que generalmente también enseñaban en la Universidad Central- dieron las mejores recomendaciones. La Facultad de Ciencias Jurídicas (entonces llamada Facultad de Derecho) estaba expandiendo su planta de profesores-investigadores. Nikken fue una excelente adición. Llegaba con gran curiosidad intelectual y con gran espíritu de trabajo. En este artículo contaré la historia de una investigación que emprendimos juntos, qué la hizo posible y a dónde nos llevó esa aventura intelectual.

El Instituto de Derecho Privado estaba dirigido por José Melich Orsini, un jurista investigador serio muy en la línea del análisis conceptual del derecho. Sus rigurosas obras sobre el contrato y la responsabilidad extra-contractual son muestra tanto de su orientación como de su rigor intelectual. Melich, como director del instituto, tenía una mente amplia. Requería de nosotros, los investigadores, que trabajáramos con seriedad, pero no se empeñaba en imponer una visión del derecho o un tipo específico de investigación. Como personalmente estaba en la sección de filosofía del derecho, un área que no era de su interés, mi libertad era aun mayor.

Nikken probablemente se incorporó al instituto en 1968 y yo me había incorporado un poco antes. Nos hicimos buenos amigos rápidamente. Éramos también vecinos en Sebucán, lo que facilitaba el transporte para ambos. Nos tocó una época

muy turbulenta en la Universidad Central que se llamó la ‘renovación académica’ que realmente tenía muy poco de académico a pesar de su nombre. Nikken y yo tomamos el partido de quienes veían en ella la destrucción de la universidad y sus valores. Asistíamos a reuniones donde se discutía sobre cómo reaccionar ante la irracionalidad y la violencia que se habían apoderado de la Universidad Central. A la vez estábamos conscientes que había mucho que mejorar en la universidad, incluyendo renovar la investigación. Nuestro mentor y orientador era Enrique Pérez Olivares. Fue una época muy movida e intensa, y muy activa en materia de política universitaria. La interrumpí viajando a Harvard en 1971 para hacer una maestría. Al regreso, en 1972, la UCV estaba más tranquila y Pedro –quien se había quedado en Caracas– y yo reiniciamos nuestra colaboración. Esta vez con el proyecto de investigación sobre el derecho y la propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas, objeto del presente análisis.

En este artículo me propongo contar cómo se nos ocurrió una investigación que permitió que colaboráramos, aunque teníamos orientaciones académicas distintas, cómo esa investigación probablemente influyó en nuestras carreras, y también cómo no vimos algo que hoy seguramente destacaríamos de manera principal.

En la primera parte, contaré como se inició y se desarrolló la investigación; en la segunda, los hallazgos principales, y en la tercera, el impacto y limitaciones de lo realizado

## I. INICIO Y DESARROLLO DEL PROYECTO

Ya no recuerdo quién descubrió el libro *The evolution of law in the barrios of Caracas* (1973)<sup>1</sup> escrito por un equipo de investigadores jurídicos de los Estados Unidos. Kenneth Karst, su

---

1 Kenneth Karst, Murray Schwartz & Audrey Schwartz: *The evolution of law in the barrios of Caracas*. University of California. Los Angeles

primer autor, era un desconocido. Luego supimos que era un joven que se convirtió luego en un distinguido especialista en el derecho de América Latina, profesor en la Universidad de California, Los Ángeles. Leímos ese libro y nuestra primera reacción fue de avergonzarnos: un equipo de investigadores de los Estados Unidos nos hablaba de cómo se vivía el derecho en los barrios de Caracas. Nosotros, que éramos investigadores en el área del derecho en la universidad más acreditada en la época con sede en Caracas, desconocíamos por completo el tema. Como todos nuestros conciudadanos veíamos los barrios todos los días, conocíamos personas que vivían en ellos, pero no habíamos tenido la iniciativa de hacer esa investigación. Leímos el libro con mucho interés y quedamos muy impresionado por su metodología. Estaba construido sobre un número substancial de entrevistas a personas que vivían en los barrios y uno de los investigadores vivió por un tiempo en uno de ellos para la parte etnográfica del estudio. El libro indicaba que también habían entrevistado a abogados distinguidos, pero no los identificaba. Los cuestionarios habían sido procesados con una tecnología y unos aparatos misteriosos de los cuales habíamos escuchado hablar pero que no sabíamos manejar: las computadoras.

El libro nos pareció bien armado y lleno de información interesante. Los habitantes de los barrios consideraban segura la tenencia de sus viviendas. Esto era lo que les habían dicho casi unánimemente a los entrevistadores y aun esperaban que el estado los indemnizara si llegara a necesitar de ese espacio para una obra pública. Pero, además de decirlo, los habitantes de los barrios lo mostraban con hechos: hacían inversiones importantes para su nivel de ingreso, como poner un techo o paredes sólida a su vivienda.

¿De dónde venía esa seguridad? Esto es lo que hoy llamamos el primer problema de investigación. Para nosotros, abogados educados en la lectura del Código Civil, las viviendas de los barrios eran edificaciones en suelo ajeno y la tenen-

cia de la edificación era absolutamente precaria. Una opinión muy generalizada en Caracas veía en los barrios sectores sin ley, donde imperaba la violencia. En un artículo de opinión de Úslar Pietri, retomado luego por Brewer-Carías<sup>2</sup>, los barrios eran comparados con el estado de naturaleza hobbesiano. Lo que reflejaban estos autores, que habían participado en la vida de un barrio y que habían entrevistado a un buen número de habitantes de barrio, era algo completamente distinto. En los barrios no se vivía una guerra de todos contra todos y los habitantes tenían una considerable seguridad en la propiedad de su vivienda, como lo mostraba el libro descubierto sin explicar su fundamento en el derecho ni en el sistema político venezolano. En la década de 1970, salvo por los brotes de violencia política que fueron controlados, Caracas era relativamente pacífica. Su índice de homicidios estaba por debajo de los de Nueva York o Miami.<sup>3</sup>

Nuestros colegas del Instituto de Estudios Políticos y del Instituto de Urbanismo a quienes consultamos, especialmente Juan Carlos Rey y Omar Hernández, nos pusieron en contacto con una bibliografía politológica y sociológica. Maritza Montero, de la Escuela de Psicología, nos pasó un trabajo apasionante de su autoría que mostraba que el sentimiento de propiedad de la vivienda era más fuerte entre los habitantes de los barrios que entre quienes habitaban en los bloques multifamiliares de vivienda social, a pesar de que estos últimos tenían un documento de propiedad debidamente registrado.<sup>4</sup> Nos sumergimos en la literatura de ciencias sociales.

El argumento principal de la obra de Karst y otros nos dejó escépticos. Los investigadores habían descubierto reglas que

---

2 Brewer Carías, Allan- R.:

3 Juan C. Navarro & R. Pérez Perdomo: "Seguridad personal: percepciones y realidades". En J.C. Navarro & R. Pérez Perdomo (coordinadores): *Seguridad personal, un asalto al tema*. Caracas. Ediciones IESA

4 Maritza Montero: "Un estudio psicosocial de la propiedad". *Revista de Psicología* vol 3 #2., 1976.

habían sido creadas para regular la convivencia y que eran distintas a las reglas del derecho oficial. Las juntas de barrio resolvían conflictos y los investigadores les daban importancia en la creación de este nuevo derecho. En conclusión, vieron el surgimiento de un nuevo derecho de una manera que se asemejaba al *common law*, una tradición jurídica con la cual ellos estaban familiarizados.

El argumento no nos convenció. Sabíamos que los partidos políticos estaban metidos en los barrios y la creación de un derecho nuevo que aparentemente surgía de la sociedad misma nos parecía halado por los cabellos. Una obra excelente *The politics of the barrios in Venezuela*<sup>5</sup> confirmó lo que en buena parte habíamos aprendido de las conversaciones con gente de los barrios que le preguntamos sobre la historia de su propio barrio o con los colegas que venían de las ciencias sociales. Las invasiones eran organizadas políticamente. Dirigentes de base de los partidos, sobre todo de Acción Democrática, eran los organizadores. Ellos tenían sus contactos en las municipalidades y sabían cuáles terrenos eran municipales, o cuáles propietarios tenían poca capacidad de reacción ante una invasión. Durante semanas organizaban la gente para que una madrugada determinada hicieran la ocupación. La presencia de mujeres, especialmente mujeres en estado o con niños, era importante en la invasión, y el grupo debía ser numeroso. Estas características iban a inhibir a la policía o cualquier intento de represión o de violencia. De todas maneras, los organizadores tenían sus contactos y al barrio frecuentemente se le ponía el nombre apropiado, como Menca de Leoni (cuando Leoni era el presidente de la República). El libro de Ray nos mostró que la propia Agency for International Development de los Estados Unidos había provisto fondos por un tiempo a las juntas pro-mejoras de los barrios que tenían la bendición oficial. Esta ayuda o la que posteriormente aparecía en el presupuesto nacional, se usaba para regalar bloques, pacas de cemento o láminas de

5 Talton Ray: *The politics of the barrios in Venezuela*. Berkeley. University of California Press, 1969.

zinc para mejorar las viviendas. La razón es que estas acciones sirvieron para combatir a los comunistas que habían logrado una cierta penetración en los barrios. Por supuesto, también servían para ganar adeptos al partido.

La idea de la creación espontánea de un nuevo derecho nos hizo ruido. Los mismos cuestionarios de Karst y otros mostraban que las juntas de barrio no eran tan importantes y muchos entrevistados habían mencionado que recurrían a la municipalidad en caso de conflicto. Era claro que teníamos unos buenos problemas de investigación y que necesitábamos ayuda. Teníamos que explorar cuáles eran los organismos municipales donde iban los habitantes de los barrios y qué hacían esos organismos. El Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la UCV daba ayudas para la investigación. Solicitamos fondos para contratar dos asistentes y los obtuvimos. Los asistentes escogidos fueron dos estudiantes muy bien calificados, Elizabeth Fassano y Marcos Vilera. Ambos eran excelentes estudiantes y Vilera era también estudiante de sociología. La ayuda de ambos en la recolección de información fue enorme.

## II. HALLAZGOS

Los hallazgos fueron publicados en 1979 en un libro breve.<sup>6</sup> Lo primero que analizamos es por qué los propietarios del suelo no ejercían el derecho que tan claramente les concedía el Código Civil, naturalmente cuando eran propietarios privados. Cuando el propietario era la municipalidad o un ente público podía haber otras motivaciones para la inacción. Los recursos del propietario eran muy poderosos sobre el papel, pero las dificultades procesales para demandar a cada uno de los ocupantes y ejercer una acción reivindicatoria, o un interdicto posesorio, eran enormes, sobre todo si se trataba de una invasión numerosa y organizada, como era lo usual. Este

---

6 *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*. Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela. Caracas 1979.

es un hallazgo enteramente en el dominio del derecho, pero agrega al análisis usual el análisis del proceso

Esto solo explica parcialmente la seguridad en la tenencia de los habitantes de los barrios. Un elemento muy importante es el apoyo político y la dimensión social.

La seguridad en la tenencia no es sino una parte muy pequeña del derecho. Las viviendas son bienes importantes para los habitantes de los barrios, tal vez su capital máspreciado. Las circunstancias de la vida cambian y tal vez tenga necesidad de alquilar, o vender, o pueden surgir conflictos con un vecino por una molestia posesoria o un problema de delimitación. También hay problemas relacionados con la situación personal o familiar. Por ejemplo, si la pareja que ha construido o comprado la vivienda entra en conflicto o se separa. O podía haber molestias posesorias. Una de las dificultades de la construcción en suelo ajeno es que la propiedad no puede ser registrada. Si la vivienda califica como rancho, no puede ser alquilada. En otras palabras, son cosas que tienen muchos rasgos de los *rei extra commercium*. Esto descarta que se pueda usar los tribunales y el sistema formal.

La búsqueda nos llevó a la Sección de Asistencia Jurídica de la Municipalidad de Caracas (en la época del Distrito Federal). Sin duda, era allí donde recurrían los habitantes de los barrios. Tenían funciones de asesoramiento, de redactar pequeños documentos, como títulos supletorios. Lo que nos interesó fue ver los conflictos que potencialmente podían ser litigiosos. A los abogados de este organismo no se le escapaba la imposibilidad práctica de plantear esos conflictos en el sistema formal. La solución que habían encontrado era inventar un sistema de mediación. El sistema se construyó bajo el modelo del procedimiento formal. Se hablaba de demanda, aunque lo que había generalmente era una queja oral. También de una citación, aunque era una invitación a la otra parte del conflicto a concurrir a las oficinas de la sección. Quien llevaba

la 'citación' era el propio interesado. Si el citado no atendía la invitación, la tercera citación era servida por un policía. El local de la sección tenía un aspecto muy oficial, con una bandera y el retrato de Bolívar de forma visible y un policía en la puerta. Los abogados vestían con corbata y muchos tenían un botón en la solapa. Las mujeres-abogados tenía traje de relativa elegancia. Lo que se desarrollaba en el lugar era una mediación, pero las 'partes' claramente veían en los abogados figuras de autoridad. Las soluciones que encontraban a problemas a veces muy complicados eran muy ingeniosas y no tenía nada que ver con el derecho formal. Por ejemplo, una pareja se peleó y el hombre, que había instalado los tubos del agua, se llevó los tubos. La mediación logró el acuerdo que la mujer compraría los tubos y el hombre los instalaría de nuevo. En definitiva, estudiamos una mediación informal oficial.

También encontramos un sistema de prevención de conflictos muy asociada con el clientelismo político. Personas que pueden suponerse de importancia en el gobierno local o en el partido Acción Democrática hacían recomendación de determinados residentes en barrios específicos, los señalaban como propietarios de vivienda y atestiguaban su buena conducta. En algunos casos indicaban que eran del partido. Seguramente estas cartas o constancias tenían algún efecto en las relaciones con la policía u otras autoridades municipales.

En resumen, el sistema político venezolano había encontrado una forma económica de proveer vivienda a personas de bajos recursos que, a la vez, le reportaba buenos dividendos políticos. Los terrenos se ocupaban por invasión y no había inversión pública ni en terrenos, ni en el acondicionamiento de éstos. La inversión en construcción de viviendas y de vías de comunicación se limitaba a proveer cemento, láminas de zinc, cabillas y otros materiales, pero los constructores eran los interesados mismos. Por ello se hablaba de autoconstrucción. Originariamente no había servicios públicos, pero estos se proveían por etapas posteriormente. Se construían camine-

rías, escaleras y canales para la disposición de aguas servidas, usando la mano de obra local. También se instalaba la energía eléctrica después que los habitantes del barrio peticionaran por ella. Cada etapa era una nueva oportunidad de cimentar los lazos con la clientela política. En contra de lo que frecuentemente se piensa, quienes habitaban una vivienda en los barrios tenían interés en la instalación formal de la electricidad y pagar los recibos respectivos (en vez de robársela) porque los recibos eran muy útiles para comprobar posesión del inmueble y determinación del lugar de residencia.

No se nos escaparon las ventajas del sistema, pero también sus debilidades. Se construían sin planificación urbana ni estudios de suelo. No se dejaba espacio para escuelas, parques, dispensarios. La construcción en laderas complicaba las comunicaciones. El espacio que se dejaba como vía era estrecho, frecuentemente en escalinatas. Esto dificultaba la recolección de basura y hacía imposible el patrullaje policial. Un número de viviendas podían derrumbarse. La época de lluvias era especialmente peligrosa. El peligro de incendio no era menor.

### III. IMPACTO Y LIMITACIONES

La obra se separaba de la tradición de los estudios en sociología del derecho que se interesaban en ver las regularidades que llamaban derecho emanando directamente de la vida social. Éste era el enfoque de la obra de Karst y otros. Nuestra obra le dio importancia a la interacción con el sistema político y a explicar la inacción de quienes aparentemente tenían todo el derecho de su lado. En general, la obra fue muy bien acogida en el ambiente de las ciencias sociales tanto en Venezuela como en el extranjero. El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas le dio mención honorífica en el premio Mejor Obra en Ciencias Sociales 1979. En Inglaterra, donde me encontraba en disfrute de año sabático en 1977-78, me invitaron a presentarla en el Departamento de Geografía del University

College de Londres y dos versiones de la obra fueron publicadas en una obra colectiva y una revista importante, ambas publicaciones en inglés.<sup>7</sup>

Mi impresión es que la obra fue mejor recibida por la gente de las ciencias sociales que por la de derecho. Es posible que ocuparse del derecho en los barrios tenga más bien una connotación negativa para muchos juristas. El derecho importante es el de los negocios, el derecho promulgado nacionalmente o el internacional. Afortunadamente creo que Pedro Nikken superó rápidamente la connotación negativa de este pecado de juventud, a los ojos de los juristas más ortodoxos, por su muy distinguida carrera como abogado, como académico y como negociador internacional. Recientemente Carlos Ayala ha destacado la enorme contribución al derecho internacional y a los derechos humanos y el reconocimiento que se le hizo en Venezuela y en varios otros países. Su trabajo podrá ser leído en esta misma revista.

Con independencia de cuál ha sido el impacto externo de esta investigación, creo que el impacto mayor estuvo en nosotros mismos, como investigadores. Creo que tanto para Pedro como para mi, la investigación nos hizo ver el derecho de otra manera, más cercana a la vida real y menos puro análisis de textos. Tal vez esto haya contribuido a que Pedro dejara de ser el profesor de derecho civil para interesarse en los derechos humanos, en los conflictos internacionales y, en general, los conflictos políticos. En mi caso, ya no soy el profesor de filosofía de derecho que era. Me interesé por la sociología del derecho en el momento en que esta disciplina cambiaba y dejaba de ver simplemente al derecho como un producto más o menos espontáneo de la sociedad. Quienes hoy hacemos sociología del derecho, o historia social del derecho, nos interesamos más

---

7 "Law and housing ownership in the barrios of Caracas". *Urban Law and Policy*, n° 3 1980. pp. 365-402. Y "Law and home ownership in the barrios of Caracas", en Allan Gilbert (ed): *Urbanization in Contemporary Latin America*. John Wiley. Londres 1982. Pp. 205-229.

bien la interacción entre las normas y las acciones estatales y la vida real del derecho en la sociedad.

Mirando a la investigación tal como fue fijada en la publicación también percibimos hoy sus limitaciones. ¿Cómo la haríamos hoy? ¿Cuáles serían nuestros enfoques? Creo que seríamos más críticos con la forma clientelar y completamente opuesta al estado de derecho como operó la creación y el funcionamiento de los barrios. No hay duda que crearon el desorden urbano, que se creó un espacio demasiado abigarrado y complejo para que pueda ser provisto un mínimo de seguridad y de las amenidades de la vida urbana. La experiencia posterior es que buena parte de los barrios se convirtieron en las zonas urbanas más violentas. Por supuesto, no era previsible en la época que iba llegar un régimen que empoderara a los malandros y predicara la violencia y que causara tal conmoción en los barrios. Y aun menos que ese mismo régimen diseñara una política de controlar la violencia delictiva usando escuadrones de la muerte. Nada hay más contrario al estado de derecho y a los derechos humanos que lo que vivimos en Venezuela en los últimos años, pero no podemos negar que las semillas de esas políticas estuvieron en las que se impusieron en las décadas anteriores. No conversé con Nikken de estas transformaciones, pero creo que hubiéramos estado de acuerdo.



# LAS TEORÍAS DE DISCURSO DE ODIO DE FISS Y POST Y LECCIONES PARA LAS AMÉRICAS

Ricardo F. Rosales<sup>1</sup>

*Resumen: Este artículo presenta una breve exploración de las teorías de discurso de odio de Owen Fiss y Robert Post, catedráticos de la Primera Enmienda de Estados Unidos, y plantea una revisión crítica de sus contenidos. A partir del diálogo entre ambas teorías, el autor ofrece algunas reflexiones que apuntan a un marco normativo regional contra el discurso de odio.*

*Palabras clave: Libertad de expresión. Igualdad. Democracia. Discurso de odio. Liberalismo.*

*Summary: This article presents a brief exploration about the hate speech theories of the professors Owen Fiss and Robert Post, scholars of the United States First Amendment, and proposes a critical reading of their contents. Based on the dialogue between both theories, the author offers some reflections for a regional normative framework against hate speech.*

**Key words:** *Freedom of expression. Equality. Democracy. Hate speech. Liberalism.*

Recibido: 9 de julio de 2020    Aceptado: 30 de julio de 2020

---

1 Abogado (UCAB-Caracas), Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA-Buenos Aires), graduado con mención sobresaliente. Asistente académico en la Universidad de Buenos Aires en la Cátedra de Derechos Humanos de la Dra. Mónica Pinto e Investigador en temas de internet y democracia. Asesor jurídico de la ONG Espacio Público, Caracas. Correo institucional: rrosales@espaciopublico.org



## SUMARIO

- I. Introducción
- II. Teoría de Owen Fiss
- III. Teoría de Robert Post
- IV. Síntesis de las teorías: Dos ideas de igualdad en la Primera Enmienda
- V. Reflexiones finales hacia una teoría regional contra el discurso de odio

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la naturaleza, contenido y alcance de las ideas de igualdad vinculadas a la libertad de expresión y sus implicancias para el sistema democrático encuentra un campo fértil en la doctrina. Resulta promisorio el pensamiento filosófico abocado a esta temática para reflexionar sobre el tipo de relación que queremos entre libertad de expresión e igualdad, a lo que a menudo los legisladores y jueces no se dedican en sus funciones regulatorias.

Los modos de abordar la compleja relación entre igualdad y libertad de expresión frente al fenómeno del discurso de odio no representan exquisiteces jurídicas que puedan soslayarse ante la magnitud de los problemas. Estos modos conforman un objeto de estudio abandonado en un campo plagado de fanatismos y sectarismos de todo tipo, por lo que demandan un tratamiento sistematizado que permita enmarcar las discusiones locales dentro del núcleo conceptual de las diversas teorías de la libertad de expresión. Es así como los conflictos y tensiones concretas que surgen rutinariamente al calor de los contextos internacionales y nacionales de la libertad de expresión y sus límites pueden recibir una interpretación armonizada para cumplir con el desafío de proteger derechos universales e interdependientes.

Este artículo se propone sintetizar algunos planteos de las teorías de libertad de expresión de Owen Fiss y Robert Post, dos académicos influyentes sobre la Primera Enmienda de Estados Unidos, que, si bien pertenecen a un mismo sistema jurídico, desarrollan un pensamiento crítico sobre las ideas de igualdad que interesan a la libertad de expresión, sus consecuencias y lecciones en aras de analizar cualquier esfuerzo normativo coherente. Estas líneas finalizan con algunas reflexiones que argumentan a favor de una teoría regional del hate speech.

## II. TEORÍA DE OWEN FISS

Owen Fiss defiende una teoría democrática-social, que otros han llamado colectivista, de la libertad de expresión<sup>2</sup>. Según el autor, la Primera Enmienda de Estados Unidos debe interpretarse desde una mirada social a la luz de los contextos en que se aplica, los efectos o resultados que produce en el debate público y la participación real de grupos desaventajados.

Fiss sostiene que la libertad de expresión es protegida por la Primera Enmienda “no porque constituya una forma de autoexpresión o de autorrealización personal, sino porque es esencial para la autodeterminación colectiva”. Este derecho es “una libertad de carácter público” cuyo propósito es “ampliar los términos de la discusión pública, permitir que los ciudadanos conozcan cuáles son los temas de debate y los argumentos de todas las partes, a fin de que puedan conseguir sus objetivos libre y plenamente”. Fiss afirma que la libertad de expresión es un principio instrumental sometido a un estándar sobre “la

---

2 Robert Post, *Equality and autonomy in first amendment jurisprudence*, *Law Review* 95, Michigan, 1997, p- 20; *Democracy and equality*, *Annals of the American Academy of Political & Social Science* 603, Pennsylvania, 2006, p-12-18

calidad del debate público”, más que en un criterio basado en “la autonomía del individuo o institución privada”<sup>3</sup>.

El autor expresa que la Primera Enmienda de Estados Unidos no debe interpretarse como “una prohibición absoluta de la regulación estatal de la expresión de opiniones, sino como un mandato de que se establezcan unos límites estrictos a la autoridad del Estado”. La limitación estricta sobre las justificaciones que el Estado puede aducir legítimamente para regular la expresión individual corresponde, a juicio de Owen Fiss, a la aplicación coherente de una visión liberal de la sociedad. “Se trata del equilibrio entre dos intereses en conflicto: el valor de la libertad de expresión, por un lado, y los intereses que el Estado aduce como justificación de su regulación (los llamados «contravalores»), por el otro”<sup>4</sup>.

Owen Fiss compara la tradición de la Primera Enmienda con la protección del orador de la esquina de una calle. “Como una coraza, como un medio para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado”. Luego destaca que la lectura individual de la Primera Enmienda surgió de un proceso histórico determinado –la persecución estatal en el contexto de la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial y el Macartismo– que cristalizó en la formulación del principio que impide la reglamentación de contenidos, salvo excepciones justificadas. Sobre esta base, el autor separa una serie de casos, donde el individuo fue silenciado por el Estado, de otros casos que involucran otras preocupaciones legítimas del Estado moderno y que pueden exigir una teoría democrática de la Primera Enmienda, lo cual replantea el modo de entenderla y el rol que juega el Estado.

---

3 Owen Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, Traducción Jorge F. Malem Seña, 1ª Edición, Distribuciones Fontamara S.A, México D.F, 1997, 29-43; *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 1-2-31

4 Owen Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, obra citada, nota 2, p.-32-35.

Fiss afirma que el debate público está controlado por las mismas fuerzas que dominan la estructura social enquistadas en el poder de compra del dinero de modo tal que uno de los ámbitos que el Estado debería normar en aras de un debate público más completo y diverso es el concierniente al discurso de odio. Fiss argumenta que una regulación es necesaria por el efecto *silenciamiento* que la expresión de odio produce sobre los grupos discriminados.

Según el autor, las expresiones de odio afectan el sentimiento de dignidad de grupos y debilitan su posición social frente a la expresión, lo que redundaría en su autoexclusión o menor participación. Fiss afirma que incluso si los miembros de estos grupos participan en el debate público, el mercado les impone una percepción pre-condicionada, y ante los estereotipos y prejuicios prevalecientes a su condición intelectual o moral, sus mensajes son respondidos con hostilidad, burla, o en el mejor de los casos, indiferencia. De manera que estos grupos enfrentan una condición de desigualdad ante el debate público y por lo cual el clásico remedio de “más expresión” es inútil, pues es como si nada dijeran.<sup>5</sup> Se plantea así un conflicto “libertad vs libertad”: la libertad del individuo vs la libertad de grupos discriminados

Owen Fiss inspira su tesis del efecto silenciamiento en el contexto de exclusión contra personas afrodescendientes y mujeres del debate público estadounidense, en cuanto a sus puntos de vistas particulares. Toma el ejemplo de Catharine MacKinnon sobre los efectos sociológicos de la pornografía y argumenta que ésta “lleva a que los hombres no escuchen lo que las mujeres tienen para decir o que no las tomen en serio; y esta práctica empobrece el debate público”. Si el Estado intervi-

---

5 Owen Fiss, *Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of State power*, citado en Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Traducción Leonardo García Jaramillo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires: 2013, p. 145-155.

niera en este caso, argumenta Owen Fiss, no sería un “Estado censor o inquisidor”, sino un “Presidente de un Parlamento que requiere que algunos se callen para que otros puedan hablar”, ya que, –y retoma una frase lapidaria de Mackinnon–, “nadie escucha a una mujer con un pene en la boca”<sup>6</sup>. Por ello, “en algunos casos deberemos callar a unos para escuchar a otros”. Enfatiza que su propósito último es favorecer un debate público representativo y emplea una visión democrática basada en el principio sustantivo de equidad que coadyuva a dirimir las injusticias del mercado sobre la comunicación social.

En definitiva, Fiss parte de las distorsiones sobre el debate público asociadas al mercado y los intereses comerciales de grandes medios de comunicación que afectan su riqueza y que pueden derivar en la excusión sistemática de ciertas materias o puntos de vista, a los que atribuye el efecto silenciamiento. Piensa en el rol del Estado para situar en el debate público temas y puntos de vistas que de otro modo no se plantearían. La sanción del hate speech promovería una discusión más democrática, al facilitar que unos dejen hablar para que

---

6 Roberto Gargarella interpreta el pensamiento fisseano en los siguientes términos. “Existen discursos que degradan, quitan respetabilidad y autoridad a la palabra de otros y, en tal sentido, terminan por erosionar nuestra capacidad de crecer por medio del diálogo. Es dable pensar –nos sugiere el profesor de Yale– que luego de escuchar determinadas expresiones lleguemos a desarrollar una visión tan pobre respecto de algunos de los participantes de nuestra comunidad de diálogo, que nos sintamos inclinados a dejar de escucharlos. En tal sentido, concluye, cuando aquellos afectados por estos discursos ofensivos quieran reaccionar frente a las humillaciones que han recibido, ya nadie tenderá a prestarles atención: la palabra de estos últimos ha perdido valor. En definitiva, entonces, hemos perdido a algunos de los participantes o potenciales participantes de nuestra comunidad dialógica: la idea de tener “más discursos” o, más específicamente, la de abrir la puerta a todo tipo de discursos ha implícado finalmente una pérdida y no una ganancia. “Más discurso”, en tal sentido, puede ser menos y no más”. Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en María Paz Ávila, Ramiro Ávila y Gustavo Gómez (eds) *Libertad de Expresión: alcances, debate y nueva agenda*, disponible: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000215627> [revisado el 03 de julio, 2020].

otros se escuchen. En cambio, la inacción estatal reforzaría el ambiente de ideas hegemónico.

### III. TEORÍA DE ROBERT POST

Robert Post postula una teoría democrático-política de la libertad de expresión en la que mayorías y minorías confluyen en la construcción abierta y dialógica de la voluntad general, por contraste de las fórmulas del mayoritarismo y la soberanía popular como procedimientos de toma de decisiones políticas. La democracia, defiende Robert Post, “es una idea normativa que se refiere a valores políticos substantivos asociados con la autodeterminación”<sup>7</sup>.

La teoría de Post se funda en una concepción deliberativa donde todas las personas potencialmente afectadas por la voluntad general deben participar en la construcción de la formación política. Lo fundamental es una práctica de autogobierno colectivo donde las personas no tomen decisiones, sino que “tengan la convicción justificada de que están comprometidas en el proceso de gobernarse a sí mismas”. Es la diferencia que el autor formula entre tomar decisiones particulares, y reconocer decisiones como propias, para lo cual es necesario la “participación activa”, y una estructura de comunicación libre y abierta.

El espacio para participar en la voluntad general, en la política, señala Post, es el discurso público, que incluye “aquellas expresiones y actos de comunicación que son socialmente vistos como necesarios y adecuados para la participación en la formación de la opinión pública”. La función de la Primera

---

7 Robert Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment*, disponible: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers) [revisado el 03 de julio, 2020] véase también: Robert Post, *Equality and autonomy in first amendment jurisprudence*, obra citada, nota 1, Robert Post, *Democracy and equality*, obra citada, nota 1.

Enmienda sería justamente amparar este proceso comunicativo definido como discurso público de la interferencia de la mayoría para que todos puedan participar. El discurso público tendría dos garantías fundamentales: i) Tratar a las personas como iguales políticos ante el sistema democrático, “agentes autodeterminados y autónomos”, lo que impide la restricción de ideas en función de su contenido; ii) No invocar estándares comunitarios, “normas de civilidad”, que utilizan al Estado para confinar la expresión dentro de los parámetros de moralidad y decencia de un grupo determinado, lo cual comprometería la libre comunicación entre una amplia variedad de culturas y tradiciones.<sup>8</sup>

Robert Post advierte que el ámbito del discurso público se separa de los ámbitos de “gestión” y de “comunidad”. En el ámbito de gestión, el objetivo es realizar “objetivos institucionales legítimos”, en los que la persona no participa como “agente autónomo” sino como “instrumento” de ese fin. Es el caso de la regulación de la expresión en las esferas militar, educativa y judicial de manera de alcanzar los fines legítimos de esas instituciones, con arreglo a otros criterios constitucionales. En el ámbito de comunidad, por su parte, el objetivo es preservar el orden social a través de normas comunitarias inculcadas en la identidad de los individuos, las cuales castigan expresiones consideradas intolerables en una comunidad civilizada. Post especifica en este ámbito a los *torts* estadounidenses de difamación, de invasión a la privacidad y de imposición de daño emocional, destinados a proteger, a diferencia de los fines del campo del discurso público, “estándares generalmente aceptados de decencia y moralidad, que definen el significado de la vida en una comunidad civilizada”<sup>9</sup>.

---

8 Robert Post, *El Estado frente a la libertad de expresión*, Edición, Traducción y Estudio Preliminar de Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera (h), disponible en: [https://www.palermo.edu/cele/pdf/4\\_Post\\_Libertad\\_de\\_Expresion.pdf](https://www.palermo.edu/cele/pdf/4_Post_Libertad_de_Expresion.pdf) [revisado 03 de julio, 2020]

9 *Ibíd.*

Post define los tres ámbitos de la expresión, -i) discurso público, ii) gestión, y iii) comunidad- a la vez de complementarios y contradictorios. Su delimitación depende de factores culturales e históricos de cada país. En Estados Unidos, la lógica apunta a dotar de mayor espacio (abstención estatal) al discurso público. Por esta razón se tiende a restringir y delimitar con mayor rigor los otros dos ámbitos y reconocer como categoría amplia al “discurso público”.

En este contexto el autor argumenta que el discurso de odio, si no implica violencia directa, forma parte del discurso público, protegido por la Primera Enmienda. Si el Estado lo restringe, toma partido y opera implícitamente desde una valoración entre ideas buenas o malas, nocivas o beneficiosas, situación en la que impone normas heterónomas y antidemocráticas respecto del grupo o individuo restringido. Post concluye que el discurso público permite conectar la autonomía individual con la autodeterminación colectiva, para que las personas influyan en el ambiente de ideas democráticas y sientan las normas como propias, de su autoría, aunque al final puedan discrepar con sus modelos o ideales de vida.

La línea de desigualdad que plantea Fiss es verosímil, aunque compleja. Como refuta Robert Post, pese a comparar algunas de sus premisas, Fiss nos adeuda una estructura conceptual y normativa que permita determinar el efecto silenciamiento en cada caso.<sup>10</sup> El análisis sobre la exclusión de voces de grupos discriminados requiere datos empíricos y estudios interdisciplinarios de cada contexto para fundamentar este efecto silenciamiento por cada grupo -exclusión sistemática del debate público- y cómo impacta en sus derechos.<sup>11</sup>

---

10 Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, obra citada, nota 4, pp. 145-155.

11 Julio Rivera plantea la indeterminación del término “efecto silenciamiento”. ¿Cómo un tribunal puede juzgar si determinada expresión causa un efecto silenciamiento? Una crítica similar profiere Cass Sustein. Véase: Julio César Rivera (h) “*La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un*

Owen Fiss, no obstante, exhibe como un síntoma relevante de este silenciamiento la menor calidad –que asocia con menor amplitud y diversidad– del debate público, considerando que el mercado impide o excluye sistemáticamente el tratamiento de ciertas materias o puntos de vista. Fiss destaca que el debate público está controlado por las mismas fuerzas que dominan la estructura social y ello se manifiesta, por ejemplo, en materia de discurso de odio, donde el Estado debe actuar como el Presidente de un Parlamento con altos principios. Robert Post controvierte la imagen ideal de Fiss con la necesidad de distinguir dos categorías de igualdad.

La primera, la igualdad de las personas, relacionada a la exclusión de voces de grupos discriminados en el debate público, requiere mayor información para determinarla, precisa Post, si bien no niega que pueda existir. La segunda, la igualdad de las ideas, vinculada a que todos los puntos de vistas deben ser escuchados, lo que implicaría un derecho a igual influencia o igual oportunidad de influencia en el debate público, presenta dos inconvenientes. De un lado, las ideas carecen de igualdad intrínseca, como las personas, para ser todas oídas. Afirma el autor que las ideas, de hecho, son constantemente filtradas y diferenciadas por la sociedad. De otro lado, si se admitieran esfuerzos de igualación entre las ideas, se concedería al Estado la potestad de controlar procesos propios de las personas que comprometerían su autonomía, (su evaluación, contexto de comprensión, preferencia de ideas), y en especial, su “participación activa”, “el centro de la libertad de expresión”.<sup>12</sup>

Según el autor, la primera idea de igualdad deriva del foco de Fiss en el oyente, no el orador, sometiéndolo los derechos de

---

*estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss*, disponible: <https://www.udesa.edu.ar/revista/revista-juridica-de-la-universidad-de-san-andres-nro-1/articulo/la-libertad-de-expresion-y> [revisado: 08 julio, 2020]

12 Robert Post, “Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda”, en *Constitucionalismo Democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, obra citada, nota 4, p. 145-155.

autonomía individual -la agencia autodeterminante de cada persona- a la “calidad del discurso público”, que Fiss identifica con mayor diversidad de ideas, lo cual autorizaría al Estado a discriminarlas -filtrarlas- antes de ingresar al mercado.

En cambio, Post refiere que, si Fiss habla en el fondo de tratar a las ideas como iguales como obligación de respetar a los participantes en el proceso del autogobierno democrático, lo que pudiera sugerir la corrección de “las desigualdades derivadas de los desequilibrios sociales entre el poder y la capacidad de influencia”, entonces se trataría del tipo de “igualdad de las personas”, ya previsto en la Primera Enmienda de Estados Unidos. No obstante, destaca el autor, esa categoría de igualdad protegida constitucionalmente no significa “el derecho a una igual influencia sobre el debate público”, pues implicaría “el control de los procesos íntimos e independientes mediante los cuales los individuos evalúan las ideas. Tales esfuerzos son intrínsecamente indeseables cuando son realizados por el Estado (...)”<sup>13</sup>

Robert Post descarta un eventual derecho a “tener igual oportunidad de influenciar el debate público”. El autor argumenta que la igualdad en el contexto de la votación es diferente a plantear la igualdad en el contexto del debate público. No sólo por el control abstracto del Estado que supone sobre procesos propios de los oyentes, sino también por los desacuerdos y contradicciones que produce “otorgar la misma cantidad de derecho a expresarse”, ya que “un ciudadano puede creer que es inadecuada para sus necesidades”, por lo cual habría que ponderar y discurrir entre varios intereses y preocupaciones, conocimiento y tiempo.

Conceder igual oportunidad de influencia sería, en términos de Post, “separar la expresión de todas las circunstancias motivadoras que en la vida actual subyacen al impulso

---

13 Ibídem, p 167.

de hablar”, o aún más, “separar el discurso de los contextos sociales que impulsan la participación”<sup>14</sup>. De ahí que la idea de igualdad en el debate público que salvaguarda la Primera Enmienda es una igualdad negativa, donde la persona puede expresarse como desee, sin trabas estatales, bajo la confianza de que su opinión alimenta el discurso público y éste responde a su expresión.

Robert Post coincide con el diagnóstico de Owen Fiss sobre las distorsiones del debate público asociadas al mercado y los intereses comerciales de grandes medios de comunicación que afectan su riqueza. Pero discrepa radicalmente sobre sus causas y remedios. Post sostiene que el hecho que no se manifieste una mayor diversidad y profundidad de ideas no supone, per se, una exclusión de grupos. Reivindica la diferencia entre ideas y personas, y en cuanto a las ideas, señala que en el ínterin pueden intervenir otros factores asociados a la comunicación y la sociedad no vinculados con la exclusión de grupos. Por lo contrario, el autor defiende que basta una simple revisión de los medios de comunicación (en Estados Unidos) para ver cómo diversas perspectivas son incluidas y participan del debate público.<sup>15</sup>

---

14 Ibídem 162-168.

15 En relación con el efecto silenciamiento, más bien parece existir evidencia empírica contraria. Julio Rivera brinda unos ejemplos. Con la experiencia estadounidense del movimiento de los derechos civiles, los afroamericanos se encontraban en subordinación, pero lograron hacer oír su voz, de forma exitosa, en el discurso público. También alude a su experiencia más cercana, la argentina: “grupos claramente desfavorecidos e históricamente oprimidos como los miembros de los pueblos autóctonos o los homosexuales pueden participar del debate público en cuestiones relativas a sus derechos y reclamar –con relativo éxito– la aprobación de significativas reformas legales e incluso constitucional”. Esto subraya, en última instancia, que el *efecto silenciamiento* exige parámetros estrictos y examinar con rigor técnico si existe y cómo respecto de una voz específica, so pena de engendrar una fórmula para censurar. Julio César Rivera (h) “La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss”, obra citada, nota 10.

#### IV. SÍNTESIS DE LAS TEORÍAS: DOS IDEAS DE IGUALDAD EN LA PRIMERA ENMIENDA

El origen de esta discrepancia descansa en las ideas de igualdad que cada autor interpreta dentro de la Primera Enmienda. Robert Post ampara una concepción más procedimental de la igualdad, que él denomina “igualdad de agencia autónoma”, cuya clave es la participación individual, mientras que Owen Fiss respalda una concepción de igualdad sustantiva, centrada en la equidad, que él denomina “igualdad estructural”, cuya clave es el contexto en que se ejerce el derecho. Para el primero el debate sobre la jurisprudencia de la Primera Enmienda es un conflicto de “libertad vs igualdad” y cómo afecta la democracia, en tanto que para el segundo se trata de un debate de “libertad vs libertad”, y su efecto sobre la misma democracia.

La consecuencia más importante de esta dualidad de posiciones entre Owen Fiss y Robert Post se constata en su relación entre la calidad del discurso público y la autonomía individual. Para Fiss, la diversidad y amplitud expresiva otorga calidad, donde la libertad individual es un instrumento del discurso público rico e informativo; para Post, la calidad es la autodeterminación de cada persona, su participación activa, donde la libertad individual es intrínsecamente parte del discurso. La diferencia lleva a Fiss a aceptar la restricción de la voz de algunos para alzar la de otros (silenciados), pues decanta por una mayor diversidad de ideas -estado social del debate-, mientras que Post lo niega, pues decanta por la autonomía individual, donde las ideas no tienen igualdad intrínseca (son diferenciadas libremente por la sociedad) y aun así participan -no se silencian- en el debate, si bien en distinta medida.

Estas concepciones de igualdad se encuentran en tensión irreductible y permanente. Sin embargo, la tensión planteada no es un problema, sino desde qué visión del Estado se trata y desarrolla. Desde todos los ángulos de mira, el Estado siempre intervendría; ya por acción, ya por omisión. No existe, en rigor

técnico, “la situación de ausencia de política” o de “no regulación” en materia de libertad de expresión. Recuerda Roberto Gargarella que “sólo existen distintos criterios de regulación estatal, unos que buscan dejar más poder de decisión en la minoría que eventualmente tenga más dinero (o recursos); y otros que se orientan a robustecer la capacidad de elección de cada uno de los miembros de la comunidad”<sup>16</sup>.

Un Estado liberal clásico no sólo desconocería esta tensión, profundizaría el conflicto, y convertiría a estas ideas de igualdad en irreconciliables bajo el juego dicotómico del pensamiento tradicional entre libertad vs autoridad, individuo vs colectivo, mercado vs política. Invocaría falsos dilemas para excluir la vía del diálogo y de los acuerdos sociales.

Un Estado liberal igualitario, en cambio, celebraría esta tensión, concebiría a estas ideas como igualmente relevantes y complementarias, y como apunta Jennifer Nedelsky, “podría *estructurar relaciones de comunidad* que también fomenten la autonomía”. Esta sería una filosofía del Estado fiel a la naturaleza de los derechos. Una que reconoce que “la autonomía es una capacidad que existe sólo en el contexto de las relaciones sociales que la apoyan y solo en conjunción con el sentido interno de ser autónomo”<sup>17</sup> (Cursivas de la autora).

El liberalismo igualitario se preocupa porque en el ámbito público existan los recursos, bienes y oportunidades necesarias para que cada uno de los estilos de vida pueda ser llevado a cabo. La idea moral en el corazón liberal es que las personas deberían ser libres de elegir por sí mismas cómo vivir y que el Estado debería generar las condiciones para que ello sea

---

16 Roberto Gargarella, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, obra citada, nota 5.

17 Jennifer Nedelsky, “Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities”, en *Yale Journal of Law & Feminism*: Vol. 1: Iss. 1, Article 5, disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=yjlf> [revisado: 08 de julio de 2020]

posible, según distintos grados y modos de acción legítimos, aunque con el límite, como diría Carlos Nino, de que la autonomía y la libertad de acción de unos no subordinen a otros.

Para un Estado liberal igualitario estas concepciones de igualdad de agencia autónoma e igualdad estructural, que pueden ser identificadas con los principios de igualdad como no discriminación y de igualdad como no sometimiento respectivamente<sup>18</sup>, están pensadas para afrontar dos tipos de problemas diferentes, por lo que son compatibles y se refuerzan mutuamente.<sup>19</sup> El derecho a la libertad de expresión no debe ser la excepción. Una teoría liberal igualitaria sobre libertad de expresión puede, y si desea mantener su neutralidad<sup>20</sup>,

---

18 La idea de igualdad como agencia autónoma de Robert Post es similar o idéntica al principio anti-discriminatorio. En el fondo ambas reivindican la protección del individuo frente al Estado, ante tratos arbitrarios o discriminatorios en el ámbito de la libertad de expresión; mientras que la idea de igualdad estructural de Owen Fiss, es similar o idéntica a la igualdad como no sometimiento, ya que exigen al Estado la misma protección, pero a la luz de los contextos sociales en que se encuentra la libertad de expresión de grupos discriminados.

19 Como expresa Roberto Saba, las ideas de igualdad como discriminación y no sometimiento coexisten en el Derecho para resolver dos tipos de problemas diferentes, por lo que son necesarias y se refuerzan recíprocamente. Una noción de igualdad como no discriminación opera sobre clasificación de categorías (por ejemplo, sexo, religión, raza) y protege de manera simétrica contra la arbitrariedad de un trato específico, para lo cual establece categorías a priori en principio proscritas para realizar distinciones. Otra noción de igualdad como no sometimiento opera sobre grupos desaventajados en esas categorías (por ejemplo, mujeres, grupos indígenas, afrodescendientes) y protege de manera asimétrica contra la constitución, mantenimiento o perpetuación de una situación de exclusión o inferioridad, para lo cual se informa del contexto social y la evidencia empírica disponible que dé cuenta de las condiciones del grupo. Véase: Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires: 2016, p-33-36.

20 Adherimos a la visión del profesor Saba que sostiene que un Estado ciego a las diferencias no es neutral ni imparcial. La neutralidad aplicada a la igualdad exige tratar iguales a los iguales y diferente a quienes son diferentes y para determinarlo es necesario ver los contextos sociales de cada persona y su posible constitución como miembro de un grupo. En ambos casos el valor fundamental es realizar la igualdad de autonomía.

debe, armonizarlas y proponer un marco unitario para abordar el complejo fenómeno del discurso de odio en nuestras sociedades. A tales propósitos, unas reflexiones concluyentes.

## V. REFLEXIONES FINALES HACIA UNA TEORÍA REGIONAL CONTRA EL DISCURSO DE ODIOS

La introducción a una teoría normativa nos demanda una observación empírica en el asunto. Owen Fiss y Robert Post articulan sus teorías de libertad de expresión a la luz de la Primera Enmienda y la realidad histórica, política y social de Estados Unidos. Piensan desde una experiencia concreta para capturar sus problemas y generar respuestas en relación con los modos de concebir el derecho, contenido, objetivos y vinculación con otros bienes jurídicos.

La manera de conjugar los principios de igualdad como no discriminación y no sometimiento dentro del derecho a la libertad de expresión no es un desafío solamente abstracto; también es concreto, y posiblemente las cuestiones más difíciles que envuelve no pueden sino resolverse al calor de las realidades de cada Estado. Es indispensable volcar la mirada a la región, comprender qué ocurre en materia de discurso de odio, cómo afecta los derechos a la libertad de expresión y otros derechos de individuos y grupos discriminados y desde este lugar repensar cómo estos principios de igualdad ofrecen guías y pautas para diagnosticar y responder de manera adecuada y efectiva a nuestros propios problemas en términos jurídicos.

Este artículo, cabe advertir, no pretende un estudio de la situación de la región. Sólo considera que un método mínimo para acercársele de manera verosímil es mediante una comparación histórica con las realidades europea y norteamericana en materia de libertad de expresión.

Una primera diferencia respecto de Europa. El continente americano no se erige sobre las secuelas del nazismo o de experiencias similares. Nuestra historia no registra un anclaje en el desprecio colectivo al “otro/a”, cuanto en las desigualdades económicas, políticas y sociales en cuya construcción no perfila una historia de discursos de odio o, cuando menos, de narrativas asociadas a éste como un hito histórico. De hecho, y esto es una creencia fundada, se necesita una sociedad diferente a la nuestra para que el hate speech sea una preocupación como en Europa y produzca efectos generales de hostilidad, discriminación o violencia física. En este lugar, por ejemplo, debe destacarse los esfuerzos regionales en pro de la igualdad.

La región no es plataforma para un Estado militante como el europeo, por lo que debe rechazarse la imposición de ideologías de corrección, así como el favorecimiento de un ambiente moral específico. Nuestro sistema no lo justifica y a la vez lo prohíbe. Los Estados deben inspirarse en promover, capacitar y defender universalmente la libertad de expresión entre todos, en especial los discursos de interés público por su valor intrínseco e instrumental.

Una segunda diferencia respecto de Estados Unidos. Si bien nuestra historia podría entenderse más desde la persecución del Estado, no se agota allí. La región, a diferencia del país norteamericano, atraviesa otra historia sobre los poderes de actores no estatales que afectan los derechos de millones de personas en un contexto donde la brecha de desigualdad es la mayor del mundo. América Latina lucha contra la violencia política y social, la pobreza estructural, la corrupción y otros fenómenos complejos. En este sentido, y esto es otra creencia fundada, se requiere una sociedad diferente a la nuestra para que los múltiples problemas de desigualdad no sean una preocupación como en Estados Unidos y se libre la confianza a las salidas espontáneas del mercado. El Estado tiene muchos retos en este campo.

La región debe producir un punto de quiebre con la política ciega y atomista de abstención de Estados Unidos, mediante su lógica de mercado, y dar un giro estratégico hacia un rol más activo del Estado a favor de la igualdad. El continente goza de un amplio margen para idear un modelo de libertad de expresión autóctono y genuino sin reproducir el modelo europeo.

Desde un enfoque institucional aparecen otras diferencias relevantes. La región, por contraste de Estados Unidos y Europa, arrastra una deuda estructural en términos de Estado de Derecho, democracia y autonomía pública. América Latina carece de una tradición de poderes independientes a la injerencia política o económica para cumplir debidamente su mandato en derechos humanos, en particular nuestros tribunales, en comparación con la posición de Europa o Estados Unidos. Sería un error importar una mirada descontextualizada de otras latitudes para avanzar en la regulación. Por ejemplo, habría que pensar hasta qué punto la doctrina del margen de apreciación europeo, que descansa en tribunales más independientes, es funcional a nuestra idea contra el discurso de odio; o si la delimitación rígida del derecho como en Estados Unidos, arraigada en el mercado ciego, hace lo propio.

La región no se basta con una legislación dotada de supuestos y criterios para equilibrar los juicios de ponderación. Esto conllevaría el problema de pensar sólo en casos y no en una teoría del derecho a la libertad de expresión. Nuestro mayor desafío regional es ofrecer un paraguas teórico-conceptual para esclarecer el contenido y significado de la libertad de expresión más allá del albor de las circunstancias concretas y los -a veces inescrutables y/o descontextualizados- juicios tribunales o de élites. Debemos proveer una teoría con reglas (contenido duro o intangible) que no sólo fije las líneas inquebrantables del derecho, sino que en determinados casos impida los juicios de ponderación entre bienes; y sólo ante situaciones cercanas o difíciles, que establezca estándares o pautas para la restricción y ponderación.

En resumen, la región constituye sede de un escenario diferente en comparación con otras experiencias. Su realidad es singular, si bien registra base de persecución a la expresión, así como de desigualdad estructural. La particularidad no es enemiga de encontrar en lo ajeno aprendizajes y herramientas útiles o interesantes para nuestra teoría. El quid del asunto es que debemos asumir en perspectiva regional el desafío de conciliar, por un lado, la necesidad de proteger y promover el derecho a la libertad de expresión y, por el otro, la lucha contra la discriminación y la incitación al odio. El camino a este imperativo moral y político de articulación debe ir más allá de las formas predominantes en Estados Unidos y Europa.

# LA RESTRICCIÓN DE GARANTÍAS SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gabriel Sira Santana<sup>1</sup>

*Resumen: La colaboración repasa las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que versan sobre la restricción de garantías (artículo 27 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos) y que habrían de ser tomadas en cuenta por el Poder Público venezolano en virtud del llamado control de convencionalidad.*

*Palabras clave: Estados de excepción. Restricción de garantías. Derecho convencional.*

*Summary: This paper reviews the decisions from the Inter-American Court of Human Rights about the restriction of guarantees (Article 27 of the American Convention on Human Rights) that should be taken into consideration by the Venezuelan Public Power due to the conventionality control.*

**Key words:** *State of emergency. Restrictions of guarantees. Conventional law.*

Recibido: 17 de abril de 2020

Aceptado: 13 de julio de 2020

---

1 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.



## SUMARIO

### Introducción

- I. Opiniones consultivas
- II. Casos contenciosos

## INTRODUCCIÓN

Todas las Constituciones de la América hispanohablante prevén –de una u otra forma– el derecho de excepción como *ordenamiento jurídico paralelo* que concede a la autoridad un poder especial y temporal para atender un problema cierto y grave que, en ningún caso, puede considerarse como un poder absoluto ya que, siempre, sin importar la gravedad de la emergencia que se enfrente, estará sujeto a claros límites que impiden desconocer los principios y postulados propios del Estado de Derecho, so pena de que el derecho de excepción pase a ser mera arbitrariedad bajo apariencia de legalidad. No en vano se dice que este derecho no equivale a negar la existencia y vigencia del Estado de Derecho, pues el primero se entiende como parte integrante del segundo (una relación continente-contenido, si se quiere) para lograr lo que la doctrina denomina la vuelta ordenada a la racionalización del Poder<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, una de las consecuencias –mas no la única<sup>3</sup>– de la activación de este *ordenamiento paralelo* es

---

2 Véase, entre otros, Jesús Casal Hernández, *Dictadura constitucional y libertades públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993; Manuel García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2005; y Cecilia Sosa Gómez, “El régimen de la emergencia en la Constitución de 1961”, *200 Años del colegio de abogados. Libro-Homenaje*, tomo II, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1989.

3 En el caso venezolano véase por ejemplo que, de acuerdo con la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción publicada en Gaceta Oficial N° 37.261 del 15-08-2001, el Presidente de la República puede también limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, así como asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de

que facultará al Presidente de la República para que restrinja las garantías de determinados derechos fundamentales al concluirse –luego del debido análisis jurídico y fáctico– que solo de ese modo podrá retornarse a la normalidad o, al menos, disminuir la gravedad de la circunstancia extraordinaria para que pueda controlarse de acuerdo con las atribuciones que concede el ordenamiento ordinario.

Así lo establece –por ejemplo– el artículo 23 de la Constitución de Argentina, 137 de Bolivia, 121 numeral 7 de Costa Rica, 165 de Ecuador, 29 de El Salvador, 187 de Honduras, 29 de México, 186 de Nicaragua, 55 de Panamá, 288 de Paraguay y 137 de Perú<sup>4</sup>, en adición al artículo 337 de la Constitución venezolana<sup>5</sup> según el cual “[e]l Presidente (...) de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. (...) En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución”; lo que dio lugar a que a los pocos meses de entrar en vigencia la Constitución de 1999 PEDRO NIKKEN –homenajado en este número de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano– sostuviese que “[e]s sabido que, en términos generales, al quedar suspendidas las garantías constitucionales como consecuencia de un estado de excepción, el Ejecutivo Nacional queda facultado, en forma extraordinaria, para restringir a través de decretos con fuerza de ley los derechos cuyas garantías han sido suspendidos, siendo como es la más importante de esas garantías, precisamente la reserva de ley, es decir, que

---

los servicios y de los centros de producción; hacer erogaciones con cargo al Tesoro Nacional que no estén incluidas en la ley de presupuesto; y ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional (artículos 19, 20 y 23 de la ley).

4 Todos los textos constitucionales fueron consultados en el *Political Database of the Americas* de la Georgetown University (<http://pdba.georgetown.edu>).

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

fuera del estado de excepción, los derechos y libertades fundamentales sólo pueden ser limitados por ley formal”<sup>6</sup>.

No hay dudas entonces de que al declararse un estado de excepción<sup>7</sup> el Presidente de la República *podrá* –lo que denota posibilidad, mas no obligación– restringir las garantías constitucionales, entendidas estas como “las instituciones de seguridad para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho”,

---

6 Pedro Nikken, “Constitución venezolana de 1999: La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional”, *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 12. Ahondando en lo anterior, el homenajeado apuntó que ello era una paradoja de nuestra Carta Magna al constatarse que “los estados de excepción previstos en la Constitución de 1999, contienen mayores garantías para el ciudadano” que el derecho ordinario, ya que en caso de excepción “el decreto que [la] declare (...) debe ser aprobado, dentro de los ocho días siguientes a su adopción, por la Asamblea Nacional; y debe asimismo ser sometido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie sobre su constitucionalidad” (artículo 339 de la Constitución de la República), mientras que en tiempos de normalidad el Presidente de la República, gracias a las leyes habilitantes, puede sin ningún tipo de limitación o control aparente “legislar por decreto sobre materias que, en toda sociedad democrática, están reservadas a la aprobación de órgano legislativo, como lo son el presupuesto, las limitaciones a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la tipificación de delitos, la regulación del debido proceso, el régimen del sufragio, la regulación de las organizaciones políticas, el derecho a la libre sindicación y, en general, a la asociación, el ejercicio de los derechos culturales, y así sucesivamente”. Véase sobre la relación que existe entre el derecho de excepción y la habilitación legislativa como tema que excede nuestro objeto de estudio: Luis Alfonso Herrera Orellana, “¿Es necesaria la figura de la Ley Habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?”, *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 41-50 y Luis Alfonso Herrera Orellana, “¿Estado de excepción o ley habilitante?”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 79-86.

7 Término que en esta colaboración emplearemos como paraguas para otros similares como los estados de necesidad, de emergencia, de sitio, de urgencia y de alerta que se usan en otras latitudes. Véase en general Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana – CIDEP, Caracas, 2017.

que no sería otra cosa que “las libertades públicas reconocidas formalmente por el Estado en el Texto Fundamental”<sup>8</sup>.

Ahora bien, gracias a las limitaciones que impone el derecho de excepción –motivo por el cual también se exige en el artículo 339 de la Constitución de la República que el decreto regule “el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”, a fin de brindar seguridad jurídica a los particulares y evitar la arbitrariedad de la Administración Pública y del resto del Poder Público en el desempeño de sus funciones–, existe un catálogo de garantías que no pueden restringirse en ningún momento y que, en el caso venezolano, hallaremos a nivel de derecho interno en la Constitución de la República (artículos 27, 45, 232 y 337) y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (artículo 7) y, a nivel de derecho internacional, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup> (artículo 4) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>10</sup> (artículo 27).

De este modo, al leer de forma concurrente los textos mencionados encontraremos que las garantías referidas al amparo constitucional; debido proceso; derecho al nombre; derechos del niño; igualdad ante la ley; información; integridad personal, física, psíquica y moral; legalidad e irretroactividad de las leyes; libertad de pensamiento, conciencia y religión;

---

8 Carlos Ayala Corao, “La inseguridad jurídica ocasionada por las regulaciones militares a las garantías constitucionales suspendidas”, *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 27-31.

9 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI) del 16-12-1966 y suscrito por Venezuela el 24-06-1969 (con ratificación del 10-05-1978). En <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

10 Adoptada en San José de Costa Rica el 22-11-1969 y suscrita por Venezuela en esa misma fecha (ratificada el 23-06-1977). En [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf) Véase sobre las previsiones de este artículo Héctor Faúndez Ledesma, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el régimen de los estados de emergencia”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 101, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, pp. 27-72.

libertad personal; nacionalidad; no ser sometido a esclavitud o servidumbre; participación, sufragio y acceso a la función pública; personalidad jurídica; prohibición de prisión por obligación contractual; prohibición de desaparición forzada; protección de la familia; responsabilidad del Estado; y vida, no pueden ser restringidas bajo ningún concepto<sup>11</sup>, siendo cualquier actuación de la Administración en contra de las mismas adversa al derecho de excepción y, por lo tanto, contraría al Estado de Derecho cuyas instituciones y principios, repetimos, no pierden vigencia durante un estado de excepción.

Pero, ¿qué pasaría en caso de constatarse una violación de este tipo –o una que atente contra los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad que rigen al derecho de excepción<sup>12</sup>– y contar la misma con el aval del Poder Judicial, que es el llamado a velar internamente por la constitucionalidad del régimen de excepción<sup>13</sup>?

- 11 Nótese que para que una garantía no pueda ser restringida en Venezuela basta que algunos de los textos indicados así lo establezca, a pesar de que el resto no haga alusión al respecto. Así se desprende, a su vez, del numeral 2 del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según el cual “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.
- 12 Véase una explicación de estos y otros principios que aplican a la materia que nos ocupa –como serían los principios de proclamación, notificación internacional, igualdad y no discriminación, y compatibilidad con las obligaciones del Derecho Internacional– en Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción...*, ob. cit., pp. 87-101.
- 13 Véase al respecto el numeral 6 del artículo 336 de la Constitución de la República que prevé como atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el “[r]evisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente (...) de la República”, y el artículo 27 *ejusdem* conforme con el cual “[t]oda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, agregando el último aparte de este artículo que “[e]l ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración

Es aquí cuando adquiere especial relevancia el encabezado del artículo 31 de la Constitución de la República según el cual “[t]oda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”, consagrándose lo que PEDRO NIKKEN identificó como el “derecho de petición individual ante los órganos internacionales de protección a los derechos humanos”<sup>14</sup> y que, en el caso del sistema interamericano<sup>15</sup>, debe ser leído en concordancia con el numeral 1 del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo CADH) conforme con el cual “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Con motivo de lo anterior, de seguida efectuaremos una revisión de los criterios que ha fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CorteIDH)<sup>16</sup> al pronun-

---

del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”. Asimismo resulta de interés el artículo 40 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción según el cual “[t]odos los jueces (...) de la República, en el ámbito de su competencia de Amparo Constitucional, están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción”.

14 Pedro Nikken, *Constitución venezolana de 1999...*, ob. cit., p. 8.

15 Véase en general Pedro Nikken, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 72, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, pp. 15-52.

16 Ello en virtud de lo previsto en el artículo 33 de la CADH que dispone que “[s]on competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CorteIDH, siempre que, como dejó asentado la Corte, los órganos del Estado

ciarse en las consultas y casos contenciosos que han sido elevados a su conocimiento en cuanto a la restricción de garantías como consecuencia de los diversos estados de excepción que se han dictado en la región a lo largo de los años<sup>17</sup>, a fin de conocer cómo habría de operar esta medida de acuerdo con el derecho convencional y, en consecuencia, cuáles son las pautas que quienes ejercen el Poder Público –y especialmente, el Poder Judicial– deberían tener presentes al momento de garantizar la materialización de los derechos previstos en la CADH a través de la figura del control de convencionalidad<sup>18</sup>.

---

Parte no hubiesen sancionado previamente la vulneración de los derechos y libertades que prevé la CADH. Véase al respecto la sentencia del 06-12-2001 (caso: Las Palmeras v. Colombia. Fondo), serie C, N° 90, párrafo 33, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_90\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf)

- 17 El análisis regional se debe, en parte, a que al revisar la jurisprudencia de la Corte solo hallamos dos casos sobre restricciones de garantías que contaron con la participación del Estado venezolano y los mismos no resultan de especial interés ya que, en la materia que nos ocupa, se limitaron a destacar el deber del Estado venezolano de legislar sobre el habeas corpus y la desaparición forzada de personas, no siendo suficiente el artículo de la Constitución de la República que garantiza el primero y proscribía la segunda incluso en caso de excepción –sentencia del 28-11-2005 (caso: Blanco Romero y otros v. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas), serie C, N° 138, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_138\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_138_esp.pdf)– y la obligación de adoptar “las medidas necesarias para formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aún bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, según sentencia del 29-08-2002 (caso: Caracazo v. Venezuela. Reparaciones y costas), serie C, N° 95, lo que ha sido objeto de recordatorio en un par de resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia del 17-11-2004 y 30-05-2018. Disponibles en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_95\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf), [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/caracazo\\_17\\_11\\_04.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/caracazo_17_11_04.pdf) y [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/caracazo\\_30\\_05\\_18.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/caracazo_30_05_18.pdf), respectivamente
- 18 Si bien ahondar sobre las particularidades de este control excede el objeto de estas líneas, recomendamos la lectura de Gabriel Sira Santana, “El control de convencionalidad, los derechos políticos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de Derecho Público*, N° 147-148, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 187-204; Ernesto Jinesta, “Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitu-

## I. OPINIONES CONSULTIVAS

Dentro del universo de opiniones consultivas de la CorteIDH<sup>19</sup> solo encontramos una que se refiere *in extenso* a la “suspensión de garantías”, que es el término empleado por la CADH en su artículo 27 al prever nuestro objeto de estudio<sup>20</sup>,

---

cionales”, *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución*, FUNEDA, Caracas, 2013, pp. 261-282; y Carlos Ayala Corao, “Hacia el control de convencionalidad”, *La justicia constitucional en el Estado social de Derecho*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 27-99. Este último autor define el control de convencionalidad como “una consecuencia de la obligación internacional –y en varios casos también reforzada constitucionalmente–, de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos, en este caso la CADH, conforme a las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte IDH”.

19 Disponibles en [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_opiniones\\_consultivas.cfm?lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es) Sobre el valor de estas opiniones véase Pedro Nikken, *Constitución venezolana de 1999...*, ob. cit., pp. 15-18, donde el autor indicó que el “artículo 31 de la Constitución de 1999 establece el deber del Estado [de] dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y no puede discutirse que las Opiniones Consultivas de la Corte están entre las decisiones que el Estado venezolano no puede ignorar”.

20 La norma reza: “Artículo 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. // 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. // 3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado

si bien el foro venezolano –al igual que la Constitución de la República– se decanta por el término *restricción* por considerarlo menos invasivo<sup>21</sup>.

De hecho, la CorteIDH también ha abogado por este carácter *relativo* o *parcial* de la suspensión, tal como asentó en la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30-01-1987 –que contó con el homenajeado entre los jueces presentes– al responder la interrogante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre si “¿El recurso de hábeas corpus (...) es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana?”.

Así, de acuerdo con esta opinión<sup>22</sup>, cuando la CADH alude a la suspensión de garantías, “no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona

---

la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

- 21 Véase por ejemplo lo dicho por Brewer-Carías, para quien “[l]a suspensión de la garantía, por tanto, básicamente se traduce en una suspensión al principio de la reserva legal, lo que puede originar una ‘legislación’ ejecutiva de emergencia, que se superpone a la legislación ordinaria la cual queda parcialmente suspendida en su aplicación, durante la vigencia de la medida, en los términos de ésta. El efecto de la restricción de garantías, en definitiva, es el mismo”, por lo que “la diferencia (...) no está en sus efectos y consecuencias jurídicas básicas, sino en la intensidad de la intervención ejecutiva” o Ayala Corao, que expone que “[l]a suspensión de garantías es un concepto más genérico, que implica la interrupción o cesación temporal de los mecanismos para asegurar el goce y ejercicio de los derechos. La restricción de garantías implica únicamente la ampliación de las potestades normativas de rango legal del Presidente de la República”, en Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 12-13 y Carlos Ayala Corao, *La inseguridad jurídica...* ob. cit., p. 28, respectivamente.
- 22 En [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) Note el lector que esta opinión ha sido citada por la CorteIDH en innumerables oportunidades al momento de dictar sentencia en sus casos contenciosos, lo que revela la importancia de los criterios aquí asentados.

lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio” (párrafo 18), al constatarse una situación excepcional que hace “lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”, sin que ello “comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o (...) autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse” (párrafo 24)<sup>23</sup>.

Hecha esta precisión, la CorteIDH alertó que si bien la *suspensión* “puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”, no podía obviarse que se trataba de una figura que fácilmente podía dar lugar a arbitrariedades cuando “la aplicación de medidas de excepción (...) no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos”, por lo que era oportuno recalcar que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo

---

23 Tal es así, que la CorteIDH apuntó que “resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente”, lo que resultaba extensivo a los actos particulares que se dicten con ocasión de la restricción de garantías ya que estos “tampoco pueden apartarse de esos principios generales (...) como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder” (párrafos 38 y 39). Como ejemplo de estas desviaciones y abusos téngase presente lo ocurrido con el estado de excepción por emergencia económica declarado en Venezuela desde el año 2016 y prorrogado de forma sucesiva en desconocimiento de las pautas que rigen el derecho de excepción, según tuvimos oportunidad de estudiar en Gabriel Sira Santana, “El propósito de los estados de excepción en Venezuela (enero 2016 - julio 2018)”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 1585-1614.

de la democracia representativa” y que ella “carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona” (párrafo 20)<sup>24</sup>.

De este modo, los principios de necesidad y proporcionalidad se erigirían como el norte de la restricción de garantías, siendo la CADH cónsona con la idea que “todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia” (párrafos 21 y 22), incluyéndose dentro de este último grupo los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo al ser “garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática” (párrafo 42), solventando así la duda planteada por la Comisión<sup>25</sup>.

---

24 Entre estos derechos, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 27 de la CADH, encontramos la legalidad y los derechos políticos que, en el caso de los estados de excepción por emergencia económica dictados en Venezuela a partir del año 2016, sin duda han sido vulnerados por el Ejecutivo Nacional que diezmó el carácter representativo de la Asamblea Nacional y asumió las funciones de esta última al dictar numerosos y elevados créditos a los presupuestos de egresos de diferentes órganos y entes del Poder Público Nacional en desconocimiento del artículo 314 de la Constitución de la República que prevé que “[n]o se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto. Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el tesoro cuente con recursos para atender a la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada”. Véanse nuestros comentarios al respecto en Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción...*, ob. cit., pp. 209 y ss.

25 Si bien el estudio del tema rebasa el objeto de esta colaboración, recomendamos al lector la consulta de Carlos Ayala Corao, Allan R Brewer-Carías, Rafael Chavero Gazdik, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, 7° ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, para conocer las particularidades de esta acción en el derecho venezolano.

Este criterio fue reiterado –entre otros<sup>26</sup>– en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 06-10-1987 donde la CorteIDH indicó que existe una “necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella” (párrafo 21), ya que “el estado de emergencia –cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno– no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia” (párrafo 25)<sup>27</sup>.

Finalmente resulta de interés la Opinión Consultiva OC-3/83 del 08-09-1983 en donde la CorteIDH expuso que si bien la CADH puede ser objeto de reservas, estas deben ser compatibles con “el objeto y fin del tratado” siendo el caso que en relación con el artículo 27 de la Convención que “permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida”, la Corte consideró que “toda reserva destinada a permitir al

---

26 Véase por ejemplo la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28-08-2002 (solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

27 Solicitud del Gobierno de la República Oriental del Uruguay en cuanto a las garantías judiciales en estados de emergencia, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_09\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf) (nótese que Pedro Nikken estuvo presente en esta opinión como Juez de la Corte). El criterio fue reiterado, a su vez, en la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16-07-1993 (solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_13\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf)

Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta”<sup>28</sup>.

Así, de las opiniones consultivas traídas a colación podemos apreciar que para la CorteIDH, del artículo 27 de la CADH se desprende que la restricción de garantías (i) opera en casos de estricta necesidad; (ii) genera la limitación parcial, temporal y proporcional del ejercicio de las libertades y derechos que la Convención permite condicionar, no pudiendo un Estado Miembro desprenderse de este marco a través de la figura de la reserva; (iii) para que la restricción sea catalogada como lícita el Presidente de la República debe atender al ordenamiento jurídico vigente al momento de dictar y materializar la restricción, so pena de incurrir en vicios de desviación de poder; (iv) la restricción no puede constituirse en un mecanismo para desconocer el Estado de Derecho ni los principios democráticos que lo impregnan, incluso en caso de verdadera emergencia; y (v) el amparo constituirá el medio por excelencia para alcanzar la protección de los derechos cuyas garantías no pueden ser restringidas, por un lado, y asegurar que las limitaciones de aquellos cuyas garantías sí pueden ser restringidas sean cónsonas con los principios del derecho de excepción, por el otro. Ideas que, como veremos de seguida, se repiten en los casos contenciosos.

## II. CASOS CONTENCIOSOS

A pesar de que la mayoría de las menciones a la *suspensión* de garantías en las sentencias de la CorteIDH son de carácter incidental al abordar el tema de la prohibición de la desa-

---

28 Solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a las restricciones a la pena de muerte, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_03\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf) (nótese que Pedro Nikken estuvo presente en esta opinión como Presidente de la Corte).

parición forzada de personas<sup>29</sup> o citar la Opinión Consultiva OC-8/87 del 30-01-1987 ya comentada<sup>30</sup>, al revisar la jurisprudencia de la Corte<sup>31</sup> podemos encontrar varios casos que resultan de interés para nuestro objeto de estudio y que parten de la idea –como lo expuso la misma CorteIDH– de que “[e]l artículo 27 (Suspensión de Garantías) de la Convención Americana establece claramente que este tratado continúa operando en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte”<sup>32</sup>, por lo que, si bien el Estado tiene la *prerrogativa* –término empleado por la CorteIDH– de suspender algunas de las obligaciones que prevé la Convención para “garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”, debiendo

---

29 Véase por ejemplo las sentencias del 27-11-2008 (*caso: Ticona Estrada y otros v. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 191; del 22-09-2009 (*caso: Anzualdo Castro v. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 202; y del 20-11-2018 (*caso: Isaza Uribe y otros v. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 363, que citan el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas según el cual “[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales”. En [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_191\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_191_esp.pdf), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf) y [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_363\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_363_esp.pdf), respectivamente.

30 Téngase como ejemplo las sentencias del 31-08-2011 (*caso: Contreras y otros v. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 232; y del 29-11-2012 (*caso: García y familiares v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 258), en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_232\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf) y [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_258\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_258_esp.pdf), respectivamente.

31 Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

32 Sentencia del 23-11-2004 (*caso: Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador. Excepciones preliminares*), serie C, N° 118, párrafo 114, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_118\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf)

interpretarse la restricción de garantías de forma “excepcional y en términos restrictivos”<sup>33</sup>.

En este sentido, las sentencias a reseñar pueden agruparse atendiendo a cuatro derechos que la CorteIDH ha relacionado con el régimen de excepción y las limitaciones del Estado respecto a los mismos. Ellos son: (i) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, (ii) el derecho a la integridad personal, (iii) el derecho a la libertad personal y (iv) el derecho a las garantías judiciales.

### **1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**

El artículo 3 de la CADH expone que “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, entendida esta –en palabras de la CorteIDH– como “la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes” que, por lo tanto, implica que “el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares”, ya que “[d]icho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana”<sup>34</sup>.

---

33 Sentencia del 27-11-2013 (*caso J. v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 275, párrafo 124, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)

34 Sentencia del 28-08-2014 (*caso: Personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 282, párrafo 265, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf) Un estudio pormenorizado de este derecho puede consultarse en María Candelaria Domínguez Guillén, *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007.

De esta forma, al vincular la CorteIDH nuestro objeto de estudio con este derecho, ella reiteró el criterio que había asentado unos años antes<sup>35</sup> según el cual toda *suspensión* de garantías debe respetar cabalmente la personalidad jurídica de las personas y, en consecuencia, las restricciones que se establezcan, si bien pueden limitar el ejercicio de determinados derechos como serían la reunión o libertad de empresa al reducir sus garantías –ello, reiteramos, en la medida y por el tiempo que derive de las exigencias de la situación de que se trate<sup>36</sup>–, no podrían en ningún caso aniquilar la personalidad de los individuos que quedaría incólume<sup>37</sup>.

## 2. El derecho a la integridad personal

De acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la CADH, “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

---

35 Sentencia del 25-05-2010 (caso: Chitay Nech v. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, N° 212, párrafo 101, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf)

36 O, en otras palabras, de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad según recordó la CorteIDH en sentencia del 02-10-2015 (caso: Galindo Cárdenas y otros v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, N° 301, párrafo 190), en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_301\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_301_esp.pdf) Sobre estos principios resulta esclarecedor el criterio fijado por la CorteIDH en la sentencia N° 275/2013 –ya citada– en donde indicó que “habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a ‘las exigencias de la situación’, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella” (párrafo 139).

37 Sentencia N° 282/2014, ya citada.

Este derecho –que en el caso venezolano también hallamos positivizado en el artículo 46 de la Constitución de la República, que repite sin mayores cambios el texto citado de la CADH<sup>38</sup>– ha sido abordado por la CorteIDH en diversas sentencias donde, al relacionársele con los estados de excepción, precisó que “[e]xiste un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”<sup>39</sup>.

En este sentido, al ser la integridad personal uno de los derechos cuyas garantías no pueden restringirse en un estado de excepción (artículo 27.7 de la CADH) y que generan al

---

38 Reza la norma: “Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación. 2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

39 Sentencia del 07-11-2004 (*caso: Tibi v. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 114, párrafo 143, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf) Reiterado –entre otros– en las sentencias del 11-05-2007 (*caso: Bueno Alves v. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 164, párrafo 76; del 23-11-2015 (*caso: Quispialaya Vilcapoma v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 308, párrafo 126; del 28-11-2018 (*caso: Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 371, párrafo 178; y del 25-11-2019 (*caso: López y otros v. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 396, párrafo 180. En [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_164\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf), [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_308\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_308_esp.pdf), [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf) y [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_396\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf), respectivamente.

Estado obligaciones negativas y positivas<sup>40</sup>, mal podrían los gobernantes –bajo el alegato de una emergencia real o ficticia– vejar de cualquier forma el cuerpo y mente de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción por constituir ello un claro atentado contra la dignidad humana<sup>41</sup> que, en todo caso, generaría la responsabilidad del Estado al incumplir este su deber de garantizar los derechos que consagra la Convención, siendo prudente recordar que –como ha dicho la CorteIDH– “[e]s posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos”, ya que “[r]ecae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados”<sup>42</sup>.

### 3. El derecho a la libertad personal

Tal como prevén los numerales 1 al 4 del artículo 7 de la CADH, “[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, “[n]adie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, “[n]adie puede ser

---

40 Sentencia del 02-09-2004 (*caso: Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 112, párrafos 157 y 158, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf) De acuerdo con la CorteIDH, la obligación negativa deriva del deber de respetar el derecho mientras que la obligación positiva del adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlo.

41 Véase en general Gabriel Sira Santana, “La dignidad humana en los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Temas fundamentales de Derecho Público. En homenaje a Jesús González Pérez*, CIDEP – FUNEDA – AVEDA, Caracas, 2020, pp. 563-599, y la bibliografía allí citada.

42 Sentencia del 25-11-2006 (*caso: Penal Miguel Castro Castro v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 160, párrafo 273, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)

sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” y “[t]oda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”, respectivamente, lo que reitera el artículo 44 de la Constitución de la República<sup>43</sup>.

Sobre este derecho la CorteIDH ha advertido que en caso de restringirse sus garantías –lo que según vimos no sería posible en Venezuela, ya que el numeral 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción incluye a la libertad personal entre las garantías que no pueden ser restringidas, estableciendo de este modo un régimen más favorable que la CADH que sí permite tal limitación<sup>44</sup>– el Estado debe ser sumamente cuidadoso pues, históricamente hablando, la privación de libertad de una persona frente a circunstancias de emergencia suele ser el paso previo a su desaparición forzada<sup>45</sup> –que, como se dijo, está proscrita incluso en casos de excepción– y, por ende, una vez la autoridad realiza la detención debe dejarse registros del ingreso y colocarse al individuo a disposición de la autoridad competente en el menor lapso posi-

43 El artículo señala –entre otros aspectos de interés– que “[l]a libertad personal es inviolable” y “en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso”.

44 Al respecto, la CorteIDH indica que ella “ha constatado que no existía una prohibición convencional de suspender tal derecho temporalmente y en cumplimiento de ciertas salvaguardas”, como seríann la no suspensión del habeas corpus ni que el encarcelamiento sea arbitrario. Véanse las sentencias del 21-10-2016 (*caso: Pollo Rivera v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 319, párrafo 101; y del 26-11-2013 (*caso: Osorio Rivera y familiares v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 274, párrafo 120, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf) y [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_274\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_274_esp.pdf), respectivamente.

45 Véase, por ejemplo, sentencia del 01-09-2015 (*caso: Comunidad campesina de Santa Bárbara v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 299, párrafo 188, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_299\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf)

ble, ya que cualquier acción en contrario constituiría “evidentemente un acto de abuso de poder que bajo ningún concepto puede ser entendido como el ejercicio de actividades (...) para garantizar la seguridad nacional y mantener el orden público en el territorio nacional, toda vez que el fin no era ponerlo [al detenido] a disposición de un juez u otro funcionario competente y presentarlo ante éste, sino ejecutarlo o propiciar su desaparición”<sup>46</sup>.

Asimismo, la CorteIDH ha empleado casos que versan sobre la libertad personal para recalcar (i) la importancia que tiene el numeral 3 del artículo 27 de la CADH en cuanto al deber de notificación (mencionado *ut supra*), ya que su cumplimiento constituye el principal medio de prueba que tiene el Estado para dotar a la Corte de “información precisa sobre derechos que hubieran sido suspendidos en virtud del referido estado de sitio o las condiciones y alcance específico del mismo”<sup>47</sup>, (ii) que la restricción de garantías “no debe exce-

---

46 Sentencia del 22-06-2016 (*caso: Tenorio Roca y otros v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 314, párrafo 157, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_314\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_314_esp.pdf)

47 Sentencia del 14-11-2014 (*caso Rodríguez Vera y otros v. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 287, párrafo 411, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_287\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf) Nótese que este criterio reitera lo previsto en la sentencia del 02-02-2001 (*caso: Baena Ricardo y otros v. Panamá. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 72, párrafos 93 y 94 en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf), donde la CorteIDH concluyó que “[d]e acuerdo con el acervo probatorio del presente caso, puede afirmarse que el Estado no notificó a la Secretaría General de la OEA que hubiese suspendido algunas de las garantías establecidas en la Convención” y, en consecuencia, “[e]n razón de que no se declaró un estado de emergencia en Panamá en el cual se suspendieran algunas de las garantías consagradas en la Convención Americana, esta Corte estima improcedente la alegación del Estado referente a la supuesta existencia de ese estado de emergencia, por lo que analizará la presunta violación de los artículos de dicha Convención relativos a los derechos protegidos que fueron alegados en la demanda, sin atender a la normativa aplicable a los estados de excepción, es decir, al artículo 27 de la Convención Americana”. El tema es de especial relevancia para el caso venezolano si recordamos que ninguno de los estados de excepción dictados en Venezuela bajo la vigencia de la Constitución de

der la medida de lo estrictamente necesario”, por lo que “no puede alegarse la emergencia como justificación frente al tipo de hechos como los que aquí se examinan” (en el caso concreto, la privación de libertad con finalidad de la posterior ejecución extrajudicial)<sup>48</sup> y (iii) que la implementación de medidas lícitas –por ejemplo, la restricción del libre tránsito– no puede derivar en la restricción implícita o tácita de garantías que no pueden ser limitadas –en el ejemplo, el *habeas corpus* al impedir a los interesados movilizarse para presentar sus recursos– so pena de responsabilidad estatal<sup>49</sup>.

#### 4. El derecho a las garantías judiciales

Por último nos referiremos a un tema que ya hemos tratado tangencialmente en esta colaboración: las garantías procesales o, en los términos del numeral 1 del artículo 8 de la CADH, el derecho de toda persona a “ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Este artículo –cuyo equivalente en el ordenamiento jurídico venezolano sería el artículo 49 de la Constitución de la República que consagra el debido proceso<sup>50</sup>– es objeto de comentarios en diversas sentencias de la CorteIDH siendo el

---

1999 ha sido notificado a la Secretaría General de la OEA, según consta en su sitio web ([http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_suspencion\\_garantias.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_suspencion_garantias.asp)).

48 Sentencia del 08-07-2004 (caso: Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú. Fondo, reparaciones y costas), serie C, N° 110, párrafo 85, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf)

49 Sentencia del 16-08-2000 (caso: Durand y Ugarte v. Perú. Fondo), serie C, N° 68, párrafos 99 a 110, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_68\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf)

50 Algunos de los paralelismos entre estos artículos pueden constatarse en José Gregorio Silva Bocanay, “El debido proceso en el derecho sanciona-

caso más representativo a nuestros efectos el conocido como Zambrano v. Ecuador<sup>51</sup> donde la Corte precisó –luego de destacar que “la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia (...) y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común” (párrafo 52)– que:

La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8,

---

torio”, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 7, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2016, pp. 779-800.

- 51 Sentencia del 04-07-2007 (caso: *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 166, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_166\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf) Véanse a su vez las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia del 22-05-2009, 21-09-2009, 23-11-2010 y 01-09-2016 en las que se recalcó el deber del Estado ecuatoriano de “adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro; en especial, sobre el deber del Estado de adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, destacándose en la segunda de estas resoluciones que el Estado había dado cumplimiento a este requerimiento quedando pendiente otros tantos que no resultan relevantes para nuestro objeto de estudio. En [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano\\_22\\_05\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano_22_05_09.pdf), [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano\\_21\\_09\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano_21_09_09.pdf), [https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano\\_23\\_11\\_10.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano_23_11_10.pdf) y [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano\\_01\\_09\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/zambrano_01_09_16.pdf), respectivamente.

y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales<sup>52</sup>.

De este modo, al negársele a una persona la posibilidad de controlar judicialmente el decreto que declara la restricción de garantías en sentido general y abstracto o los actos derivados de este decreto por medio de los cuales se pretenden individualizar y concretizar sus disposiciones –bien sea porque se entorpece el derecho a la defensa, al juez natural, a la prueba, o cualquier otro de los que conforma el debido proceso– incurriría el Estado en responsabilidad internacional (incluso si la restricción de garantías operaba sobre una del listado permitido y por ende era lícita)<sup>53</sup>, no siendo tampoco suficiente la existencia *formal* de estos medios de control, ya que ellos deben generar verdaderos resultados y no ser ilusorios<sup>54</sup>.

---

52 *Ibíd.*, párrafo 54.

53 Sentencias del 19-01-1995 (*caso: Neira Alegría y otros v. Perú. Fondo*), serie C, N° 20, párrafos 77 a 84; y del 20-11-2014 (*caso: Espinoza González v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 289, párrafos 116 a 137, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_20\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf) y [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf), respectivamente.

54 Véase por ejemplo la sentencia del 22-09-2006 (*caso: Goiburú y otros v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*), serie C, N° 153, párrafo 112, en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf), donde la CorteIDH afirmó que “[a]unque no consta que hayan sido intentadas acciones de habeas corpus o de otra índole a favor de las víctimas al momento de su detención ilegal o secuestro y posterior desaparición, ha sido verificada la falta de efectividad de ese tipo de acciones (...). Como una situación de hecho, en ese entonces no existía en Paraguay un recurso efectivo para amparar la ilegalidad o arbitrariedad de las detenciones, pues una de las características de la dictadura gobernante era la vigencia de un ‘permanente estado de sitio’, renovado cada noventa días por el Poder Ejecutivo (...). Los tribunales de justicia normalmente se negaban a recibir y tramitar recursos de habeas corpus en relación con medidas decretadas por el Poder Ejecutivo bajo dicho estado de sitio, medida que no funcionó como un instrumento para afrontar situaciones excepciona-

Bastará al lector revisar las decisiones del Poder Judicial venezolano cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de los estados de excepción y las medidas adoptadas con base en ellos para constatar lo lejos que a nivel jurisprudencial, y por ende de *efectiva protección* de los derechos de los particulares en casos de regímenes de excepción, nos encontramos no solo del derecho convencional que reseñamos en las páginas anteriores sino del propio derecho interno<sup>55</sup>, difuminándose en consecuencia la paradoja que advirtiese PEDRO NIKKEN en cuanto al control de los decretos de excepción y de los decretos dictados con base en leyes habilitantes, por ser hoy en día ambos inexistentes.

---

les, sino como una herramienta al servicio de una dictadura. Es decir, la falta de investigación de los hechos constituía parte de la práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos y contribuía a la impunidad de los responsables, por lo que la protección judicial debida a las víctimas y sus familiares resultó ilusoria desde su detención hasta el final de la dictadura”.

- 55 Véase un resumen de algunas de estas decisiones en Antonio Silva Aranguren, “El Tribunal Supremo de Justicia y los decretos de estado de excepción de 2015: ningún control y numerosos excesos”, *Revista de Derecho Público*, N° 143-144. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015, pp. 109-118, y Gabriel Sira Santana, *El estado de excepción...*, ob. cit., pp. 188-199 y 250-252.

# LA DESTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN MILITAR

Cecilia Sosa Gómez<sup>1</sup>

*Resumen: Estudio del rol de la Fuerza Armada Nacional en áreas de diversa naturaleza en la Administración Pública distintas a los atributos, organización y fines que deben regir al componente militar.*

*Palabras clave: Democracia. Constitución. Fuerza Armada Nacional. Administración Pública. Politización.*

*Summary: Study of the role of the National Armed Forces in diverse areas of the Public Administration that differ from the attributes, organization and objectives that govern the military.*

**Key words:***Democracy. Constitution. National Armed Forces. Public Administration. Politizatio.*

Recibido: 5 de julio de 2020    Aceptado: 27 de julio de 2020

---

1 Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999 Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (*veporlibertad*) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales



## SUMARIO

- I. La práctica de la trampa política.
- II. La inoculación política del militar.
- III. La Constitución no rige para las FAN.
- IV. Lo opuesto al paradigma de la Institución Castrense.
- V. La indisciplina militar arroja al Comandante en Jefe.
- VI. La prohibición constitucional de ejercer la política desde las FAN.
- VII. Las FAN en tareas políticas, civiles y empresariales.
- VIII. Cómo rehacer la formación de militares profesionales.

### I. LA PRÁCTICA DE LA TRAMPA POLÍTICA

La política no es sinónimo de lo que hacen los políticos decía Fernando Sabater, porque ello implicaría reducir todo a la astucia, a la sagacidad y a la demagogia.

La trampa es en realidad, toda una tecnología del poder. Es decir, no se trata de una acción fortuita, espontánea, sin planificación, es un modo de proceder. Esta técnica del engaño es lo que hace diferencia entre la verdadera política, la que se refiere a los grandes asuntos de interés público y la práctica concreta de los políticos.

La trampa que se le tendió a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional fue primeramente convencerlos que su misión era ayudar en el desarrollo del país, por tanto no podían dedicarse al arte militar; se utilizó una mal intencionada interpretación del artículo 326 constitucional para convencer a los integrantes de la institución militar la corresponsabilidad entre el Estado (militar) y la sociedad civil para cumplir, los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental.

La Constitución establece cómo "...competencia esencial y responsabilidad de Estado..."<sup>2</sup>, el principio de corresponsabilidad con la sociedad civil para dar cumplimiento a los valores constitucionales<sup>3</sup> y exige que se ejerza en todos los ámbitos: "... económicos, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar." De allí que lo militar sea uno de los ámbitos donde se expresa la corresponsabilidad, pero la Constitución no habilita, atendiendo a las competencias atribuidas a las FAN, que se erija y sustituya como el corresponsable del Estado con la sociedad civil.<sup>4</sup>

## II. INOCULACIÓN POLÍTICA DEL MILITAR

Tuvimos un presidente de la República, militar y golpista (1998-2014), que siempre mostró las debilidades de su formación militar, precisamente por la falta de conciencia de su deber y rol como integrante de la institución armada. Sin embargo, conocía sólo ese ambiente, en el que se sentía cómodo, siempre rodeado de compañeros de armas, factor determinante para que Hugo Chávez, desde el comienzo de su mandato en ejercicio de un cargo civil, se hiciera acompañar de militares. Es así como, sus primeras decisiones se dirigieron a entregar a la FAN los más importantes proyectos sociales, ej. El Plan Bolívar 2000. Era en ese ambiente en que podía ejercer el don de mando supremo, exigiendo a todos lealtad, obediencia y disciplina en la ejecución de sus designios.

Todo indica que la participación política en el ejercicio del poder por parte de sus compañeros de armas conllevaba implícito el tranquilizar la desconfianza que le producía lo descono-

---

2 Artículo 322 constitucional.

3 Independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos.

4 Una aproximación al tema lo realicé hace años en un artículo publicado en la Revista Simón Bolívar Analitic, en la Cátedra que lleva su nombre; dirigida por el profesor Doctor José Machillanda con el auspicio de la Universidad Simón Bolívar.

cido, en particular el mundo civil y político. En sus primeras intervenciones se aprecia el esfuerzo y aprendizaje a que debió someterse, para pasar del hablar castrense, del hábito de arengar, al actuar y tomar decisiones propias del gobernante; debió asumir conjuntamente la función de Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe. Sin embargo, no podemos ignorar que fueron civiles los que lo rodearon durante la campaña presidencial, le ayudaron en todo momento y lo llevaron al poder. Pero su desconfianza innata lo llevó sistemáticamente a prescindir de ellos y consagrar su afianzamiento en lo militar sobre el carácter civil de su cargo.

Esto explica, en gran medida, porqué los militares activos cercanos a Hugo Chávez invadieron los cargos civiles de la administración pública, manteniendo la investidura militar, sirviendo a dos señores, sin que pudieran, diferenciar donde colocar su autonomía de criterio, su ética y los valores militares. El carácter abiertamente militarista del gobierno llevó a algunos militares que lo acompañaron al inicio de su primer mandato a retirarse de su lado, cuando se percataron que los ideales en los que creyeron estaban ya abandonados, o eran mera retórica.

El proceso de intervención militar en la Administración Pública fue gradual, primero en instancias de manejo de presupuesto, de recursos humanos; sin embargo, la mayoría de las actividades administrativas les eran desconocidas, carecían del conocimiento de la estructura del Gobierno y de su funcionamiento. La falta de manejo de los principios de jerarquía y competencia administrativa les eran ignotos, tan diferentes a los de su profesión de militar. En síntesis, los militares en ejercicio de la función pública carecían de la preparación necesaria para desempeñar los cargos para los que fueron designados.

Se creó una administración pública paralela, impenetrable, para ser administrada por el estamento militar, unas estructuras de castas militares. Se constituyeron Fondos especiales,

Misiones, cuyos órganos y entes en muchos casos recibían recursos directamente de PDVSA, con el fin de consolidar organizaciones sociales y resolver las necesidades de personas de escasos recursos, pero sin aplicar principios elementales de gerencia, control y rendición de cuentas en el manejo del dinero. Así se sembró la corrupción militar.

### III. LA CONSTITUCIÓN NO RIGE PARA LAS FAN

Hugo Chávez asume la presidencia bajo la vigencia de la Constitución de 1961, aunque la llamara “moribunda”<sup>5</sup>, y estuvo vigente aun cuando la Asamblea Nacional Constituyente la violentara y la Corte Suprema de Justicia lo tolerara.<sup>6</sup> Esa Constitución rigió los destinos de la República hasta que el proyecto de Constitución, preparado por la Asamblea Nacional Constituyente, es aprobado mediante referendo, en ejercicio directo de la soberanía originaria del pueblo, el 15 de diciembre de 1999.

Ahora bien, Hugo Chávez desde que asumió la presidencia había instaurado junto con sus compañeros de armas, “algo aparentemente muy natural” el trabajo “cívico” de los Militares, eso sí con el arma de reglamento en la cintura, aunque vistieran de civil. Esto trastoca la esencia de la función pública y la de la carrera militar; y le puso el nombre eufemísticamente de unión cívico-militar, pero en realidad eran militares “leales” para funciones que correspondían a civiles.

---

5 Uno de sus primeros desplantes públicos con insolencia y arrogancia a la Constitución de la República, la cual por cierto fue la que le permitió (la Enmienda N° 1 de la Constitución de la República de 1961) ser candidato a la presidencia de la República, por cuando exigía para postularse al cargo, que hubiera sido sentenciado mediante decisión firme y Hugo Chávez no fue juzgado.

6 Voto Salvado de Cecilia Sosa Gómez a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de aceptar la intervención del Poder Judicial contrariando abiertamente las sentencias sobre la materia de la consulta popular para una Asamblea Nacional Constituyente y la modificación de la pregunta formulada dictadas por la Sala Política Administrativa de la CSJ.

De manera que al hacerse norma suprema la vigente Constitución de la República, la presencia de los militares activos en el poder ya de manera sibilina estaba establecida.

Lo cierto es que a la estructura militar la recubren dos atributos la independencia y la soberanía territorial, y el cambio de rol de hacerla participe del desarrollo nacional comenzó con un relato histórico, es decir, un discurso recurrente que destaca lo importante de lo militar en la historia de Venezuela; de ese discurso se pasó a modificar la doctrina militar y de allí a imponer el sistema educativo. En otras palabras, se modificó el discurso, la organización y las normas que rigen el componente militar.

Lo paradójico, lo constituyen cuatro artículos constitucionales (que no figuran en el Proyecto de Constitución que presentara el “Comandante” a la ANC) que regulan la institución de la Fuerza Armada Nacional, normas opuestas a la práctica impuesta por el presidente de la República, constituyendo el comienzo de las prácticas inconstitucionales tan afines al gobierno.

Por primera vez en la historia constitucional estos cuatro artículos califican a la FAN como **una institución sin militancia política**<sup>7</sup>, organizada para garantizar la independencia y soberanía de la Nación, **al servicio exclusivo de la Nación y no de persona o parcialidad política alguna**; reconociéndose que pueden cooperar con el mantenimiento del **orden interno, mas no de seguridad ciudadana**, competencia que la Constitución atribuye exclusivamente a órganos de carácter civil, bajo la denominación de cuerpo uniformado de policía nacional. Esta distinción permanece sin aplicarse en la República.

---

7 La militancia política se lleva a cabo a través de un partido político, y puede asumir diversas formas, sea participar en reuniones partidarias, publicaciones donde se expresa opiniones que comparte y defendiendo la ideología del partido, participar en marchas, actos a favor de figuras políticas, apoya un proyecto afiliado a un partido político.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia<sup>8</sup> interpretó, apartándose del texto constitucional, la aceptación de los militares en política, al afirmar que, cuando los militares participan en actos políticos no significa menoscabo de su profesionalidad, sino participación protagónica y democrática. Nada más alejado de la norma y principios constitucionales.

Los cuatro componentes de la FAN están consagrados constitucionalmente; tienen por finalidad las operaciones militares que sean requeridas para asegurar la defensa de la Nación, atribuyendo a la Guardia Nacional la garantía del mantenimiento del orden interno y sólo mediante ley atribuirle actividades de policía administrativa y de investigación penal.

El contraste entre el régimen constitucional y las prácticas políticas que lo violentan permite constatar cómo se ha eliminado la **profesionalización de la institución militar** ante la transformación de sus integrantes en un cuerpo de agentes del Estado en el área administrativa. Ha sido transformada en un

---

8 Sentencia. Ponencia de Juan José Mendoza Jover, Sala Constitucional, de fecha 11 de junio de 2014, Expediente N° 14-0313. (Caso: *IMPROCEDENTE in limine litis, la acción de amparo constitucional incoada por el "FRENTE INSTITUCIONAL MILITAR 'FIM', asociación civil integrada por oficiales de la Fuerza Armada Nacional y militares venezolanos, mayores de edad que accionaron en forma personal, contra el acto inconstitucional continuado y arbitrario emanado del Ministerio de la Defensa y los Mandos Militares*).

"...que la participación de los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en actos con fines políticos no constituye un menoscabo a su profesionalidad, sino un baluarte de participación democrática y protagónica que, para los efectos de la República Bolivariana de Venezuela, sin discriminación alguna, representa el derecho que tiene todo ciudadano, en el cual un miembro militar en situación de actividad no está excluido de ello por concentrar su ciudadanía, de participar libremente en los asuntos políticos y en la formación, ejecución y control de la gestión pública -siguiendo lo consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República de Venezuela-, así como también, el ejercicio de este derecho se erige como un acto progresivo de consolidación de la unión cívico-militar, máxime cuando su participación se encuentra debidamente autorizada por la superioridad orgánica de la institución que de ellos se apresta."

partido político “revolucionario”, “socialista” y “anti- imperialista” en armas, rompiendo con la finalidad y objeto del cuerpo militar, y al margen de la Constitución de 1961 y ahora de la de 1999.

La Constitución de 1999 otorga por primera vez el derecho al sufragio a los miembros de la FAN en actividad, con prohibición expresa que el ejercicio del derecho a elegir estuviera esté asociado a la **participación en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.**<sup>9</sup>

Todas las prohibiciones constitucionales establecidas para los miembros de las fuerzas armadas han sido violentadas por el estamento militar, con la orden o aquiescencia del Comandante en Jefe de las Fuerzas Armada (militar/presidente), lo que coloca al cuerpo armado en una situación de ilegitimidad y de debilidad ante la Nación, aun cuando disponga de la autorización para hacer política por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Un principio cardinal de la actividad militar es su apoliticidad, un militar activo nunca puede desempeñarse como un civil, salvo que deje de serlo.

Otra norma constitucional referida a los ascensos militares, (artículo 331), se violenta todos los años. Es la FAN la que tiene la competencia exclusiva para valorar y resolver sobre los ascensos militares. Sin embargo, la intromisión del presidente de la República, en estos asuntos es desmesurada por decir lo menos, al desconocer la voluntad popular cuando aprobó esta

---

9 En el libro producido por La Piedra, titulado El Comandante Hugo Chávez Frías, presidente de la República de Venezuela, a la que él llamaba Soberanísima Asamblea Nacional Constituyente. “Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República”. El artículo correspondiente a este punto estaba redactado de la siguiente manera: “**Los miembros en actividad de la Fuerza Armada Nacional, tienen derecho al Sufragio en conformidad con la Ley, sin que puedan participar en actos de propaganda o proselitismo político partidista.**” Obsérvese que la ANC incorporó la prohibición a los militares activos a pertenecer a una organización política cuando incorpora en el artículo 330 como prohibición “la militancia”, es decir participar en un partido político.

norma. La voluntad soberana no es otra que conservar dentro de las FAN el decidir sobre los ascensos, sin participación política ni presión alguna, sin mas elementos como no sean el mérito, el escalafón y la plaza vacante.<sup>10</sup>

Se sustrajo esta competencia del poder legislativo (Constitución de 1961), precisamente para que el cuerpo militar tuviera autonomía institucional, impidiendo la injerencia de los cuerpos políticos en los ascensos militares, inclusive del Comandante en Jefe que controla y revisa los ascensos para confirmar que se cumplan las tres exigencias constitucionales.

La realidad es que los tres parámetros constitucionales para que un militar sea ascendido (mérito, escalafón y plaza vacante), quedó sometida a la política y se expresa en una frase “asciendo a los míos”.

Antes los ascensos al menos, lo hacía un poder del Estado, una representación del pueblo, ahora nadie sabe quien tiene el poder de colocar a sus preferidos para ascender, sólo lo saben los integrantes de la Fuerza Armada que quedan sin ascender o les dan un escalafón que no es el que les corresponde, y los puestos son ocupados muchas veces, por militares que no tienen los méritos para ser ascendidos.

#### IV. LO OPUESTO AL PARADIGMA DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE

El proceso de captar a los integrantes de las FAN como centro de poder político obedeció a un Plan que comenzó por un reformismo desde 1999 teniendo como objetivo acabar con

---

10 Es importante destacar que la ANC no acogió la propuesta de Hugo Chávez en su proyecto presentado a esa instancia, en el sentido que los ascensos militares eran competencia exclusiva de la FAN y del presidente de la República en su carácter de Comandante en jefe, y por tanto esa operación quedó a lo interno del componente militar.

la institucionalidad establecida en el acuerdo de Punto Fijo, y se designaron militares de rango a cargo de esa misión. Esa primera incursión que llamamos reformismo sufre un revés el 11 de abril de 2002; y a partir de allí se gesta la desobediencia militar (2004) cuya expresión visible es el movimiento conocido como Plaza Altamira, que constituye un punto de inflexión, el cual a su vez desencadena hasta 2010 una institución militar ya con influencia partidista moderada.

La incorporación del partido del Estado produce tensiones entre militares a lo interno por la pérdida de la autonomía de la gestión militar. La incógnita política del Plan era cómo vincular la partidización e ideologización con la Institución Militar y a su vez diferenciarla del estamento partidista.

Luego de la muerte de Hugo Chávez se produce un cambio en el ejercicio de mando del Comandante en Jefe, por cuanto se modifica el criterio anterior que consistía en otorgar el visto bueno con una supervisión directa a los programas militares y su implantación ideológica, y Nicolás Maduro se concentra en sus intereses políticos, que son fundamentalmente los operacionales.

Nicolás Maduro establece seis niveles de intención política, sus primeros anuncios se refieren al rol empresarial de las FAN y además el rol operacional de la estructura, mandos militares, las REDI las ADI y la milicia:

- 1) Construir una red de militares cercanos, de mandos; se constata en los ascensos y trasmisión de mando.
- 2) Considerar que los militares tienen capacidad para desarrollar el país. Todos los roles empresariales y económicos fueron concedidos a la jerarquía de la FAN.

- 3) Insistir con más fuerza en la fusión cívico militar. Las FAN como organizadora de la sociedad, así se entiende el profesionalismo militar.
- 4) Atender el aparato de inteligencia y seguridad. Está conciente de la amenaza de fuerzas que quieren desalojarlo y da origen a la Gran Misión Abastecimiento Soberano.
- 5) Defender el Sistema Político Socialista de las amenazas internas levantadas por la oposición. Puede así las FAN asumir actividades civiles como parte de su misión por adversidades excepcionales; en realidad las FAN las considera garantía de la unidad del Estado.
- 6) Asume la concepción cívico militar como herramienta instrumental, su carácter político constituye la versión mas pura de unas FAN socialista, y así la institución asume la militancia partidista.

La realidad es que los militares pasaron de actividades de cuartel a la burocrática y a ser beneficiarios de unos privilegios que en realidad se traducen en impunidad sea por delincuencia, abusos, narcotráfico y corrupción, rompiéndose la disciplina y el honor militar. Podríamos decir sin embargo que la causa de la opinión desfavorable hacia la Fuerza Armada en la opinión pública está asociada a la continua violación de los derechos humanos, a la responsabilidad de las muertes ocurridas en el año 2014, desapariciones forzadas, cómo de la existencia y actuación de los irregulares armados y la represión.

## V. LA INDISCIPLINA MILITAR ARROPA AL COMANDANTE EN JEFE

El juramento en el Samán de Güere, el 17 de diciembre de 1982<sup>11</sup>, marca el nacimiento de la revolución bolivariana, con la consigna de “...elección popular, tierras y hombres libres, horror a la oligarquía”.<sup>12</sup> ; la verdad es que ese acto aparentemente simbólico significó **la fundación de hecho del partido político que tomaría el poder y permitiría muchos años después, la incorporación de civiles** a ese movimiento. El nacimiento del MBR-200 da inicio formal a la organización política militar. Desde ese momento la logia militar asume la toma del poder como objetivo político.

El factor que modifica aparentemente el mando militar del Partido, que terminó llamándose PSUV<sup>13</sup>, fue la pérdida de su Comandante en Jefe y con ello la ascendencia militar en el partido al asumir la presidencia y la jefatura del PSUV Nicolás Maduro Moros, un civil que provoca su desmembramiento y da lugar a divisiones internas de un partido concebido bajo una clara concepción militar.

Esta situación se constata el 12 de noviembre de 2015, luego de 17 años en el poder, cuando Maduro cambia aparentemente la premisa de copar la administración pública de militares activos por civiles, supuestamente para que contribuyeran con el desarrollo del país (en referencia a la unión cívico-militar), cuando el ahora Comandante en Jefe, y presidente de la República, imparte la orden en el patio de honor de la Academia Militar, en Caracas, y arenga:

---

11 Hugo Chávez, Felipe Acosta Carles, Jesús Urdaneta y Raúl Isaías Baduel hicieron el juramento, un compromiso realizado clandestinamente como miembros oficiales del Movimiento Bolivariano Revolucionario-200 (MBR-200) que ingresaron antes del año 1992.

12 <http://www.radiomundial.com.ve/article/ta1-d%C3%ADa-como-hoy-chávez-toma-juramento-ante-el-samán-de-güere>

13 Partido Socialista Unido de Venezuela.

**“He dado la orden** para implementar un plan muy bien pensado, detallado para que **regresen, a puestos de mando y a filas activas en cada componente**, los compañeros y compañeras que han ido a la Administración Pública a prestar sus servicios a la patria, **es momento de regresar a la fuerza para traer mas unión.**”

“...regresen para reforzar la Fuerza Armada.”

Explicó:

**“...solo quedarán dentro de la Administración Pública los que sean estrictamente necesarios**, para cargos claves, por su trabajo, su disciplina y **su capacidad para cumplir ordenes.**” (resaltado nuestro)

El mensaje de Nicolás Maduro indica, si entendemos bien la orden de salida del gobierno de los militares sería para exigirles mas unión militar, como lo indica, por tanto, entiende que la FAN está desunida, y si el motivo fue para reforzarla, significa que está débil, y cuando agrega que conservará aquellos militares que tengan capacidad de cumplir ordenes, es porque los que están los ignoran.

Esta instrucción dada por un civil, que no maneja el gobierno militar como lo hacía su antecesor; que retira de sus puestos de comando civil a un numero considerable más no determinado de militares activos, crea un desconcierto puesto que éstos habían dejado de ser militares profesionales y ahora tampoco serían civiles. La conclusión queda a la vista: los militares en cargos civiles han sido ineficientes, marcados por dudoso desempeño en el manejo de dinero, asociados al narcotráfico, y la llamada unión cívico-militar, no es mas que un slogan, que no se conectó con la organización popular.

Constitucionalmente está prohibido para un militar activo ser funcionario público que toma decisiones políticas. Afirma-

ción que recuerda la ley<sup>14</sup> de Seguridad de la Nación en caso de Movilización y Requisición (situación extraordinaria) en la que se permite que el presidente de la República disponga el empleo de la FAN para coadyuvar en el control y funcionamiento de los servicios públicos o de las empresas básicas de Estado, pero en esta acción dice la ley, los militares destacados a estas operaciones conservan su línea de mando militar y se desempeñarán como tales. Gran diferencia con el manejo y control que el presidente de la República ha entregado a los militares activos designándolos ministros, presidentes de Empresas públicas e inclusive les ha creado empresas para que sean manejadas por el estamento militar.

La orden de regresar los militares a los cuarteles, desmilitarizar el gobierno, sacar a las FAN de la política quedó como una bufonada presidencial o un aviso público para mostrar quien manda. Cualquiera sea la interpretación, la verdad es que logró incrementar más fuerza militar en el poder político.

No hay duda, el resultado electoral del 6D cambia el panorama del Gobierno; y el general en jefe, Vladimir Padrino López, ministro de la Defensa y Comandante Estratégico Operacional<sup>15</sup>, consolida su poder militar y político, al decir la última palabra para que se acepten los resultados de las elecciones de los Diputados a la Asamblea Nacional, momento en que se conoce que el Gobierno pierde el control político de la Asamblea Nacional.

---

14 Artículo 32 de la Ley orgánica de Seguridad de la Nación (Gaceta oficial N° 37.594 de 18 de diciembre de 2002.

15 Durante los sucesos de 2002 Vladimir Padrino López era comandante del Batallón de Infantería Simón Bolívar, destacado en Fuerte Tiuna. Durante dichos eventos se mantuvo leal al gobierno de Hugo Chávez y durante su gobierno ocupó el cargo de Segundo Comandante y Jefe del Estado Mayor General del Ejército Bolivariano. Posteriormente, en el año 2012, fue nombrado Segundo Comandante y jefe del Estado Mayor General del Ejército Bolivariano. En el 2013 le otorgan el rango de General en Jefe y en el 2014 ministro del Poder Popular para la Defensa.

## VI. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE EJERCER LA POLÍTICA DESDE LA FAN

El pensamiento militar profesional se orienta hacia lo inmediato y hacia su trascendencia. En cuanto a lo primero se concentra en las técnicas, las tácticas, los procedimientos y normas oficiales de los reglamentos y manuales y la doctrina, los hombres, los equipos y los abastecimientos, y las reposiciones. Mientras que el pensamiento militar crítico o estudioso se orienta hacia su trascendencia. El estudio militar actúa sobreimpuesto al combate y a la maniobra. Absorbiendo sus hechos, elaborando experiencia y formando criterios, consejos y normas del buen hacer. Su ámbito son la historia y la doctrina militares.<sup>16, 17, 18</sup>

Esto contrasta con la intención política de que la institución militar venezolana responda a los intereses del pueblo, en lucha contra las injusticias y los intentos de dominación

---

16 <http://www.conflictosmodernos.com/2009/02/01/el-pensamiento-militar/>

17 Nota - cita textual, Caracas, 10 de enero de 2006 (ABN/MCI/VTV)/ El presidente de la República, Hugo Chávez Frías, instó este martes a los integrantes de la milicia venezolana a transformar el sistema educativo venezolano, durante la inauguración del I Curso de Comando y Estado Mayor Conjunto, en el participarán 147 oficiales. El mandatario nacional indicó que el esquema de formación militar posee una acentuada desvinculación con la realidad del país y recordó que esa situación fue criticada por él durante su proceso de formación en el seno de las Fuerzas Armadas Nacionales.

18 Müller Rojas Alberto. Nuevo pensamiento militar venezolano. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales v.12 n.2 Caracas ago. 2006. **Resumen:** El pensamiento militar es la conjunción de un conocimiento acumulado por siglos -la teoría de la guerra y las actividades conexas- con la conducta concreta en el espacio y el tiempo para realizar las tareas que el entorno, nacional e internacional, demanda. El cambio en las condiciones políticas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, son la fuente de orientación del nuevo pensamiento militar en Venezuela y es lo que imprime cambios en el ejercicio profesional militar. Frente a nuevos desafíos las operaciones militares clásicas resultan insuficientes. De allí la necesidad de incorporar nuevos conceptos y nociones que posibiliten enfrentar con éxito, desde el punto de vista militar, las nuevas realidades.

promovidos por los grandes centros hegemónicos del poder mundial, confundiéndola con una premisa ideológica que los ahoga en la política necesariamente. Se diferencia con los llamados ejes teóricos: el ideario del Libertador Simón Bolívar, la consecuente visión integral de la seguridad y defensa consagrada en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (LOSNA)<sup>19</sup> y la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas.

La LOSNA en su artículo segundo fundamenta la seguridad de la Nación en unas exigencias de condiciones incumplidas, por tanto, la República no dispone de seguridad en los términos ahí señalados. Cualquier ciudadano puede dar testimonio de ello.<sup>20</sup>

Mientras el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la FANB establece como su objeto "...los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, **dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad, como fundamento de la seguridad de la Nación, consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución** ...La Fuerza Armada Nacional Bolivariana, es la institución que en forma permanente garantiza la defensa militar del Estado." No corresponde a la Fuerza Armada Nacional preservar la Constitución, sí cumplirla, como parte de la obligación de toda la institucionalidad democrática y de todos los venezolanos.

---

19 Ricardo León, *Nuevo pensamiento militar venezolano*. Aporeea. Martes, 24/05/2011. <http://www.aporeea.org/ideologia/a123895.html>

20 "La seguridad de la Nación, está fundamentada en el desarrollo integral, y es la condición, estado o situación que garantiza el goce y ejercicio de los derechos y garantías en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar, **de los principios y valores constitucionales por la población, las instituciones y cada una de las personas que conforman el Estado y la sociedad**, con proyección generacional, dentro de un sistema democrático, participativo y protagónico, **libre de amenazas a su sobrevivencia, su soberanía y a la integridad de su territorio y demás espacios geográficos**" (destacado nuestro)

Resulta contrario a la Constitución que la Institución Militar se sustituya en el Estado y entienda que la corresponsabilidad con la sociedad civil se ordena y ejecuta desde lo militar; cuando la corresponsabilidad de la sociedad civil y el ámbito militar se cumple desde los deberes constitucionales para los primeros y las obligaciones del estamento militar para los segundos, como cuerpo no político, y como Institución profesional.

En ningún caso la Constitución le otorga a la FAN la finalidad de preservar la Constitución y menos combinar esa tarea de manera permanente con la garantía de defensa militar del Estado.<sup>21</sup>

## VII. LA FAN EN TAREAS POLÍTICAS, CIVILES Y EMPRESARIALES

Una reinterpretación del marxismo cubierto del culto a Bolívar, según Alberto Garrido quien consideraba en el año 2002 que Chávez había decidido tomar el camino del Sur, recordando la represión militar de la dictadura chilena y argentina. Lo decía por la purga que siguió a los sucesos del 11A, escenario provisto por el paro cívico nacional, alentado desde el propio gobierno, lo que permitió la utilización del contingente militar en acciones calculadas de violencia y la demarcación de bandos en las FAN, lo que trajo la fragmentación de planes y programas conducidos por militares, caso de Jorge García Carneiro con el programa Reviba (Rehabilitación de viviendas en Barrios en la Parroquia El Valle, Caracas)

---

21 Artículo 1° del Decreto N 1.439 de fecha 17 de noviembre de 2014 publicado en la Gaceta Oficial N°6.156 de 19 de noviembre de 2014 el cual contiene el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, deroga el Decreto-Ley de la Fuerza Armada Nacional publicado en Gaceta Número Extraordinario N° 6.020 de fecha 21 de marzo de 2011 reimpressa en Gaceta Oficial N° 39.846 de fecha 06 de febrero de 2012 (Disposición Derogatoria)

Esa fractura militar produjo una lucha intestina y silenciosa, se manipularon e impidieron los ascensos al grado de Teniente Coronel para eliminar la competencia a los fieles a la revolución.

Luego se acrecentó la presencia de militares “escogidos” para comandar la administración pública, se fueron adueñando del poder político, o al menos la alícuota que podían tomar o aquella que provisionalmente les era entregada.

La utilización de sus miembros en actividades partidistas, la actuación indiscriminada en funciones administrativas propias del sector civil, abandonando sus funciones específicas es la desviación que permitió el surgimiento de numerosas organizaciones criminales y subversivas comprometiendo grandemente la soberanía territorial, e inclusive que militares cayeran en el delito.

Mientras los militares se politizaban, a la sociedad se la trataba de militarizar al mejor estilo cubano. Lamentablemente, lo que sí ocurrió fue el papel de militares en armas asumiendo como institución (mejor dicho, miembros de ella) de rectores en la conducción del futuro económico y socioeconómico del país. Esto explica la presencia militar en diferentes instancias con conducción y ejecución, cada vez mayor, en las políticas públicas.

Ahora bien, no fue suficiente que militares activos asumieran funciones políticas desde la administración pública en ejecución de competencias ministeriales, seguridad pública, entes descentralizados, empresas, fundaciones y asociaciones civiles, sino que se amplió la presencia militar en empresas militares cuyos objetos no lo son.<sup>22</sup>

---

22 La presencia de un número muy grande, excesivamente grande, de militares en distintos cargos para los cuales no fueron formados profesionalmente, obedece a que se pretende cambiar la competencia, la formación, la experiencia, por la obediencia ciega”, asevera el exministro de Educación

La vocación empresarial de las fuerzas armadas se oficializó con la llegada de Nicolás Maduro al poder. El 19 de abril de 2013, seis días después de asumir la presidencia, el mandatario anunció desde la base aérea Rafael Urdaneta, en Maracaibo, la instauración de una “poderosa” zona económica militar con el fin de “satisfacer la demanda de la familia FAN (bienestar, seguridad, educación y protección de las familias) El mandatario destacó que, además, estaría en capacidad de construir cuarteles, viviendas y sitios de entrenamiento para los diferentes componentes.

El 9 de julio de 2013, el presidente formalizó la Zona Económica Militar Socialista con la apertura de las primeras seis empresas que abarcan disímiles sectores, desde transporte, agricultura y comunicaciones hasta finanzas, bebidas y construcción, coincide además con la consolidación de las Regiones Estratégicas de Defensa Integral (REDI). Y el 9 de agosto de 2013 (Gaceta Oficial N 40.225), se activaron la Región Estratégica de Defensa Integral de los Andes (Redian) y la Región Estratégica Integral Marítima e Insular (Redimain), sumándose a las cinco existentes.

Por tanto, el sector empresarial militar se declara en expansión. Desde julio de 2013 hasta febrero de 2016, el Ministerio de la Defensa dispone o se conoce de la existencia de once (11) empresas para el desarrollo económico de la Institución. Ocho de ese total abrieron durante el primer año del anuncio de la Zona Económica Militar: Banco de la Fanb (Banfanb); Empresa

---

y ex/miembro del PSUV, Héctor Navarro. Rocío San Miguel, presidenta de la Asociación Civil Control Ciudadano, asegura que la conformación de esas industrias ha sido un incentivo para la lealtad. “Compro lealtades y te permito la gobernabilidad” es para el economista José Manuel Puente la razón de ese tejido.

Con Hugo Chávez y Nicolás Maduro, los militares han sido ministros, presidentes de organismos y empresas estatales, y además se han encargado de la administración de los dólares oficiales y de controlar la producción de rubros básicos. A pesar de que no mostró capacidad alguna para afrontar estos problemas básicos, Nicolás Maduro le otorgó al sector militar mayor presencia en las áreas estratégicas del país.

Agropecuaria de la Fanb (Agrofanb); Empresa Militar de Transporte (Emiltra); Empresa Sistemas de Comunicaciones de la Fanb (Emcofanb); Televisión Digital de la Fanb (TVFanb); Fondo de Inversión Negro Primero (Fimnp); Constructora de la Fanb (Construfanb) y Agua Mineral Tiuna (empresa mixta dentro del complejo industrial del Fuerte Tiuna). Este conglomerado de empresas constituye el emporio industrial, comercial y de servicios que se levanta en la Fuerza Armada Nacional y que evidencia cómo los militares incursionan en áreas que hasta 2003 eran del dominio civil.<sup>23</sup>

En agosto 2014, abrió la Empresa Mixta Bolivariana Cancorfanb, del sector construcción, producto de la fusión entre la estatal Construfanb (propietaria de 51% de las acciones) y la privada Canteras Cóndor, creada en 1996 (49% de acciones). Tecnomar es una empresa originalmente privada dedicada a la tecnología de comunicaciones que nació el 4 de enero de 2005 en Nueva Esparta, pero que en 2015 vendió la mayoría de sus acciones a Encofanb, convirtiéndose en la Empresa Mixta Militar Venezolana de Proyectos de Tecnología.

La zona económica militar dio paso al motor industrial militar donde las empresas de la FAN tienen alianzas y apoyos de privados. En los lineamientos del Ministerio de la Defensa de 2017, el titular del despacho, Vladimir Padrino López, apunta que es necesario impulsar el motor militar por lo que ordena a las empresas “aumentar su producti-

---

23 La FAN optó por “diversificarse”: fabrica bienes y productos para el consumo interno como balas y chalecos, produce alimentos y carros, vende agua (Agua Tiuna) y hasta importa bombillos en un convenio con China por medio de la empresa Inspur. En el ramo de infraestructura: Constructora de la Fanb (ConstruFanb), Constructora Ipsfa y Cartera Cordon Fanb (CarcoFanb, en la que ConstruFanb tiene 51% de las acciones y la sociedad mercantil Cancorca 49%: Compañía Anónima Venezolana de Industrias Militares, Cavim (empresa de radio óptica, metalmecánica, fábrica de fusil AK). La incursión empresarial en minería, petróleo y gas es a través de la Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (Camimpeg). Véase <https://www.lapatilla.com/site/2016/03/14/fanb-monta-emporio-industrial-con-17-empresas-propias-y-mixtas/>

vidad y eficiencia". Y agrega que "el aparato militar debe disminuir la dependencia de bienes esenciales y plantearse retos de autogestión y abastecimiento al sector militar y al resto de los sectores del país".<sup>24</sup>

La actividad militar se extiende hasta la impresión. El Ministerio de la Defensa creó Imprefanb para "explotar el ramo de la imprenta, tipografía, litografía, elaboración de impresas, papelería, libros, revistas, tarjetería, trípticos, encuadernación". También esta industria importará equipos para las artes gráficas.

Los militares disponen de su fondo de financiamiento, el Fondo Negro Primero. Este mecanismo no solo financia la Misión Negro Primero sino también varios de los proyectos que ejecutan las empresas militares; industrias que se beneficiaron de dólares preferenciales. El poder de la FAN abarca también el sector financiero: seguros y bancos.

A final del primer semestre de 2016 se incrementó el papel de los militares en el manejo de la alimentación y a través de la Gran Misión Abastecimiento Soberano les permitió controlar la producción y la distribución de las empresas. Por tal motivo, las industrias están constantemente fiscalizadas. A esa regulación, se añadió la designación de 18 jefes militares para supervisar la fabricación de los artículos básicos y el nombramiento de oficiales para coordinar los mercados municipales. Fuentes del sector privado apuntan que estos jefes militares, en casi un año, solo se han centrado en revisar la producción sin dar soluciones a los escollos que enfrenta la producción por el control de precios, las restricciones en el acceso de los dólares y la incertidumbre.

---

24 Véase el tejido de empresas militares por áreas: Armamento; Transporte; Construcción y producción de Insumos; Petróleo; Agrícola; Industria; Producción de Equipos; Bienes y Servicios. <https://cronica.uno> Con 20 empresas la FANB acapara el poder económico. Por, Mayela Armas @mayearmas. 20 agosto, 2017

La nueva empresa Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras, Petrolíferas y de Gas (CAMIMPEG), ordenada crear mediante decreto N° 2.231 de 10 de enero de 2016, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Defensa tiene por objeto prestar servicios petroleros que se indican de manera enunciativa y que tiene una descripción mplísima de las actividades encomendadas. <sup>25, 26, 27, 28, 29</sup>

25 <http://runrun.es/nacional/venezuela-2/249995/militares-consolidan-su-poder-economico-con-11-companias-creadas-por-gobierno-de-maduro.html> “La llegada de Campimeg es un paso más del proceso de militarización de la economía del país”, considera Rocío San Miguel, coordinadora de la organización Control Ciudadano.

26 **Fernando Ochoa Antich, ex ministro de la Defensa**, cuestionó que los militares ofrezcan servicios como envío de mercancías y hagan programas de TV y radio. “Se sobrepasan las funciones de la FANB establecidas en el artículo 328 constitucional. La frase ‘participar activamente en el desarrollo nacional’ no justifica la presencia militar en campos que corresponden más a la empresa privada. Se crea una competencia indebida en el mercado al favorecer de manera arbitraria a las empresas creadas por Defensa. Por ejemplo, BanFanb y las empresas de seguro. No es que sean más eficientes que las privadas, sino que se garantizan el monopolio de toda la estructura del Estado”.

Aunque considera vital que la FANB informe de sus actividades, Ochoa Antich calificó de absurda la concesión en radio y TV: “El rating debe ser cero. En mis tiempos de oficial activo se utilizaba otro sistema: coordinábamos con televisoras privadas, con elevada audiencia, para que facilitaran un espacio. A El Patriota de casualidad lo compran en las oficinas públicas y no deben leerlo ni en la casa del personal militar”.

Al preguntársele si los militares deben financiarse o depender del Estado, respondió: “La defensa nacional es una de las funciones específicas del Estado, la cual debe ser sostenida totalmente mediante el sistema de impuestos nacionales. Otra forma de financiamiento lo único que produce es ineficiencia y corrupción”. Tomado de: [http://www.el-nacional.com/politica/FANB-emporio-industrial-empresas-propias\\_0\\_810519026.html](http://www.el-nacional.com/politica/FANB-emporio-industrial-empresas-propias_0_810519026.html)

27 [http://www.el-nacional.com/politica/FANB-emporio-industrial-empresas-propias\\_0\\_810519026.html](http://www.el-nacional.com/politica/FANB-emporio-industrial-empresas-propias_0_810519026.html)

28 El ministro Vladimir Padrino López llamó a impulsar el Motor de Industria Militar para contribuir con el desarrollo nacional. En ocasión de la instalación de mesas de trabajo del Consejo Nacional de Economía Productiva, el titular de Defensa declaró: “tenemos que darle rumbo a un nuevo modelo productivo en Venezuela.

29 El objeto de la empresa es efectuar todo lo relativo a las actividades lícitas de Servicios Petroleros, de Gas y Explotación Minera en general, sin que

Es el caso, que catorce (14) días después de autorizar la creación de la compañía anónima CAMIMPEG, el 24 de febrero de 2016, se crea mediante decreto la “Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco”, con una superficie de 112 mil kilómetros cuadrados, con cuatro áreas de desarrollo, 1) Bauxita, Voltrán, y diamante 2) Hierro y oro, 3) Bauxita, oro y hierro y 4) Oro, bauxita, cobre, caolín y dolomita. Todo con el objeto de crear los estímulos necesarios para incrementar las capacidades de aprovechamiento de las potencialidades de los recursos minerales en el Arco Minero del Orinoco.<sup>30</sup>

---

esto implique limitación alguna; se empleará en el área de rehabilitación y mantenimiento de pozos petroleros, reparación, mantenimiento y administración de taladros de perforación, fabricación, reparación y mantenimiento de las estaciones de flujo, bombeo, y plantas compresoras en áreas terrestres o marinas; servicios de reparaciones de bombas; contratación de personal obrero calificado para la industria de minería e hidrocarburos. Prestará servicios de apoyo logístico a las instalaciones; servicios generales a las empresas en todas sus variantes. Efectuará la importación, exportación, distribución, comercialización, compra venta de productos químicos para la industria minera, petroquímica, petrolera y gasífera, tales como desengrasantes, solventes aromáticos, disolventes, surfactantes, Inhibidor de corrección, productos biodegradables para el medio ambiente. Servicio de transporte a nivel nacional e internacional, en las áreas de transporte lacustre, marítimo y terrestre a nivel nacional e internacional, mediante el suministro de lanchas, remolcadores, barcos, barcazas, gabarras, transporte privado, camiones plataformas, grúas, tractores, transporte público y privado, servicio de apoyo logístico a las industrias, fletamentos lacustres, aéreos, transporte aéreo comercial. Construcción de obras civiles en general, suministro, instalación y mantenimiento de refractarios, mantenimiento civil, de hornos industriales y mecánico de obras, suministro e instalación de anclajes mecánicos de andamios, construcción civil, mecánica, petrolera y eléctrica, construcción y mantenimiento de carreteras, mantenimiento de obras eléctricas, gasíferas, mineras; diseño, asesoraría, consultoría, inspección, elaboración y ejecución de proyectos de arquitectura e ingeniería, suministro de asistencia técnica mediante transferencia de personal, avalúos, servicios, procesamientos e informaciones y especificaciones técnicas. Plan de derrames de hidrocarburos, construcciones para desechos de hidrocarburos, transporte y manejo de desechos de perforación.

30 Llama la atención el giro en esta materia, pues ahora sólo le corresponde al Ministerio de la Defensa, a quien se adscribió la empresa militar minera la seguridad integral, y para el llamado “arco minero” sólo se entregó la

Para completar este cuadro organizativo militar, el presidente de la República crea la Fundación Movimiento Bolivariano Revolucionario de la Reserva Activa<sup>31</sup> “General en jefe Félix Antonio Velásquez” el 12 de agosto de 2016<sup>32</sup> la cual tiene por objeto impulsar programas para el desarrollo socio productivo en las áreas agroalimentaria, farmacéutica, industrial, comercial, economía comunal social y socialista, a través del financiamiento de planes y proyectos de interés social; la asistencia técnica; el apoyo de planes e iniciativas de cooperación con los órganos y entes del Estado, y el Poder Popular organizado; sin perjuicio de cualquier otra actividad que el marco de las políticas públicas coadyuven al interés colectivo y social.

En realidad, se observa que la forma jurídica adoptada es la de una empresa y no de una fundación, por cuanto tiene un capital inicial de cincuenta millones de bolívares suscrito y pagado por la República (Cláusula Sexta) dividido en mil acciones nominativas cuyo valor es de cincuenta mil bolívares. Es evidente la diversidad de actividades económicas de su objeto social, materias que corresponde al área militar, para rematar el desaguizado se la adscribe a un despacho ministerial cercano al presidente de la República.

---

seguridad y defensa, es decir la función de salvaguardar y mantener la seguridad y defensa: lo referido al resguardo minero.

31 El artículo 88 del Decreto-Ley de la FANB clasifica el **personal militar** en las siguientes categorías: Oficial, Tropa Profesional, Cadete, Alumno, De Reserva, Tropa Alistada y Milicia Movilizada. Igualmente establece grados militares y los enumera así: efectivo, asimilado, de reserva, de milicia y honorario. Esta categoría de milicia, como personal militar y grado militar, constituye una manera disfrazada de incorporar civiles a la función militar lo que violenta el profesionalismo, exigido por la Constitución, como es contar con una formación académica y operativa de las ciencias militares, alejadas de la participación y ejercicio de la política, propia de los civiles. (Artículo 89 y 104 del Decreto-Ley N° 1.439)

32 Gaceta Oficial N° 40.965 Acta del Ministerio del Poder Popular del despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno.

Además de la actividad económica en manos de las FAN, el Decreto 2.667 de fecha 11 de Julio de 2016, crea la gran Misión Abastecimiento soberano” la cual se sostiene, dice el Decreto, sobre la base de la capacidad operativa de la FAN, de su organización y disciplina, en las áreas de apoyo al abastecimiento nacional de productos estratégicos para la garantía de los derechos a la alimentación y la salud de los venezolanos así como de los bienes y servicios afectos a dichas actividades, los ministros quedarán subordinados a la “Gran Misión Abastecimiento Soberano”, bajo el mando del Ministro de la Defensa, Padrino López.<sup>33</sup>

El 26 de noviembre de 2017, el poder militar sobre la economía venezolana se consolidó con el nombramiento de un general de la Guardia Nacional Bolivariana, sin ninguna experiencia en el área, como presidente de la estatal PDVSA y, simultáneamente, como ministro de Energía. De esta forma, la elite castrense pasó a dominar el sector más importante de la economía, que aporta más de 95% de los ingresos del presupuesto nacional.<sup>34</sup>

## VIII. CÓMO REHACER LA PROFESIONALIZACIÓN DEL MILITAR

La Fuerza Armada Nacional es una institución profesional, calificada así por la Constitución de la República, por tanto, todo integrante de la misma tiene necesariamente que estar dedicado a desempeñarse como profesional de las armas.

---

33 “Todo el mando del abastecimiento del país estará en mis manos y las de Padrino López”, reiteró Nicolás Maduro.

34 Una investigación del portal *Armando.info* divulgó que las actividades económicas del sector militar no se restringen solamente a su participación institucional. Se comprobó que al menos 785 oficiales activos y retirados han dirigido empresas que contaron con contrataciones con el gobierno en áreas de construcción, importación de medicina y alimentos, así como insumos para el sector salud, entre otros. *Revista Nueva sociedad* No 274, marzo-abril de 2018, ISSN: 0251-3552, <[www.nuso.org](http://www.nuso.org)>. Los militares en la política y la economía de Venezuela de Francine Jácome.

Lo hecho con la FAN desde 1999 es lo mas apartado de la realidad del Estado Constitucional venezolano, ya que fue llevada a su propia destrucción como institución profesional mediante su paulatina y constante politización, primero como apoyo, y luego como actores políticos con una sola voz, que hablaba sólo por la voz del Comandante en Jefe (presidente de la República) y por tanto a quien se le debía obediencia y mas que eso lealtad política. A medida que ascendían los hombres de armas tomaban más espacios políticos. El poder y el dinero hicieron su trabajo.

La senda trazada por el Comandante en Jefe, Hugo Chávez condujo al estamento militar a los parámetros de ser una fuerza armada, que en paz, se hiciera cargo de la política y fueran a su lado los conductores del país al mando de una revolución en la que ejercieran el poder y se quedaran para siempre en él, utilizando las armas de la democracia, de las elecciones, manteniendo las armas de reglamento en la cintura y constituyendo un partido militar que no era visible, pero organizado desde arriba, de cuadros y al mismo tiempo con apariencia de ser un partido de masas, daba la impresión que si aseguraban la incorporación de civiles, la unidad de la Revolución estaba asegurada, más si se arrogaban la totalidad de los poderes del Estado.

Desmontar esta concepción concretizada en la negación del verdadero rol de la FAN es tarea hercúlea, volver a los militares a los cuarteles, despojarlos de prebendas inconstitucionales, de tareas impropias que les dan innumrables beneficios, en fin, hacerlos soldados de la República tal como lo ordena la Constitución.

Hay que empezar por todos los militares dedicados a funciones y competencias no militares, si no pueden mostrar su autoridad y competencia en el desempeño en cargos en comisión de servicios, en áreas técnicas, en funciones militares tendrán que ser evaluados, para saber si están en capacidad de

mantenerse en la FAN, en funciones propiamente militares o deben abandonar el uniforme y el arma de reglamento, para incorporarse en la vida civil; en el entendido que no son objeto de un proceso de investigación para determinar si son responsables o no por violación de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad.

Los militares activos que se encuentren en cargos políticos deberán desincorporarse de la FAN y pasar a retiro. Se debe poner fin al Militar/civil en la función pública.

La educación militar no puede ser considerada una modalidad que forma parte del Sistema Educativo Nacional, como lo establece la actual Ley Orgánica de la FAN, la que debe ser reformada, regresar a los cuatro componentes, a cuatro escuelas de formación y a su nombre constitucional.<sup>35</sup>

Aprender a ser un militar profesional constituye una tarea nueva para la Institución. Es una deuda con la República y la democracia. La función social de la Fuerza Armada es una obligación de cada persona que porte las armas, pero es muy diferente cumplir una labor social cuando se requiera como cuerpo social, a que la FAN tenga bajo su control 470.000 hectáreas del territorio nacional, 97 unidades de producción Socialista Agro-

---

35 Véase el artículo 146 del Decreto-Ley N° 1.439. La Ley orgánica de las FAN dice que se les aplica la Ley orgánica de Educación.; pero todo indica que ella no resulta aplicable al sector defensa ya que ésta educación exige el desarrollo eficiente y eficaz de los procesos de formación, capacitación, perfeccionamiento, actualización y adiestramiento del talento humano para asegurar la condición de profesional de la guerra y garantizar mediante la educación para la defensa militar, la preparación para el control de operaciones militares que aseguren la defensa de la Nación. Por tanto, constituye una distorsión afirmar en el Decreto-Ley que el adiestramiento militar permita la participación protagónica y de corresponsabilidad en la defensa integral de la Nación, por cuanto estos son deberes propios de la sociedad civil, de acuerdo al artículo 130 y 134 constitucionales, visto que a ella le corresponde proteger la soberanía que le es propia como pueblo (véase artículo 5 constitucional) lo que incluye el deber de prestar el servicio militar.

alimentaria, 135 casas de cultivos, 2 Fundos Zamoranos, 114 granjas piscícolas, 66 granjas de camarónicas, y 414 unidades productivas, de acuerdo a la información que se dispone.

A la FAN le será difícil retomar el reconocimiento de los civiles, el respeto por la institución y el uniforme, la labor de “cuidar” a unos venezolanos contra “otros” y dejar de reprimir por razones políticas, de violar los derechos humanos de los ciudadanos, el abuso de su poder militar, conductas que están presente en el imaginario de todos los ciudadanos, será un largo camino para lograr el olvido y perdón social hacia los Institución.

La vocación militar se asocia con la frase “para servir a mi país”. La carrera militar existe, el trato igualitario es una de las particularidades de esta carrera, la disciplina, el orden, la puntualidad, la limpieza, el esfuerzo, los valores de los símbolos patrios, parece una casualidad, pero no lo es, que los juegos bélicos han despertado en los jóvenes el deseo de vivir lo que es teoría en la computadora, como se llega a la práctica. La robótica, los idiomas, y la prohibición de hablar de política, todo lo cual añoran muchos jóvenes, y parece un campo olvidado para los militares venezolanos, que han quedado para comprar, o producir y distribuir alimentos, lo que no saben hacer, porque no están educados para eso, y la tropa para cuidar el orden público en las colas y recibir la rabia de unos ciudadanos que los identifican con los aprovechadores de la situación de crisis por tener un uniforme.

Los ciudadanos requerimos quien proteja nuestra Nación, entienda los juegos de poder mundial donde el componente bélico está presente o puede estarlo, se relacione y capacite junto a los ejércitos profesionales de los sistemas democráticos, tenga una preparación acorde con el desarrollo de las nuevas técnicas y fines militares, esté preparado para la investigación y practica en el ámbito militar, sea un consejero del presidente

de la República en materia militar, y preserve su autonomía de los poderes públicos.

Todo parece indicar que tiene que nacer una nueva Institución Militar, y ello será posible en el proceso de transición política que necesariamente debemos transitar.

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS INCORPORALES

**Adelaida María Suárez Díaz<sup>1</sup>**

*Resumen: Los seres humanos nos asociamos a través de personas incorpóreas para la consecución de un objetivo lícito, mediante ellas se desarrollan numerosos derechos de las personas, por ello la gran importancia que irradian en la sociedad, siendo una extensión del hombre para la obtención de sus propósitos que pueden ser de variada índole, pero con personalidad jurídica independiente del individuo. En la mayoría de los países integrantes del Sistema Interamericano se le reconoce a los entes de ficción jurídica derechos catalogados como personalísimos, lo cuál no es así dentro de dicho Sistema, es por ello, que en virtud de la progresividad de los derechos humanos es imperante que el Sistema Americano replantee su interpretación sobre el artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, permitiendo que no solo un grupo de personas morales tengan la posibilidad de ser consideradas víctimas de violaciones a Derechos Humanos en los procesos contenciosos, sino que a tono del derecho a la igualdad, todos los entes jurídicos de derecho privado tengan legitimidad en el Sistema Interamericano y con ello la posibilidad de lograr la protección, garantía y respeto de sus derechos ante una eventual infracción por parte del Estado.*

*Palabras clave: Incorporal. Evolución. Ficción de personalidad. Garantías. Defensa.*

*Summary: Human beings associate through incorporeal people to achieve a lawful objective, through them numerous humans rights are developed, therefore the great importance that they radiate in society, being an extension of man to achieve their purposes. They can be of various kinds, but with legal personality independent of the individual. In most of the countries that*

---

<sup>1</sup> Universidad Central de Venezuela (UCV): Abogada y Especialista en Derecho Mercantil. En espera del acto de defensa del Trabajo de Grado para obtener el título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), adelaida.suarez@gmail.com.

*make up the Inter-American System, human beings classified as human rights are recognized as having legal fiction, which is not the case within said System, which is why, due to the progressive nature of human rights, it is imperative that the American System rethink its interpretation of Article 1.2 of the American Convention on Human Rights, allowing not only a group of legal entities to have the possibility of being considered victims of human rights violations in contentious processes, but in keeping with the Right to equality, all legal entities of private law have legitimacy in the Inter-American System and with it the possibility of achieving the protection, guarantee and respect of their rights in the event of a possible infringement by the State.*

**Key words:** *Incorporeal. Evolution. Fiction of personality. Guarantees. Defense.*

Recibido: 23 de abril de 2020    Aceptado: 18 de julio de 2020

## SUMARIO

### Introducción

- I. Los Derechos Humanos y su progresividad
  - II. Personas Naturales y Jurídicas: Consecuencias de la personalidad
  - III. ¿Las personas incorporeales pueden ostentar Derechos Humanos?
- A manera de conclusión

## INTRODUCCIÓN

El Profesor Pedro Nikken académica y laboralmente es merecedor de este homenaje por su valioso legado en el área de los derechos humanos, su doctrina inspiradora sobre la progresividad de estos derechos me permite dedicar las siguientes líneas en reflexión a un cambio interpretativo que el Sistema Americano adeuda hacer al artículo 1.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de que los entes incorpóreos sean incluidos como sujetos legitimados para que puedan ser considerados víctimas de violaciones a Derechos Humanos en los procesos contenciosos ante el Sistema Interamericano, como en efecto ocurre en el Sistema Europeo desde el año 1952 a pesar que haya entrado en práctica treinta años después.

A continuación, se reflexionará sobre el tema de los derechos humanos y su progresividad en el tiempo, sugestionado con las importantes obras de nuestro homenajeado, posteriormente se indicará brevemente una reflexión sobre las personas naturales y jurídicas, para posteriormente abordar el tema central de este artículo sobre la titularidad de derechos humanos por parte de las personas incorporeales.

Finalmente, se indicará como es el tratamiento de las personas jurídicas al acceder a proteger sus derechos humanos en los Sistemas Interamericano y Europeo, para concluir una imperiosa necesidad en estos tiempos sobre la defensa de los derechos humanos de los entes incorpóreos.

## I. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROGRESIVIDAD

Los excesos por parte del Estado en numerosas oportunidades se tornan excesivamente grotescos, difíciles de controlar por la dócil población que se somete al gran poderío que prepondera en las filas del poder, ante duras experiencias que nos ha suministrado la historia de casos fatales por el abuso de autoridad, surgen los Derechos Humanos, para impedir que el Estado se sobrepase con el ser humano afectando su dignidad y/o alguno de los atributos o derechos necesarios para el disfrute de su personalidad.

Con el advenimiento de la segunda guerra mundial los Derechos humanos transitaron por un proceso de internacionalización, los hechos acaecidos llevaron a que las garantías de los mismos no deben estar únicamente en las organizaciones internas de cada país, conformándose en nuestro continente la creación de la Naciones Unidas<sup>2</sup>.

Desde el año 1948, se viene forjando un Sistema Americano en defensa de los derechos humanos, iniciado con la redacción de la Declaración Americana de Derechos Humanos, la cual primeramente no poseía carácter vinculante y sin la existencia de una institución que velara por su cumplimiento, posteriormente, en virtud de la agrupación de los países de la región en la Organización de Estados Americanos (OEA) se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para promo-

---

2 Véase: Nikken Bellshaw, Pedro: «El Concepto de Derechos Humanos», *Revista Tachirensis de Derecho*, N.º 3, Universidad Católica del Táchira, Táchira, 1993, pp. 2-4.

ver y proteger los derechos humanos y el 22 de noviembre de 1969 se adopta el primer instrumento vinculante denominado Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978 y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos no deben quedarse congelados en el tiempo, a medida que la creatividad del ser humano va desarrollándose y las circunstancias sociales y económicas van surgiendo deben estar los estudiosos del derecho observando todos estos cambios para propulsar que las normativas internas e internacionales permitan garantizar que el ser humano pueda desarrollar su personalidad en todos sus aspectos y que su dignidad no sea vulnerada.

Como destaca NIKKEN el “ámbito y alcance de los derechos humanos han sido objeto de una progresiva evolución, tanto en lo conceptual como en lo que atañe al reconocimiento de su naturaleza vinculante y a sus dispositivos de protección en el plano jurídico<sup>3</sup>”, en efecto, con el transcurso del tiempo y de forma progresiva se han reconocido nuevos derechos humanos y con ello diferentes vías jurídicas para su protección<sup>4</sup>, lo que implica que una vez demostrada su existencia no es posible que el derecho se pueda revertir, pues todos los mecanismos de protección interna e internacional deben de garantizar su protección, desde su reconocimiento de forma definitiva y sin la posibilidad de desconocerlo con posterioridad.

---

3 Nikken Bellshaw, Pedro: «El Impacto de la crisis económica mundial sobre los derechos humanos», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N.º 64, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1985, p. 171.

4 Véase como protección interna de los derechos humanos el amparo constitucional y la figura del Ombudsman en Nikken Bellshaw, Pedro: «La Protección de los Derechos Humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y Civiles», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N.º 52, IIDH, San José, Costa Rica, 2010, pp. 73-83.

En este siglo apunta NIKKEN se produjeron importantes desarrollos en materia de derechos humanos, toda vez que apareció “la noción de los económicos, sociales y culturales, que se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. Esta es la que se ha llamado ‘segunda generación’ de los derechos humanos”<sup>5</sup>, en ese sentido, estos derechos humanos reconocidos gozan de protección de forma irreversible, a pesar de la línea de pensamiento que los critica fundamentándose en que en realidad no deberían de ser derechos, sino que son una forma creada de “exigibilidad judicial convencidos de que se trata del método más adecuado para erradicar la pobreza y para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todos” como así lo expone PEÑA<sup>6</sup>.

Vale destacar, que no está de más referir que la lista de derechos estipuladas en la Constitución y demás normativas internas es de carácter enunciativa y no taxativa y es ello lo que permite la progresividad de los derechos (Vid. Constitución, artículos 22 y 23). ESPINA<sup>7</sup> indica que “El reconocimiento del principio de progresividad de los derechos humanos es una de las conquistas del ciudadano frente al Estado, pues este principio limita el eventual desconocimiento por parte de aquél del contenido de los derechos humanos y de los avances que en esta materia se hayan conseguido, además de conllevar una obligación de mejorar la protección y contenido de estos derechos”.

Ahora bien, la progresividad que se le propone hacer al Sistema Interamericano en este artículo no es específicamente

---

5 Nikken Bellshaw: *El Concepto de...*, p.3.

6 Peña Freire, Antonio: «La Teoría fuerte de los derechos sociales: reconstrucción y crítica», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N.º 34, 2016, p. 266.

7 Espina Molina, María: «El principio de progresividad de los Derechos Humanos», *Revista de Derecho Público*, N.º 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 261

la de reconocer nuevos derechos, sino de garantizarle derechos humanos ya reconocidos por el derecho interno a las personas jurídicas, siempre que su naturaleza lo permita, *verbi gratia* ha ocurrido que un medio de comunicación afectado en su derecho de expresión no pueda acudir al sistema por no tener legitimidad<sup>8</sup> o que un Banco no pueda demostrar ante el sistema la vulneración del derecho a la propiedad<sup>9</sup> por no poder ser víctima, entre otros casos.

## II. PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS: CONSECUENCIAS DE LA PERSONALIDAD

La persona como ente pensante y situado en la tierra para desenvolverse, ha sido ampliamente analizado por diferentes ramas como la filosofía, el derecho, la biología, la medicina, entre otros. En lo que nos atañe, que es el área del Derecho, el individuo posee *data pre jurídica*, es decir, tiene existencia con anterioridad a las normas jurídicas y consecutivamente, se crearon todas aquellas normas en la búsqueda del bien común, necesarias para una vida armónica en la sociedad.

No obstante, en la historia no todos los seres humanos han sido considerados personas, en la antigua Roma solo lo eran aquellos que gozaban de *libertatis, familiae y civitatis*, por ejemplo, los esclavos no eran personas, eran propiedad de otro ser humano y por ello no eran considerados sujetos de derecho. Es importante señalar, que se le atribuye al cristianismo la desaparición de la esclavitud, lo que conllevó a que todo ser humano se le reconociera personalidad.

---

8 Caso RCTV (Radio Caracas Televisión), fue denunciado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el presidente del medio de comunicación Marcel Granier, ante la imposibilidad de denunciar por parte de la persona jurídica.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de febrero de 1991, (*Caso Banco del Perú Vs. Perú*), igualmente el caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de octubre de 1997, (*Caso Tabacalera Boquerón, S.A. Vs. Paraguay*).

Vale destacar, que en la antigüedad clásica, los griegos le daban una connotación diferente a la palabra persona, sobre ello OCHOA<sup>10</sup> (2006) refiere que:

los griegos consideraban a la persona a su manera, situándola en relación a conjuntos determinantes. El primero de esos determinantes era la Ciudad y desempeñando a cabalidad a su papel en ella era como el hombre se realizaba como ser humano frente a sus conciudadanos y frente a los dioses pesaba el Destino, orden todo poderoso, inmutable y totalmente impersonal.

Actualmente, el Derecho reconoce como persona a los individuos y también a entes distintos, denominados personas jurídicas o personas morales, ideales e incorporales. En el derecho quirritario, las personas naturales al asociarse no poseían la intención de crear una persona jurídica, sino que llegaban a un acuerdo entre las partes para desarrollar un propósito común y tener un equilibrio en la distribución de las ganancias y pérdidas, ahora bien, éste acuerdo no era capaz de ser titular de derechos, por lo que surge la necesidad de crear una ficción jurídica distinta a las personas físicas que la integran para separar las obligaciones del patrimonio y que esa ficción pudiera ser titular de derechos, lo cual se logra al asentar a la persona moral en el registro, en ese sentido, ÁLVAREZ<sup>11</sup> (2012), señala lo siguiente:

Una diferencia sustancial con la sociedad moderna es que la *societas*, en Roma, no se constituye en persona jurídica y, en consecuencia, no puede calificarse ni definirse un patrimonio societario. Esta es la causa fundamental de que se presente una confusión con la comunidad de bienes. Tampoco puede hablarse de bienes o deudas de la socie-

---

10 Ochoa Gómez, Oscar: *Personas Derecho Civil I*, 1era. Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 170.

11 Álvarez, Tulio: *Institutas de Justiniano*, tomo II, Obligaciones, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 184.

dad por lo que se hace fundamental el estudio de la regulación de los mecanismos de distribución de las ganancias y pérdidas.

De manera que el objeto no es crear una persona moral distinta a la personalidad individual de los socios que la conforman; esto, tomando en consideración que la personalidad jurídica, como ficción, fue limitada a las *societates publicanorum* dirigidas a los trabajos públicos y la recaudación de ingresos del Estado. Esta afirmación sin prescindir de la existencia de interpretaciones en contrario que se basan en un texto de Florentino.

Visto lo anterior, se observa como el ser humano ha tratado de madurar en el tiempo la figura de la persona incorporal para materializar sus objetivos, en la actualidad este ente diseñado por el hombre de forma ficticia ha evolucionado tanto que es titular de derechos y obligaciones, los compromisos asumidos y el patrimonio –en algunos casos– es independiente de las personas que la constituyen.

En razón de lo anterior, DOMÍNGUEZ<sup>12</sup> refuerza el concepto de persona jurídica, señalando lo siguiente:

La persona jurídica en sentido estricto o persona incorporal se traduce en la atribución de personalidad jurídica a entes distintos al ser humano. Es pues la concesión legal de la condición de sujeto de derecho a entes ideales; supone un ente creado y elevado al grado de sujeto en la esfera del derecho. Los sujetos incorporeales son abstracciones dotadas de personalidad jurídica, y por ende, son titulares de deberes y derechos, aunque carezcan de corporeidad; el ordenamiento prevé los mecanismos a través de los cuales se desenvuelven jurídicamente.

---

12 Domínguez Guillén, María Candelaria: *Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 60-61.

Ahora bien, es pertinente citar el concepto de persona que refiere GRATERÓN<sup>13</sup> visto que la autora señala que el mismo incluye tanto a la persona natural como a la jurídica, al señalar que persona es “todo ente susceptible de tener derechos y deberes jurídicos, también se le designa como todo ente susceptible de ser sujeto activo y pasivo en una relación jurídica”. La persona se presenta como “el sujeto de la relación jurídica, bien sea el sujeto activo o sujeto pasivo de la misma”<sup>14</sup>.

En ese sentido, las personas incorpóreas son producto de la invención del hombre para la consecución de un fin y no poseen sentimientos por su condición de ser un ente no físico, sin embargo, si son titulares de derechos y obligaciones. Por su parte, las personas naturales son todos los seres humanos y por el contrario a las personas morales, como consecuencia de su dinámica cerebral, poseen emociones no solo al interactuar con los demás sino sentimientos sobre sí mismos, también denominado autoestima, en la actualidad se les reconoce derechos y deberes jurídicos.

Es de relevancia referir, que en el mundo jurídico es inviable conformar una relación jurídica, una normativa o una institución jurídica sin un sujeto de derecho, siendo que corresponde al ente sobre el cual se reconocen los derechos y las obligaciones. La persona es el protagonista del Derecho, en sus dos facetas física o incorpórea.

En efecto, la personalidad es una invención creada por el Derecho para referir la condición que hace a la persona apta para ser titular de relaciones jurídicas, sobre el particular,

---

13 Graterón Garrido, Mary: *Derecho Civil I Personas*, 2da. Edición, Paredes, Caracas, 2000, p. 33.

14 Domínguez Guillén: *Derecho Civil I.*, p. 45; Domínguez Guillén, María Candelaria: «Aproximación al Estudio de los Derechos de la personalidad», *Separata de la Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N.º 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 326.

AGUILAR<sup>15</sup> indica: “(...) personalidad es la cualidad de ser persona, o sea, la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos. De allí que en el lenguaje ordinario se diga que es persona y que se tiene personalidad”. La personalidad, es una circunstancia que se posee o no, a diferencia de la capacidad jurídica que es la medida de la aptitud de ser titular de derechos o deberes jurídicos y tiene diferentes intensidades, todo ello dependiendo de cada persona.

En consecuencia, quien ostente personalidad es capaz de ser titular de derechos o deberes jurídicos, actualmente nuestro ordenamiento jurídico reconoce personalidad a dos tipos de entes, las personas físicas y las jurídicas; sin embargo, como se indicó con anterioridad no siempre fue así, por ejemplo: en la antigua Roma el esclavo no tenía personalidad por no ser libre, ni el extranjero por carecer de *status civitatis*.

También, existió la muerte civil en la antigua Grecia que por sanción se consideraba muerta a la persona en lo que respecta a sus efectos jurídicos, figura que subsistió en muchos países hasta mediados del siglo XIX. En la época medieval, la muerte civil como sanción penal traía como consecuencia la pérdida de la personalidad jurídica privando al sujeto de sus derechos.

Vale destacar, que en nuestro ordenamiento jurídico la personalidad se inicia en una persona física cuando el niño nace vivo, sin necesidad de que sea cortado el cordón umbilical, aunque a pesar de ello, el feto se tratará como nacido cuando sea para su bien; y, la persona no física adquiere personalidad al ser asentado en el respectivo registro, es decir, una vez se

---

15 Aguilar Gorrondona, José: *Personas Derecho Civil I*, 14<sup>o</sup> Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, p. 40.

cumplan todos los aspectos legales establecidos en el Derecho positivo para ser considerado persona moral<sup>16</sup>.

Ahora bien, uno de los efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica es que a los entes que la poseen -persona natural e ideal- se les atribuyen los derechos de personalidad. Inicialmente, era impensable reconocer los mismos a los entes ideales, por su condición incorporeal, sin embargo, en la actualidad las personas morales poseen algunos de ellos cuando su condición no física lo admita.

Asimismo, las personas de stricto sensu como las naturales poseen su propia identidad, separada una de otra, por lo que a cada una se les atribuye sus propias obligaciones, bienes, derechos, capacidad y personalidad, igualmente, cada uno tiene su domicilio o sede.

### III. ¿LAS PERSONAS INCORPORALES PUEDEN OSTENTAR DERECHOS HUMANOS?

Los Derechos Humanos fueron ideados para la protección de los individuos de la especie humana, por ello suena osado a primera vista pensar que un ente incorpóreo pueda adquirir este tipo de derechos, por esa razón, antes de abordar este planteamiento se hizo un detallado análisis sobre la persona jurídica ideal, para que el lector pueda concluir que ganarse una ficción jurídica la calificación de persona en el ordenamiento jurídico se debe a su importancia para la sociedad.

Los seres humanos generalmente nos asociamos a través de personas incorpóreas para la consecución de un objetivo lícito, siendo una extensión del hombre para la obtención de sus propósitos que pueden ser de variada índole. El ente incor-

---

16 Véase Domínguez Guillén, María Candelaria: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia, N.º 7, Caracas, 2007, pp. 25-27.

póreo, es el medio a través del cual se desarrollan numerosos derechos humanos, de forma ejemplificativa se puede someramente aludir el derecho a asociarse, libertad de reunión, derecho de patrimonio, goce y disfrute de los bienes, garantía a un debido proceso, acceso a la justicia, derecho a la intimidad, al honor, al domicilio, autonomía, igualdad, privacidad, entre otros y según el objeto de la empresa todos los derechos humanos que pueden conllevar el desarrollo de la actividad que permite cumplir el fin social.

En efecto, los derechos humanos van en constante evolución hasta el punto de indicarse que en estos momentos ha evolucionado para arropar a las personas ideales, siempre que la naturaleza del derecho lo permita, por lo que ha de hacerse un análisis concreto del derecho humano para determinar si el mismo es viable en el ente incorpóreo. En este sentido, se comparte la atinada opinión de MURILLO<sup>17</sup> que señala lo siguiente:

Esta evolución ha hecho que las personas jurídicas en la actualidad sean sujetos de protección de los derechos humanos, protección que se ha materializado en los ordenamientos jurídicos nacionales y en los sistemas de protección regional, particularmente en el europeo, gracias a los desarrollos normativos que en dicho continente han motivado las directivas del derecho comunitario.

Asimismo, el autor destaca que en Europa la clasificación de los derechos humanos en las personas morales se agrupan en tres<sup>18</sup>, a saber:

a) por la calidad de la persona jurídica; b) por la protección de la persona jurídica como organización y c) en razón a la

---

17 Murillo Cruz, David: «La Protección de los Derechos Humanos de las Personas Jurídicas en los Sistemas Regionales Europeo e Interamericano», *Revista Jurídica Primera Instancia*, N.º 2, Chiapas, 2014, p. 106.

18 Murillo Cruz, David: «La Protección...», p. 106.

realización del objeto social; dándole a través de estas categorías los elementos esenciales para identificar los derechos que cada persona jurídica en particular tiene.

Es interesante acotar, que en lo que respecta al ordenamiento jurídico venezolano se observa que la protección de los derechos humanos se torna incompleta al tratarse de una persona jurídica, toda vez que vía jurisprudencial existen sentencias donde se reconocen derechos personalísimos aplicados a las personas morales<sup>19</sup>, incluso por vía legislativa, en el artículo 1<sup>20</sup> de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se ha reconocido la legitimación activa de los entes bajo ficción de personalidad jurídica para acciones de recursos como el amparo, cuyo supuesto de procedibilidad es la lesión de un derecho fundamental<sup>21</sup>, lo que implica que las personas morales sean titulares de estos derechos al poder accionar este medio de protección.

---

19 Vg. Véase: Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 15-711, 25 de abril de 2016, Sentencia N.º RC.000254, (*Caso M.T.Q.O. Vs. El Regalón, C.A.*); Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente N° 97-1971, 29 de febrero de 2000, (*Caso Procter&Gamble de Venezuela, C.A. Vs. Juan Simón Gandica Silva*); Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Expediente N° 2004-0266, N° 00802, 3 de agosto de 2010, (*Caso La Roche, C.A. Vs. Compañías Anónima Electricidad del Centro*).

20 Artículo 1. Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. La garantía de la libertad personal que regula el habeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley.

21 En cuanto a la diferencia de los derechos fundamentales y de los derechos humanos se refiere que "un derecho humano... su aplicación no se ve delimitada territorialmente, es así que una de sus características principales es la universalidad, sin limitación alguna. Por el contrario, los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran plasmados en un ordenamiento jurídico de un Estado en específico, con las limitaciones que la misma ley otorga". González Vega, Óscar: «Derechos humanos y derechos fundamentales», *Revistas del IJ*, N.º 46, México, 2018, p. 2.

Sin embargo, a escala internacional en el Sistema Interamericano los entes morales no son titulares de derechos convencionales por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos, en virtud de la interpretación del artículo 1.2 de la Convención Interamericana de Derechos humanos, en la que persona es solo el ser humano y no las personas incorpóreas.

La Corte Interamericana de Derechos humanos antes del año 2016 recibió numerosas denuncias por partes de personas jurídicas, las cuales fueron negadas por no poseer legitimidad, en virtud del señalado artículo 1.2 de la Convención, *verbi gratia* los siguientes casos:

Banco del Perú Vs. Perú del 22 de febrero de 1991<sup>22</sup>: Los peticionarios como accionistas del Banco de Lima interpusieron denuncia ante la Comisión por violación de los artículos 8, 21, 24 y 25 de la Convención Americana por parte del Gobierno del Perú, ante el plan del presidente Alan García de expropiar todas las acciones de los Bancos del Perú que aún permanecían en manos privadas.

La Comisión declara inadmisibile el caso en virtud del siguiente alegato, a saber:

...el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las disposiciones del Artículo 1 (2) proveen que “para los propósitos de esta Convención, ‘persona’ significa todo ser humano”, y que por consiguiente, el sistema de protección de los derechos humanos en este hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas. (Consideraciones).

---

22 Vid. (Caso Banco del Perú Vs. Perú).

Tabacalera Vs. Paraguay del 16 de octubre de 1997<sup>23</sup>: La Corte indicó que la petición ha sido hecha a nombre de una persona jurídica Tabacalera Boquerón, C.A. y de sus accionistas y la protección del sistema es solo para personas naturales, siendo que los entes morales no son víctimas de violación en la convención.

La Corte al analizar el caso sobre presunta violación al derecho de propiedad a los socios, indicó que no procedía porque la directamente afectada fue la persona jurídica y no sus socios, específicamente señaló lo siguiente:

...del análisis de los documentos presentados y de la petición, la Comisión concluye declarar inadmisibile *ratione personae* la denuncia presentada contra el Estado paraguayo, atendido la falta de jurisdicción de la Comisión sobre los derechos de las personas jurídicas y sobre operaciones o actos jurídicos de índole exclusivamente mercantil. El artículo 47 (b) de la Convención Americana establece:

La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: ...

b. no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención.

36. En relación a la empresa Tabacalera Boquerón S.A., ésta no puede ser víctima de una violación de la Convención ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, atendida su naturaleza jurídica. (V Conclusiones).

---

23 Vid. (Caso *Tabacalera Boquerón, S.A. Vs. Paraguay*).

Mevopal Vs Argentina del 11 de marzo de 1999<sup>24</sup>: Mevopal, C.A. persona jurídica privada de Argentina presentó petición ante la Comisión Interamericana alegando la violación de garantías judiciales, de propiedad e igualdad, con motivo del rechazo de las autoridades judiciales argentinas de una demanda por incumplimiento de tres contratos de locación.

En ese sentido, la Corte al realizar el estudio de la competencia de la Comisión señaló lo siguiente:

...la persona protegida por la Convención es “todo ser humano”, -en inglés “every human being” y en francés “tout être humain”. Por ello, la Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. Esta interpretación se confirma al verificar el verdadero significado que se le atribuye a la frase “persona es todo ser humano” con el texto del Preámbulo de la Convención, el cual reconoce que los derechos esenciales del hombre “tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y reitera la necesidad de crear condiciones que permitan a cada persona “realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria”.

18. En el presente caso, es evidente que quien se presenta ante la Comisión como presunta víctima es una persona jurídica y no una persona física o natural, por cuanto la peticionaria ha alegado que existe una relación substancial entre MEVOPAL, S.A. y las violaciones alegadas. (III. Análisis sobre la competencia de la Comisión).

No obstante, ante tal incertidumbre la República de Panamá el 28 de abril de 2014 solicita una opinión consultiva

---

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11 de marzo de 1999, (*Caso Mevopal, S.A. Vs. Argentina*).

a los fines de saber si una persona jurídica puede ser considerada víctima, la cual fue respondida por el órgano consultor mediante Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016<sup>25</sup>, en la que se concluye que las personas jurídicas no son consideradas víctimas, excepto en los casos de las comunidades indígenas, tribales y los sindicatos, federaciones y confederaciones, de conformidad con el artículo 8.1 del Protocolo de San Salvador<sup>26</sup>.

Además, en esta Opinión Consultiva, la Corte analiza como es la titularidad de Derechos por parte de las personas jurídicas en sistemas similares como el de Europa, África y el Sistema Universal. En relación al sistema Europeo, el tribunal Europeo permite que dentro del concepto de organización no gubernamental las personas jurídicas puedan interponer una denuncia, vale destacar, que el Convenio Europeo no define el término persona en su articulado, como si lo hace la Convención Americana.

Sin embargo, para poder permitir que los entes jurídicos accedieran al sistema Europeo en el año 1952 se emitió el protocolo N.º 1, que permitía la protección a las personas jurídicas por parte de la Convención Europea, el cual empezó a tener operatividad 30 años después con el caso *Pine Valley Vs. Irlanda*.

En el caso de la Carta Africana, la misma no conceptualiza el término persona no obstante, presenta el término pueblos, por lo que la Corte indica que "...no es posible determinar de

25 Opinión Consultiva OC-22/16. (2016). *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del protocolo de San Salvador)*, febrero, 26, 2016.

26 Véase en ese mismo sentido la sentencia de la Sala política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Nro. 00278 del 6 de marzo de 2001, que dispone que «la Comisión ha estimado que el Pacto de San José otorga su protección a personas físicas naturales y excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones legales, sin existencia real en el orden material.»

manera concluyente si las personas jurídicas en el sistema africano son titulares de derechos y pueden ser consideradas víctimas de manera directa”.

Por su parte, en lo relativo al Sistema Universal, la Opinión Consultiva en comento, indica que el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que solo los individuos pueden presentar denuncias ante el Comité de Derechos Humanos y las personas jurídicas no cuentan con capacidad procesal ante el Sistema Universal. No obstante, en lo relativo a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, si se permite que la víctima sea un grupo o una organización que sea discriminada.

Sin embargo, los sistemas estudiados por la Corte Interamericana pueden conducir a otra interpretación, a saber, si el sistema Europeo reconoce a las personas morales como víctimas; el Sistema Universal también, en lo que se refiere a la discriminación; y, el propio Sistema Interamericano le reconoce derechos a las comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención, es evidente que se perfila una tendencia a ir incluyendo a las personas incorporeales como afectados y titulares de derechos fundamentales.

En razón de lo anterior, se hace necesario ir adaptando a todos los sistemas a acoplarse a esta visión, como en efecto lo hace el sistema europeo, debido a que, si el derecho interno reconoce derechos personalísimos a las personas morales según su naturaleza, no tiene sentido estar desprotegido a nivel internacional ante una vulneración del Estado, causando una cierta desprotección e incongruencia con el derecho interno.

Si los derechos humanos son susceptibles de ser violados por el Estado, debe admitirse necesariamente que el Estado pueda

violentar por acción o por omisión los derechos de las personas incorporales que le sean predicables. Porque la expresión “derechos humanos” se asocia a los derechos de la persona violentados por quien ostenta la autoridad y no a su connotación con el ser humano que es la persona por antonomasia.

Ahora bien, se corrobora que el sistema interamericano no se coloca a la par del sistema europeo, que si reconoce a las personas jurídicas titularidad de derechos humanos en los casos que el núcleo esencial del derecho lo permita. En efecto, según la consulta bajo análisis el fin de la Convención es la protección de derechos fundamentales, entonces si el derecho interno reconoce a las personas jurídicas *estricto sensu* derechos humanos en casos concretos y el sistema interamericano no, este último no se compadece con la protección integral de la persona.

El sustrato personal de las personas jurídicas son las personas físicas y el fin de la Convención es proteger a las personas consideradas como seres humanos. De allí que no se aprecia el inconveniente en adaptar al sistema interamericano a la inclusión del ente moral como víctima. Igualmente, si se acepta como titular a comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención y no a todas las personas incorporales no gubernamentales, tal exclusión va contra el derecho a la igualdad, el cual es uno de los derechos que debe proteger el sistema interamericano de conformidad con el artículo 24 de la Convención que dispone: “Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Por otra parte, en el punto 49 de la Opinión Consultiva OC-22/16, la Corte manifiesta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de

vida actuales, palabras que son contradictorias puesto que al concluir que la persona incorporal no es titular de los derechos de la Convención demuestra que no hay un interés en evolucionar y ponerse a la par del sistema europeo y del derecho interno de los países miembros.

Igualmente, es pertinente citar a Núñez (2010) quien refleja las dos visiones en la que se divide las posturas de reconocer o no como víctima a la persona jurídica en el Sistema Internacional, a saber:

La discusión se ha generado por los recientes casos de violaciones a la libertad de expresión en Venezuela y la imposibilidad manifiesta de participación de los canales Globovisión y RCTV como víctimas de las mismas. Quienes mantienen una postura contraria, se refieren básicamente al peligro latente de la utilización del sistema por parte de multinacionales o transnacionales que utilicen su poder económico para influir en las decisiones del sistema que los afecten directamente. Quienes, por el contrario, la defienden, analizan la pertinencia de este reconocimiento y ante todo, los requisitos para que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad. (p. 206)

En efecto, se corre el riesgo de que las empresas usen su poder económico para corromper el sistema, pero ello es un riesgo que también existe en el derecho interno y que hay que asumirlo con otros correctivos, es parte de los sistemas jurídicos impartir justicia sin discriminación, entonces es criticable en el sistema internacional que exista desigualdad en la propia categoría de la víctima permitiéndole derechos a las personas físicas y no a las incorpóreas.

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las personas incorporales son titulares de derechos humanos, para ello debe de analizarse el derecho en concreto, debido a que por razones de la condición incorporal de las personas jurídicas no todos son viables, solo aquellos que su naturaleza lo permita. En efecto, debido a la progresividad de los derechos humanos y en atención a la importancia de las personas jurídicas en estricto sentido en los sistemas regionales la tendencia es ir reconociéndole a los entes morales derechos humanos. El Sistema Interamericano no ha reconocido a todas las personas jurídicas de derecho privado legitimidad para denunciar ante una vulneración de un derecho, a diferencia del Sistema Europeo por lo que se hace necesario una reinterpretación del artículo 1.2. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo como sujeto activo a los entes de ficción jurídica de derecho privado. Sirva la oportunidad para propugnar tal idea, con ocasión del merecido homenaje al profesor Pedro NIKKEN, quien fue férreo defensor de los derechos humanos.

# DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA, A LA OMISIÓN LEGISLATIVA PARCIAL EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y REPARACIÓN DE VÍCTIMAS

**Andrea Trocel Yabrudy<sup>1</sup>**  
**Mario J. D'Andrea<sup>2</sup>**

*Resumen: El presente trabajo aborda la situación actual de Venezuela en cuanto a la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas hasta la fecha, así como los efectos ocasionados sobre las víctimas debido a la omisión legislativa parcial en la cual ha incurrido el Estado, vulnerando así los principios de igualdad y no discriminación, dando lugar a la responsabilidad del Estado Legislador.*

*Palabras clave: Ejecución de Sentencias. Derechos Humanos. Omisión Legislativa. Declaratoria de Inconstitucionalidad. Responsabilidad del Estado Legislador. Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*Summary: This paper point to the current situation in Venezuela regarding the execution of judgments of the Inter-American Court of Human Rights in the face of partial legislative omission that violates the principles of equality and non-discrimination, giving rise to the responsibility of the Legislative State.*

*Key words: Execution of sentences. Human Rights. Legislative omission. Declaration of unconstitutionality. Responsibility*

---

1 Abogada. Universidad Católica Andrés Bello, mención *Summa cum laude* (2014). Estudios de especialización en Derecho Administrativo. Profesora de pregrado UCAB. Miembro del departamento de Derecho Administrativo y Constitucional del Despacho de Abogados Badell & Grau

2 Abogado. Universidad Católica Andrés Bello (2018). Estudios de especialización en Derecho Administrativo. - Defensor de los Derechos Humanos.

*of the Legislative State. The Inter-American Court of Human Rights.*

Recibido: 30 de junio de 2020 Aceptado: 20 de julio de 2020

## SUMARIO

### Introducción

- I. Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
  - II. La Responsabilidad del Estado en Venezuela
- Conclusión  
Referencias Bibliográficas

## INTRODUCCIÓN

La estrecha relación existente entre el Derecho Administrativo y los Derechos Humanos se ha profundizado en virtud de la redimensión del Derecho Administrativo global, cuya razón de ser no se justifica ya en la mera existencia de privilegios y prerrogativas en el ejercicio del Poder Público, sino que se fundamenta en un ejercicio del Poder Público vicarial, al servicio de los ciudadanos en aras de lograr la satisfacción de sus derechos fundamentales.

Dicha relación se hace patente cuando el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, se revela como un Estado responsable, que debe rendir cuentas y poner en acción todo su engranaje con el objetivo de satisfacer los derechos del ciudadano, lo cual García de Enterría condensa en la idea de que *“no puede haber contradicción entre el interés general y la libertad, pues el interés general no es otra cosa que la suma de los derechos humanos del ciudadano.”*<sup>3</sup>

Sobre la base de esa idea fundamental, a través de la presente investigación se abordará la situación actual de Venezuela frente a la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que dará lugar a una evaluación

---

3 Eduardo, García de Enterría *“Sobre los derechos públicos subjetivos”*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N.º 6, Madrid, 1975, pp. 427-448.

del cumplimiento de la obligación constitucional del Estado venezolano de adoptar las medidas legislativas para indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables.

En ese sentido, observaremos el tránsito de una omisión legislativa absoluta, -puesto que hasta el año 2011 no se tomaban medidas legislativas para hacer efectiva la indemnización por violaciones de Derechos Humanos-, hacia la no menos grave omisión legislativa parcial que excluyó a todas las víctimas que no encuadren en el restringido ámbito de aplicación material y subjetivo establecido en la *Ley para Sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas* en el período 1958-1998, que contradice el carácter general y abstracto propio de las leyes.

Finalmente, observaremos que el paso de la omisión legislativa absoluta a la omisión legislativa parcial del Estado Legislador está sujeta a la declaratoria de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 336.7 de la Constitución y la consecuente responsabilidad del Estado Legislador, por haber regulado medidas para indemnizar a las víctimas por violaciones de Derechos Humanos (sólo en determinados supuestos), excluyendo al resto de las víctimas, lo que deriva en una violación del principio de igualdad y no discriminación, debido a la incompleta regulación de situaciones jurídicas, que trae como consecuencia la ineficacia del artículo 30 de la Constitución.

## I. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

### 1. Situación de Venezuela con respecto al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH)

#### A. Contexto

El 10 de septiembre de 2012 el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) recibió la nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela. En la cual de conformidad con lo establecido en el artículo 78.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH" o "la Convención Americana") el Estado de Venezuela denunciaba dicho tratado; situación que surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013, cumplido el preaviso de un año previsto en dicho artículo de la Convención Americana

Esta situación ocasionó que las violaciones a derechos humanos ocurridas en Venezuela después del 10 de septiembre de 2013 no fuesen posible de someter a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la Convención Americana. Por lo tanto, sólo podrían ser admisibles las peticiones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la CIDH" o "la Comisión") remitiese a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte IDH"), donde se aleguen violaciones a los derechos humanos ocurridas antes del 10 de septiembre de 2013 conforme a la Convención Americana<sup>4</sup>.

---

4 CIDH. Comunicado de Prensa del 10 de septiembre de 2013. Acceso el 29 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp>

Por otra parte, el 27 de abril de 2017, el Estado Venezolano mediante carta dirigida a la Secretaría General de la OEA manifestó la intención del Estado de denunciar la Carta de la OEA según establece el artículo 143 de la misma. Esta denuncia tendría como consecuencia excluir a Venezuela de la OEA y del monitoreo y vigilancia de la CIDH.

Sin embargo, conforme señala el prenombrado artículo 143 de la Carta de la OEA, para que se hiciera efectivo el retiro del Estado Venezolano de la Carta de la OEA debían concurrir dos circunstancias: (i) transcurrir 2 años desde la notificación a la Secretaría General de la OEA y (ii) que el Estado venezolano haya cumplido con las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA adquiridas previamente a la denuncia.

No obstante, el 22 de enero de 2019, el Gobierno interino de Venezuela en cabeza de su presidente, mediante carta dirigida a la Secretaría General de la OEA, manifestó la intención de ese Estado de permanecer en la organización y dejar sin efecto la denuncia realizada por el expresidente Nicolás Maduro. De igual modo, en criterio de quien suscribe, el Estado venezolano no había satisfecho sus obligaciones derivadas de la Carta de la OEA y por ello la denuncia no habría tenido validez ni eficacia alguna, a pesar de que hubiesen transcurrido los dos años de preaviso<sup>5</sup>.

Además de lo señalado previamente, el 15 de mayo de 2019 nuevamente el gobierno interino de Venezuela depositó el instrumento de ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de la Convención Americana<sup>6</sup>.

---

5 Asamblea Nacional de Venezuela. *Acuerdo de ratificación de la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, del 22 de enero de 2019.

6 Asamblea Nacional de Venezuela. *Acuerdo para Restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Protección Internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, del 15 de mayo de 2019.

En consecuencia, el retiro de Venezuela de la OEA no se materializó, pues el requisito temporal de dos años no se vio satisfecho con el retiro unilateral de la denuncia que formuló la autoridad competente, de acuerdo con el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y debido a la ratificación que hiciera el Estado de Venezuela el 15 de mayo de 2019 de la Convención Americana, la Corte IDH retomó su competencia contenciosa y consultiva sobre violaciones de derechos humanos en Venezuela.

*B. Efectos y obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Determinado el contexto de Venezuela con respecto a la Convención Americana, la CIDH y la Corte IDH. En lo siguiente analizaremos la figura de la ejecución de sentencias de la Corte IDH, así como dejaremos constancia del estatus de las sentencias hasta la fecha dictadas por dicho tribunal en contra de Venezuela por la violación o no de un derecho o libertad protegido en la CADH.

Primeramente es necesario establecer conforme a los artículos 61 al 65 de la CADH, que la Corte IDH está en la facultad jurisdiccional de decidir si en un caso sometido a su competencia, existió o no violación de un derecho o libertad protegido en la Convención Americana, o en su defecto puede interpretar éste mismo tratado, cualquier otro tratado interamericano de derechos humanos, o la compatibilidad del derecho interno con respecto a los tratados interamericanos en materia de derechos humanos en general.

Es decir, conforme a los artículos 61 al 65 de la CADH se le reconoce a la Corte IDH la competencia contenciosa para resolver si hay o no violaciones a derechos o libertades establecidas en la Convención u otro tratado interamericano de derechos humanos, y se reconoce la competencia consultiva para interpretar la CADH.

En segundo lugar, la ejecución de sentencias de la Corte IDH con respecto a la Convención nos sumerge en una discusión bastante conocida sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno pues estas sentencias tienen un doble efecto: (i) el de cosa interpretada que tiene una eficacia erga omnes y (ii) el de cosa juzgada que únicamente tiene efectos *inter partes*<sup>7</sup>.

El efecto del primer caso puede implicar que la inobservancia por parte de un tercer Estado, del contenido de una sentencia que haya declarado una violación a la Convención Americana contra otro Estado, le puede hacer incurrir a aquel en responsabilidad internacional, porque a futuro el individuo que considere que se le ha violado su derecho puede acudir ante los órganos del sistema interamericano, y en su caso, utilizar el antecedente del Estado condenado con muchas probabilidades de éxito. En el caso del segundo efecto, naturalmente, estos sólo afectarán a las partes vinculadas en la *Litis*<sup>8</sup>, es decir, a la víctima o víctimas en concreto, al Estado demandado y a la CIDH.

Por otra parte, conforme al artículo 68 de la Convención Americana, *“los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*. En particular *“la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”*.

En ese sentido, dependiendo del reparto competencial en los Estados, cada uno de sus órganos competentes debe ejecutar y cumplir la sentencia de la Corte Interamericana dentro de su ámbito de jurisdicción. Así por ejemplo, normalmente una orden de investigar le corresponderá llevarla a cabo al

---

7 Víctor M. Rodríguez Rescia. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1º Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997, pp. 8 y 16.

8 *Ibíd*em, p. 16.

ministerio público o fiscalía; una orden de sancionar le corresponderá a los tribunales penales; las sanciones administrativas y disciplinarias a los departamentos administrativos correspondientes; las órdenes de indemnización compensatoria normalmente le corresponderá ejecutarlas a los ministerios o secretarías de finanzas o hacienda pública; las órdenes relativas a modificación de leyes le corresponderá a los congresos o asambleas nacionales; las órdenes de modificar un reglamento normalmente le corresponderá al Poder Ejecutivo; las órdenes de publicar la sentencia de la Corte Interamericana en el Diario Oficial le corresponderá al departamento del poder público responsable de ello; las órdenes de brindar atención médica deberán ser cumplidas normalmente, directa o indirectamente, por el ministerio o secretaría responsable del sector salud; y una orden de dejar sin efecto una condena civil o penal normalmente le corresponderá dejarla directamente sin efecto a los tribunales respectivos, aunque podría ser cumplida indirectamente por otros órganos<sup>9</sup>.

En consecuencia, los Estados al expresar su voluntad de cumplir y hacer cumplir los preceptos de la Convención Americana, están sin discusión alguna obligados conforme al artículo 68 de la CADH a cumplir el fallo de la Corte IDH, el cual debe ser indudablemente interpretado a la luz del deber de acatar las obligaciones contraídas en las convenciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, por supuesto, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>10</sup>. Esto último en particular, debido al principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho que implica el sometimiento del Estado mismo al Derecho tanto nacional como internacional<sup>11</sup>.

---

9 Carlos, Ayala Corao. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Revista de Estudios Constitucionales*. Volumen 5 número 1. Universidad de Talca, México, 2007. p. 150.

10 *Ibíd*em, p.142.

11 *Ibíd*em. p. 128.

*C. Estatus de cumplimiento de Venezuela con respecto a las sentencias de la Corte Interamericana*

El 9 de agosto de 1977 Venezuela reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el 24 de junio de 1981 reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención Americana, respectivamente.

Desde 1981 hasta la fecha, independientemente de la denuncia a la Convención Americana que se hizo en 2013, Venezuela ha sido sometida ante la jurisdicción de la Corte IDH en veinticuatro oportunidades, estando veintidós litigios en incumplimiento total por parte de Venezuela, pues sólo los casos de El Amparo de 1996 y El Caracazo 2002, han sido satisfechos con relación a las indemnizaciones pecuniarias a las personas señaladas como víctimas.

Conforme a lo anterior, Venezuela por violar derechos o libertades consagrados en la Convención Americana, y/o algún otro tratado interamericano de protección de derechos humanos, ha afectado al menos a 338 personas en calidad de víctimas y adeuda conforme a éstas veintidós decisiones de la Corte IDH un total aproximado de once millones ciento ocho mil doscientos cincuenta y cuatro con cincuenta céntimos de dólares americanos (11.108.254,50 U\$)<sup>12</sup> -no se están tomando

---

12 Corte IDH. *Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006; Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008; Corte IDH. *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009; Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009; Corte IDH. *Caso Revelón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009; Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009;

en cuenta el retraso e indexación, así como tasa aplicable según corresponda- en indemnizaciones económicas.

En ese sentido, podemos afirmar que el Estado venezolano ha incumplido no sólo sus deberes internacionales en materia de derechos humanos, al no hacer ejecutar en su totalidad las sentencias de dicho tribunal interamericano, sino además ha incumplido las normas establecidas en los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución<sup>13</sup> que señalan lo siguiente:

*Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados*

---

Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2011; Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2011; Corte IDH. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2011; Corte IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012; Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 3 de septiembre de 2012; Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 2014; Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2015; Corte IDH. *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de agosto de 2017; Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de febrero de 2018; Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2018; Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de agosto de 2019; Corte IDH. *Caso Díaz Loreto y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de noviembre de 2019.

13 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

*y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.*

*Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo. El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.*

*Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.*

De la normativa constitucional señalada supra, se evidencia la existencia de la obligación del Estado venezolano de investigar, sancionar, reparar e indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Por ende, es indudable que existe una responsabilidad del Estado en ejecutar tales actos y desarrollar los actos normativos que faciliten la satisfacción de estos deberes tanto a la luz de la Constitución como a la luz de los fallos de la Corte IDH que igualmente lo establecen.

## II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN VENEZUELA

Los modernos Estados democráticos, ideados alrededor de la idea nuclear de Constitución escrita como instrumento para la limitación del poder, han configurado con el tiempo los principios de control y responsabilidad como elementos esenciales de la idea misma de democracia. Así, lo propio y esencial del Estado democrático es el hecho de constituirse y nacer en el ordenamiento jurídico como un Estado limitado y, por ende, dotado de unos Poderes Públicos responsables y sometidos a control en sus decisiones por los representantes de la voluntad popular.

Las formas y modalidades en que este control se ha ido constitucionalizando son variadas y diversas, en buena medida dependientes de la propia evolución del Estado absoluto al constitucional, y posteriormente profundizadas en las transformaciones habidas hasta desembocar en el Estado democrático y social vigente en nuestras actuales constituciones.

La obligación del Estado de responder por los perjuicios causados con su actuación, atendiendo al principio de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, representa el límite a la actividad de la administración y contrapartida de la violación de las libertades y derechos de los ciudadanos, pues su papel es de gran trascendencia en el orden político, toda vez que se constituye en un instrumento no solo de resarcimiento del derecho sino de defensa de la libertad.<sup>14</sup>

La Constitución consagra la responsabilidad del Estado por los daños que sufran los ciudadanos como consecuencia de su actividad. En efecto, la autonomía de la responsabilidad del Estado deriva de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 3, 21, 30, 133, 140, 259 y 316.

---

14 Eduardo, García de Enterría y Tomás, Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1993. p. 355.

Así, el artículo 140 *eiusdem* dispone que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.”

Asimismo, el artículo 259 constitucional establece la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración”.

La Constitución establece un régimen de responsabilidad administrativa de carácter objetivo que comporta tanto la llamada responsabilidad por sacrificio particular o sin falta, como el régimen de responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento anormal, según el cual los ciudadanos deben ser indemnizados por los daños que puedan surgir del mal funcionamiento de éstos, es decir, que la *ratio* fundamental de este tipo de responsabilidad es no dejar sin salvaguarda los daños antijurídicos, donde no pueda identificarse al agente causante del daño.

De tal manera que, el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado dispuesto en el artículo 140 de la Constitución, al referirse a la responsabilidad derivada del “funcionamiento” de la Administración, lo hace respecto al funcionamiento normal como anormal, es decir, lo determinante, es que los particulares no están obligados a soportar sin indemnización el daño sufrido, indistintamente si el daño ha sido causado por el funcionamiento normal o anormal, como se ha indicado.

Asimismo, de la exposición de motivos de la Constitución se deriva la consagración de un *sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado*, que abarca todos los daños ocasionados por cualquier actividad derivada del ejercicio de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público, desde que establece lo siguiente:

*“Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna, la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”.*

Así, la lesión de los derechos de los ciudadanos, puede ser producto tanto de la actividad como de la inactividad del Estado y de cualquiera de sus actividades legislativa, jurisdiccional y administrativa; lo que justifica la existencia de mecanismos que permitan la reparación del perjuicio cuando dichos derechos se vean afectados, independientemente de la actividad que hubiere dado lugar a ello.

En consecuencia, se considera que un sistema de derecho administrativo no es completo sino cuando el ciudadano tiene el medio de obtener una reparación de los perjuicios que le ocasione el Estado,<sup>15</sup> independiente de la autoridad de la cual hubiere emanado la actuación u omisión que genera un perjuicio en la esfera jurídico-subjetiva del ciudadano.

### **1. La Responsabilidad del Estado Legislador: En concreto, por omisión**

Inicialmente en todos los ordenamientos jurídicos, la irresponsabilidad del Estado

por los daños causados por el legislador se admitía como un dogma; para Vedel “...la ley era la manifestación más lata de

---

15 Cfr. Miguel S. Marienhoff, con cita de Bernard Schwartz. *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1997. Tomo IV, p. 718.

*la soberanía del Estado; el Estado-legislador era, pues, por esencia irresponsable*".<sup>16</sup>

Se consideraba entonces que el legislador a diferencia del juez y de los agentes que ejercen la actividad administrativa, no se encontraba sujeto a la ley<sup>17</sup>, hasta el punto de afirmar que la ley que causara perjuicios era expresión de la voluntad general y por consiguiente también de la voluntad de los que sufren el daño.<sup>18</sup>

No obstante, el ejercicio de la actividad legislativa nunca puede ser sinónimo de impunidad. La Soberanía significa el ejercicio de poderes superiores, pero dentro del derecho, dentro de las normas legales o constitucionales que fijan una conducta a observar por los funcionarios del Estado".<sup>19</sup>

Ahora bien, el régimen general de responsabilidad prevé la posibilidad de que el agente responsable lo sea tanto por conductas positivas (acción), como por conductas negativas (omisión), no obstante, además de las dificultades para el reconocimiento de la responsabilidad del legislador con fundamento en la "soberanía", sigue existiendo un sector de la doctrina que se resiste a reconocer la responsabilidad por omisión legislativa.

En efecto, la omisión consiste en un no hacer o dejar de hacer, pero el concepto que adquiere relevancia en este sentido es desde el punto de vista de la vinculación positiva de cual-

---

16 George, Vedel. *Derecho Administrativo*. 6° ed., Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Edición Española 1980, p. 340

17 Rafael, Bielsa. *Derecho Administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1966. p.23

18 Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1997. p. 600.

19 *Ibídem*

quier agente del Estado con la ley y es el de “no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado”.<sup>20</sup>

Se considera que hay una omisión cuando el legislador en el marco de la formación del derecho por grados –en términos de Kelsen–, desarrolla el precepto constitucional de manera incompleta o deficiente, excluyendo a cierto grupo de personas o sin establecer excepciones que derivan en violación del principio de igualdad y no discriminación, lo que implica una incompleta regulación de situaciones jurídicas, y trae como consecuencia la ineficacia de la norma constitucional.

La omisión legislativa puede ser absoluta o relativa<sup>21</sup>, la primera se verificaría cuando falta cualquier norma aplicativa del precepto constitucional y la segunda, cuando existe una actuación parcial que disciplina sólo alguna de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente violación del principio de igualdad. En la omisión absoluta, no existe actuación alguna del órgano legislativo y en la relativa, existe una actividad legislativa defectuosa.

Ahora bien, el parámetro que a la luz del presente trabajo se considera que debe definir la responsabilidad por omisión legislativa es aquel vinculado con la trascendencia de la omisión legislativa y sus efectos en la esfera jurídico subjetiva del ciudadano. En ese sentido, si la inexistencia de la norma hace inaplicable el precepto constitucional, esa omisión trae como consecuencia violación de principios y derechos constitucionales ocasionando daños antijurídicos a los ciudadanos.

---

20 Francisco, Fernández Segado. “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?” en *THÉMIS-Revista de Derecho* N° 31. Madrid, 1995. pp. 153-172.

21 Wessel. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y el recurso por inconstitucionalidad” en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. 1952, pp. 161 y ss.; Ángela, Figueruelo, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”. *Revista de Derecho Constitucional* N°2, Editorial Sherwood, Caracas 2000, pp. 130 ss.

Cuando el órgano del Estado encargado de regular o desarrollar a través de un acto legislativo por imposición de una norma de rango superior, una política o el reconocimiento de unos derechos y no lo hace, se incurre en una falta grave por el incumplimiento de un deber o mandato superior, se genera responsabilidad por omisión de carácter legislativo. Régimen de responsabilidad que ha tenido poco desarrollo y aplicación.<sup>22</sup>

Así el Estado responde tanto por la expedición de una norma contraria al ordenamiento constitucional, como por la abstención en la regulación de una norma de rango constitucional que para hacerse efectiva requiere su desarrollo. Con razón el profesor Sainz de Robles distingue dos supuestos de la responsabilidad del poder legislativo: *“la promulgación de una ley contraria a la Constitución y la inactividad cuando existe el deber de legislar”*.<sup>23</sup>

## 2. Efectos de la omisión legislativa en la ejecución de sentencias de la Corte IDH en Venezuela

Con base en la premisa anterior, Venezuela tiene conforme a los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución el deber de (i) investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades; (ii) **adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza para indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios** y; (iii) reconocer el derecho al amparo internacional con el objeto de dirigir peti-

---

22 Olga, González Noriega. “La Omisión Legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado” en *Revista Verba Iuris*, 11(35), 2016, pp. 41-63.

23 Federico, Sainz de Robles. “La responsabilidad patrimonial del Estado”, *Tapia* núm. 73, p. 15. En: Francisco, Fernández Segado. *La Inconstitucionalidad por omisión, teoría general, Derecho comprado. El caso Español*. Madrid: Civitas, 1993, p. 198.

ciones a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

El presente trabajo precisamente se enfoca en la obligación del Estado Legislador de adoptar medidas legislativas para indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables a Venezuela.

En primer lugar hay que señalar que hasta la fecha el Estado venezolano, concretamente el Estado Legislador, no ha dictado acto legislativo alguno que, como señala la Constitución en el artículo 30, establezca, regule y determine detalle a detalle las vías para indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos independientemente del período en que éstas ocurran, y permita especialmente desarrollar el proceso indemnizatorio que según el artículo 68 de la Convención Americana debe seguirse. Así entonces, existe una omisión legislativa absoluta y esto acarrearía responsabilidad del Estado Legislador venezolano de ser sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa venezolana.

En segundo lugar, si bien existe la *Ley para Sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998*, publicada en Gaceta Oficial 39.808 del 25 de noviembre de 2011, no puede entenderse como una medida legislativa adecuada, suficiente y que satisfaga lo consagrado en el artículo 30 constitucional, en razón de que tiene una aplicación material y subjetiva limitada sólo a las violaciones de derechos humanos de la víctimas durante período transcurrido entre los años 1958 y 1998.

Ahora bien, un instrumento normativo que se dictó en contra de la generalidad y abstracción que caracteriza a las leyes imposibilita no sólo una efectiva reparación e indemnización de *todas* las víctimas de violaciones de derechos humanos como señala la Constitución, sino que la limitación de sus efectos resulta ser tan restringida que no podría aplicarse a

otros casos similares no incluidos en ella a través de la *analogía legis*, lo que claramente vulnera el principio de igualdad y no discriminación en virtud de la omisión legislativa parcial.

También hay que destacar, que a nivel de las reparaciones e indemnizaciones integrales señaladas por la Corte IDH en los casos El Amparo de 1996 y El Caracazo 2002, sólo se satisfizo las indemnizaciones pecuniarias a las personas señaladas como víctimas, mas no así otras formas de reparación integral como la investigación de los hechos, determinación de las personas desaparecidas y sanción a los responsables. Por lo tanto, mal podría hablarse entonces de un cumplimiento total de las sentencias de la Corte IDH en estos casos como hemos señalado *supra*.

De tal manera que, debido a lo anterior, consideramos que este acto legislativo del Estado venezolano, que tienen por objeto indemnizar y reparar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables es vago e insuficiente, y debe entenderse como una omisión legislativa relativa. Específicamente con respecto a las víctimas ya individualizadas con medidas indemnizatorias y de reparación determinadas para noviembre de 2011 según la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>24</sup>, pues sin razón alguna son excluidas

24 Corte IDH. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005; Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006; Corte IDH. Caso Aritz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008; Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero d Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009.e 2009; Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009; Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009; Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009; Corte IDH. Caso Cho-

y tratadas de forma diferenciada violando así el principio de igualdad y no discriminación.

Debemos tomar en consideración que, también existe una Ley Constitucional de la Comisión para la Verdad, Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública, dictada por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente (ANC), publicada en Gaceta Oficial N°41.667 del 3 de julio de 2019, que tiene por objeto conforme a su artículo 1 *“el establecimiento de la verdad, la búsqueda y mejoramiento de la justicia, la garantía de los derechos y atención integral de las víctimas de los hechos de violencia por motivos políticos y conexos, ocurridos en la jurisdicción de la República, durante el período comprendido entre los años 1999 y 2017, así como dirigida a generar políticas, medidas y soluciones sustentables para la reducción de todas las formas de violencias e intolerancias, sus factores, dinámicas y condicionantes que han generado tales hechos”*.

Sin embargo, resulta menester mencionar que la ANC fue convocada de forma fraudulenta e inconstitucional por el Expresidente de la República mediante decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017, prescindiendo por completo de la voluntad del pueblo, único soberano y por ende depositario del poder constituyente originario (artículos 5 y 347 de la Constitución) y en flagrante violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 6, 19, 62, 63, 70, 71, 347 y 348, de la Constitución.

Así, en su origen, la ANC violó todas y cada una de las fases y principios constitucionales que rigen el proceso constituyente establecidos en el bloque de la Constitucionalidad. En efecto, todas las actuaciones de la ilegítima ANC han excedido la competencia fijada por la Constitución a un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado.

---

crón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011; Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011

Más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la ANC -en abierta inconstitucionalidad- ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular tales como “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes.

Actos que vale señalar, deben entenderse nulos e ineficaces jurídicamente en razón de no sólo de haber incumplido la Constitución venezolana, sino también del criterio esbozado por la Corte IDH en su Opinión Consultiva 6/86 relativa a la expresión leyes del 9 de mayo de 1986, donde se sostiene que las leyes son aquellas normas jurídicas de carácter general que emanan de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

Por lo tanto, debemos insistir en que la ANC, conforme al marco jurídico de la Constitución, específicamente conforme a lo señalado en los artículos 187.1 y 347, y el criterio de la Corte IDH, no tiene competencias legislativas en razón que su única razón de ser es *“transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”*.

En ese sentido, esa Ley Constitucional dictada por la ANC jurídicamente no existe ni genera consecuencias jurídicas, y mucho menos satisface en manera alguna los preceptos de los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución, especialmente el deber de adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones integrales que corresponda a las víctimas de violaciones de Derechos Humanos en Venezuela.

Obsérvese entonces que lo que marcó el paso de la omisión legislativa absoluta a la omisión relativa fue la *Ley para Sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los*

*Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998*, que fue dictada en contra del principio de igualdad y no discriminación establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH y a la Constitución.

### **3. La declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión legislativa**

Una vez verificado el paso de la omisión legislativa absoluta, a la omisión legislativa parcial en materia de ejecución de sentencias y reparación integral de las víctimas por violaciones de derechos humanos a las cuales se ha condenado al Estado venezolano, se observa que la inactividad del legislador deriva en la evidente violación de los derechos fundamentales del ciudadano, por lo que se hace necesario el control judicial de tales omisiones, siendo la primera finalidad del instituto de la inconstitucionalidad por omisión: conseguir que la voluntad del constituyente se realice en plenitud, garantizando la eficaz exigibilidad de los derechos humanos.<sup>25</sup>

En lo que respecta a la competencia, el numeral 7 del artículo 336 de la Constitución dispone que son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

*(...) “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.*

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 25, regula la competencia de la sala constitucional señalando que es potestad de dicha sala “*Decla-*

---

25 José, Fernández Rodríguez. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado*. El caso español. Editorial Civitas, S.A. Madrid-España, 1998. p. 132.

*rar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estadal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección”.*

Ahora bien, una vez determinada la inconstitucionalidad de la omisión legislativa comienza a tener lugar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, siendo competente para la condenatoria de daños y perjuicios por conductas omisivas los tribunales con competencia en lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo agotamiento del procedimiento de antejuicio administrativo previsto en el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En ese sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 02132 del 16 de noviembre de 2004, estableció los extremos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: (1) la existencia de un daño constituido por una afección a un bien o derecho tutelado por el ordenamiento jurídico o disminución patrimonial; (2) una actuación u omisión atribuible a la Administración; y, (3) la relación de causalidad entre tales elementos.

Con fundamento en la omisión legislativa relativa que se verificó desde la entrada en vigencia de la Ley para Sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998, que por su limitado ámbito de aplicación material y subjetivo, viola los principios de igualdad y no discriminación, puede afirmarse que existen suficientes elementos jurídicos para declaratoria de la inconstitucionalidad de la omisión

legislativa y la consecuente responsabilidad del Estado legislador que no prevé mecanismos para la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos que no encuadren en los supuestos acaecidos durante el período 1958-1998.

## CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador venezolano y sus consecuencias tanto a nivel interno como a nivel del derecho internacional de los derechos humanos, se ha podido evidenciar que Venezuela es susceptible de ser responsable patrimonialmente por omisión legislativa de lo dispuesto en los artículos 29, 30 y 31.

También en aras de no dejar duda alguna, no desconocemos el artículo 68 de la CADH el cual obliga al Estado venezolano a cumplir el fallo de la Corte IDH. No obstante, la ausencia de un marco normativo interno que permita a toda la administración pública en general, proceder conforme a los parámetros dispuestos en las sentencias de la Corte IDH y en especial al principio de legalidad, para entre otras cosas fijar los procedimientos administrativos, presupuestarios y fiscales para el pago de las indemnizaciones fijadas en las sentencias de la Corte IDH; mucho ayudaría en la materialización y ejecución efectiva de las sentencias de la Corte IDH en Venezuela, pues alejaría la ejecutoriedad de las mismas de la voluntad política del momento.

En particular de quienes suscriben este estudio, consideran que la Ley General de Víctimas mexicana publicada el 9 de enero de 2013 con sus respectivas enmiendas y reformas, o la Ley N°288 de Colombia publicada el 9 de julio de 1996, a través de las cuales se establecen instrumentos y procesos para la indemnización de daños y perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos.

Son ejemplos legislativos que valdría la pena revisar y adaptar al ordenamiento jurídico venezolano, para no sólo satisfacer legalmente los deberes constitucionales hoy inconclusos, sino reducir en gran medida que la ejecución de las sentencias de la Corte IDH estén supeditadas a la voluntad política del momento.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ayala Corao, Carlos. "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Estudios Constitucionales*. Volumen 5 número 1. Universidad de Talca, México, 2007.

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1966.

Fernández Rodríguez, José. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Editorial Civitas, S.A. Madrid-España, 1998.

Fernández Segado, Francisco. *La Inconstitucionalidad por omisión, teoría general, Derecho comprado. El caso Español*. Madrid: Civitas, 1993.

Fernández Segado, Francisco. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? *THĒMIS-Revista de Derecho* N° 31. Madrid, 1995.

Figueruelo, Ángela. La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. *Revista de Derecho Constitucional* N°2, Editorial Sherwood, Caracas 2000.

García de Enterría, Eduardo, y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, España, Civitas, 1993.

- García de Enterría, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Revista Española de Derecho Administrativo* N.º 6, Madrid, 1975.
- González Noriega, Olga. La Omisión Legislativa como hecho generador de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista Verba Iuris*, 11(35), 2016.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1997. Tomo IV.
- Rodríguez Rescia, Víctor M. *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1º Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 1997.
- Vedel, George. *Derecho Administrativo*. 6º ed., Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. Edición Española 1980.
- Wessel. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y el recurso por inconstitucionalidad en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, Heft 6, 15. 1952.



# ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 187, NUMERAL 11, DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Carlos Urdaneta Sandoval<sup>1</sup>

*Resumen: En este artículo, tratamos acerca de la interpretación jurídica que debe otorgarse al precepto constitucional que establece un control parlamentario al poder ejecutivo para establecer misiones militares extranjeras en Venezuela, cuestión que ha sido objeto de muchas discusiones, en especial, fuera del foro jurídico. Los límites vienen dados, en general, por la protección de la soberanía de la Nación.*

*Palabras clave: Misiones militares extranjeras. Control parlamentario.*

*Summary: In this article, we discuss the legal interpretation that must be given to the constitutional provision that establishes parliamentary control over the executive branch to establish foreign military missions in Venezuela, an issue that has been the subject of many discussions, especially outside the legal forum. The limits are generally given by the protection of the sovereignty of the nation.*

**Key words:** *Foreign military missions. Parliamentary control.*

Recibido: 2 de julio de 2020    Aceptado: 24 de julio de 2020

---

1 Universidad Católica Andrés Bello, Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo, Caracas y Ciudad Guayana, Venezuela. Fue Abogado relator de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. E-mail: urdanet2010@gmail.com. LUZ, Abogado, 1989; Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil, 1998; Doctor en Derecho, 2000. U.C.A.B., Especialista en Derecho Administrativo, 2003. **Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2003-2004, Mención de Honor. Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, 2001. “Premio de Actividades Científicas Dr. Orangel Rodríguez”, 1993.**



## SUMARIO

### Preámbulo

- I. El control civil parlamentario de corte político del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo en materia de misiones militares
- II. Necesidad de la correspondiente autorización como método de control civil parlamentario
- III. Funciones de las misiones militares en un país extranjero, en tiempo de paz
- IV. Funciones jurídicamente permitidas y no permitidas a las misiones militares extranjeras en Venezuela

## PREÁMBULO

En el derecho constitucional venezolano, la Asamblea Nacional controla al Gobierno y a la Administración Pública (art. 187.3 de la Constitución de 1999); y ese control se lleva a cabo a través de las interpelaciones, controles, interrogatorios, votos de censura y autorizaciones (Art. 222 *eiusdem*).<sup>2</sup>

En tal sentido, tenemos como competencia de la Asamblea Nacional **“autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país”** (Art. 187, núm. 11 *eiusdem*) (Resaltado nuestro).<sup>3</sup>

---

2 Raffalli, J. M. En: Quintero, L. “El artículo 187 divide a la oposición bajo interpretaciones interesadas”. En: *Tal Cual*, 6 de abril de 2019. Disponible en: [talcualdigital.com/el-articulo-1987-divide-a-la-oposicion-bajo-interpretaciones-interesadas/](http://talcualdigital.com/el-articulo-1987-divide-a-la-oposicion-bajo-interpretaciones-interesadas/)

3 “Lo ‘militar’ atañe a una dimensión fundamentalmente social y a un fenómeno esencialmente humano. *Militar* es un término que tiene su origen en el vocablo latino *militāris*, que hace referencia a lo perteneciente o relativo a la milicia o a la guerra, y como concepto se utiliza en contraposición a lo civil. La noción misma está vinculada sobre todo a un conjunto definido por miembros, instituciones y procedimientos, que forman parte activa de las llamadas Fuerzas Armadas, definidas como el brazo armado y defensivo de un país, organizado por el gobierno con

Como precedente, la Constitución venezolana de 1961 establecía como atribución del entonces Senado “Autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, a solicitud del Ejecutivo Nacional” (art. 150, núm. 4).

Pero el control parlamentario de naturaleza política que debe ejercer la Asamblea Nacional sobre el Poder Ejecutivo en materia de empleo de misiones militares extranjeras en Venezuela, ha sido obviado por éste en cuanto a la necesaria autorización que debe mediar para poder permitir la introducción en nuestro país de las tales misiones, bien para apoyar acciones de derecho humanitario internacional o para –como ha sido planteado en argumentaciones políticas– plantear una inusitada intervención militar en Venezuela.

## I. EL CONTROL CIVIL PARLAMENTARIO DE CORTE POLÍTICO DEL PODER LEGISLATIVO SOBRE EL PODER EJECUTIVO EN MATERIA DE MISIONES MILITARES

En la doctrina la competencia bajo análisis es estudiada como un instrumento de control civil que el gobierno ejerce sobre sus Fuerzas Armadas Nacionales, si y solo si, no antagoniza con ellas, pues ellas son un instrumento del Estado para su defensa.<sup>4</sup> De esta manera, el control civil es definido por Felipe Agüero como “la capacidad de un gobierno civil demo-

---

unos fines y características específicas, y regulado por el ordenamiento jurídico imperante de un Estado”. Echavarría, J. “El significado de ser militar”. En: *Rumbos Aeronáuticos* 24; Ministerio de la Defensa Nacional de Guatemala, 2011. Apud. Torrijos, V. y Abella, J. D. “Ventajas y desventajas políticas y militares para Colombia derivadas de su eventual participación en misiones internacionales relacionadas con la OTAN”. En: *Revista Científica General José María Córdova*, Bogotá, Colombia. *Estudios militares* - Vol. 15, núm. 20. julio-diciembre 2017, p. 64. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21830/190066586.175>.

4 Rodríguez Vásquez, I. R. “Rómulo Betancourt y el estamento militar venezolano, 1959-1964”. En: *Revista Memoria Política*, Nueva Etapa No. 5, 2016, p. 34.

cráticamente elegido para llevar a cabo una política general sin intromisiones por parte de los militares, definir las metas y la organización general de la defensa nacional, formular y llevar a cabo una política de defensa, y supervisar la aplicación de la política militar”.<sup>5</sup>

Dentro de los métodos del control civil en el área de defensa, se encuentra el control legislativo o parlamentario, el cual –en teoría– debe abordar temas como las declaraciones de paz y guerra, la autorización de presupuestos y gastos militares, la asignación de tropa, la redacción de leyes orgánicas y los nombramientos y ascensos de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas. Pero en la práctica, el ejercicio del control parlamentario en América Latina es bastante débil.<sup>6</sup>

La autorización en cuestión era considerada también por Rafael Caldera, a la luz de la Constitución de 1961, como una intervención del Senado en un acto del Presidente dentro de su propia función como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas Nacionales, pues permitía que el Senado autorizara el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país.<sup>7</sup>

Sin embargo, para Raffalli –en orden a la Constitución de 1999, a la legislación que la complementa y por el hecho de que no se puede ejercer un esquema autorizador cuando no hay una solicitud previa– para que se ejecute esta potestad

5 Agüero, F. “La Fuerzas Armadas en una época de transición: perspectivas para el afianzamiento de la democracia en América Latina”. En: Rut Diamint (ed.) *Control civil y Fuerzas Armadas en las nuevas democracias latinoamericanas*. Universidad Torcuato di Tella/ Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1999, p. 91. Apud. Sotomayor, A. C. “Los civiles y militares en América Latina: Avances y retrocesos en materia de control civil” En: *Calhoun: The NPS Institutional Archive*, 2008, p. 44.

6 Sotomayor, A. C. Ob. Cit. pp. 51-52.

7 Caldera Rodríguez, R. “El régimen presidencial en la Constitución venezolana” En: AA. VV. *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 21.

de la Asamblea Nacional tiene que mediar previamente una solicitud de autorización del Poder Ejecutivo en cabeza de su máxima autoridad, en que se determine la cantidad de militares que vienen, su ubicación, la finalidad o contenido de la misión, el tiempo requerido y el costo que involucra.<sup>8</sup>

En comparación con la norma constitucional de 1961, se observa que la Constitución de 1999 omitió prever expresamente el que la solicitud a autorizar fuera hecha por el Poder Ejecutivo Nacional. Pero tal omisión no puede llevarnos a interpretar que a tenor de la Constitución vigente no se exige una solicitud previa, pues la autorización, por su propia naturaleza, como explica Gordillo, “es un acto de control, por el cual un órgano faculta a otro a dictar un acto determinado; la autorización debe siempre ser previa al acto que se va a dictar.”<sup>9</sup>. Adicionalmente, comenta Raffalli que tal figura se hace más genérica en la Constitución de 1999 porque ahora tenemos un Parlamento unicameral, cuyas funciones se encuentran mucho más desarrolladas que en el texto de 1961.<sup>10</sup>

En tal sentido, cabe recordar que en la Constitución de 1961 se encuentran incorporadas unas materias no previstas en el texto constitucional de 1999, como es el caso de la declaración según la cual la Fuerza Armada es una institución apolítica –en la Constitución de 1999 se declara “sin militancia política”– y además obediente y no deliberante, lo que en el nuevo texto tampoco se encuentra contemplado.<sup>11</sup>

---

8 Raffalli, J. M. Ob. Cit.

9 Gordillo, A. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9, Primeros manuales, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, p. IX-23.

10 Idem.

11 Romero, C. A.; Romero, M. T. y Cardozo de Da Silva, E. “La política exterior en las Constituciones de 1961 y 1999: Una visión comparada de sus principios, procedimientos y temas”. En: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 9, No. 1, enero-abril 2003. Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 177.

El ejercicio de la competencia de un Estado implica, al mismo tiempo, dos condiciones cualitativas: exclusividad (una sola competencia estatal, especialmente en lo que respecta al monopolio de la fuerza), y autonomía (actuar por sí mismo y por propia iniciativa, bien mediante una facultad discrecional o bien por vía de una competencia reglada); así como una condición cuantitativa: plenitud de la competencia (competencia plenaria, que permanece indeterminada *ratione materiae*).<sup>12</sup> Ahora bien, dicha competencia del Estado, desde la perspectiva de la soberanía -no como control sino como responsabilidad- tanto en el ejercicio de las funciones internas como en la ejecución de las obligaciones internacionales, igualmente comporta límites que se traducen en un principio de protección y en un principio de personalidad activa y pasiva; así como en una doble responsabilidad: el deber externo de respetar la soberanía de otros Estados y el deber interno de respetar la dignidad y los derechos básicos de la población de un Estado.<sup>13</sup>

Por otra parte, Rousseau también sostiene que el ejercicio por un Estado de cualquier competencia coactiva en territorio extranjero, sin título internacional válido, está prohibido por el Derecho de gentes<sup>14</sup>, y que en consecuencia no se puede hablar de un “derecho” de intervención, pues lo jurídico es la abstención, conforme a la cual todo Estado, al tener su propia zona de competencia, debe evitar inmiscuirse en los asuntos internos de los demás, de manera que el único principio admisible es el de no intervención.<sup>15</sup>

Existen, sin embargo, antecedentes del tipo de intervención lícita que nos atañe, en especial de aquella que se produce cuando media una petición formal de intervención por parte

---

12 Rousseau, C. *Derecho Internacional Público* (3ra ed.) (Trad. Fernando, Giménez Artigues) Ariel, Barcelona, 1966, pp. 314-316.

13 López-Jacoíste Díaz, E.: “La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación.” En: *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 22, 2006, pp. 288-289.

14 Rousseau, C. Ob. Cit., p. 316.

15 Ibidem, pp. 323 y 319.

de un gobierno legal, exponiendo como ejemplos cuando en 1849 Austria reclamó la ayuda de Rusia contra Hungría; o en 1918, cuando Finlandia pidió ayuda a Alemania contra la U.R.S.S.; así como cuando se produjo la ayuda norteamericana a Grecia y China a partir de 1945.<sup>16</sup>

## II. NECESIDAD DE LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN COMO MÉTODO DE CONTROL CIVIL PARLAMENTARIO

En concreto, la autorización del empleo de misiones militares extranjeras en el país requiere de un hecho o acción preexistente o anterior -la orden presidencial-, que para su perfeccionamiento y validez en el ámbito jurídico, requiere una autorización parlamentaria sin forma de ley.<sup>17</sup>

En cuanto a la autorización, implica un acto mediante el cual el cuerpo colegiado y deliberante, de elección popular, levanta o remueve los obstáculos o impedimentos que la norma jurídica correspondiente ha establecido para el ejercicio de una competencia gubernativa preexistente, mediante el ejercicio del control para determinar si el acto en cuestión está de acuerdo con el Derecho vigente, en tanto su ejercicio se encuentra restringido por posiblemente afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, o la economía del país.

Para Haro, por su parte, al Parlamento se le otorgó esta potestad porque es el único que podría legitimar por vía de una autorización el que misiones militares extranjeras vengan al país con cualquier tipo de fin, sin que puedan ser percibidas

---

16 Ibidem, p. 322 y nota 16.

17 Escarrá, H. "Análisis del Artículo 187, numeral 11 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". En: *Aporrea*, 30 de abril de 2019. Disponible en: [www.aporrea.org/actualidad/a27830.html](http://www.aporrea.org/actualidad/a27830.html)

como violaciones a ciertos principios de derecho internacional, vinculados o no a la no injerencia o soberanía.<sup>18</sup>

Y es que como ha explicado Brian Loveman, las misiones militares extranjeras contratadas por diferentes gobiernos de América latina, entre los años finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cumplieron un papel determinante en los procesos de profesionalización y modernización de los respectivos ejércitos.<sup>19</sup>

Por ello, aparece como totalmente contrario a derecho, y en específico una violación a la Constitución, la incorporación, sin una previa autorización de la Asamblea Nacional, de ocho especialistas de la Fuerzas Especiales de la Federación Rusa en el mes de Mayo de 2020 a las labores de rastreo que se realizaron en su momento en Carayaca, Parroquia del estado La Guaira, anteriormente conocido como estado Vargas, quienes operaron equipos aéreos no tripulados como parte de las actividades de búsqueda y patrullaje en el eje costero-montañoso-marítimo de Chichiriviche, Portachuelo y Puerto Cruz, para capturar a posibles implicados en la denominada “Operación Gedeón”.<sup>20</sup>

---

18 Haro, J. V. En: Quintero, L. “El artículo 187 divide a la oposición bajo interpretaciones interesadas”. En: *Tal Cual*, 6 de abril de 2019. Disponible en: [talcualdigital.com/el-articulo-1987-divide-a-la-oposicion-bajo-interpretaciones-interesadas/](http://talcualdigital.com/el-articulo-1987-divide-a-la-oposicion-bajo-interpretaciones-interesadas/)

19 Loveman, B. *For la Patria, Politics and The Armed Forces in Latin America*. A Scholarly Resource Inc., Wilmington, Delaware, 1999, pp. 64-69. Apud. Olivar, J. A. “Prolegómenos de una dictadura military su filosofía del poder (1948-1958)”. En: *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos* No. 52, enero-junio 2011, México, p. 120.

20 León, I. “Agentes rusos rastrean a implicados en ‘Operación Gedeón’ en Carayaca”. En: *Efecto Cocuyo*, 8 de mayo de 2020. Disponible en: <https://efectococuyo.com>politica>; con apoyo en Mejías, A. “Expertos rusos se incorporan a labores de rastreo en Carayaca”. En: *Últimas Noticias*, 7 de mayo de 2020. Disponible en: [www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/general/expertos-rusos-se-incorporan-a-labores-de-rastreo-en-carayaca/](http://www.ultimasnoticias.com.ve/noticias/general/expertos-rusos-se-incorporan-a-labores-de-rastreo-en-carayaca/)

Se puede sostener también que el empleo de “misiones militares extranjeras en el país” está sujeto a Tratados de Cooperación Internacional para la Paz o Acuerdos Internacionales para la lucha geopolítica contra el narcotráfico, los desastres naturales y calamidades.<sup>21</sup>

Por ende, este tipo de misiones es una figura típica del Derecho cuando se dan entre distintos Estados relaciones de cooperación y asesoría militar en materia de seguridad, en especial cuando se produce un desplazamiento de personal de misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz<sup>22</sup>, decisión compatible con el Estado de Derecho y con los preceptos constitucionales, la cual puede tomar el Poder Ejecutivo, como titular de las relaciones exteriores y jefe de la fuerza armada nacional, a fin de reestablecer o mantener la paz y la defensa de la soberanía, y que debe ser autorizada por la Asamblea Nacional, figura que no puede extenderse para legitimar acciones militares en el país que fomenten o favorezcan una ocupación o la guerra, ya que iría en contra de la letra de normas tales como el art. 21 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.<sup>23</sup>

---

21 Escarrá, H. Ob. Cit.

22 A título ejemplificativo, en Yibuti, antigua Somalia Francesa hasta 1977, país situado en África, debido principalmente a su localización estratégica al encontrarse en un estrecho marítimo por el que navega el 25% de las exportaciones mundiales, tiene el mayor número de ejércitos extranjeros con presencia permanente en su territorio, albergando bases militares de Francia, Italia, Estados Unidos, Japón, China y pronto Arabia Saudí, así como la Operación Atalanta, lanzada por la Unión Europea en 2008 para luchar contra la piratería y en la que participan militares españoles, británicos, alemanes, belgas, holandeses o portugueses. Vid. *El País*, 19 de agosto de 2017, “Yibuti, un enclave para controlar el mundo”. Disponible en: [https://www.google.com/amp/s/elpais.com/internacional/2017/08/15/actualidad/1502811602\\_164467.amp.html](https://www.google.com/amp/s/elpais.com/internacional/2017/08/15/actualidad/1502811602_164467.amp.html)

23 En líneas generales, conforme a la sentencia de la Sala Política Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de enero de 1999, Exp. No. 15.395, Magistrado ponente Humberto J. La Roche Rincón, también se puede extrapolar *mutatis mutandis*, a los efectos de la decisión del empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, el criterio conforme al cual, con base a la soberanía que corres-

### III. FUNCIONES DE LAS MISIONES MILITARES EN UN PAÍS EXTRANJERO, EN TIEMPO DE PAZ

Pero aparte de las tradicionales funciones de defensa exterior del Estado de las Fuerzas Armadas nacionales<sup>24</sup>, y de la mencionada cooperación y asesoría militar en cuestiones de seguridad entre Fuerzas Armadas de diversos Estados<sup>25</sup>, autorizada doctrina ha admitido que, en tiempo de paz, el apoyo militar extranjero en un país puede quedar ejemplificado con un apoyo militar a una asistencia humanitaria en territo-

---

ponde directamente al pueblo –como titular del poder constituyente– y por vía de un criterio dinámico de interpretación, se debe considerar que, si bien existe un principio de supremacía de la Constitución el cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados, para que no quede como mera declaración retórica el principio de la democracia o “gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo”, entonces las limitaciones previstas en el texto constitucional deben vincular al poder constituido y no al poder constituyente originario, el cual no puede entenderse subrogado permanentemente al poder constituido ya que el titular de la soberanía tiene implícitamente la facultad de ejercerla directamente sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación, como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo.

Además,“(…) que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de Berlia:

‘que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación’ (Cfr. Berlia, G. *De la Compétence Constituante en Revue de Droit Public*, 1945 p. 353, citado por Pedro de Vega en *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 231) (...)” Vid. El texto íntegro de la sentencia en Brewer-Carías, A. R. *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 25-44.

24 Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. “Análisis de la legislación extranjera en relación con las misiones de las fuerzas armadas en tiempo de paz.” En: *Cuadernos de Estrategia* No. 116, 2002, p. 67. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=614517>

25 Con el transcurso del tiempo, ha habido cooperación militar extranjera en Venezuela constituida por asistencia técnica en función de los sistemas de armas franceses y norteamericanos adquiridos por nuestro país antes de 1999, y posteriormente por los sistemas de armas rusos que Venezuela ha adquirido de ese país a partir del año 2005.

rio extranjero, como en el caso de catástrofes naturales o de mantenimiento de la paz; acción o asistencia humanitaria ésta que tiene una base convencional y que se puede producir siempre que el Estado anfitrión exprese su consentimiento o que exista un acuerdo (norma habilitante) de las Naciones Unidas (resolución del Consejo de Seguridad).<sup>26</sup>

Según Dieter Fleck y Pierre Boutet, los tipos de misiones que pueden desarrollar las Fuerzas Armadas en su función de asistencia humanitaria en territorio extranjero son las siguientes: (a) Custodiar los sectores de almacenaje y otras instalaciones; (b) Escoltar los convoyes de aprovisionamiento; (c) Abastecer de suministros sanitarios, alimentos, vehículos u otros equipos, como dispositivos de desminado; (d) Proporcionar cuidados médicos, dentales y veterinarios; (e) Instalar sistemas de transporte de superficie rudimentarios; (f) Taladrar pozos y construir instalaciones sanitarias básicas; (g) Construcción y reparación elementales de instalaciones públicas; y (h) Realizar el desminado y preparar para que otros puedan hacer el aprendizaje.<sup>27</sup>

Aparte de la asistencia humanitaria, y dentro del concepto amplio de "Misiones Internacionales" –que incluye actividades, limitadas a una dimensión temporal y geográfica concreta, por medio de las cuales diversos actores del sistema internacional dirigen sus esfuerzos a atender una problemática o desafío que vulnere la integridad y la dignidad humanas, y por tanto, constituyan una amenaza creíble a la paz y seguridad internacional<sup>28</sup>– también pueden participar las Fuerzas

---

26 Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. Ob. Cit., p. 85. En el Derecho comparado, las decisiones de participar en estas misiones humanitarias corresponde, conforme a la legislación interna de los diversos Estados, al poder ejecutivo (Consejo de Ministros, Gobierno Federal, Ministro del ramo) o al poder legislativo (Asamblea Nacional, Parlamento o Congreso), y en algunos países la decisión constituye una prerrogativa real o de la Corona, comúnmente sometida a la aprobación del Parlamento. Ibidem. p. 86.

27 Apud. Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. Ob. Cit., p. 86.

28 OTAN, 1949. Apud. Torrijos, V. y Abella, J. D. Ob. Cit., pp. 50-51.

Armadas (del Estado de origen) en “Operaciones de Mantenimiento de la Paz”, lo que implica, fundamentado en los “poderes o facultades implícitas” de la O.N.U. a fin de asegurar el “mantenimiento de la paz y seguridad internacionales”, una “(...) operación de preservación, no coercitiva, llevada a cabo por Naciones Unidas y sobre una base consensual (...)”, la cual requiere de una actividad operacional, que involucra una presencia física sobre el terreno, y que la operación sea realmente una actividad de la Organización de Naciones Unidas, y no meramente de los Estados Miembros actuantes.<sup>29</sup>

Por regla general, carecen estas fuerzas militares de un mandato expreso de aplicar o hacer respetar la ley, por lo que no les corresponde velar por el respeto del Derecho nacional o internacional entre la población civil local<sup>30</sup>, ya que no pueden recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, por cuanto deben permanecer como un elemento absolutamente neutro, tanto en el plano político como en el jurídico.<sup>31</sup> Normalmente se exige para su autorización el mismo procedimiento nacional que se sigue en el caso de la asistencia humanitaria.<sup>32</sup>

Puede consistir en: a) la prevención de conflictos y edificación de la paz (*peace building*), mediante acciones llevadas a cabo al margen del conflicto en sí mismo, como la reintegración de antiguos combatientes a la sociedad civil, el fortalecimiento de la regla de derecho mediante la reforma del sistema judicial, el mejoramiento del respeto a los derechos humanos, la provisión de asistencia técnica para el desarrollo democrático, y la promoción de resolución de conflictos y técnicas de reconciliación; b) el mantenimiento de la paz (*peace keeping*), lo que va desde el modelo tradicional y militar de observado-

---

29 Gómez-Robledo Verduzco, A. “Consideraciones en torno a las ‘Operaciones para el Mantenimiento de la Paz.’” En: *Derecho internacional. Temas selectos* (5ta. ed.) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, pp. 951 y 943.

30 Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. Ob. Cit., pp. 86-87.

31 Gómez-Robledo Verduzco, A. Ob. Cit., pp. 943-944.

32 Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. Ob., Cit. pp. 86-87.

res de cese de hostilidades, y fuerzas de separación al término de conflictos bélicos interestatales, hasta la incorporación de un conglomerado de elementos civiles y militares, trabajando conjuntamente para la construcción de la paz en el terreno del fin de las guerras civiles; y c) la construcción de la paz (*peace making*), la cual, en conflictos ya en curso, trata de poner fin a los mismos mediante herramientas diplomáticas y la mediación.<sup>33</sup>

#### IV. FUNCIONES JURÍDICAMENTE PERMITIDAS Y NO PERMITIDAS A LAS MISIONES MILITARES EXTRANJERAS EN VENEZUELA

Aunado a lo anterior, conforme a una interpretación racional del texto constitucional que permita indagar lo que persigue, en concatenación con todo el sistema jurídico del cual forma parte y limitándose al poder público a sus atribuciones y facultades, tampoco impide nuestra Constitución que se solicite una ayuda a la comunidad internacional en razón del principio de "Responsabilidad de Proteger"<sup>34</sup> mediante la política

---

33 Gómez-Robledo Verduzco, A. Ob. Cit., pp. 947-948.

34 De conformidad con el texto de los párrafos 138 y 139 de la resolución de seguimiento de la Cumbre del Milenio de 2005, los Estados convinieron en los siguientes puntos:

- a) Los Estados tienen una responsabilidad interna de proteger a sus ciudadanos.
- b) La Responsabilidad de Proteger solo es aplicable a cuatro crímenes: genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes contra la humanidad.
- c) La Responsabilidad de Proteger presenta un compromiso de todos los Estados sobre prevenir la ocurrencia de esos cuatro crímenes en su propio territorio y de trabajar en conjunto con otros Estados en la prevención de su estallido.
- d) Cuando un Estado manifiestamente incumpla con proteger a su población de dichos crímenes, la comunidad internacional estará dispuesta a adoptar acciones colectivas oportunas y decisivas, a través del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y recurriendo al uso de la fuerza solo en última instancia.

de “Protección de civiles”<sup>35</sup>, ambas emanadas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), porque en ambos supues-

- 
- e) La Responsabilidad de Proteger no altera el derecho existente sobre el uso de la fuerza y se reconoce al Consejo de Seguridad como la única autoridad con el poder para autorizar una intervención.
- f) Con la excepción de la instalación de los asesores especiales en la Prevención del Genocidio y en la Responsabilidad de Proteger, la nueva doctrina no requiere la creación de nuevos órganos o instituciones a nivel de la Organización de las Naciones Unidas, ni altera el mandato o facultades de los preexistentes.
- g) Las previsiones de la Responsabilidad de Proteger sobre intervenciones coercitivas constituyen un compromiso político de los Estados miembros de la ONU que no establece umbrales prefijados para la intervención ni incorpora supuestos de aplicación inmediata. Vid. Hehir, A. (2012). *The Responsibility to Protect: Rhetoric, Reality, and the Future of Humanitarian Intervention*. Palgrave MacMillan, New York, p. 55; Bellamy, A. J. (2009). *Responsibility to Protect*. Polity Press, New York, p. 195. Apud. Pacheco de Freitas, J. A. “La responsabilidad de proteger y el Derecho internacional público: consideraciones sobre la licitud del uso de la fuerza por motivos humanitarios ante la falta de autorización del Consejo de Seguridad de la ONU”. En: *Agenda Internacional* No. 33, 2015, pp. 112-113. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/13849>
- 35 La *Protection of Civilian* se aplica fundamentalmente a situaciones de conflicto armado, mientras la “Responsabilidad de Proteger” es aplicable también en tiempos de paz; la “Protección de Civiles” no detalla cuáles deben ser las causas de la vulnerabilidad de la población civil, por lo que tiene un alcance más amplio, pues su objetivo es proteger la seguridad general, la dignidad y la integridad de todos los seres humanos, mientras que, al mismo tiempo, se centra particularmente en situaciones concretas; por su parte, la “Responsabilidad de Proteger” aplica específicamente sólo a cuatro crímenes concretos: crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio y limpieza étnica; y finalmente, mientras la “Protección de Civiles” alude a la protección sólo de la población civil, la Responsabilidad de Proteger” no se ciñe a ésta, sino que amplía la protección al conjunto de la población. Vid. Jiménez i Botías, E. “La responsabilidad de proteger después de Libia.” En: *Notes internationals CIDOB*. Centre for International Affairs, Barcelona, No. 155, Septiembre 2016. p. 3. Disponible en: [https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/notes\\_internacionals/n1\\_155/la\\_responsabilidad\\_de\\_proteger\\_despues\\_de\\_libia](https://www.cidob.org/es/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionals/n1_155/la_responsabilidad_de_proteger_despues_de_libia); y López-Jacoiste Díaz, E. “La crisis de Libia desde la perspectiva de la responsabilidad de proteger”. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011. p. 123. Disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view-File/2553/2426>

tos no se trata per se de la promoción de la guerra, ni de una solicitud de intervención extranjera, ya que ambas opciones se encuentran fuera de la prohibición establecida en el artículo 2º, párrafo 4º, de la Carta de las Naciones Unidas, al no tratarse incluso en el caso extremo del ejercicio objetivo de la “Responsabilidad de reaccionar” por la comunidad internacional, como tercer pilar de la “Responsabilidad de Proteger”, de un uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política del Estado, y en consecuencia, no se atenta contra los elementos constitutivos de la soberanía del Estado.<sup>36</sup>

Lo que si no nos permitiría el mecanismo previsto en nuestra Constitución en el art. 187, numeral 11, porque sencillamente no pudo ser la motivación original de la norma, y a la Consti-

---

36 Nos permitimos aplicar *mutatis mutandis* a los supuestos de “Protección de civiles” y “Responsabilidad de proteger”, los criterios sustentados para la “Intervención humanitaria” por los autores que a continuación se mencionan: Scott-Fairley, H. “State Actor, Humanitarian Intervention and International Law: Reopening Pandora’s Box.” En: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, núm. 1 1981, pp. 29-60. Apud. Gómez-Robledo Verduzco, A. “Jurisdicción interna, principio de no intervención y derecho de injerencia humanitaria.” En: *Derecho internacional. Temas selectos* (5ta. ed.) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 937; y Escudero Espinosa, J. F. *Aproximación histórica a la noción de intervención humanitaria en el derecho internacional*, Universidad de León (Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales), 2002, p. 329. Apud. Fernández Cruz, J. *La responsabilidad de proteger en la comunidad internacional. Memoria del Master en Estudios Internacionales Curso 2012-2013*, Barcelona, España, Universitat de Barcelona, p. 34. Disponible en: [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/55664/1/Fernandez\\_Cruz\\_Julia.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/55664/1/Fernandez_Cruz_Julia.pdf)

El art. 2º, párrafo 4º, de la Carta de las Naciones Unidas establece: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/charter-i/index.html>

Es esta una regla ya consuetudinaria, que existía en 1939 –comienzo de la Segunda Guerra Mundial-, y que se funda en el Pacto de París de 1928. Vid. Sepúlveda, C. “El derecho internacional y el uso de la fuerza por los Estados.” En: *Derecho internacional* (26va. ed.). Editorial Porrúa, México, 2009, p. 600.

tución hay que interpretarla con rigor científico y de manera integral<sup>37</sup>, es que la Asamblea Nacional pueda autorizar una invasión por una fuerza extranjera para que intervenga en el territorio de Venezuela<sup>38</sup>, como en el supuesto negado de que las autoridades soliciten y autoricen una Operación de Imposición de la paz con la participación de Fuerzas Armadas extranjeras, en primer lugar, pues ésta por esencia no requiere el consentimiento expreso del Estado en cuyo territorio se desarrollan<sup>39</sup>; y en segundo lugar, porque desde una ponderación razonable de preceptos constitucionales no se puede por vía de semejante interpretación del precepto mencionado, violentar la finalidad de los principios cardinales de soberanía, autodeterminación y no intervención que caracterizan la integralidad e intangibilidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.<sup>40</sup>

Además, la Paz y la defensa de la soberanía son deberes de los venezolanos previstos a partir del artículo 130 de la Constitución, mientras que la promoción de la guerra o la solicitud de intervención extranjera, no puede sostenerse a la luz de nuestro derecho constitucional, sino que es considerada delito en la norma penal.<sup>41</sup>

Como corolario, y contestes con Raffalli, debemos afirmar que el Art. 187.11 constitucional es perfectamente aplicable solo cuando hay una situación de normalidad constitucional; y, en consecuencia, por vía de dicho precepto no es permitido que lleguen misiones militares con actitud bélica al territorio nacional.<sup>42</sup>

---

37 Raffalli, J. M. Ob. Cit.

38 Escarrá, H. Ob. Cit.

39 Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. Ob. Cit. p. 87.

40 Escarrá, H. Ob. Cit.

41 Bracho Vallarino, A. C. "¿El artículo 187 de la Constitución habilita una intervención militar?". En: *Revista Síntesis*, 20 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.sintesis.com.ve/el-articulo-187-de-la-constitucion-habilita-una-intervencion-militar>

42 Raffalli, J. M. Ob. Cit.

A mayor abundamiento, y ubicándonos en el derecho interno, recordemos las razones que explican la existencia de las constituciones escritas expuestas por Jacques Donnedieu de Vabre, en su libro “*L’Etat*”:

“En primer lugar, se trata de definir y justificar la autoridad política. Además de distribuir el poder entre las fuerzas dominantes, a fin de explicar a la opinión pública lo que se puede esperar del Poder. **El objeto de una Constitución es establecer un orden racional claro y estable que evite, en la medida de lo posible, la subversión, el golpe de Estado, las intrigas palaciegas, las agitaciones colectivas y los delitos políticos. Una Constitución aparece así progresivamente como una barrera al abuso de poder y como una manera organizada de excluir ciertas formas o ciertos temas de cuestionamiento al Poder.** La elaboración de una Constitución es un rito pacificador que acaba con las revoluciones y pacifica los tumultos para los pueblos que se someten a ella. Es también símbolo de independencia’. (Vid. *L’Etat*. Paris, 1971, p. 20).<sup>43</sup> (Resaltado nuestro)

Por ello, como explica Raffalli, si uno o varios países declaran estar dispuestos a intervenir y ayudar a Venezuela en determinadas circunstancias especiales, únicamente constituye un dato instrumental o de carpintería jurídica que sea el Art. 187.11, o bien el 233, o el 333, o el 5, todos de la Constitución.<sup>44</sup>

Por otra parte, no debemos olvidar que, a todo evento, tanto la autorización de la Asamblea Nacional como la petición previa del Ejecutivo Nacional de emplear misiones militares extranjeras en el país constituyen “(...) para el derecho internacional (...) simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de

---

43 Apud. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 19 de enero de 1999, Exp. No. 15.395. En: Brewer-Carías, A. R. Ob. Cit., p. 33.

44 Raffalli, J. M. Ob. Cit.

la actividad del Estado (...)”<sup>45</sup>, esto es, su conjunción no implica como consecuencia un efecto jurídico obligatorio que tenga por destinatario la comunidad internacional, en tanto “(...) el derecho internacional es un derecho de coordinación y no un derecho de subordinación (...)”.<sup>46</sup>

Por ende, en base a razones estratégicas y en razón de la prevalencia del criterio del “uso de la fuerza como último recurso”<sup>47</sup>, antes de tomar internamente este tipo de decisiones y solicitar su autorización, algún Estado o grupo de Estados debe haber expresado su voluntad seria de ofrecerla, así como alguna organización internacional, como la ONU o la OEA, debe haberla respaldado o asumido de manera contundente y justificada en Derecho, porque de lo contrario tal petición y su correspondiente autorización derivaran indefectiblemente en “letra muerta”, pudiendo agravar seguramente la situación de que se trate, de no venir referida solo a la cooperación y asesoría militar en cuestiones de seguridad entre Fuerzas Armadas de diversos Estados.

---

45 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso de los “Intereses Alemanes en la Alta Silesia”, 1926, Serie A, No. 7, p. 19. Apud. Moncayo, G.; Vinuesa, R.; y Gutiérrez Posse, H. *Derecho internacional público*. (3ra. reimp.) Tomo I, Zavallá Editor, Buenos Aires, 1990, Tomo I, p. 57.

46 Moncayo, G.; Vinuesa, R.; y Gutiérrez Posse, H. Ob. Cit., p. 25.

47 Ejemplo de este tipo de criterio es la afirmación del enviado del gobierno norteamericano para el caso venezolano, Elliott Abrams, para quien “La situación está empeorando en Venezuela cada día, pero no creo que, en Europa, América Latina, Canadá, o Estados Unidos estemos pensando en este momento en una reacción militar”. Vid. “Elliott Abrams: régimen de Maduro es narcotraficante”. En: *Caracol Radio*, Colombia, 4 de abril de 2019. Disponible en: [https://caracol.com.co/programa/2019/04/046am\\_hoy\\_por\\_hoy/1554386838\\_579022.html](https://caracol.com.co/programa/2019/04/046am_hoy_por_hoy/1554386838_579022.html)



# TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y DESAFÍOS ACTUALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. BREVES NOTAS EN HOMENAJE AL PROFESOR PEDRO NIKKEN

Daniela Urosa Maggi<sup>1</sup>

*Resumen: Estudio de las líneas jurisprudenciales históricas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –desde la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, así como, de los desafíos del Sistema para una protección regional real y efectiva de los derechos humanos.*

*Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia. Retos. Estándares.*

*Summary: Study of the historical jurisprudential trend of the Inter-American System of Human Rights –since the creation of the Inter-American Court of Human Rights– and the challenges of the System for a real and effective regional protection of human rights.*

**Key words:** *Inter-American System of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Jurisprudence. Challenges. Standards.*

Recibido: 8 de julio de 2020    Aceptado: 29 de julio de 2020

---

1 Profesora de Boston College Law School y Profesora Aliada Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).



## SUMARIO

- I. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breve aproximación histórica e institucional, a propósito de su aniversario
- II. Principales tendencias de la jurisprudencia interamericana
- III. Reflexiones finales. Universalidad y efectividad como desafíos actuales del Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es, junto con el europeo y el africano, uno de los tres principales sistemas regionales de protección de derechos humanos en el mundo. En muchos aspectos, podríamos incluso decir, es el pionero. Así, la contribución del Sistema Interamericano a la protección de los derechos humanos y al afianzamiento del Estado de derecho ha sido notable desde su origen, logrando una profunda transformación en la región como uno de los pilares fundamentales del *ius constitutionale commune latinoamericano*<sup>2</sup>. Los criterios de sus principales órganos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, los mecanismos de protección y las medidas de reparación aplicados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo han convertido en admirable ejemplo a seguir en otras latitudes.

En los últimos años el Sistema Interamericano han celebrado importantes aniversarios. En el año 2018 se conmemoró el 70 aniversario de la Declaración Americana de los Derechos

---

2 Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Observations of Transformative Constitutionalism", A.A.V.V. *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford university Press, UK, 2017, pp. 27 y ss. Del mismo autor, "Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual", A.A.V.V. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017, pp. 137 y ss.

y Deberes del Hombre, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA). En ese mismo año se celebró el 40 aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos y con ella de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el año 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró el 60 aniversario de su creación. Fechas emblemáticas para la protección universal y regional de los derechos humanos, dignas de ser celebradas como un logro hemisférico y que sirven de ocasión propicia para realizar un balance del camino andado y de los desafíos que en la actualidad afronta el Sistema Interamericano.

Las siguientes páginas solo pretenden servir de breves notas acerca de las grandes tendencias de la jurisprudencia interamericana que han marcado pauta desde la creación de la Corte y reflexiones acerca de los desafíos actuales a los que se enfrenta en particular la Corte y, en general, el Sistema Interamericano, a fin de alcanzar la efectiva e integral protección regional de los derechos humanos. Tales desafíos se refieren particularmente a la universalidad del Sistema Interamericano en todas sus dimensiones, los retos presupuestarios que afronta el Sistema, retos de celeridad procesal, y la lucha contra las dificultades estructurales y coyunturales de la región, como lo son la desigualdad socioeconómica y el auge autoritarista, que sin duda atentan contra el efectivo goce de los derechos humanos y el Estado democrático de Derecho. Muy recientemente, podemos añadir, la pandemia del Covid-19 se plantea como un nuevo desafío o bien como una circunstancia que agrava aún más esos retos ya pendientes y que pone a prueba la efectividad del Sistema Interamericano.

Estas notas son, además, nuestro particular y sentido homenaje al Profesor Pedro Nikken, quien sin duda fue uno de los máximos representantes de la academia venezolana en el ámbito interamericano de los derechos humanos. Su condición

de Juez y Presidente de la Corte Interamericana, integrándola incluso desde que dictara la primera sentencia en ejercicio de su función contenciosa<sup>3</sup>; Vicepresidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; asesor jurídico de la Organización de las Naciones Unidas en el marco de la mediación en la guerra civil de El Salvador en los años 90 y su destacada obra escrita y actividad académica en el área de derechos humanos, dejarán su huella imborrable y serán siempre motivo de orgullo para el Derecho Público venezolano.

Cobran vigencia hoy en día, más que nunca, las palabras del profesor Nikken, quien ya en 1989, al referirse a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Venezuela expresaba: *“Podemos decir que Venezuela insensiblemente ha venido construyendo un verdadero corpus iuris en materia de derechos humanos. Su tangibilidad real ha sido precaria, acaso por ignorancia, acaso por la postergación, no siempre justificada, de esta temática dentro del cuadro de unas instituciones democráticas cuyas imperfecciones no han bastado para despertar la sensibilidad que el asunto merece. Este cuerpo, con todo, representa el compromiso solemne de la democracia con la dignidad humana. Allí está la base y la razón de ser de nuestras instituciones*<sup>4</sup>. *La experiencia venezolana ha demostrado que la existencia de un robusto “corpus iuris en materia de derechos humanos” no es suficiente garantía de respeto y protección de tales derechos. Hace falta, además, compromiso y, especialmente, fortaleza institucional que permita, repitiendo las palabras del profesor Nikken, su tangibilidad real, su efectiva concreción. Pero no por ello debe bajarse la guardia. El legado del Profesor Pedro Nikken ha de conservarse y servir de norte en la tortuosa ruta del restablecimiento del Estado de derecho y la democracia en Venezuela, en la cual es indispensable reto-*

3 Nos referimos a la célebre sentencia del caso *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras de 1988*. (Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.o 4.

4 Nikken, Pedro, “El Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* No. 72, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989, p. 52.

mar la senda de la observancia y cumplimiento efectivo de los estándares interamericanos de protección de derechos humanos, que dejen atrás los horrores autoritarios para que nuestro país vuelva a ser ejemplo de democracia en la región.

## I. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA E INSTITUCIONAL, A PROPÓSITO DE SU ANIVERSARIO

### 1. Breve aproximación histórica

El origen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se remonta, como es bien sabido, a la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con ocasión de la IX Conferencia Internacional de los Estados Americanos llevada a efecto en Bogotá en 1948, convirtiéndose así en la primera declaración internacional de derechos humanos, anterior por varios meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Aun cuando la Declaración Americana no tiene el valor de un tratado internacional, es fuente de derecho internacional de los derechos humanos para todos los Estados miembros de la OEA, como ha reconocido la Corte Interamericana en reiteradas ocasiones<sup>5</sup> habiendo adquirido fuerza obligatoria como fuente del Derecho convencional y del Derecho Internacional consuetudinario y como lúcidamente explicara el profesor Nikken<sup>6</sup>. En la misma Conferencia fue firmada la Carta de la Organización de Estados Americanos, con el objeto de “...lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y

---

5 Entre otras muchas, vid. Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, pa. 29 y ss.

6 Nikken, Pedro, “La fuerza obligatoria de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, *Revista de Derecho Público* No. 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 28 y ss.

*defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia*<sup>7</sup>, dando así los primeros pasos para la conformación del Sistema Interamericano<sup>8</sup>.

Once años después, en 1959, la OEA crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, primer órgano formal del Sistema Interamericano, lo que supuso un avance firme en el compromiso con la protección de los derechos humanos en la región. Si bien su concepción original dista de la estructura y competencias de las que posteriormente se dotó a la Comisión, desde su origen este órgano ha sido bastión fundamental de la promoción, protección y monitoreo de los derechos humanos en los países miembros de la OEA.

Diez años más tarde, en 1969 fue adoptada la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, la cual entró en vigor en 1978<sup>9</sup>. En esta oportunidad los Estados Americanos reafirmaron “...su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, tal como quedó expresado en su Preámbulo. La Convención constituye, sin duda, un hito fundamental en la consolidación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en tanto se erige como uno de los más avanzados y completos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tanto en su ámbito institucional -al robustecer a la Comisión y crear a la Corte Interamericana- como en su ámbito sustantivo, al sistematizar las

---

7 Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita En Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948. Texto Original en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp)

8 No deja de tomarse en cuenta, sin embargo, el antecedente de la Unión Panamericana, que en 1890 tomó las primeras iniciativas regionales para la protección de derechos humanos.

9 La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica.

obligaciones de los Estados partes, los derechos y libertades reconocidos y protegidos y los mecanismos de protección y reparación de tales derechos.

La Convención Americana se ha visto complementada con los Protocolos adicionales y Convenciones que de manera sectorial han consolidado un completo marco normativo de protección de los derechos humanos en el hemisferio, entre las que destacan la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; Protocolo Adicional relativo a la abolición de la pena de muerte; La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores; la Carta Democrática Interamericana, así como varias Declaraciones, Principios, Reglamentos, Estatutos y normas reguladoras de sus principales órganos<sup>10</sup>. Todos ellos conforman el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

## 2. Breve aproximación institucional

El Sistema Interamericano está conformado por dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales son, de acuerdo con el artículo 33 del Pacto de San José, los órganos “competentes para conocer de los asuntos

---

10 El texto de cada una de estas Convenciones y Protocolos en [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos\\_basicos.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp)

relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes” de dicha Convención.

La Comisión Interamericana tiene como función principal, de acuerdo con el artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, promover la observancia y defensa de los derechos humanos y actuar como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en el ámbito de los derechos humanos. Aspecto fundamental es que la Comisión Interamericana es un órgano principal y autónomo de la OEA, cuyas competencias abarcan el ámbito de todos los Estados miembros de esa organización, sean o no signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Comisión está conformada por siete miembros de alto carácter moral y reconocida competencia en el ámbito de los derechos humanos, todos de diferente nacionalidad, electos por la Asamblea General de la OEA por un período de cuatro años con posible reelección, de acuerdo con las facultades y modos de elección que disponen los artículos 34 y siguientes de la Convención Americana.

De acuerdo con los artículos 41 y siguientes de la misma Convención Americana, la función principal de la Comisión es la promoción del respeto y defensa de los derechos humanos. En ejercicio de ese mandato, dicho órgano cuenta con las siguientes atribuciones: De una parte, funciones de defensa de víctimas de derechos humanos, lo cual realiza (i) mediante el sistema de peticiones individuales presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental, que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte y (ii) de medidas preventivas en casos de especial seriedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables en materia de derechos humanos. De otra parte, tiene competencias consultivas, especialmente dirigidas a la promoción y difusión de los derechos humanos en la región a fin de monitorear la situación de los derechos humanos en

los distintos Estados miembros, especialmente de grupos en particular situación de vulnerabilidad, lo cual realiza a través de las visitas in loco, audiencias, de informes periódicos y de recomendaciones. Finalmente, atiende también áreas temáticas prioritarias para la promoción y defensa de los derechos humanos, a través de reportes, grupos de trabajo y propuestas de ejecución.

Por su parte, la Corte Interamericana es el órgano judicial autónomo del Sistema Interamericano, cuya facultad primordial es interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y demás normas del *corpus iuris* interamericano. De acuerdo con los artículos 52 y siguientes de la Convención Americana, la Corte Interamericana está integrada por siete jueces de alta autoridad moral y reconocida competencia en el campo de los derechos humanos, por un período de 6 años con posibilidad de reelección, los cuales son electos a título personal por los Estados partes, durante la Asamblea General de la OEA.

En relación con sus funciones, de acuerdo al artículo 61 y siguientes de la Convención Americana, la Corte Interamericana ejerce dos funciones primordiales: en primer lugar, la función contenciosa, mediante la cual conoce y resuelve casos planteados por la Comisión Interamericana o los Estados parte para determinar la responsabilidad internacional de éstos por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto de San José y por la violación de derechos humanos. Dicha función abarca, además, (i) la posibilidad de dictar medidas preventivas para evitar daños irreparables o de difícil reparación, (ii) medidas de restitución y reparación necesarias para procurar el restablecimiento *in integrum* de la lesión de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la no repetición en casos similares futuros, y (iii) la potestad de supervisión y monitoreo hasta tanto se logre el efectivo cumplimiento de sus sentencias. Su segunda función es la consultiva, en atención a la cual decide las consultas formuladas por los Estados miembros de la OEA

o los órganos de ésta en relación con (i) la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención, (ii) la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

Es importante señalar que la jurisdicción de la Corte se ejerce según cuatro criterios de competencia: competencia *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* y *ratione temporis*. Tales criterios suelen ser analizados por la propia Corte, de conformidad con los artículos 61 y siguientes de la Convención Americana, en atención a la regla de la “competencia de la competencia”, esto es, el principio de Derecho internacional que se refiere a la facultad inherente de todo tribunal internacional para pronunciarse sobre su propia competencia<sup>11</sup>.

De acuerdo con el criterio *ratione personae*, la competencia de la Corte se extiende a aquellos Estados que hayan ratificado la Convención y, además, hayan reconocido expresamente la jurisdicción de la Corte<sup>12</sup>. En segundo lugar, de acuerdo con el

---

11 Nuño, Alejandra, “Interpretación del artículo 61-69 Competencia y funciones”, A.A.V.V. *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario* (Uribe G. Coordinadora académica), segunda edición, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., Bogotá, 2019, pp. 985 y ss.

12 En la actualidad son 21 los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y reconocido la jurisdicción de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay y Venezuela. Al respecto vid. [http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos\\_basicos.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp)

En el caso de Venezuela, luego de la inconstitucional denuncia de la CADH por parte del Gobierno de Chávez en 2013, lo que conllevó a la salida de facto del país respecto de la jurisdicción de la Corte Interamericana, el 15 de mayo de 2019, la Asamblea Nacional aprobó el reingreso de Venezuela a la CADH a través del “Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En julio de 2019, la República Bolivariana de Venezuela, por órgano del Presidente Interino Juan Guaidó, depositó el instrumento de ratificación de la CADH en la sede de la OEA, reconociendo “de manera incondicional como obli-

criterio *ratione loci* la Corte ejerce sus funciones, en particular la función contenciosa, respecto de denuncias de violaciones ocurridas en alguno de los Estados parte que expresamente ha reconocido su jurisdicción. En tercer lugar, el criterio *ratione materiae* determina la responsabilidad estatal derivada de la violación de derechos humanos protegidos en la Convención Americana y demás cuerpos normativos del *corpus iuris* interamericano, en la medida en que se cumplan, además, el resto de los criterios de jurisdicción, es decir, en la medida en el que Estado parte haya ratificado la Convención en cuestión y la violación denunciada haya ocurrido en su territorio.

En cuarto lugar, opera el criterio de competencia *ratione temporis*, según el cual la Corte será competente respecto de denuncias de violación de derechos humanos ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor en el Estado parte del instrumento o cuerpo normativo cuya violación se denuncia. De este modo, y salvo excepciones, opera el principio de irretroactividad. Asimismo, la denuncia de la Convención por parte del Estado implicará el fin de la jurisdicción respecto de hechos o violaciones que ocurran luego de dicha denuncia, lo que no obsta por supuesto para que se mantenga la jurisdicción de la Corte respecto de hechos verificados con anterioridad a la denuncia.

Aun cuando solo la Comisión Interamericana y los Estados signatarios que han aceptado la jurisdicción de la Corte son los que tienen derecho, de acuerdo con la Convención, a presen-

---

gatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia y el poder jurisdiccional de la Corte Interamericana para conocer todos los casos relativos a la aplicación e interpretación de dicha Convención como si nunca hubiese tenido lugar dicha denuncia presentada, ello es, ab-initio y con efectos retroactivos al 10 de septiembre de 2013, fecha en la cual habría entrado en vigor dicha denuncia". Sobre la inconstitucionalidad de la denuncia de la CADH por parte del Gobierno de Chávez vid. Ayala Corao, Carlos "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Revista de Derecho Público* No. 131, Caracas, 2012, pp. 37-73.

tar casos ante dicho Tribunal regional, las víctimas pueden también participar, en calidad de *locus standi*, una vez que el caso ha sido presentado y admitido ante la Corte Interamericana. Asimismo, cualquier persona, institución u organización sin previa relación con las partes en juicio, puede intervenir en cualquier estado de la causa y presentar sus argumentos en un caso concreto ante la Corte en calidad de *amicus curiae*, debiendo consignarlos por escrito en un plazo no mayor a quince días naturales contados a partir de la realización de la audiencia ante la Corte<sup>13</sup>.

## II. PRINCIPALES TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Desde sus primeras decisiones contenciosas en 1987 y 1988<sup>14</sup>, la Corte Interamericana se ha caracterizado por una nutrida y amplia jurisprudencia que ha interpretado las obligaciones estatales, los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, los modos de restablecimiento in integrum de las víctimas y demás normas materiales y adjetivas que integran el *corpus iuris* interamericano. En muchas materias esa jurisprudencia ha sido pionera en la protección internacional de los derechos humanos y ha servido de fuente de sentencias de otras Cortes regionales, así como de tratados y declaraciones de órganos internacionales de protección de derechos humanos, como insumo del diálogo jurisper-

---

13 Artículos 2.3 y 44.1 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

14 Esas primeras decisiones corresponden a las excepciones preliminares (1987) y decisión de fondo (1988) del célebre caso Velázquez Rodríguez contra Honduras, antes citado. Nótese que si bien la Corte inició formalmente sus funciones en septiembre de 1979, fue en 1986 cuando se presentaron ante ella las primeras demandas por las cuales comenzó a ejercer su función contenciosa. Ello se debió, según explica Salmón, al distanciamiento institucional que existía entre la Corte y la Comisión en esa etapa inicial. Salmón, Elizabeth. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2019, (Kindle Locations 5856-5858).

dencial que existe, en especial, entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pero sin duda la mayor impronta de la Corte Interamericana ha sido en el ámbito regional. Como señalábamos en páginas anteriores, los criterios de la Corte Interamericana, junto con la Comisión, han sido fundamentales en la concepción de los estándares regionales de protección de los derechos humanos y en el desarrollo del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. Instituciones tales como el control de convencionalidad han permitido que el Derecho interamericano y las interpretaciones de la Corte adquieran mayor eficacia y sean necesariamente asumidas por los órganos del Poder público, en especial los tribunales, del ámbito nacional o doméstico.

Si bien esa nutrida jurisprudencia abarca importantes interpretaciones respecto de cada uno de los derechos protegidos y las distintas obligaciones derivadas del Derecho convencional, hemos optado por analizar en esta oportunidad, cuatro de las grandes líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana: las relativas (i) a las violaciones groseras al derecho a la vida y a libertad personal, (ii) la protección de grupos en especial situación de vulnerabilidad, (iii) la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales y (v) El derecho a la reparación integral de los derechos humanos<sup>15</sup>. Tales tendencias jurisprudenciales son las que probablemente han colaborado a lograr el mayor “impacto transformador del Sistema Interamericano en el contexto latinoamericano”<sup>16</sup>.

---

15 A ellos se suman otros criterios fundamentales, como los relativos a los derechos políticos, libertades fundamentales y democracia; los casos sobre conflictos armados en la región y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario; así como el criterio jurisprudencial de creación y desarrollo del control de convencionalidad.

16 Piovesan, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafío”, A.A.V.V. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, cit., pp. 551 y ss.

En buena medida, el hilo conductor que ha fijado pautas en el desarrollo y evolución de esa jurisprudencia, ha sido el contexto político y social de la región, frente al cual la Corte ha intentado dar protección a los derechos humanos según las necesidades de cada momento. Así, desde su creación la Corte Interamericana ha dado respuesta a los retos que la protección de los derechos humanos ha tenido en la región según las realidades y dificultades políticas y socioeconómicas de cada época. De ese modo, en los primeros tiempos de la Corte sus criterios reflejaron directamente la protección de los derechos frente a dictaduras militares y excesos de limitación de las libertades fundamentales y derechos civiles, lo que posteriormente mutó hacia la necesidad de dar respuesta a la inclusión social y particular protección a los grupos en situación de vulnerabilidad, así como dar mayor protección a los derechos económicos y sociales, primero a través de la socialización de los derechos civiles y luego a través de la justiciabilidad directa de los mismos. Más recientemente, el creciente autoritarismo y debilitamiento de las instituciones democráticas en la región, han llevado al reforzamiento de los derechos políticos y libertades fundamentales, incluyendo el derecho a la democracia sin dejar de lado el avance en la protección de los derechos sociales y económicos, así como los culturales y medioambientales. Dos caminos, en paralelo, que han de transitarse a fin de lograr la integral protección de los derechos humanos.

Sin ánimo de exhaustividad, analicemos brevemente cada una de esas tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana:

### **1. Violaciones groseras a los derechos humanos: derecho a la vida, al trato humano y a la libertad personal. Breve referencia a las desapariciones forzosas**

Uno de los ámbitos en los que la jurisprudencia interamericana ha sido tempranamente vanguardista y punto de referencia en otros sistemas de protección de derechos humanos,

ha sido en la protección del derecho a la vida, a la dignidad y libertad personal y en la determinación y limitación de las violaciones groseras a tales derechos, como lo son las desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, torturas y pena de muerte. Como se señaló con anterioridad, fue ésta la respuesta de la Corte frente a un contexto político latinoamericano caracterizado por dictaduras de corte militar que proliferaron en la región durante la década de los años 70 y 80.

Así, desde la primera sentencia de fondo que la Corte Interamericana dictara en ejercicio de su función contenciosa, sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>17</sup>, la Corte estableció los primeros criterios fundamentales en relación con el alcance y consecuencias de la desaparición forzada de personas, así como las responsabilidades de los Estados frente a las graves violaciones de derechos humanos, en especial la obligación de prevenir, investigar, procesar, sancionar y reparar las violaciones cometidas. En esa oportunidad la Corte definió la desaparición forzada como *“una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal...”*<sup>18</sup>. En otras palabras, la desaparición forzada de personas es una violación compleja de derechos humanos que debe ser enfrentada de manera integral.

El delito de desaparición forzada viola múltiples normas y derechos humanos, no solo la libertad personal sino además el derecho a la integridad personal y, en definitiva, el derecho

---

17 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.o 4.

18 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, cit., párrafo 155.

a la vida, dada la especial vulnerabilidad de la víctima<sup>19</sup>. Es, además, una violación de carácter permanente o continuo, lo que significa que la desaparición forzada subsiste hasta que se descubre el paradero de la persona desaparecida o sus restos son identificados de manera confiable.

Más recientemente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha diferenciado, también, entre desaparición forzosa y simple desaparición, señalando en ese sentido que no toda desaparición es necesariamente forzosa. Para que ésta ocurra, deben concurrir tres elementos: (i) privación de libertad, (ii) la intervención directa de agentes del Estado o su aquiescencia y (iii) la negativa a reconocer la detención y revelar el paradero de la persona<sup>20</sup>. Resulta interesante señalar que la intencionalidad no ha sido expresamente considerada como requisito de la desaparición forzosa, así como tampoco que sea a través de medios violentos, si bien, como se dijo, es en contra o al margen de la voluntad de la víctima.

Las violaciones groseras a los derechos humanos, en especial la desaparición forzosa, ejecuciones extrajudiciales y torturas, se han considerado crímenes internacionales<sup>21</sup> y de allí que sea fundamental el criterio de la Corte Interamericana respecto de las leyes de amnistía y su contrariedad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, frente a estas violaciones groseras a los derechos humanos, la Corte entiende que los Estados parte se encuentran especialmente vinculados a dos obligaciones: (i) los Estados no

---

19 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C 162, párrafo 109; *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Serie C 287, párrafo 232.

20 Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párrafo 55, entre otras.

21 Salmón, Elizabeth, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit., (Kindle Location 6188).

pueden establecer medidas eximentes de responsabilidad y sanción, es decir, que conlleven a la impunidad, como serían por ejemplo las medidas de amnistía y b) los Estados tienen el deber de investigar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.

En el célebre caso *Barrios Altos vs Perú* (2001) la Corte Interamericana estableció que las leyes de amnistía que implican el perdón de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos y que impiden la investigación y sanción de los responsables de tales violaciones, son “inadmisibles”, contrarias a la Convención, deben considerarse como carentes de efectos jurídicos y dan lugar a responsabilidad internacional de los Estados<sup>22</sup>. En esa ocasión se dispuso que esta modalidad de leyes “conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”<sup>23</sup>, además de obstaculizar la investigación y el acceso a la justicia. El mismo criterio se mantuvo, también, respecto de las leyes de amnistía del Perú, en el caso *La Cantuta* (2006), resaltando que tales leyes no podrían surtir efectos o ser aplicadas o reproducidas luego de que la Corte Interamericana declarara de manera general su incompatibilidad<sup>24</sup>.

Posteriormente, en el caso *Almonacid Arellano v Chile* (2006) se ratificó este criterio, afirmó que las leyes de amnistía “constituyen per se una violación de la CADH y generan

---

22 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C no. 75, párrafo 40. Vid. Asimismo Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C no. 221; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C no. 219; y Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C no. 252.

23 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, (2001), cit., párrafos. 41-43.

24 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú* (2006), cit., p. 174.

responsabilidad internacional del Estado”<sup>25</sup>, de modo que la sola vigencia de estas leyes, con independencia de su aplicación o no, es contraria a la Convención. Por ello, se aplicó el control de convencionalidad, en el sentido de que si el legislador nacional incumple su deber de abolir leyes que contravenían la Convención, como lo son las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos, “el poder judicial sigue obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención” y debe por ende dejarlas sin efecto<sup>26</sup>.

Tales casos han sido especialmente relevantes no solo por la importante declaratoria de inconvencionalidad de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos, sino además porque han tenido especial relevancia en el reconocimiento de la obligación estatal de adecuar las disposiciones de derecho interno a la normativa internacional y en el desarrollo y aplicación del control de la convencionalidad.

Los criterios de la Corte Interamericana en relación con la inconvencionalidad de las leyes de amnistía han sido objeto de diálogo jurisprudencial con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia *Margus v. Croatia*<sup>27</sup>, ese Tribunal hizo referencia a las sentencias *Barrios Altos vs Perú* (2001), *Almonacid Arellano et al. vs Chile* (2006), *La Cantuta vs Perú* (2006), *Gelman vs Uruguay* (2001), *Gomes Lund et al. vs Brasil* (2010) y *La Masacre de El Mozote vs El Salvador* (2012), al

---

25 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Interpretación del artículo 2”, A.A.V.V. *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario* (Uribe G. Coordinadora académica), cit., p. 87.

26 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C no. 154, párrafo 119-121. Asimismo, tal como se dispuso en el caso *Gelman v. Uruguay* (2001), cit., párrafo 238, poco importa si la ley de amnistía o caducidad fue aprobada en el marco de un régimen democrático o bien ratificada por la ciudadanía mediante referéndum, plebiscito u otro modo de participación ciudadana. Tal particularidad no exime la inconvencionalidad de la amnistía ni le da legitimidad en el Derecho Internacional.

27 Sentencia TEDH de 27 mayo de 2014. (Aplicación no. 4455/10), Sentencia del Gran Jurado de 27 de mayo de 2014.

momento de determinar la contrariedad al sistema europeo de derechos humanos de la Ley General que concedió amnistía por los delitos cometidos en relación con la guerra en Croacia entre los años 1990 y 1996, excepto por actos que equivalen a las violaciones más graves del derecho humanitario o crímenes de Guerra.

## **2. Protección de grupos en especial situación de vulnerabilidad**

En aras de garantizar la protección de los derechos humanos de todas las personas por igual, con criterio de inclusión social, los órganos del Sistema Interamericano han dado particular importancia a la protección de personas y grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, esto es, aquella persona o grupo que por razones históricas, sociales, económicas, culturales, profesionales o de otra índole, de carácter estructural o coyuntural, se encuentran en situación de minusvalía, riesgo jurídico o discriminación, lo que los hace titulares de una protección especial o reforzada, en ocasiones a través de medidas positivas por parte de los Estados, necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos de acuerdo al artículo 1 del Pacto de San José.

Esa protección especial o reforzada dependerá de las necesidades o circunstancias de cada grupo o persona particularmente vulnerable frente a cada situación específica. Como estableció la Corte en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*: *“La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de*

derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...”<sup>28</sup>. Implica, por ende, una discriminación positiva necesaria para lograr condiciones de igualdad a favor de grupos vulnerables.

Se trata, sin duda, de un estándar fundamental del Sistema Interamericano. No en vano la mayoría de los Protocolos adicionales y Convenciones que integran el *corpus iuris* interamericano, la distribución de las relatorías de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte tienen a grupos vulnerables como parámetro, en atención a la garantía del derecho a la igualdad en el respeto y protección de los derechos humanos. Es además, fundamento del *ius constitutionale commune latinoamericano*<sup>29</sup>.

Entre los grupos que recurrentemente han sido considerados en especial situación de vulnerabilidad se encuentran las mujeres víctimas de violencia o de discriminación de género<sup>30</sup>; niños, niñas y adolescentes<sup>31</sup>; personas mayores o de la tercera edad; personas afrodescendientes; inmigrantes, refugiados y desplazados; personas y pueblos indígenas y

---

28 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Fondo, reparaciones y costas. Serie C no. 149. párrafo 103. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C no. 312.

29 García Ramírez, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, A.A.VV. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, cit., pp. 55 y ss.

30 Entre otras, véanse las consideraciones que en este sentido ha hecho la Corte IDH en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C no. 205.

31 Entre otras, vid. las sentencias de la Corte IDH Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17; y Caso “*Instituto de Reeduación del Menor*” vs. Paraguay. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C no. 112.

tribales<sup>32</sup>; personas con discapacidad física o mental<sup>33</sup>; personas LGBTI<sup>34</sup>; Personas presas o privadas de libertad; líderes políticos; periodistas; activistas de derechos humanos, entre otros.

La condición de persona o grupo especialmente vulnerable puede ser determinada respecto de la violación de cualquier derechos humanos, es decir, puede haber vulnerabilidad frente a la violación o falta de garantía de cualquier derecho humano, de allí que habrá casos de personas especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos civiles y políticos, como serían por ejemplo, líderes políticos, defensores de derechos humanos, periodistas, entre otros y casos de grupos o personas vulnerables frente a la ausencia de garantía y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, como serían, a manera de ejemplo, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, entre otras.

Lo importante, en todo caso, es que se trate de supuestos en los que la gravedad de la violación es superior a la medida de las violaciones de los derechos humanos en el marco de los Estados parte<sup>35</sup>. Para ello la doctrina ha propuesto la existencia de un test de vulnerabilidad, que permite una aproximación a la magnitud, intensidad y/o duración de la violación en cada

---

32 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C no. 172. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C no. 245.

33 *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), cit.; caso *Chinchilla Sandoval et al. vs. Guatemala* (2016) y caso *Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C no. 246.

34 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C no. 239. Corte IDH. *Caso Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C no. 402.

35 Al respecto vid. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C no. 140.

caso concreto<sup>36</sup>, en virtud de lo cual se analizan (i) las causas o razones estructurales, coyunturales, históricas, sociales, etc. de la vulnerabilidad, así como la potencialidad o inminencia de ésta y de la discriminación, de ser el caso; (ii) las circunstancias políticas, económicas, sociales en las que opera la vulnerabilidad en ese caso, así como el grado de exposición y sensibilidad de la o las víctimas y las características del derecho nacional y las políticas públicas frente a la posible vulneración. (iii) el impacto y consecuencias de la situación denunciada respecto de la persona o grupo de personas, tomando en cuenta sus condiciones particulares, como podrían ser psicológicas, sociales, fragilidad económica, entre otras<sup>37</sup>.

En tales casos, será especialmente relevante el análisis de interseccionalidad, criterio incorporado por la Corte a fin de identificar en qué medida en el caso bajo estudio confluyen distintas condiciones de vulnerabilidad en un mismo individuo o grupo, lo que agrava aún más la situación y realza la necesidad o urgencia de las medidas positivas requeridas para su protección<sup>38</sup>.

### **3. Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales**

El reconocimiento, protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) consiguen particular

---

36 Estupiñán Silva, Rosmerlin, "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología", A.A.V.V. Laurence Burgogue-Larsen et.al. (Coord.) *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Comisión Europea, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2014, p. 193 y ss.

37 Estupiñán Silva, Rosmerlin, "La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología", cit., p. 201 y ss.

38 Zota-Bernal, Andrea Catalina, "Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No 9, octubre 2015 - marzo 2016, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 67-85.

relevancia y complejidad en el ámbito interamericano, que no en vano es la región más desigual del mundo, caracterizada por alarmantes índices de pobreza, desigualdad, e insuficiente inclusión social. Tales derechos han contado con reconocimiento expreso como derechos humanos –en tono de desarrollo progresivo– desde la entrada en vigor del Pacto de San José (artículo 26). Sin embargo, el modo de protección de estos derechos por la jurisprudencia interamericana ha variado sustancialmente en el tiempo. Así, podría decirse que la protección de esos derechos ha evolucionado, y desde la creación de la Corte han variado los modos de protección.

En efecto, en una primera etapa los DESCAs se protegían en la jurisprudencia interamericana de manera indirecta, es decir, mediante la protección de los derechos civiles y políticos, y de allí la llamada “socialización” de los derechos civiles o la “civilización” de los derechos humanos de contenido social con fundamento en el criterio de indivisibilidad e interdependencia de tales derechos, protección que se lograba especialmente a través de la garantía del derecho a la vida, a la dignidad humana, a la propiedad, a las garantías judiciales entre otras, entendiendo que tales derechos tienen no solo una vertiente negativa o de respeto por parte del Estado a la libertad de su titular de ejercerlo sin restricciones indebidas, sino además una vertiente positiva, en atención a la cual los Estados deben proveer las condiciones necesarias para el efectivo goce de tales derechos<sup>39</sup>.

En esta primera etapa la interpretación literal del artículo 26 de la Convención daba preeminencia al principio de progresividad de los DESCAs, ello a la luz del Protocolo Adicional a la

---

39 Entre otras, Corte IDH *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C no. 125; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130; y Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C no. 261.

Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también conocido como Protocolo de San Salvador, que establece que únicamente los derechos a la educación y a la libertad sindical serán amparados por el sistema de peticiones individuales.

En una segunda etapa o etapa de justiciabilidad directa, la Corte Interamericana asume una nueva interpretación de la Convención Americana, a fin de dar protección directa a los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA, en conjunción con el artículo 26 del Pacto de San José y las normas del Protocolo de San Salvador. Si bien es cierto, determinó la Corte, que algunas de las obligaciones de los Estados parte que derivan del artículo 26 son de carácter progresivo y deberán ser satisfechas en la medida de las posibilidades y circunstancias de los Estados, hay otras que sí admiten exigibilidad directa y frente a las cuales puede la Corte ordenar a los Estados adoptar medidas eficaces para garantizar el acceso y disfrute de las prestaciones propias de los DESCAs, sin discriminación alguna. De ese modo, a partir de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* de 2017, la Corte Interamericana ha comenzado a dar protección directa al derecho al trabajo, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la cultura, entre otros muchos derechos sociales, económicos y culturales<sup>40</sup>.

No hay duda que esta justiciabilidad directa de los DESCAs es un gran avance en el ámbito de la jurisprudencia interame-

---

40 Sentencias Corte IDH *Caso Lagos del Campo vs. Perú Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C no. 340; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C no. 344; *Caso San Miguel y otras vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie Con. 348. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018; y caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C no. 349.

ricana y la protección integral de los derechos humanos en la región. Queda, sin embargo, como desafío actual lograr la efectividad requerida de esa protección, de manera que los Estados cumplan de forma oportuna y eficaz las decisiones de la Corte que contienen órdenes de hacer respecto de los DESCAs. Tarea que no es fácil, pues ha de tomarse en cuenta la factibilidad y análisis económico de la decisión en cada caso concreto.

#### **4. El derecho a la reparación integral de los derechos humanos**

La Corte Interamericana se ha caracterizado por ser un tribunal regional vanguardista en materia de medios de reparación integral de los derechos humanos. Así, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Africana de Derechos Humanos han seguido sus decisiones y planeamientos en esta materia. Incluso, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido fuente en la discusión y redacción de los *Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones* aprobados por la Asamblea General de la ONU en 2005<sup>41</sup>. Puede así afirmarse que el sistema de reparación integral de la Corte IDH ha contribuido a mejorar la protección de los derechos humanos en la región y a nivel internacional.

La Corte Interamericana ha dado una interpretación extensiva al artículo 63 del Pacto de San José. De acuerdo a dicha norma "1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad

---

41 ONU. Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. A/RES/ 60/147, 16 de diciembre de 2005. El texto de la Resolución en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>. Al respecto vid, Correa, Cristian, A.A.VV. *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario* (Uribe G. Coordinadora académica), cit., pp. 1019 y ss.

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

El referido precepto constituye una norma de contenido adjetivo que hace referencia al contenido y alcance de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana en el ejercicio de su función contenciosa y la correspondiente obligación del Estado de reparar integralmente a la víctima o víctimas de las violaciones de derechos humanos que han sido constatadas y declaradas en el caso concreto. En nuestra opinión, esa obligación tiene base, si se quiere, en dos fuentes: en el Derecho Internacional y en el Derecho jurisdiccional o procesal, aplicable, al ámbito de los tribunales regionales de protección de derechos humanos.

Así, desde el Derecho Internacional, la norma es expresión del principio general de responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones internacionales, concretizado en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y por ende responder por la infracción o incumplimiento de esos deberes internacionales. En nuestro criterio, el derecho de la víctima a la reparación integral y el correlativo deber del perpetrador de reparar el daño, encuentra también sustento, no sin bemoles, en el Derecho jurisdiccional. Así, desde el punto de vista del Derecho jurisdiccional, el efectivo e integral restablecimiento de la situación jurídica infringida es atributo inherente del derecho a la tutela judicial efectiva, pues ese derecho implica no solo acceso a la justicia y debido proceso, sino también la integral reparación del daño y efectivo cumplimiento de lo juzgado. Asimismo, implica el cumplimiento y reparación en especie del daño y solo excepcionalmente su resarcimiento por equivalente.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido extensa en lo que se refiere al derecho a la reparación. Así, desde la sentencia *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* la Corte se ha pronunciado al respecto, desarrollando el contenido y alcance del derecho a la reparación integral o *restitutio in integrum*. En esa oportunidad señaló la Corte que *“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”*<sup>42</sup>. Tales principios fundamentales en materia de reparación integral han sido ratificados a lo largo del tiempo en prácticamente todas las decisiones de fondo de la Corte en las que se declara la violación de la Convención y consecuente se determina la necesidad de reparación del daño<sup>43</sup>.

Coherente con tales principios y a fin de hacerlos efectivos, una vez que están dadas las condiciones de la reparación integral, es decir, una vez que en la sentencia de fondo se declara (i) la violación de un derecho o libertad protegido en la Convención Americana, (ii) que esa violación es imputable al Estado parte y (iii) se constata la existencia del daño sufrido por la víctima, ha de determinarse el contenido y alcance de la reparación integral en el caso concreto, acorde a ese derecho lesionado.

A fin de lograr esa restitución integral, la Corte dicta medidas de distinto alcance. Fundamentalmente, dicta medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición. Asimismo, incluye medidas de repara-

---

42 *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989, cit., párrafos 25-31.

43 Grossman, Claudio, Del Campo Agustina y Trudeau, Mina A., *International Law and Reparations. The Inter-American System*, Clarity Press, 2018, pp. 21 y ss.

ción y pago de costas procesales. Algunas de estas medidas son de alcance interpartes es decir, de restablecimiento a la víctima o víctimas y otras son de carácter erga omnes, como son aquéllas de prevención de nuevas violaciones similares que pudiesen en el futuro afectar a otros grupos o personas, en aras del interés general.

Así, en primer lugar, las *medidas de restitución* que dicta la Corte son aquellas que persiguen el restablecimiento en especie del derecho o libertad violado, buscando que la situación jurídica infringida vuelva al estado en que estaba antes de la violación o vuelva a una situación que sea lo más parecido posible a aquélla. Estas medidas incluyen, por ejemplo, la devolución de bienes muebles o inmuebles que hayan sido ilegalmente confiscados o expropiados, la puesta en libertad de quien fue ilegalmente detenido, la prestación de servicios que fueron ilegalmente interrumpidos o denegados, la restitución del trabajador a su cargo, entre otras muchas.

En segundo lugar, las *medidas de rehabilitación* física o mental que puedan ser necesarias según las circunstancias del caso, y que buscan brindar atención médica o psicológica para resarcir la salud de la víctima o de sus familiares.

En tercer lugar, *medidas de satisfacción* que son aquéllas que brindan apoyo o complementan a la integral reparación de la víctima a través de órdenes innominadas como pueden ser dar derecho a réplica a la víctima, establecer un homenaje público en memoria de las víctimas, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, la publicación y difusión del contenido de la sentencia, implementación de programas sociales en conmemoración de las víctimas, entre otras.

En cuarto lugar, las *medidas de no repetición*, que buscan impedir nuevas violaciones a los derechos humanos similares a las del caso concreto, no solo frente a la víctima sino con alcance general o erga omnes, para lo cual tratan de

modificarse las condiciones estructurales que dieron origen a la violación. Ejemplos de estas medidas son la reforma de la legislación interna o doméstica para adaptarla a los estándares convencionales, capacitación de funcionarios públicos en el respeto de derechos humanos, evitando la repetición de prácticas contrarias a éstos y cualquier otra medida que tenga vocación correctiva o formativa que, como se dijo antes, busquen incidir en la colectividad y evitar futuras similares violaciones de derechos humanos. en otras palabras, la incidencia que persiguen las medidas de no repetición puede ser educativa, cultural, modificaciones o innovaciones legislativas, de políticas públicas, de práctica administrativa, prácticas policiales o militares, entre otras muchas, de modo de modificar determinadas circunstancias que en el ámbito doméstico pudiesen ser perniciosas para la garantía de los derechos humanos. como afirma Ferrer Mac-Gregor, “*algunas medidas de reparación se disponen con «vocación transformadora» de las condiciones estructurales contrarias a la vigencia de los derechos humanos, incluso con un enfoque diferencial, por ejemplo, sensible al distinto impacto que tiene la violencia contra las mujeres*”<sup>44</sup>.

En quinto lugar, la obligación del Estado de *investigar, juzgar y de ser el caso sancionar los hechos acaecidos*, bien en el plano administrativo, bien en el plano judicial, determinando así, de ser el caso, el paradero de la víctima. Esta medida es especialmente importante cuando la Corte declara la violación del derecho a la garantía y protección judicial en tanto que el Estado no llevó a cabo un proceso judicial acorde al debido proceso, derecho a la defensa y demás atributos del derecho a la tutela judicial efectiva para esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades del caso.

Asimismo, de acuerdo también al artículo 63.1 del Pacto de San José la Corte podrá ordenar la reparación de “*las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración*”

---

44 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, A.A.V.V. *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario* (Uribe G. Coordinadora académica), cit., pp. VII.

*de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada*”, como compensación de los daños patrimoniales y morales, así como el pago de las costas procesales.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana persigue la integral restitución y reparación de la violación causada, mediante medidas que ella misma dispone, sin dejar a la discrecionalidad del Estado parte la determinación del modo en que ha de lograr ese restablecimiento. En definitiva, por cuanto es inherente a la función jurisdiccional juzgar y ejecutar lo juzgado, la Corte determina totalmente el contenido de la decisión y condena, con órdenes de dar, hacer o no hacer a costas del condenado o responsable. Asimismo, se ajusta la Corte Interamericana a los principios fundamentales del Derecho jurisdiccional cuando da preeminencia al restablecimiento en especie de la violación y solo de manera excepcional o complementaria el restablecimiento por equivalente o reparación de los daños y perjuicios causados, incapaz per se de evitar violaciones futuras y de la *restitutio in integrum* de la víctima.

### III. REFLEXIONES FINALES. UNIVERSALIDAD Y EFECTIVIDAD COMO DESAFÍOS ACTUALES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Esta breve aproximación histórica e institucional del Sistema Interamericano, así como los apuntes referidos a las grandes líneas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, buscan recordar, en el marco de su aniversario, la importancia del rol fundamental que ese Sistema juega no solo en la protección y defensa de los derechos humanos en la región, sino incluso la vocación transformadora del mismo frente a los grandes retos que enfrentan las Américas, a dos décadas del comienzo del siglo XXI y en el medio aun de una pandemia sin precedentes como es la del Covid-19.

Así, es necesario avanzar aún más en la universalidad del Sistema Interamericano. Si bien no hay duda del reconocimiento universal de todos los derechos inherentes a la persona humana, estén o no expresamente catalogados como derechos humanos en Convenios de protección, sigue siendo clave la necesidad de dar aceptación universal a los instrumentos del Sistema Interamericano para lograr su mayor efectividad. De los 35 miembros de la OEA, son solo 23 los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, de ellos solo 21 han aceptado de la jurisdicción de la Corte Interamericana y solo 7 han ratificado todos los tratados de conforman el *corpus iuris* interamericano.

Esa ratificación universal será fundamental para lograr el cumplimiento generalizado de los estándares interamericanos, recomendaciones de la Comisión y decisiones de ésta y de la Corte. Asimismo, sin ratificación universal no será posible avanzar en la compatibilidad del derecho convencional y las normas de derecho interno, sin perjuicio de contar con herramientas tan efectivas y de vanguardia como lo es el control de la convencionalidad.

Asimismo, sigue siendo un reto el acceso universal a la efectiva garantía de los derechos humanos, frente a lo cual confabulan la inmensa desigualdad socioeconómica de la región y las diversas causas estructurales de discriminación que acentúan la existencia y potencialidad de grupos en especial situación de vulnerabilidad. La gran diversidad de tales grupos es un claro factor de fallas estructurales a las que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no puede dar respuesta por sí solo, sino que requiere del compromiso de cada Estado desde las políticas públicas, educación para los derechos humanos y capacidad institucional.

Otro desafío fundamental para los derechos humanos en la región es la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho. A mayores niveles de Estado democrático de Dere-

cho, mejores niveles de respeto de los derechos humanos y viceversa. Como bien explica el Profesor Carlos Ayala Corao, *“En la medida que tengamos mayores niveles de respeto por los derechos humanos, de progreso social y económico, va a haber posibilidad de que la gente vea y tome la democracia como algo que les afecta su vida diaria y es menos abstracto. Una forma de concretar estas nuevas direcciones de la democracia y de los derechos humanos hacia los aspectos económicos, son con aquellos derivados de los derechos económicos, sociales y culturales, que brindan la oportunidad para una lucha ya no solo individual, que sigue siendo importante, sino colectiva. En definitiva, una narrativa colectiva de la lucha por el respeto y la garantía y la conquista de esos derechos”*<sup>45</sup>. Lamentablemente, el reciente auge de autoritarismo populista en Latinoamérica ha puesto en riesgo no solo las democracias de los Estados parte, individualmente considerados, como es el caso de Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador, sino que es una clara amenaza para el Estado de derecho y la estabilidad de la región, como ha expresado en reiteradas ocasiones el Secretario General de la OEA, Luis Almagro<sup>46</sup> y, de esa manera, una clara amenaza para los derechos humanos. A estos temas dedican especial importancia los órganos interamericanos, y de allí que los más recientes reportes de 2019 de la Comisión Interamericana se refieran a corrupción y derechos humanos, políticas públicas y derechos humanos, protestas y derechos humanos, libertad de expresión, noticias falsas (“fake news”) y elecciones, entre otros muchos.

Finalmente, surge como reto del Sistema Interamericano elevar la efectividad del sistema, mediante la celeridad de sus trámites y cumplimiento efectivo y oportuno de sus decisiones, lo que pasa por incrementar la capacidad presupuestaria

---

45 Correa, Sebastián, “Entrevista a Carlos Ayala Corao. Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; denuncia a los instrumentos del SIDH y libertad de expresión en la era moderna”, *Iuris Dictio* No. 24, 2019, pp. 141 y ss.

46 Entre otras muchas, vid. La declaración de la Secretaría General de 16 de octubre de 2019 [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-081/19](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-081/19)

de la Corte y la Comisión, muy en desventaja respecto de los presupuestos de sus instituciones homólogas en los sistemas europeo y africano<sup>47</sup>.

---

47 Entre otros, vid. Cetra, Raisa, et.al. "Contando monedas: el financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos", en A.A.V.V. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2015, pp. 62 y ss.

## ÍNDICE

Presentación .....13

### PERDER EL MIEDO: UNA SEMBLANZA DE PEDRO NIKKEN

*Claudia Nikken*.....15

### ALGO MÁS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL

*María Lidia Álvarez Chamosa* ..... 29

I. A manera de introducción: El control de convencionalidad y la Administración Pública .....31

II. La Administración Pública y el Estado de Cosas Inconvencional ..... 36

1. Qué es el Estado de Cosas Inconvencional? ..... 36

2. ¿Existen antecedentes sobre el Estado de Cosas Inconvencional?.....39

3. ¿Cómo se configura un Estado de Cosas Inconvencional por acciones u omisiones de la Administración Pública? .....41

4. ¿Qué tipo de decisión adoptaría la Corte IDH al detectar el Estado de Cosas Inconvencional? ..... 45

III. A modo de terminación..... 56

Referencias .....59

### CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Rafael Badell Madrid*.....67

I. Introducción .....69

II. Origen jurisprudencial del control de la convencionalidad .....	78
III. Tipos de control de la convencionalidad.....	85
1. Control concentrado de la convencionalidad .....	85
2. Control difuso de la convencionalidad.....	91
IV. El control de la convencionalidad en Venezuela.....	98
V. Los límites del juez en el control de la convencionalidad .....	101
VI. Bibliografía .....	107

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE INTERNET

<i>José Rafael Belandria García</i> .....	111
Introducción.....	113
I. La fórmula que adoptó la Constitución de 1999.....	115
II. Los derechos en el funcionamiento de la Administración Pública a través de Internet .....	118
III. ¿Existe un derecho de acceso a Internet? .....	125

## LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

<i>José Rafael Belandria García</i> .....	129
I. Los inicios.....	131
II. Modificación del documento constitutivo estatutario, nueva denominación (la actual) y elección de un Consejo Directivo.....	132
III. Una nueva etapa .....	135
IV. El Derecho de la Administración del Estado.....	137
V. De manera mediata: una mejor Administración Pública.....	139

SOBRE LA DECLARACIÓN FRANCESA  
DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO  
(1789) Y SU INFLUENCIA EN LA DECLARACIÓN  
VENEZOLANA DE DERECHOS DEL PUEBLO (1811)

*Allan R. Brewer-Carías* ..... 141

DERECHOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS  
COMO DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIONES  
SOBRE LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL ASEGURADO  
EN VENEZUELA

*Pedro Luis Carmona B.* ..... 199

I. Introducción ..... 201

II. Derechos de consumidores y/o usuarios  
y su categorización como derechos humanos ..... 202

III. Origen y naturaleza jurídica de la figura  
del Defensor del Asegurado en Venezuela ..... 208

IV. El problema de la competencia del Defensor  
del Asegurado en Venezuela ..... 215

V. Conclusiones ..... 222

VI. Bibliografía consultada ..... 223

“MORA E INFLACIÓN”: PEDRO NIKKEN,  
MÁS ALLÁ DE LOS DERECHOS HUMANOS

*María Candelaria Domínguez Guillén* ..... 225

Introducción ..... 227

I. A propósito de las ideas de Nikken  
sobre mora e inflación ..... 229

II. Nominalismo, valorismo y corrección monetaria ..... 241

III. ¿Tema de derechos humanos? ..... 264

IV. Moneda extranjera ..... 269

A manera de conclusión ..... 274

## EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TRIBUTARIA

<i>Luis Fraga-Pittaluga</i> .....	277
I. Introducción.....	279
I. Definición.....	282
II. Breve reseña histórica.....	286
III. Principio de la Legalidad y Reserva Legal.....	296
IV. Elementos del Tributo Afectados por la Reserva de Ley .....	299
1. Creación del tributo.....	299
2. Hecho imponible.....	299
3. Alícuota .....	300
4. Base imponible .....	303
5. Sujeto .....	304
6. Exenciones .....	304
7. Exoneraciones.....	304
8. Rebajas.....	304
9. Otras materias .....	305
V. Fraude a la Reserva Legal Tributaria .....	306
1. La deslegalización.....	306
2. La interpretación de las leyes tributarias .....	308
VI. Ley Formal o Material.....	311
VI. Garantía Constitucional.....	316
VII. Principio de Legalidad Tributaria y Leyes Constitucionales.....	319
Bibliografía .....	324

REPENSANDO LA TUTELA JUDICIAL  
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES  
Y CULTURALES POR LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

DERECHOS PRESTACIONALES EN EMERGENCIAS  
HUMANITARIAS COMPLEJAS

<i>José Ignacio Hernández G.</i> .....	327
I. Introducción.....	329
I. Los DESCAs como derechos de igualdad.....	330
II. El reconocimiento internacional de los DESCAs en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	333
III. La protección jurisdiccional de los DESCAs por la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	336
IV. La protección jurisdiccional de los DESCAs y las Administraciones Públicas .....	340
V. Los DESCAs y las fallas en la capacidad estatal. El caso de las emergencias humanitarias complejas.....	346
VI. Recapitulación.....	356

APUNTES SOBRE DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y SUS INSTRUMENTOS  
DE PROTECCIÓN. LA VIGENCIA  
DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

<i>Rafael Lárez Fermín</i> .....	359
Introducción.....	361
I. Aproximación a la noción de derechos fundamentales .....	365
II. Función del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales .....	374
1. Distinción entre reglas y principios .....	376
2. La reserva de ley .....	380
3. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (intangibilidad).....	382

4. La observancia del principio de proporcionalidad....	390
III. Protección judicial de los derechos fundamentales.....	392
IV. Derechos fundamentales y democracia.	
Su necesaria compatibilidad .....	398

## ASEDIO: EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y SUS LÍMITES

<i>Gustavo Linares Benzo</i> .....	401
I. Actos reglados y actos discrecionales .....	404
1. Noción .....	404
2. El necesario equilibrio: administrar y juzgar .....	410
3. El origen electoral de la Asamblea Nacional y de la Administración como justificación de la discrecionalidad .....	412
4. Análisis del concepto de interés general .....	415
II. Discrecionalidad, tutela judicial efectiva y sustitución de la Administración por el juez .....	416
III. Las técnicas de control de la discrecionalidad.....	421
IV. La “reducción de la discrecionalidad” .....	429
1. El Codice del Processo Amministrativo (2011).....	431
V. La discrecionalidad como causa de la falta de jurisdicción de los tribunales .....	434
1. Regulación de jurisdicción en materia de derecho laboral.....	437
2. Regulación de jurisdicción frente a las autoridades de arrendamiento de viviendas .....	438

LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS  
POLICIALES POR VIOLACION A LOS DERECHOS  
HUMANOS. CASO: FUERZA DE ACCIONES  
ESPECIALES DE LA POLICIA NACIONAL  
BOLIVARIANA

<i>Luís Alonso Macías</i> .....	445
I. La responsabilidad como principio de actuación de la Administración Pública .....	447
II. La responsabilidad por violación a los Derechos Humanos .....	449
III. La noción de actividad de policía .....	453
IV. Responsabilidad individual de los funcionarios policiales por violación a los Derechos Humanos .....	456
1. Responsabilidad Penal .....	458
2. Responsabilidad Civil .....	462
3. Responsabilidad Disciplinaria .....	464
4. Responsabilidad Administrativa .....	465
V. La Responsabilidad del Estado por funcionamiento normal o sin falta y por funcionamiento anormal o sin falta derivado de la actividad de policía .....	466
VI. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en mate- ria de responsabilidad del Estado .....	469
VII. Responsabilidad individual y del Estado por violación de los derechos humanos en el caso de la actuación de la Fuerzas de Acciones Especiales de la Policía Nacional Bolivariana .....	474

NOTAS SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO  
Y LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS  
SANCIONATORIOS EN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS

<i>Juan Andrés Miralles Quintero</i> .....	497
Introducción.....	499
I. Concepto, contenido y alcance del debido proceso .....	501
II. Garantías generales del debido proceso y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios .....	512
1. Derecho a ser oído en sede administrativa .....	512
2. Derecho a un plazo razonable de duración del procedimiento administrativo sancionatorio.....	515
3. Garantías de competencia, imparcialidad e independencia de la autoridad pública.....	517
4. Derecho a la obtención de una resolución motivada .....	521
III. Garantías mínimas del debido proceso y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionatorios .....	526
1. Derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2.) .....	527
2. Derecho a la defensa (artículo 8.2., incisos a, b, c, d, e, f y g) .....	528
3. El derecho a recurrir del acto administrativo.....	531
4. Garantía del respeto a la cosa juzgada administrativa (artículo 8.4.) .....	533
IV. Breve referencia al control de la convencionalidad y su importancia en la materia .....	534
Conclusiones .....	536

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN  
EL ÁMBITO DEL FUNCIONAMIENTO  
DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL FISCAL  
EN VENEZUELA

*Iván D. Paredes Calderón* .....539

Introducción.....541

I. La participación ciudadana como principio  
aplicable a la actividad administrativa..... 543

II. El principio de participación ciudadana  
en la Ley Orgánica de Contraloría General  
de la República y del Sistema Nacional de Control  
Fiscal y su Reglamento ..... 545

III. Desarrollo normativo del principio  
de participación ciudadana a través de  
las normas dictadas por la Contraloría General  
de la República.....551

1. La Oficina de Atención Ciudadana .....552

2. Participación ciudadana a través  
de los Órganos de Control Fiscal..... 556

IV. La contraloría social, los consejos comunales  
y su problemática en el ámbito del control fiscal  
venezolano.....557

Conclusión..... 560

RENDICIÓN DE CUENTAS: UN INSTRUMENTO  
PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Angello J. Peña B.*..... 563

Introducción..... 565

I. Estado Democrático de derecho y rendición  
de cuentas..... 566

1. Estado Democrático de Derecho y Control  
del Poder ..... 566

2. Conceptualización de la Rendición de Cuentas en el Estado Democrático de Derecho .....	569
II. Explorando el contenido de la rendición de cuentas.....	574
1. Elementos de la Rendición de Cuentas .....	574
2. Rendición de Cuentas: ¿deber, derecho y/o principio?.....	575
III. Tipos de rendición de cuentas .....	577
1. Rendición de Cuentas Vertical .....	577
2. Rendición de cuentas horizontal .....	578
IV. La corrupción como afectación de los derechos humanos .....	581
1. Corrupción y Derechos Humanos .....	581
2. Derechos Humanos Afectados por la Corrupción ....	587
V. La rendición de cuentas como instrumento protector de los derechos humanos .....	591
Conclusiones .....	595

LOS BARRIOS, LA PROPIEDAD Y EL ESTADO  
DE DERECHO EN VENEZUELA:  
UN HOMENAJE MEMORIOSO A PEDRO NIKKEN

<i>Rogelio Pérez Perdomo</i> .....	599
I. Inicio y desarrollo del proyecto.....	602
II. Hallazgos.....	606
III. Impacto y limitaciones.....	609

LAS TEORÍAS DE DISCURSO DE ODIO  
DE FISS Y POST Y LECCIONES  
PARA LAS AMÉRICAS

<i>Ricardo F. Rosales</i> .....	613
I. Introducción .....	615
II Teoría de Owen Fiss .....	616

III. Teoría de Robert Post .....	620
IV. Síntesis de las teorías: Dos ideas de igualdad en la Primera Enmienda.....	626
V. Reflexiones finales hacia una teoría regional contra el discurso de odio .....	629

### LA RESTRICCIÓN DE GARANTÍAS SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

<i>Gabriel Sira Santana</i> .....	633
Introducción.....	635
I. Opiniones consultivas .....	642
II. Casos contenciosos.....	647
1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurí- dica.....	649
2. El derecho a la integridad personal .....	650
3. El derecho a la libertad personal.....	652
4. El derecho a las garantías judiciales .....	655

### LA DESTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INSTITUCIÓN MILITAR

<i>Cecilia Sosa Gómez</i> .....	659
I. La práctica de la trampa política.....	661
II. Inoculación política del militar .....	662
III. La Constitución no rige para las FAN .....	664
IV. Lo opuesto al paradigma de la Institución Castrense .....	668
V. La indisciplina militar arroja al Comandante en Jefe.....	671
VI. La prohibición constitucional de ejercer la política desde la FAN.....	674

VII. LA FAN en tareas políticas, civiles y empresariales.....	676
VIII. Cómo rehacer la profesionalización del militar.....	684

LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS  
INCORPORALES

<i>Adelaida María Suárez Díaz</i> .....	689
Introducción.....	691
I. Los Derechos Humanos y su progresividad .....	692
II. Personas Naturales y Jurídicas: Consecuencias de la personalidad.....	695
III. ¿Las personas incorporales pueden ostentar Derechos Humanos?.....	700
A manera de Conclusión.....	710

DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA,  
A LA OMISIÓN LEGISLATIVA PARCIAL  
EN MATERIA DE EJECUCIÓN  
DE SENTENCIAS Y REPARACIÓN  
DE VÍCTIMAS

<i>Andrea Trocel Yabrudy, Mario J. D' Andrea</i> .....	711
Introducción.....	713
I. Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).....	715
1. Situación de Venezuela con respecto al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH).....	715
A. Contexto.....	715
B. Efectos y obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	717

C. Estatus de cumplimiento de Venezuela con respecto a las sentencias de la Corte Interamericana.....	720
II. La Responsabilidad del Estado en Venezuela .....	723
1. La Responsabilidad del Estado Legislador: En concreto, por omisión .....	725
2. Efectos de la omisión legislativa en la ejecución de sentencias de la Corte IDH en Venezuela .....	728
3. La declaratoria de inconstitucionalidad de la omisión legislativa .....	733
Conclusión.....	735
Referencias Bibliográficas .....	736

ALGUNAS NOTAS INTRODUCTORIAS  
SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 187,  
NUMERAL 11, DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

<i>Carlos Urdaneta Sandoval</i> .....	739
Preámbulo .....	741
I. El control civil parlamentario de corte político del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo en materia de misiones militares .....	742
II. Necesidad de la correspondiente autorización como método de control civil parlamentario.....	746
III. Funciones de las misiones militares en un país extranjero, en tiempo de paz .....	749
IV. Funciones jurídicamente permitidas y no permitidas a las misiones militares extranjeras en Venezuela .....	752

TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES  
Y DESAFÍOS ACTUALES DEL SISTEMA  
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.  
BREVES NOTAS EN HOMENAJE  
AL PROFESOR PEDRO NIKKEN

<i>Daniela Urosa Maggi</i> .....	759
I. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breve aproximación histórica e institucional, a propósito de su aniversario .....	764
1. Breve aproximación histórica .....	764
2. Breve aproximación institucional.....	766
II. Principales tendencias de la jurisprudencia interamericana.....	771
1. Violaciones groseras a los derechos humanos: derecho a la vida, al trato humano y a la libertad personal. Breve referencia a las desapariciones forzosas .....	773
2. Protección de grupos en especial situación de vulnerabilidad.....	778
3. Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales .....	781
4. El derecho a la reparación integral de los derechos humanos .....	784
III. Reflexiones finales. Universalidad y efectividad como desafíos actuales del Sistema Interamericano.....	789

Revista Electrónica de  
Derecho Administrativo Venezolano

**N° 17-19 enero - diciembre 2019**