

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

25

JULIO - DICIEMBRE

2022

www.cidep.com.ve

En homenaje a Henrique Iribarren Monteverde

REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Número 25
Julio – Diciembre 2022
Segunda etapa

En homenaje a Henrique Iribarren Monteverde

Caracas, 2023



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

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

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

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

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

© **Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano**
Número 25. Julio – Diciembre 2022

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-25>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 16-05-2023

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

TWITTER: @redav2012

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

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

Twitter – Instagram – LinkedIn – Youtube: @cidepVE

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

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

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

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

Normas y criterios editoriales

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

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

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

Índice

APORTES PARA UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN VENEZUELA, Juan Domingo Alfonso Paradisi y Juan Andrés Miralles Quintero	9
Introducción	9
i. Sobre las posturas doctrinarias en torno a la validez del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela.....	10
ii. Sobre las fases del procedimiento administrativo ordinario electrónico.....	13
Conclusión.....	25
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE AL DERECHO EXTRANJERO E INTERNACIONAL: EL CASO DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA, José Ignacio Hernández G.	27
Introducción	27
i. Introducción a la deuda pública externa desde el derecho administrativo venezolano.....	29
ii. Cuatro ejemplos prácticos de la aplicación del derecho administrativo venezolano a la responsabilidad patrimonial de la administración pública regida por el derecho internacional y extranjero.....	40
Conclusiones	49
PRIVILEGIOS Y PRERROGATIVAS PROCESALES Y FISCALES DE LOS ENTES PÚBLICOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Rafael Badell Madrid	51
Introducción	51
i. Privilegios y prerrogativas procesales de la República	60
ii. Privilegios y prerrogativas fiscales de la República	97
iii. Privilegios y prerrogativas de los municipios	102
DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO Y LIBERTADES POLÍTICAS. UNA MUY BREVE NOTA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-POLÍTICA, Manuel Rojas Pérez	107
i. La libertad como expresión social de la dignidad humana.....	107
ii. Libertades políticas.....	108
iii. Libertades políticas en la Constitución de la República	110
A modo de conclusión.....	113
EL DERECHO AL VOTO DE LOS VENEZOLANOS EN EL EXTRANJERO, Claudia Nikken.....	115
Introducción	115
i. Régimen jurídico del voto de los venezolanos en el extranjero	118

ii. Irregularidad constitucional y complejidad del régimen jurídico aplicable
al voto de los venezolanos en el extranjero 120
Algunas ideas a manera de conclusión..... 130

**ALGUNAS IDEAS PARA DESARROLLAR UNA VERDADERA CULTURA DE LA
TOLERANCIA POLÍTICA EN VENEZUELA, Flavia Pesci Feltri 133**

Prior verba133
Introducción 134
i. Tolerancia: fundamentos y límites.....136
ii. Intransigencia política y recomendaciones para la promoción de la
cultura de la tolerancia política en Venezuela..... 138
Comentario final 142

Aportes para un procedimiento administrativo electrónico en Venezuela

Juan Domingo ALFONZO PARADISI* y Juan Andrés MIRALLES QUINTERO^α

REDAV, N° 25, 2022, PP. 9-25

Resumen: En este trabajo se presentan algunas ideas en torno a la concepción de un procedimiento administrativo electrónico en Venezuela. En particular, se expone en torno a la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) en las diversas etapas del procedimiento administrativo ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Palabras clave: Acto administrativo – Procedimiento administrativo – Tecnología.

Abstract: *In this paper we present some ideas regarding the application of an electronic administrative procedure in Venezuela. We picture about the application of information and communication technologies (ICTs) in the various stages of the ordinary administrative procedure provided for by the Organic Law of Administrative Procedures.*

Keywords: *Administrative act – Administrative proceeding – Technology.*

Recibido

15-12-2022

Aceptado

22-02-2023

Introducción

No queda duda de que el advenimiento de la pandemia puso aún más en evidencia que el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) pueden jugar un papel importante en el mundo. En especial, si se empiezan a implementar las TICs en las relaciones entre los particulares y la Administración, así como en los procedimientos administrativos en general podrían simplificarse más y se garantizaría cabalmente su fin principal.

Resulta indispensable pues que la Administración se encuentre habilitada para introducir y hacer uso de estas nuevas tecnologías en los diferentes procedimientos administrativos que inicie, sustancie y

* Abogado (UCAB). Especialización en Derecho Administrativo (UCAB). Maestría en Estudios Superiores de Administración Pública (INAP España, con la colaboración de la Universidad Alcalá de Henares. Con equivalencia de cursos de Doctorado), mención Cum Laude. Cursos de Doctorado en Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de Derecho Administrativo (UCV) y de Postgrado en Derecho Administrativo (UCAB). Socio propietario y director en el escritorio jurídico Torres, Plaz & Araujo.

^α Abogado (UCAB). Abogado en el escritorio jurídico Torres, Plaz & Araujo.

decida. Por tal razón, a través de este trabajo, pretendemos esbozar y explicar algunas ideas básicas y preliminares sobre la aplicación de estas tecnologías; particularmente en el marco del procedimiento administrativo ordinario establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) en Venezuela y lograr que la Administración logre su fin principal de servir a los particulares.

Así, en primer lugar, comentaremos las distintas posturas doctrinarias que existen con respecto a la validez del procedimiento administrativo electrónico en el país y daremos nuestra opinión al respecto. En segundo lugar, explicaremos las formas en las que estas tecnologías pueden implementarse y aprovecharse en las distintas etapas y actividades del procedimiento administrativo ordinario, siguiendo el marco y la estructura que la propia LOPA establece para el referido procedimiento.

I. Sobre las posturas doctrinarias en torno a la validez del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela

Tanto legislación como jurisprudencia han reconocido progresivamente la utilización de las TICs por parte de la Administración Pública venezolana. Sin embargo, existen diversas posturas en la doctrina nacional en torno a la validez o legalidad del procedimiento administrativo electrónico en el país, por lo que resulta pertinente hacer referencia –aunque sea de forma breve– a estas para así poder explicar la situación del procedimiento administrativo electrónico en el país.

1. Tesis que sostiene su validez

Un sector que podría catalogarse como minoritario de la doctrina nacional considera que el procedimiento administrativo electrónico resulta plenamente aplicable con fundamento en la normativa vigente en Venezuela. En efecto, AMONI REVERÓN sostiene que la validez de la aplicabilidad del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela se deriva de una interpretación sistemática de distintas leyes vigentes, entre ellas, la LOPA, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP), la Ley de Interoperabilidad, la Ley de Infogobierno, y otras normas especiales sobre procedimientos administrativos¹.

En relación con esas dos últimas leyes, expresa el referido autor que ambos textos regulan diversos aspectos del procedimiento administrativo, tales como el valor jurídico del expediente administrativo

¹ Amoni Reverón, Gustavo Adolfo, “El procedimiento administrativo a partir de la Ley de Interoperabilidad y la Ley de Infogobierno” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7, Caracas, 2016, p. 433.

electrónico, el uso de firmas electrónicas por los funcionarios de la Administración, la forma de incorporación de documentos físicos o en papel a los expedientes administrativos electrónicos y la interoperabilidad, entre otros.

Así, AMONI REVERÓN concluye que:

[...] los diversos procedimientos administrativos cuentan ahora con dos textos de Derecho que prevén la posibilidad de materializarlos en un entorno digital, y que deben ser completados con la normativa procedimental administrativa existente, ya que su objeto no es regular en detalle el procedimiento administrativo telemático, sino reconocer su validez en el ordenamiento de Derecho patrio².

2. Tesis que sostiene su invalidez

El sector mayoritario de la doctrina nacional considera que el procedimiento administrativo electrónico sólo gozará de validez jurídica si se encuentra previsto legalmente. Como señala TROCEL YABRUDY, quienes integran este sector consideran que *“las disposiciones legales por sí solas no son suficientes para poner en marcha el procedimiento administrativo electrónico”*³, por lo que *“cualquier modificación en la forma del procedimiento administrativo debería estar antecedida por una reforma de la normativa sustantiva y adjetiva que lo regula”*⁴.

Dicho de otro modo, el procedimiento administrativo electrónico se encuentra condicionado a una previsión legal expresa, condición sin la cual no podría concebirse como jurídicamente válido en el país. Dentro de esta postura, se han efectuado dos propuestas principales para sostener la legalidad del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela que, aunque parezcan ser distintas, parten del mismo fundamento: la previsión legal del procedimiento en referencia.

La primera propuesta o posición tiene que ver con el condicionamiento a una reforma legislativa del referido procedimiento. En efecto, PELLEGRINO PACERA considera acertadamente que es *“necesario replantear la regulación del procedimiento administrativo desde el tamiz de las nuevas tecnologías”*⁵ y, en consecuencia, *“cualquier modificación en la forma del procedimiento administrativo debería estar antecedida*

² Ídem, pp. 419-456.

³ Trocel Yabrudy, Andrea, “El procedimiento administrativo electrónico como medio para alcanzar la buena administración en Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 73, 2018-2019, UCAB, Caracas, 2019, p. 65.

⁴ Ídem, p. 64.

⁵ Pellegrino Pacera, Cosimina, “La necesidad de replantear la noción del acto administrativo en un mundo virtual (Una propuesta para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos)” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 3, Caracas, 2014, p. 285.

*por una reforma de la normativa sustantiva y adjetiva que lo regula*⁶. En otras palabras, de acuerdo con esta postura, se debería reformar el texto de la LOPA vigente, a efectos de incluir las disposiciones respectivas sobre el procedimiento administrativo electrónico.

La segunda posición se inclina más, no hacia la reforma de la LOPA vigente cuyo procedimiento se rige estrictamente por la forma escrita, sino a la elaboración y promulgación de una Ley especial en la materia. Según esta postura, el procedimiento administrativo electrónico no es jurídicamente válido en Venezuela a partir de una interpretación sistemática de las leyes vigentes, sino que se requiere de una adecuación legislativa. De allí que HERNÁNDEZ GONZÁLEZ afirme que los *“medios electrónicos únicamente pueden complementar a la forma escrita del procedimiento y el acto administrativo, pero no pueden sustituir esa forma, en ausencia de una Ley especial que otorgue cobertura a la Administración electrónica”*⁷.

Como se puede apreciar, ambas posturas parten de la misma idea o fundamento, esto es, que la introducción del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela sólo puede ocurrir a partir de su previsión legal expresa, bien sea a través de una reforma de la LOPA vigente o, mediante una Ley especial que se dicte a tal efecto.

3. Nuestra posición

A nuestro criterio, la única forma mediante la cual el procedimiento administrativo electrónico puede tener validez en Venezuela es, como se dijo en líneas precedentes, o por medio de la reforma de la LOPA vigente, o mediante una nueva Ley Especial de Procedimientos Administrativos Electrónicos que se dicte a tal efecto, en cumplimiento del principio de reserva legal previsto en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

Así, compartimos la postura del sector mayoritario de la doctrina nacional, esto es, que la validez del procedimiento administrativo electrónico en Venezuela se encuentra sujeta a su reconocimiento y previsión mediante ley. Como hemos afirmado en otra oportunidad, el dictado de una ley especial pareciera ser una alternativa eficaz pues *“no habría incertidumbre o lagunas en cuanto al procedimiento administrativo*

⁶ 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. [Documento en línea]. Disponible en <https://bit.ly/42tPdSQ>

⁷ Hernández González, José Ignacio, “El control judicial de la Administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011”, en *Revista de Derecho Público* N° 131., Caracas, 2012, p. 223.

electrónico y habría un tratamiento de rango legal, ordenado y sistemático”⁸.

II. Sobre las fases del procedimiento administrativo ordinario electrónico

Ya establecimos que, en nuestra opinión, el procedimiento administrativo electrónico en Venezuela está condicionado a la reforma de la vigente LOPA o, a la promulgación de una nueva ley especial en la materia. Por ello, seguidamente esbozaremos algunas ideas que podrían servir de base para el procedimiento administrativo ordinario en formato electrónico a ser incluido dentro de una eventual reforma legislativa o nueva ley especial.

1. Iniciación

De acuerdo con el artículo 48 de la LOPA, el procedimiento administrativo ordinario se inicia de dos formas, a saber: de oficio o a instancia de parte interesada, mediante solicitud escrita y éste se seguirá cuando no se encuentre previsto expresamente otro procedimiento en una ley especial. Veamos cada una de estas modalidades de apertura del procedimiento aplicando las TICs y bajo la óptica electrónica.

A. De oficio: apertura del procedimiento, notificación y audiencia del interesado

El artículo 48 de la LOPA vigente señala que en los casos en que el procedimiento administrativo se inicie de oficio, la autoridad administrativa competente o una autoridad administrativa superior ordenará la apertura del procedimiento y la notificación a los administrados cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados. Agrega además que se les concederá a los particulares un plazo de diez días para que comparezcan y aleguen sus razones y presenten sus pruebas.

Tomando como base lo establecido en el artículo antes comentado, a los efectos de la apertura del procedimiento administrativo electrónico han de tomarse en consideración varios puntos. El primero es, lógicamente, lo relativo al acto de apertura del procedimiento. Dicho acto de inicio es la decisión formal mediante la cual se acuerda la apertura del procedimiento y, bajo la vigencia de la LOPA, no cabe duda de que éste

⁸ Alfonzo Paradisi, Juan Domingo, “La simplificación de trámites administrativos y el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones” en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de Funeda*, CIDEP, Caracas, 2019, p. 28.

“debe constar por escrito, siendo, por supuesto, un acto de trámite que debe aparecer al inicio del expediente”⁹.

No obstante, en la futura reforma de la LOPA o en el proyecto de ley que se dicte, esta exigencia de escritura quedaría relegada por la informática o digitalización del acto dictado mediante el cual la autoridad administrativa competente ordenará el inicio del procedimiento administrativo electrónico. En dicho caso, consideramos que el referido acto también deberá contener la firma electrónica del órgano que lo dicte. Sobre los actos administrativos electrónicos, ahondaremos con más detalle en las secciones siguientes.

En lo que se refiere a la notificación del particular, es claro que a partir del artículo 73 de la LOPA se colige que la práctica de dicha notificación a *“los interesados de todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos”* debe ser *presencial y personal*, así como debe constar en acto escrito que contenga el texto íntegro del acto administrativo de apertura, la indicación de los recursos que proceden, los términos para ejercerlos y los órganos o tribunales correspondientes ante los cuales deban interponerse.

Sin embargo, las mismas consideraciones expuestas para el acto administrativo de apertura aplican para las notificaciones de éste. Dicho de otro modo, en el marco del procedimiento administrativo electrónico que ha de preverse en una futura reforma legal o proyecto de ley, consideramos que esta notificación ha de efectuarse por medios electrónicos, tales como, por ejemplo, en la dirección de correo electrónico personal del administrado. Sobre este punto profundizaremos más adelante.

En cuanto a la audiencia del interesado, como se señaló anteriormente, la Ley en comentario expresa que el primer acto de trámite es la audiencia del interesado cuando el procedimiento se inicia de oficio. Dicho acto requiere de la presencia física de los interesados en la sede física de la Administración, a los fines de que expongan sus alegatos y presenten sus respectivas pruebas.

Por ello, en la futura reforma de la LOPA o en el proyecto de ley que se dicte, esta exigencia de presencialidad quedaría también relegada o sustituida por las distintas herramientas telemáticas existentes en la actualidad y que permiten la celebración de actos de forma remota y síncrona, es decir, en tiempo real. Sobre la audiencia en el procedimiento administrativo electrónico también ahondaremos más adelante.

⁹ Brewer-Carías, Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, EJV, Caracas, 1997, pp. 295-296.

B. A instancia de parte

Como indicamos antes, de conformidad con el artículo 48 de la LOPA, el procedimiento administrativo ordinario puede iniciarse también a instancia de parte, esto es, mediante la petición o solicitud administrativa del particular. En este supuesto, “*el acto de iniciativa del administrado pone en marcha por sí mismo el procedimiento administrativo*”¹⁰. Bajo la vigencia de la LOPA, la solicitud se hace de forma escrita, conforme se regula en el artículo 48 *eiusdem*, y debe presentarse presencialmente en el registro de presentación de documentos, según lo previsto en el artículo 44 de la misma Ley.

Con respecto al recibo de la solicitud y la documentación correspondiente, señala el artículo 45 de la LOPA que los funcionarios del registro que reciban el escrito y sus anexos “*advertirán a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen, pero sin que puedan negarse a recibirla*”. Agrega el artículo 46 *eiusdem* que se debe dar recibo a los interesados de toda solicitud presentada y de sus anexos, “*con indicación del número de registro que corresponda, lugar, fecha y hora de presentación*”.

Por su parte, el artículo 49 de la LOPA vigente establece que la petición o solicitud administrativa deberá contener: **(i)** el organismo al cual está dirigido; **(ii)** la identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de la cédula de identidad o pasaporte; **(iii)** la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes; **(iv)** los hechos, razones y pedimentos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud; **(v)** la referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso; **(vi)** cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias, y; **(vii)** la firma de los interesados.

Así, para el caso del procedimiento administrativo electrónico iniciado a instancia de parte, la solicitud administrativa del particular la deberá hacer de forma electrónica, sin la necesidad de que se apersona en la sede de la Administración, bien sea cargando el escrito directamente en el portal web de la autoridad administrativa correspondiente como sucede, por ejemplo, en materia de amparo constitucional, o enviando la solicitud vía correo electrónico dirigido a la dirección de correo institucional de la autoridad administrativa correspondiente.

En este caso, el registro de presentación de documentos al cual hace referencia el artículo 44 de la LOPA debería mantenerse con la

¹⁰ Araujo-Juárez, José, *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. 4° ed., Vadell Hermanos, Caracas, 2007, p. 278.

única modificación de que el mismo pase de tener una sede física a una sede electrónica, es decir, que en cada ente u órgano administrativo se contemple “*un sistema de registro electrónico que debe funcionar como un portal suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidas a la Administración*”¹¹, como se ha señalado en otra oportunidad.

De igual forma, creemos que, en la futura reforma legal o proyecto de ley, se deberían mantener los mismos requisitos que se exigen para las solicitudes escritas, en el caso de las solicitudes electrónicas, tomando en consideración las siguientes precisiones:

En cuanto al requisito de la dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes, consideramos que no sólo ha de colocarse la dirección física del lugar donde se encuentre el particular, sino la dirección de correo electrónico a través de la cual se pueda contactar a dicha persona.

Adicionalmente, debemos mencionar –aunque pueda parecer obvio– que los anexos de la solicitud también deberán estar digitalizados y ser enviados por los mismos medios electrónicos señalados para el caso de la solicitud administrativa, siempre y cuando cumplan con los estándares de formato y requisitos de seguridad que se establezcan en los lineamientos nacionales (interoperabilidad y seguridad). En este caso, también se deberá emitir recibo acreditativo de la documentación anexa que haya sido recibida¹².

Igualmente, es necesario hacer referencia a la firma de los interesados ya que creemos que, a los efectos del procedimiento administrativo electrónico, tanto la firma autógrafa como la firma digital de los interesados deberían dar cumplimiento a este último requisito a incluirse en la futura reforma legal o proyecto de ley.

En lo que respecta al despacho saneador, los funcionarios que reciben la solicitud de forma electrónica noten omisiones o irregularidades en la documentación, deberán advertir dicha situación a los interesados por esa misma vía, sea mediante correo electrónico o cualquier otro medio telemático, sin que puedan negarse a recibirla. Los registros electrónicos deberán emitir automáticamente un recibo que contendrá “*una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate,*

¹¹ Alfonzo Paradisi, Juan Domingo, “La simplificación de trámites administrativos y la eventual reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Consideraciones sobre la Administración Electrónica” en *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”*, UCAB, Caracas, 2018, pp. 52-72.

¹² Ídem, pp. 70-71.

*incluyendo la fecha y hora de presentación y número de entrada en el registro*¹³.

En caso de presentarse vía correo electrónico, el funcionario encargado deberá expresarle por ese mismo medio a los interesados que la documentación presentada fue recibida, indicándoles el número de registro que corresponda, lugar (o en este caso medio por el cual se presentó la solicitud), fecha y hora de presentación.

2. Sustanciación

Como bien se sabe, la fase de sustanciación es aquella etapa del procedimiento administrativo en la cual se efectúan todas las actuaciones necesarias y tendentes para el conocimiento del asunto que abarcan desde la incorporación de los alegatos por las partes, hasta la promoción y evacuación de las pruebas por los particulares y órganos administrativos correspondientes.

Actualmente, esta fase puede ser considerada como aquella con el menor desarrollo tecnológico, pues, los entes y órganos de la Administración Pública venezolana no han logrado implementar las herramientas tecnológicas ni los medios telemáticos para llevar a cabo correctamente las actuaciones que engloban esta fase procedimental. De allí que resulta de particular importancia que, en una futura reforma o proyecto de ley, se establezca claramente el desarrollo de esta fase en el procedimiento administrativo electrónico, razón por la cual, pasaremos a aportar algunas ideas de seguidas.

A. Expediente administrativo electrónico: apertura, contenido y acumulación

Conforme al artículo 51 de la LOPA, una vez iniciado el procedimiento, se procederá a abrir el expediente en el cual se recogerá toda la tramitación a que dé lugar el asunto. Además, agrega dicho artículo que se anexarán copias al expediente de todas las comunicaciones entre las distintas autoridades, así como de las publicaciones y notificaciones que se realicen.

Por otro lado, el artículo 52 *eiusdem* establece la acumulación de expedientes con la finalidad de evitar decisiones contradictorias, cuando *“el asunto sometido a la consideración de una oficina administrativa tenga relación íntima o conexión con cualquier otro asunto que se tramite en dicha oficina, podrá el jefe de la dependencia, de oficio o a solicitud de parte”*.

En virtud del principio de la escritura previsto por la LOPA, el expediente administrativo debe constar en físico y reposar en los archivos del

¹³ Ídem.

ente u órgano administrativo competente para llevar a cabo las actuaciones del procedimiento respectivo¹⁴. Sin embargo, en el marco del procedimiento administrativo electrónico, es necesario hacer precisar que el expediente administrativo tradicional pasaría a ser formado en formato electrónico.

El denominado “expediente administrativo electrónico” puede ser definido como el conjunto de documentos administrativos en formato electrónico, ordenados por la Administración Pública y que se encuentran relacionados con un procedimiento administrativo determinado que se está ventilando o que ya lo fue¹⁵. El referido expediente se encuentra regulado en distintas leyes venezolanas, tales como en la Ley de Interoperabilidad, la Ley de Infogobierno y la LOAP mencionadas más arriba. Cada una de estas leyes dedica varias disposiciones a la regulación de los elementos del expediente administrativo electrónico, a saber: su apertura, contenido y acumulación.

BELANDRIA señala que, a partir de las distintas disposiciones contenidas en las referidas leyes, es posible deducir una serie de reglas, tales como que los funcionarios públicos están obligados a aceptar los documentos en físico para que sean incorporados en el expediente electrónico, debiendo en tal caso digitalizarlos; que los documentos electrónicos o reproducidos por medios telemáticos gozan de la misma validez que los originales, entre otras¹⁶.

Ahora bien, creemos que, de todo procedimiento administrativo electrónico, siempre deberá haber un respaldo documental físico, pero también electrónico y es, en este último caso, donde cobra especial relevancia el expediente administrativo electrónico. Así, se abriría un expediente tanto físico como electrónico, conteniendo este último la misma documentación que el primero sólo que digitalizada. Adicionalmente,

¹⁴ Sobre el expediente administrativo en general, véanse Pellegrino Pacera, Cosmina G., “Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 64, Caracas, 2009, pp. 11-39; y Sosa Gómez, Cecilia, “Valor jurídico del expediente administrativo”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 5, Caracas, 2015, pp. 197-225.

¹⁵ Belandria, José Rafael, “El procedimiento administrativo telemático” en *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”*, UCAB, Caracas, 2018, pp. 32-51. Véase también, Alfonso Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y la eventual...*, ob. cit., pp. 52-72.

¹⁶ Belandria, José Rafael: “Expediente administrativo electrónico, protección de datos de carácter personal y transparencia administrativa” en *Transformación Digital, Modernización e innovación en la administración pública con motivo de los 25 años de FUNEDA*. CIDEP, Caracas, 2019, p. 109.

señala la misma doctrina nacional que el expediente administrativo electrónico suele poseer las siguientes características:

- (i) documentos electrónicos que cumplirán las características de contenido, estructura y contexto respectivas; (ii) un índice electrónico, que garantizará la integridad del expediente electrónico y permitirá su recuperación siempre que sea necesario; (iii) la firma electrónica del índice electrónico por la Administración, órgano o entidad a cargo, de acuerdo con la normativa aplicable; y (iv) una estructura hipertextual en los documentos electrónicos, debido a que los mismos pueden poseer enlaces entre distintas partes del documento o con otros documentos.

Con relación a la acumulación de expedientes administrativos electrónicos, creemos que deben mantenerse las mismas condiciones que establece el artículo 52 de la LOPA con la precisión de que la acumulación de éstos ha de hacerse de forma digital, integrando la documentación de ambos en un solo expediente electrónico.

B. Audiencia virtual de los interesados

Una de las fallas más evidentes de la LOPA vigente es la falta de previsión de la audiencia en el procedimiento ordinario iniciado a instancia de parte. Como vimos, en los procedimientos que se inician de oficio, la referida Ley es rigurosa al establecer que, luego de notificados los particulares, se celebrará la audiencia en la cual éstos tendrán la oportunidad de alegar y probar. Sin embargo, para el caso de los procedimientos cuya apertura se ordena a instancia de parte, esto es, mediante solicitud administrativa, el legislador parece haber olvidado hacer dicha previsión.

En todo caso, se debe aplicar analógicamente el artículo 48 de la misma Ley y, en consecuencia, independientemente de que el procedimiento administrativo se inicie de oficio o a instancia de parte, procede tanto la notificación de los administrados cuyos derechos e intereses legítimos, personales y directos puedan haber sido afectados por el acto administrativo en cuestión, como la realización de la audiencia del procedimiento respectivo¹⁷.

Dicho lo anterior, debemos referirnos ahora a la audiencia virtual en el marco del procedimiento administrativo electrónico. En este sentido, consideramos que, en una futura reforma de la LOPA o en el proyecto de ley especial, puede preverse la realización de la audiencia del procedimiento mediante los medios telemáticos que tenga la Administración a su disposición. Para ello obviamente sería necesario que los entes y órganos administrativos competentes cuenten con los equipos y herramientas tecnológicas suficientes para cumplir cabalmente con esta etapa del procedimiento, es decir, para que se lleve a cabo la audiencia

¹⁷ Brewer-Carias, *El Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 302.

sin problemas de conexión y garantizándole el derecho a la defensa a los particulares interesados.

No es baladí afirmar que, con el advenimiento de la pandemia, las herramientas tecnológicas y medios telemáticos han cobrado especial importancia para llevar a cabo diversas reuniones y encuentros. Por tal razón, debe considerarse la utilización de estos medios para una buena realización de esta etapa del procedimiento. El desarrollo de una fase de sustanciación de forma electrónica debe permitir al ciudadano que aporte, cargue o adjunte todos aquellos elementos que sustenten sus alegaciones o pretensiones y le sean remitidas a la Administración mediante un canal web adecuado, tal y como se ha afirmado en otra oportunidad¹⁸.

C. Prueba electrónica

Particular mención debe hacerse al tema de la prueba electrónica en el procedimiento administrativo. En Venezuela, la LOPA consagra en su artículo 58 el principio de la prueba libre, por lo que la prueba electrónica sería admisible en el procedimiento, en tanto y en cuanto no se trate de medios ilegales o impertinentes y los hechos se consideren de relevancia para la toma de la decisión administrativa¹⁹. El referido artículo remite además a los medios establecidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y en otras leyes.

Igualmente, se debe hacer mención al *Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas* (DLMDFE) que, como ley especial, reconoce las operaciones que se efectúan mediante sistemas informáticos. Creemos que, a los efectos de la futura reforma legal o proyecto de ley, se debe mantener la admisibilidad de la prueba electrónica y, en consecuencia, toda prueba debe constar en un instrumento que “recolecte de manera organizada una muestra secuencial y cronológica de los hechos que han acaecido a lo largo de la relación mantenida sobre una determinada pretensión por al menos dos partes”²⁰ por la Administración y los particulares, es decir, que se incorporen al expediente administrativo electrónico.

Adicionalmente, estos medios de prueba han de promoverse y evacuarse mediante la aplicación analógica de los medios de prueba previstos en el Código Civil o, en su defecto, en la forma que indique el

¹⁸ Belandria, “El procedimiento administrativo telemático”, ob. cit., pp. 32-51; y Alfonzo Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y la eventual...*, ob. cit., pp. 52-72.

¹⁹ Araujo-Juárez, ob. cit. Alfonzo Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y el uso...*, ob. cit., p. 42.

²⁰ Ídem.

funcionario sustanciador del procedimiento administrativo en cuanto a la admisibilidad de las pruebas y su valoración²¹.

D. Informes de otros organismos

El artículo 54 de la LOPA señala que el órgano administrativo competente de la tramitación del expediente le deberá solicitar a las demás autoridades y organismos, *“los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto”*. Agrega el artículo de que, en caso de que la solicitud o petición sea del interesado, éste deberá precisar el lugar u oficina donde se encuentren los referidos documentos.

Dicho artículo se complementa con el artículo 55 *eiusdem*, el cual precisa que los documentos, informes y antecedentes antes mencionados *“deberán ser evacuados en el plazo máximo de quince (15) días si se solicitaren de funcionarios del mismo organismo y de veinte (20) días en los otros casos”*. En caso de que el funcionario requerido considere necesario un plazo mayor, deberá manifestarlo de inmediato al requirente, señalándole el tiempo que considere necesario, sin que éste exceda en ningún caso del doble del ya indicado.

Por su parte, el artículo 56 de la LOPA señala que la omisión de los informes y antecedentes indicados antes *“no suspenderá la tramitación, salvo disposición expresa en contrario, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario por la omisión o demora”*; agregando el artículo 57 que los referidos informes no serán vinculantes para el órgano que haya adoptado la decisión, salvo disposición legal en contrario.

A los efectos del procedimiento administrativo electrónico que eventualmente se regulará legislativamente, creemos que los informes referidos en todos los artículos antes señalados pueden también constar en forma digital y ser enviados en la misma forma, mediante los medios telemáticos seleccionados por el funcionario competente.

E. Acceso del interesado al expediente electrónico

El artículo 59 de la LOPA reconoce el derecho que tienen los particulares y sus representantes de acceder al expediente administrativo que se forme del procedimiento administrativo iniciado. En efecto, a tenor del referido artículo, éstos tienen *“el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier*

²¹ Véase Alfonso Paradisi, Juan Domingo, “La prueba en el procedimiento administrativo” en *Libro sobre las IX Jornadas Aníbal Dominici sobre Derecho Probatorio en homenaje al Dr. Salvador Yannuzzi R.*, Caracas, 2020.

documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo”.

Además, el referido artículo hace la salvedad que no se podrá tener acceso a los documentos calificados como confidenciales mediante acto motivado. Sin embargo, como precisa UROSA MAGGI, esta reserva o confidencialidad sólo es aplicable a terceros ajenos al procedimiento, más no a las partes, quienes siempre tendrán el derecho de acceder a toda la documentación incluida en el expediente administrativo correspondiente²².

En el marco del procedimiento administrativo electrónico a regularse en una futura reforma legislativa o proyecto de ley, es imprescindible que se establezca de igual forma el derecho de acceso al expediente en formato electrónico. Dicho de otro modo, los particulares no sólo deben tener el derecho de examinar el expediente en físico o papel, sino también la posibilidad de acceder a éste mediante medios telemáticos, lo cual puede lograrse proporcionando un enlace en el sitio web del órgano administrativo respectivo, dentro del cual se puedan ubicar, mediante una búsqueda, los datos y todas las actuaciones de los diversos expedientes administrativos digitalizados.

Agregamos a lo anterior, y como se ha señalado en otra oportunidad, que la remisión del expediente podrá ser sustituida –a todos los efectos legales– por la puesta a disposición del expediente electrónico, teniendo el interesado derecho a acceder y obtener copia de éste²³.

3. Terminación

El procedimiento administrativo puede culminar de modo normal –con la emisión y notificación del acto administrativo respectivo– o de modo anormal –mediante la perención o el desistimiento por parte del interesado–. Veamos algunas ideas sobre cómo ha de desarrollarse esta última etapa del procedimiento administrativo electrónico.

A. Acto administrativo electrónico

El acto administrativo es definido por la propia LOPA en su artículo 7 como *“toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública”*. En términos generales, el acto

²² Urosa Maggi, Daniela, “Inicio y sustanciación del procedimiento administrativo ordinario. Las garantías de los particulares durante estas fases”, en *Actualización en Procedimiento Administrativo*, FUNEDA, Caracas, 2007, p. 25.

²³ Alfonzo Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y la eventual...*, ob. cit., p. 72.

administrativo es la voluntad de la Administración Pública sobre la cuestión a la que se refiere el procedimiento administrativo²⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ consideraban tradicionalmente que los actos administrativos debían ser escritos y constar en soporte físico o en papel debido a que (i) deben notificarse y publicarse; (ii) debe dejarse constancia expresa de ello y (iii) porque sólo el medio escrito garantiza la certidumbre de producción del procedimiento administrativo²⁵.

No obstante, con el advenimiento de la tecnología parece ser cada vez más necesario migrar del formato papel al digital, garantizándose así una mayor eficiencia en las actuaciones administrativas. Incluso, reiteramos que todas las razones sostenidas por la doctrina tradicional española se mantienen vigentes cuando el acto se dicta electrónicamente, pues, éste “*se puede notificar y publicar de la forma indicada ut supra; dejan constancia de forma adecuada y se asegura la certeza en su producción jurídica*”²⁶.

Ahora bien, en la actualidad diversas leyes prevén disposiciones que regulan los actos administrativos electrónicos. Así, destacan las disposiciones contenidas en la LOAP (artículo 11), la Ley de Infogobierno (arts. 6 y 26), la Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado (art. 49), la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos (art. 17) y la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (art. 8). Incluso, sobre este último artículo se ha pronunciado la doctrina al señalar que “*a partir de esa disposición debieron quedar despejadas las dudas sobre la validez de un acto administrativo elaborado en un formato digital y notificado en la misma forma*”²⁷.

Igualmente, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre la supuesta validez del acto administrativo electrónico en el país²⁸. En especial, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

²⁴ Sobre la definición de acto administrativo, véase en general, Pesci-Feltri, Flavia, “Algunas notas sobre la evolución doctrinal de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo Venezolano” en *100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, FUNEDA, Caracas, 2011.

²⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 1975, p. 553.

²⁶ Alfonzo Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y el uso...*, ob. cit., p. 57.

²⁷ Leal Wilhelm, Salvador, “El acto administrativo electrónico”, en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de Funeda*, CIDEP, Caracas, 2019, p. 201.

²⁸ Sobre la jurisprudencia sobre el acto administrativo electrónico, véase Rivera Cajas, Mónica, “El acto administrativo electrónico en Venezuela”, en *Revista Derecho y Tecnología* N° 15, UCAT, Táchira, 2014, pp. 85-104.

ha acogido la figura del acto administrativo electrónico en las sentencias N° 1011 del 08-07-2009 (caso *Sociedad Mercantil Isf Alpiz Integradores de Soluciones Financieras, C.A.*) y N° 1801 del 15-12-2011 (caso: *MMC Automotriz, S.A.*); posición que ha sido criticada acertadamente por REVERÓN BOULTON²⁹.

En una futura reforma legislativa o proyecto de ley, consideramos que debería incluirse la previsión que el acto administrativo no sólo debe ser dictado y soportado en formato papel, sino también puede ser en formato electrónico o digital. Por ello, reiteramos que lo único que estaría modificándose en este caso sería el formato (de papel a digital), ya que *“su contenido y formalidades deben seguir siendo las mismas por cuanto son dictados por funcionarios competentes en el ejercicio de sus atribuciones y siguiendo las formalidades necesarias para ello, en nuestro caso siguiendo lo dispuesto en el artículo 18 LOPA, por ejemplo”*.

B. Notificación electrónica

La notificación administrativa es *“la comunicación formal del acto administrativo o decisión adoptada en torno al asunto al que se refiere el procedimiento, realizada por el órgano que profirió la misma”*³⁰. Como indicamos más arriba, en Venezuela las notificaciones electrónicas han sido acogidas por diversos artículos del ordenamiento jurídico venezolano, así como por la propia Sala Político-Administrativa del TSJ en varios fallos, a saber: la sentencia N° 1730 del 06-07-2006 (caso: *Aerocaribe Coro, C.A. contra SENIAT*); la sentencia N° 917 del 06-06-2007 (caso: *Constructora Mergabi, C.A. contra Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*); la sentencia N° 381 del 05-04-2016 (caso: *Consortio Boyacá – La Guaira, C.A.*), entre otras.

Las referidas sentencias han tratado desde aspectos puntuales de la notificación electrónica como las formalidades que deben contener y la constancia de que se hayan practicado, hasta *“casos aislados de notificación vía correo electrónico”*³¹, con lo cual forman *“la más interesante (y cuestionable) jurisprudencia”*³² en la materia, pues, ciertamente se requiere de una previsión de ley.

²⁹ Reverón Boulton, Carlos, “Consideraciones en torno a la jurisprudencia relativa a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en procedimientos administrativos” en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de Funeda*, CIDEP, Caracas, 2019, p. 360.

³⁰ Belandria, “El procedimiento administrativo telemático”, ob. cit., p. 47.

³¹ Sira Santana, Gabriel, “La Administración electrónica en las decisiones de la Sala Político-Administrativa del TSJ (2000-2018)” en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de Funeda*, CIDEP, Caracas, p. 394.

³² Reveron Boulton, ob. cit., p. 361.

En lo que respecta al procedimiento administrativo electrónico que será regulado mediante una eventual reforma legislativa o proyecto de ley, debemos indicar que se debería establecer que el interesado tenga la opción de decidir si desea ser notificado personal o electrónicamente, lo cual podría emitirse también por medios electrónicos³³. En tal caso, el interesado deberá indicar su dirección de correo electrónico en la solicitud o petición presentada en la apertura del procedimiento, a los efectos de que logre practicarse ésta.

Un aspecto que considerar para la regulación futura es la prueba de la recepción y la eficacia de las notificaciones electrónicas. Ciertamente, cuando éstas se realizan por correo, no parece haber mayores problemas porque estas aplicaciones contienen mecanismos que permitirían confirmar el envío y recepción de las notificaciones, así como conocer cuando las partes han leído ésta. El problema se expresa con mayor claridad cuando la aplicación de que se trate no contenga esta facilidad pues como se señaló en otra oportunidad, *"los trabajos de los web servers se podrían duplicar al incluir esta aplicación de modo que sistemas con bajo presupuesto posiblemente lo descarten y se limiten al enrutamiento de los mensajes"*³⁴.

Conclusión

Dado los cambios en el mundo, así como la transformación digital y modernización de la Administración Pública, se hace inminente la recepción y previsión de procedimiento administrativo electrónico. Ciertamente, ya algunas leyes importantes han regulado diversos aspectos del procedimiento administrativo electrónico, tales como el valor del expediente administrativo electrónico y de las firmas electrónicas, la incorporación de documentos físicos al expediente electrónico y la interoperabilidad.

No obstante, para ofrecer una mayor seguridad jurídica, así como en favor de los derechos e intereses de los ciudadanos, se requiere, o bien la reforma de la LOPA, o bien la emisión de una ley especial de procedimiento administrativo electrónico que establezca las diversas etapas, fases y requisitos o elementos del mencionado procedimiento, satisfaciendo los principios de reserva legal y de legalidad administrativa y previendo, en esas disposiciones, los avances de la transformación digital. ■

³³ Alfonzo Paradisi, *La simplificación de trámites administrativos y el uso...*, ob. cit., p. 43.

³⁴ Ídem, p. 46.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al derecho extranjero e internacional: El caso de la deuda pública externa

José Ignacio HERNÁNDEZ G.*

REDAV, N° 25, 2022, PP. 27-50

Resumen: Este trabajo examina el alcance y los efectos transnacionales del Derecho Administrativo. En concreto, analiza la responsabilidad de la Administración Pública en los litigios de deuda externa. Habitualmente, el Derecho Administrativo se centra en los daños causados por el funcionamiento irregular de los servicios públicos, por el ejercicio de potestades administrativas y por las cláusulas contractuales exorbitantes en los contratos administrativos, entre otros supuestos. El artículo explora la aplicabilidad del Derecho Administrativo en casos de litigios de deuda externa, utilizando como ejemplo el caso de Venezuela. El estudio demuestra que el Derecho Administrativo siempre se aplica a los litigios extranjeros e internacionales relacionados con la deuda externa.

Palabras clave: Derecho internacional de inversiones – Deuda externa – Responsabilidad patrimonial.

Abstract: *This paper examines the scope and transnational effects of Administrative Law. Specifically, it analyzes the liability of public administration in external debt litigations. Usually, Administrative Law focuses on damages caused by irregular functioning of public services, the exercise of executive powers, and exorbitant contractual clauses in administrative contracts. The paper explores the applicability of Administrative Law in external debt litigation cases, using the Venezuela case as an example. The study finds that Administrative Law always applies to foreign and international litigations related to external debt.*

Keywords: *International investment law Public – External debt – Administration liability.*

Recibido

25-03-2023

Aceptado

03-05-2023

Introducción

Uno de los temas especialmente tratados por el recordado profesor HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE es la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹. Este tema fue abordado para justificar la

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Investigador, Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard.

¹ Iribarren Monteverde, Enrique, "La responsabilidad administrativa extracontractual", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 44, Caracas, 1992, pp. 133 y ss. Su pensamiento en este tema puede consultarse en *El régimen venezolano (paradójicamente clásico) de la responsabilidad administrativa extracontractual*, Ediciones Liber, Caracas. 2006.

necesidad de adoptar un sistema jurídico de responsabilidad patrimonial extracontractual distinto al que deriva del Código Civil, y ajustado a las particularidades del Derecho Administrativo. Este sistema jurídico especial diferencia, así, la responsabilidad derivada del funcionamiento anormal de los servicios públicos, de la responsabilidad basada en la tesis del sacrificio particular por la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. El propósito último de esta propuesta fue complementar el principio de legalidad y el control jurisdiccional de la Administración Pública, a los fines de abarcar también las consecuencias jurídicas de los daños y perjuicios sufridos por los particulares con ocasión a la actividad e inactividad de la Administración Pública².

Este sistema especial aplica al ámbito extracontractual de la actividad administrativa, en tanto la responsabilidad contractual quedó dominada por la teoría del contrato administrativo, tema igualmente tratado por el profesor IRIBARREN MONTEVERDE. En este ámbito, la responsabilidad patrimonial contractual no solo se basa en el incumplimiento del contrato, sino también, en otros dos ámbitos particulares, como lo es la responsabilidad derivada del ejercicio de las cláusulas exorbitantes (en especial, la responsabilidad por terminación unilateral del contrato administrativo) y la responsabilidad derivada de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, incluyendo la teoría de la imprevisión³.

Para rendir merecido homenaje a la memoria del profesor IRIBARREN, hemos querido presentar una arista poco explorada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como es la responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual basada en el Derecho extranjero e internacional, y que se corresponde con la teoría jurídica de la deuda pública externa. En el Derecho venezolano, la teoría de la deuda pública ha sido tratada desde la arista del Derecho Presupuestario, pero no tanto desde el Derecho Administrativo. Y en realidad, la deuda pública no es más que la dimensión financiera de la responsabilidad patrimonial del Estado y, más en concreto, de la Administración Pública.

² Lo que se vincula con el llamado "recurso de plena jurisdicción", esto es, los remedios judiciales que permiten condenar a la Administración Pública por los daños y perjuicios ocasionados. Vid. Iribarren Monteverde, Henrique, "¿Existe en Venezuela un recurso autónomo de plena jurisdicción?", en *Revista de la Fundación Procuraduría* N° 1, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1986, pp. 113 y ss.

³ Iribarren, Henrique, "El contencioso de los contratos administrativos" en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss., así como "El equilibrio económico en los contratos administrativos y la teoría de la imprevisión", *VIII Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*. *Los contratos administrativos*. Tomo II, FUNEDA, Caracas, 2005, pp. 115 y ss.

Nuestro interés se centra en la deuda pública externa, en tanto ésta es gobernada, en parte, por el Derecho extranjero o internacional, en contraposición a la deuda pública interna, sometida a Derecho venezolano. En realidad, lo que se aprecia es la interaplicación entre estos ordenamientos jurídicos, pues toda deuda pública –externa o interna– se rige por el Derecho Público venezolano. Además, la deuda pública externa se rige por el Derecho extranjero, y también –según los casos– por el Derecho Internacional.

Con lo cual, en este estudio analizamos la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública frente al Derecho extranjero e internacional, o lo que es igual, la deuda pública externa desde el Derecho Administrativo. En Venezuela, este tema es de especial importancia si consideramos que la deuda pública externa puede estimarse en no menos de 140.000 millones de dólares. La práctica totalidad de esa deuda se causó a partir de 1999, con lo cual, es una deuda legada de los Gobiernos de Chávez y Maduro. Este aspecto cuantitativo es, así, otra manera de evaluar la destrucción institucional del Derecho Constitucional y Administrativo en Venezuela⁴.

En concreto, este artículo presenta la introducción general a este tema, con el propósito de proponer una taxonomía de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que ha dado lugar a la deuda pública externa y los casos prácticos en los cuales el Derecho Administrativo ha sido tomado en cuenta. Para estos fines, el presente artículo se dividirá en dos partes. La primera presenta la introducción general al tema de la deuda pública externa desde el Derecho Administrativo venezolano, considerando la práctica de las reclamaciones presentadas en cortes extranjeras y tribunales internacionales de inversiones en contra del Estado. La segunda parte examina cuatro supuestos prácticos que evidencian cómo, en esas reclamaciones, el Derecho Administrativo venezolano siempre es relevante.

I. Introducción a la deuda pública externa desde el derecho administrativo venezolano

El estudio de la deuda pública en general, y de la deuda pública externa en especial, suele enmarcarse en el Derecho Presupuestario o Financiero, esto es, el estudio de las normas jurídicas que regulan a la hacienda pública nacional, lo que se corresponde con el concepto de operaciones de crédito público del Derecho venezolano.

⁴ Seguiremos lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, EJV, Caracas, 2022.

Desde el punto de vista económico, esta perspectiva de la deuda pública corresponde al estudio de la macroeconomía y las políticas fiscales, en especial, mediante el estudio de la captación de ingresos para financiar el gasto público. A estos fines, la deuda pública no solo abarca a los contratos de financiamiento sino también, en sentido amplio, al incumplimiento de obligaciones patrimoniales, lo que desde la perspectiva económica se corresponde con el déficit fiscal. Si los gastos son superiores al ingreso, es por cuanto el Estado se ha endeudado difiriendo en el tiempo el gasto que no puede asumir. Asimismo, la relación entre inflación y déficit ha llamado la atención en la macroeconomía, en especial, en la medida en que la inflación puede ser un mecanismo –indirecto– de financiar el gasto público⁵.

La dimensión de la deuda pública que queremos presentar aquí se inspira de estas dos visiones desde una perspectiva jurídica y, especialmente, desde la perspectiva de la Administración Pública. Así, la relación entre deuda pública y actividad administrativa puede ser estudiada, al menos, desde dos perspectivas: **(i)** la gestión de la deuda pública como una competencia de la Administración Pública, y **(ii)** la deuda pública derivada de daños y perjuicios ocasionado por la actividad e inactividad administrativa.

1. El concepto jurídico de deuda pública interna y externa

En términos sencillos, la deuda pública es el conjunto de obligaciones patrimoniales del Estado entendido en sentido amplio y que, en concreto, se traduce en obligaciones de pago de sumas de dinero⁶. La deuda pública, bajo esta perspectiva, admite diversas clasificaciones, pero aquí interesa detenernos solo en tres, a saber, la clasificación desde

⁵ Por ejemplo, Reinhart, Carmen M. y Rogoff, Kenneth S., "Growth in a time of debt", en *American Economic Review: Papers & Proceedings* N° 100, 2010, pp. 573 y ss.

⁶ Las obligaciones solo pueden recaer en personas jurídicas, con lo cual la expresión "Estado" abarca las distintas personas jurídicas a través de las cuales éste actúa, lo que comprende a las personas político-territoriales (República, estados, distritos y municipios) y los entes descentralizados funcionalmente. En cuanto a la República y sus entes descentralizados, las obligaciones pueden ser causadas por acciones u omisiones de cualquiera de las ramas del Poder Público. En la práctica, sin embargo, la deuda pública suele relacionarse con la actividad administrativa, pues **(i)** la gestión financiera de la deuda es parte del giro o tráfico de las Administraciones Públicas; **(ii)** la responsabilidad contractual suele relacionarse con contratos suscritos por las Administraciones Públicas y **(iii)** la responsabilidad extracontractual suele estar ocasionada por la actividad administrativa, en tanto ésta tiene a su cargo la gestión concreta del interés público.

la fuente de las obligaciones, la clasificación desde la moneda de pago y la clasificación desde la causa de las obligaciones⁷.

Desde la *fuentes de las obligaciones*, la deuda pública puede ser contractual o extracontractual, según su causa sea la actividad unilateral o la actividad contractual del Estado. La deuda pública contractual abarca no solo a la deuda derivada de contratos de financiamientos, sino también, la deuda derivada de incumplimientos de contratos públicos.

Con independencia de ello, las obligaciones patrimoniales también pueden clasificarse *de acuerdo con la moneda de pago*, que puede ser la moneda de curso legal o la divisa. El principio general en el Derecho venezolano es que toda obligación pecuniaria se extingue mediante el pago en bolívares, salvo disposición legal o contractual en contrario. Nótese que no existe correlación entre la moneda de pago y las partes de la obligación, lo que puede ser relevante para determinar el *Derecho aplicable a la obligación*, que podrá ser el Derecho venezolano, el Derecho extranjero o el Derecho internacional. En términos descriptivos puede hablarse de obligaciones nacionales regidas por el Derecho doméstico o de obligaciones extranjeras regidas por el Derecho foráneo, pero técnicamente, en cualquiera de esos casos, la moneda de pago puede ser el bolívar o la divisa. En la práctica las obligaciones domésticas tienden a pagarse en bolívares y las obligaciones extranjeras en divisas, pero nada impide fijar reglas especiales⁸.

Esta distinción basada en la moneda de pago permite distinguir a la *deuda interna de la deuda externa*: mientras que la primera es pagadera en bolívares –que es la regla– la segunda es pagadera en divisas –que es la excepción, que rige solo ante disposición legal expresa o acuerdo entre las partes–. Lo relevante desde el punto de vista presupuestario es la moneda de pago y no el régimen jurídico aplicable a la deuda, pues la moneda de pago impone condiciones presupuestarias especiales en cuanto a los ingresos fiscales necesarios para el pago de la deuda. Bajo esta perspectiva, la deuda es interna si es pagadera en bolívares, incluso, si el deudor es extranjero o si el Derecho aplicable es extranjero. Al mismo tiempo, la deuda es externa si es pagadera en divisas, incluso si el deudor es nacional y el Derecho aplicable es el nacional.

⁷ La teoría general de la deuda pública es parte de la teoría general de las obligaciones, derivada del Derecho Civil y aplicable al Derecho Público venezolano. *Vid.*: Domínguez, María Candelaria, *Curso de Derecho Civil III. Obligaciones*, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 85 y ss. En cuanto a la clasificación de la deuda pública en el Derecho Comparado, *vid.*: Megliani, Mauro, *Sovereign debt*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 3 y ss.

⁸ Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 2012, pp. 615 y ss., y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, pp. 560 y ss.

Como principio general, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regida por el Derecho Administrativo venezolano es pagadera en bolívares, que es la moneda de curso legal. En el caso de la responsabilidad extracontractual regida por el Derecho venezolano, siempre la obligación se extingue en bolívares, al no basarse en un acuerdo previo. Por ello, la teoría de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Administrativo venezolano se corresponde siempre con la deuda interna. Esto abarca en especial las reclamaciones patrimoniales basadas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, así como la indemnización expropiatoria, en los términos de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública e Interés Social.

La única excepción a esta regla es la responsabilidad patrimonial extracontractual regida por el Derecho foráneo, o sea, el Derecho extranjero o el Derecho Internacional. Mientras que es poco usual que la responsabilidad patrimonial extracontractual se rijan por el Derecho extranjero, el Derecho Internacional puede aplicar cuando se trata de la responsabilidad patrimonial internacional. Los dos ámbitos en los cuales el Derecho Internacional Público suele aplicar es, por un lado, la responsabilidad patrimonial por violación a derechos humanos y en segundo lugar, la responsabilidad basada en el Derecho Internacional de Inversiones, que es un supuesto de especial aplicación a Venezuela.

La responsabilidad contractual, al someterse a la voluntad de las partes, puede derivar en obligaciones pagaderas en bolívares o en divisa, de acuerdo con los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, la Ley del Banco Central de Venezuela y el Código Civil. En especial, los contratos de financiamiento orientados a captar fondos en los mercados internacionales suelen derivar en obligaciones pagaderas en divisas, o sea, deuda externa, lo que viene acompañado de la cláusula que pacta la aplicación del Derecho extranjero, tanto para los derechos y obligaciones contractuales, como para la jurisdicción a cargo de resolver disputas contractuales⁹.

Por último, *según su causa*, pueden diferenciarse las obligaciones financieras de las no-financieras. En el primer caso la causa de la obligación es procurar recursos por medio de préstamos y otros mecanismos de financiamiento, mientras que el segundo caso comprende obligaciones patrimoniales que no se contraen por causa de endeudamiento. Las obligaciones no-financieras, en la práctica, suelen responder al pago de

⁹ El Reglamento N° 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, de manera errada a nuestro entender, define a la deuda pública externa empleando, concurrentemente, las categorías del domicilio del deudor y la moneda de pago (artículo 3, numeral 17).

daños y perjuicios, según se trate de obligaciones contractuales o extracontractuales.

La distinción entre la deuda financiera y la no-financiera es intercambiable con la deuda contractual y extracontractual. De esa manera, y por un lado, la *deuda pública contractual financiera* es aquella causada en operaciones contractuales de endeudamiento, lo que incluye a las operaciones de crédito público a las cuales alude la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP). Esta deuda pública contractual financiera puede responder a contratos de préstamos bancarios o a la emisión de títulos valores públicos, entre otras modalidades contractuales. Así, mientras que en el siglo pasado la deuda financiera era principalmente deuda contratada con instituciones bancarias, actualmente la deuda financiera suele basarse en títulos valores públicos emitidos por el Estado para captar ingresos en divisas en los mercados internacionales.

Los títulos valores públicos son emitidos, de conformidad con la LOAFSP, por la Administración Pública, por lo cual ellos siempre responden a un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Más allá de la denominación que puedan tener (bonos o notas, por ejemplo), la clasificación más útil es aquella que distingue a los títulos valores orientados a solucionar problemas de flujo de caja –las llamadas notas del tesoro– y los títulos que más bien se orientan a procurar ingresos para proyectos de mayor aliento¹⁰.

La *deuda pública contractual no-financiera*, por su parte, es aquella típicamente derivada del incumplimiento de contratos públicos, distintos a contratos de financiamiento, lo que coincide con la teoría general de la responsabilidad contractual de la Administración Pública. Esto abarca, así, la responsabilidad de la Administración por incumplimiento de contratos públicos.

Por el otro lado, la *deuda pública extracontractual por definición*, es *no-financiera*, y abarca todos los supuestos de responsabilidad extracontractual, en especial, aquella derivada del ejercicio de potestades administrativas que ocasionan un daño especial, la responsabilidad derivada de hechos ilícitos, la responsabilidad patrimonial derivada de la potestad expropiatoria y la responsabilidad derivada de la violación del Derecho Internacional.

Como se observa, esta clasificación de la deuda pública excede de la visión tradicional que enfoca a esa deuda solo desde lo que aquí

¹⁰ Las operaciones de tesorería son de corto plazo, pues la deuda se emite con vencimiento dentro del mismo ejercicio fiscal, ello, a través de las letras del tesoro (numerales 18 y 26, artículo 3, Reglamento N° 2).

llamamos deuda financiera. En realidad, la visión más amplia es la que se aconseja incluso desde un punto de vista económico, si recordamos que el déficit fiscal supone, básicamente, contraer deuda no-financiera, en la medida en que se difiere el pago obligaciones ante la insuficiencia de ingresos fiscales.

Esta visión amplia incluye al concepto de operaciones de crédito público previsto en el artículo 80 de LOAFSP y desarrollado en su Reglamento N° 2. Así, la Ley abarca dentro del concepto de crédito público no solo a los contratos de endeudamiento, sino en general, todo contrato que implique diferimiento de pagos, incluso, en el contexto de contratos públicos¹¹. El concepto es relevante pues, como regla, la celebración de operaciones de crédito público como mecanismo para procurar ingresos fiscales debe ser previamente autorizada mediante la Ley de endeudamiento dictada por la Asamblea Nacional junto con la Ley de presupuesto, salvo excepciones de interpretación restrictiva. Pero incluso las operaciones de crédito público exceptuadas de la Ley de endeudamiento se someten al resto de normas de la LOAFSP y, en general, del Derecho Público, en especial, en lo que respecta al principio de responsabilidad fiscal, conforme al cual el Estado solo puede contraer deuda de manera racional y sostenible¹².

2. La interacción entre el derecho administrativo, el derecho extranjero y el derecho internacional. La Cláusula Calvo

La deuda pública externa basada en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública venezolana encuentra su causa en acciones u omisiones cometidas por órganos y entes de la Administración Pública, no solo nacional sino también en los niveles subnacionales. Por lo tanto, esa deuda siempre se rige por el Derecho Administrativo, que es el Derecho que aplica a las acciones u omisiones que dan lugar a tal responsabilidad.

Pero hay casos en los cuales puede aplicar también el Derecho foráneo, que, a estos fines, es cualquier Derecho distinto al Derecho de Venezuela. Esto abarca a dos categorías. Por un lado, puede tratarse del

¹¹ El citado artículo 80 incluye una categoría residual, relacionada con “operaciones destinadas a obtener recursos que impliquen financiamiento reembolsable”.

¹² La Ley de endeudamiento contempla el monto anual máximo de endeudamiento, lo que implica el control parlamentario previo sobre las operaciones de crédito público (artículo 82). Salvo situaciones de emergencia, todo endeudamiento que supere ese límite debe ser autorizado mediante Ley (artículo 90). La celebración de operaciones de crédito público dentro de ese límite no requiere controles parlamentarios adicionales, salvo que se trate de contratos de interés público (artículo 97). El artículo 101 exceptúa a ciertos entes de los controles comentados, establecidos en el Título III de la Ley, con lo cual el resto de sus normas sí aplica a tales entes. PDVSA es uno de los entes exceptuados, únicamente, del citado Título III.

Derecho extranjero, o sea, del Derecho un Estado distinto a Venezuela. Por el otro lado, puede tratarse del Derecho Internacional Público, en supuestos de responsabilidad patrimonial internacional. En el caso de la responsabilidad extracontractual, la aplicación del Derecho extranjero o internacional dependerá de la causa de la responsabilidad. En el caso de la responsabilidad contractual, ello dependerá del acuerdo contenido en contratos públicos por medio de los cuales se pacte la aplicación del Derecho extranjero. Esto último conecta con la llamada Cláusula Calvo¹³.

Así, la teoría que de manera frontal atiende al problema del Derecho aplicable a los extranjeros es la doctrina desarrollada por CARLOS CALVO. Aun cuando la doctrina, como tal, no aparece expresamente en el *Tra-tado* del autor argentino, de 1863, uno de los párrafos de tal obra ha sido identificado como la posible fuente de la referida doctrina¹⁴. Allí se critica la tesis que postula el sometimiento de los extranjeros a reglas más favorables o privilegiadas que las que rigen a los nacionales, principio considerado contrario a la igualdad entre las Naciones.

Con fundamento en estos postulados, CALVO no sólo cuestionó la protección diplomática –al postular que los Estados deben quedar libres de cualquier injerencia extranjera– sino que además propugnó que los extranjeros no podían tener derechos y privilegios no reconocidos a los nacionales. Es decir, que los extranjeros debían quedar sometidos al Derecho nacional en las mismas condiciones que los nacionales, y que, por ello, debían quedar sometidos a la jurisdicción de los tribunales nacionales. En resumen, la doctrina CALVO pretendió erradicar el riesgo latente de intervenciones de Estados extranjeros motivados por los reclamos de los inversionistas¹⁵.

En este sentido, en realidad, podría asumirse que la doctrina CALVO resumió una doctrina que ya había sido alegada por distintos Estados, principalmente en Latinoamérica, quienes, en defensa de la soberanía, cuestionaron los intentos de sustraer del foro doméstico conflictos con extranjeros. La doctrina señala que uno de los primeros intentos en este sentido fue realizado por Venezuela en 1852¹⁶.

¹³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*, CIDEP-EJV, 2016, pp. 123 y ss.

¹⁴ Calvo, Carlos, *Le Droit International theorique et pratique, Volumen III*, París, 1888, p. 140.

¹⁵ Miles, Kate, *The origins of international investment law: Empire, environment, and the safeguarding of capital*, pp. 49 y ss.

¹⁶ Shea, Donald R., *The Calvo clause*, University of Minnesota Press, 1955, p. 21. De acuerdo con BORCHARD, en 1852 el Gobierno venezolano comisionó a Antonio Leocadio Guzmán con el propósito de negociar un Tratado entre Estados Latinoamericanos que rechazase la presentación de reclamos extranjeros. Cfr.: Borchard,

La doctrina CALVO nunca alcanzó el rango de doctrina de Derecho Internacional, básicamente por la oposición de los entonces Estados exportadores de capital. De allí que los entonces Estados importadores de capitales, como Venezuela, decidieron convertir tal doctrina en una cláusula contractual obligatoria, incluso, de rango constitucional. Esto dio origen a la "Cláusula Calvo", de acuerdo con la cual, las controversias surgidas en el marco de contratos con contratistas extranjeros deben quedar sometidas al Derecho del Estado sede y a la jurisdicción de sus tribunales¹⁷.

En Venezuela, esta cláusula está asociada a los contratos de interés público. Tras ciertas decisiones contradictorias, la doctrina concluyó que esta cláusula es relativa, esto es, que no aplica a todos los contratos, en tanto es posible que, de acuerdo con su naturaleza, se pacte la aplicación del Derecho extranjero y se reconozca, también, la jurisdicción de tribunales extranjeros¹⁸. Tal es la interpretación que deriva del artículo 151 de la Constitución¹⁹:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

La Cláusula Calvo solo aplica en los llamados contratos de interés público nacional, y en todo caso, en ese ámbito su aplicación es relativa. Así, cuando fuera procedente "de acuerdo con la naturaleza" de estos contratos, podrá pactarse la aplicación del Derecho extranjero y

Edwin, *The diplomatic protection of citizens abroad*, The Banks Law Publishing Co., Nueva York, 1925, p. 794.

¹⁷ Shea, Donald R., *The Calvo clause*, cit.

¹⁸ Balzán, Juan Carlos, "El arbitraje en los contratos de interés público a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos y los contratos del Estado, Tomo II*, FUNEDA, Caracas, 2006, pp. 339 y ss.

¹⁹ Usualmente este tema es abordado en Venezuela en referencia a la inmunidad de jurisdicción, aun cuando esta doctrina, en Derecho Internacional, alude a la posibilidad de que cortes extranjeras enjuicien a Estados soberanos. Vid.: Badell Madrid, Rafael, "La inmunidad de jurisdicción y el arbitraje en los contratos del Estado", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Los contratos administrativos y los contratos del Estado, Tomo II*, cit., p. 276.

reconocerse la jurisdicción de cortes extranjeras²⁰. Esta excepción es de interés para la deuda pública pues, en tanto los contratos de crédito público sean considerados contratos de interés público nacional, podría justificarse la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que ello sea necesario para crear incentivos para la emisión de deuda pública externa²¹. Así, la aplicación del Derecho extranjero –como el Derecho del Estado de Nueva York, en Estados Unidos– puede crear condiciones favorables para la emisión de títulos valores públicos en los mercados internacionales, pues los acreedores tienden a confiar en esos foros a los efectos de garantizar sus derechos económicos.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 93 de la LOAFSP, las:

[...] controversias que surjan con ocasión de la realización de operaciones de crédito público, serán resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia, sin perjuicio de las estipulaciones que se incorporen en los respectivos documentos contractuales conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes aplicables.

Esto es, que en los contratos de crédito público, incluso aquellos que revistan la condición de contratos de interés público, al cumplir los extremos derivados del artículo 150 de la Constitución²², puede pactarse la

²⁰ Madrid, Claudia, “El artículo 151 de la Constitución de la República ¿inmunidad? ¿exclusividad? o ¿las dos cosas?”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 143, Caracas, 2005, pp. 427 y ss.

²¹ En el Derecho de Venezuela se ha discutido si los contratos de crédito público pueden ser también contratos de interés público. Véase el análisis de Pérez Luciani, Gonzalo, en “Contratos de interés nacional, contratos de interés público y contratos de empréstito públicos”, *Escritos del Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Fundación Bancaribe, Caracas, 2013, pp. 499 y ss. Concluye el autor que el contrato de empréstito no puede ubicarse ni dentro de la categoría de contratos de interés nacional ni dentro de la categoría de contrato de interés público (p. 581). En general, vid. Mizrachi, Ezra, “Los contratos de empréstito”, en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, cit., pp. 169 y ss. En todo caso, la Sala Constitucional en sentencia de 24-09-2002, caso *Andrés Velásquez*, concluyó que los contratos de crédito público pueden ser, también, contratos de interés público.

²² Según la citada sentencia de la Sala Constitucional, esos extremos son: “1.- Que sean celebrados por la República, a través de los órganos que componen al Ejecutivo Nacional competentes en esta materia. 2.- Que su objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado Venezolano. 3.- Que satisfagan los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante. 4.- Que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquel en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede generar en la vida económica y social de la Nación”. Vid.: Brewer-Carías, Allan, *Sobre las nociones de contratos administrativos, contratos de interés público*,

aplicación del Derecho extranjero y reconocerse la jurisdicción de cortes extranjeras, en tanto ello se justifique para lograr el efecto útil de esas operaciones, cual es levantar fondos en mercados internacionales.

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual no queda sometida a estas disposiciones, y por ello, en la medida en la causa de esa responsabilidad –típicamente, la actividad e inactividad administrativa– se realice en Venezuela, la responsabilidad quedará sometida al Derecho Administrativo, como es el caso paradigmático de la responsabilidad patrimonial derivada de la expropiación. No obstante, esa responsabilidad también se somete a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) suscritos por Venezuela, y que establecen estándares de protección de la inversión, que aplican en especial a la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública. Tal responsabilidad queda sometida al Derecho Internacional, no solo al Tratado sino en general, a los principios generales del Derecho Internacional Público²³.

Por ello, acciones y omisiones de la Administración Pública, que de ordinario se someterían al Derecho Administrativo bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, pasan a estar también sometidas por el Derecho Internacional, bajo la jurisdicción del modelo de arbitraje internacional de inversiones que aplique según el Tratado, en especial, el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI).

En concreto, la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa expropiatoria, o con efectos similares a la expropiación, puede quedar sustraída parcialmente del Derecho Administrativo para pasar a ser regida por el Derecho Internacional de Inversiones. En todo caso, la responsabilidad patrimonial sometida al Derecho Internacional de Inversiones debe responder al ejercicio de potestades administrativas, y no a simples incumplimientos contractuales. Por ejemplo, la terminación unilateral de contratos públicos queda sometida a los TBIs, si la Administración Pública actúa en ejercicio de potestades²⁴.

Pero es también posible incluir, en los contratos públicos, una cláusula arbitral que someta cualquier disputa al arbitraje contractual internacional. Mientras que el arbitraje basado en tratados tiene un ámbito

servicio público, interés público y orden público, y su manipulación legislativa, EJV, 2º ed., Caracas, 2021, pp. 200 y ss.

²³ Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Arbitraje Internacional de Inversiones*, cit.

²⁴ Véase lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “El arbitraje internacional de inversiones y la deuda pública externa venezolana”, en *Derecho de propiedad e intervención del Estado: nuevos y viejos problemas: Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo*, Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Caracas, 2021, pp. 361 y ss.

ciertamente amplio, el arbitraje contractual se circunscribe a resolver disputas sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales²⁵. Este arbitraje contractual ha sido favorecido en diversas leyes administrativas, en especial, en materia de contratación pública²⁶.

De esa manera, y en resumen, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública puede someterse a un Derecho distinto al Derecho Administrativo, en dos casos.

El *primer* caso aplica a la responsabilidad contractual, cuando en el contrato público –incluyendo el contrato de crédito público y el contrato de interés público– se pacte la aplicación del Derecho extranjero y se reconozca la jurisdicción de cortes extranjeras. Asimismo, el contrato público puede pactar la cláusula de arbitraje comercial internacional para resolver cualquier disputa. La principal limitación es la llamada Cláusula Calvo derivada del artículo 151 constitucional, cuya aplicación práctica es más bien reducida.

El *segundo* caso, de gran interés práctico para Venezuela, es la responsabilidad patrimonial extracontractual que se rige por el Derecho Internacional, de acuerdo con el TBI aplicable²⁷. Este supuesto es especialmente relevante para la actividad administrativa expropiatoria²⁸.

En todo caso, la relación entre el Derecho Administrativo, por un lado, y el Derecho extranjero e internacional, por el otro, es más bien de interaplicación, pues lo cierto es que el Derecho Constitucional y Administrativo venezolano siempre aplicará. En concreto, hay dos ámbitos de aplicación que interesa destacar.

Así, el Derecho Constitucional y Administrativo rige para determinar la capacidad del órgano o ente deudor, típicamente, la República y PDVSA. Más allá del Derecho aplicable a las obligaciones y derechos de las operaciones de crédito público e incluso, de la jurisdicción que pueda

²⁵ Schill, Stephan W., "International Investment Law and Comparative Public Law-an Introduction", en *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 3 y ss.

²⁶ Brewer-Carías, Allan, "La progresiva aceptación del arbitraje en el derecho público," en *Boletín de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas* N° 161, Caracas 2020, pp. 1.107 y ss.

²⁷ Dejamos a salvo la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene un tratamiento especial.

²⁸ Montt, Santiago, *State liability in investment arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, p. 342. Véase también a Tudor, Ioana, *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment*, Oxford University Press, 2008, p. 53.

resolver disputas, la capacidad del órgano o ente público contratante se rige por el Derecho Público venezolano²⁹.

Además, y especialmente en el ámbito del Derecho Internacional de Inversiones, el Derecho Constitucional y Administrativo aplica a aspectos tales como la existencia y alcance de la inversión protegida, dejando a salvo que, de acuerdo con el tratado, el Derecho Venezolano también puede aplicar.

En estos casos es posible aludir al *efecto trasnacional del Derecho Administrativo venezolano*, en la medida en que la responsabilidad patrimonial derivada de operaciones de crédito público, contratos sometidos al Derecho extranjero, o acciones y omisiones violatorias de TBIs, quedará regida por aspectos del Derecho Administrativo venezolano, más allá de la aplicación, sustantiva y adjetiva, del Derecho extranjero e internacional³⁰.

II. Cuatro ejemplos prácticos de la aplicación del derecho administrativo venezolano a la responsabilidad patrimonial de la administración pública regida por el derecho internacional y extranjero

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, según lo expuesto en la sección anterior, no se somete exclusivamente al Derecho Administrativo venezolano, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la deuda pública externa, que actualmente, puede estimarse en no menos de 140.000 millones de dólares. Tanto en el ámbito contractual como extracontractual, esta deuda se ha traducido en reclamaciones formuladas ante tribunales de arbitraje internacional y cortes extranjeras, en las cuales el Derecho Administrativo venezolano ha tenido cierto grado de relevancia.

Así, el *primer* caso en el cual el Derecho Administrativo ha resultado de interés es en la interpretación de los principios generales de Derecho

²⁹ Así, es un principio generalmente aceptado que la capacidad de los entes públicos que emiten deuda se rige siempre por su Derecho Público, en este caso, el Derecho Constitucional y Administrativo venezolano. Esto no incide en la aplicación del Derecho extranjero para determinar el alcance de los derechos y obligaciones e incluso, acudir a cortes extranjeras. Pero la capacidad de la República y de PDVSA para contratar operaciones de crédito público no puede regirse por el Derecho extranjero. Cfr.: Wälde, Thomas, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986, p. 125.

³⁰ Arroyo Jiménez, Luis, "Las caras del derecho administrativo transnacional", en *Revista de Administración Pública* N° 218, Madrid, 2022, pp. 101 y ss.

Administrativo como fuente supletoria del Derecho Internacional de Inversiones, en el marco de una disputa Estado-inversor.

El *segundo* caso en el cual el Derecho Administrativo venezolano ha sido aplicado es en controversias relacionadas con la deuda pública externa, es en cuanto a las consecuencias patrimoniales de la violación de la autonomía de PDVSA, en el marco de acciones orientadas a la ejecución de sentencias que condenan a la República al cumplimiento de obligaciones patrimoniales, típicamente relacionadas con laudos arbitrales.

La representación judicial de la PDVSA, en el marco de demandas por incumplimiento contractual conocidas por cortes extranjeras, es el *tercer caso* en el cual el Derecho Administrativo ha sido tomado en cuenta.

Por último, y quizás en el ejemplo más relevante, el *cuarto caso* de aplicación del Derecho Administrativo se relaciona con las restricciones constitucionales a la capacidad de PDVSA de emitir títulos valores en el marco de contratos de emisión sometidos al Derecho del Estado de Nueva York.

1. La aplicación del derecho administrativo venezolano como parte de los principios generales de derecho en el marco del arbitraje internacional de inversiones

De conformidad con el literal “c”, numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los principios generales de Derecho son fuente de Derecho Internacional. Como es sabido, el propósito de este artículo fue facilitar la interpretación hermenéutica del Derecho Internacional Público, evitando que lagunas en la interpretación del tratado impidiesen decidir casos. De esa manera, y de forma supletoria, se reconoció como fuente de Derecho a los principios generales de Derecho doméstico, esto es, aquellos principios de aceptación universal, lo que en modo alguno implica aceptación homogénea. Así, estos principios reconocen la diversidad de sistemas jurídicos y de soluciones, lo que no impide abstraer principios comunes a esos sistemas³¹.

Los principios generales constituyen una útil fuente para la mejor aplicación de los tratados que, como los TBIs, aplican a relaciones jurídico-administrativas. Así, el Estado sede de la inversión queda sometido al TBI en relación con todas sus funciones, aun cuando en la práctica, las relaciones con los inversionistas suelen ser relaciones jurídico-administrativas, o sea, derivadas de la actividad o inactividad de órganos y entes de la Administración Pública. Por ello, se ha propuesto que el Derecho

³¹ Raimondo, Fabián, *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. M. Nijhoff, 2008, pp. 45 y ss.

Internacional de Inversiones debe tomar en cuenta a los principios generales de Derecho Administrativo³².

Estos principios son especialmente útiles para interpretar estándares de protección de inversionistas basados en cláusulas generales, como suele ser el caso de los estándares presentes en los tratados celebrados a fines del siglo pasado, como los que suscribió Venezuela. Quizás el estándar más amplio es aquel por el cual Venezuela se compromete a brindar al inversionista un trato justo y equitativo. La interpretación de ese estándar en laudos arbitrales ha considerado que éste protege al inversionista de toda acción –u omisión– que sea desproporcionada, arbitraria, injusta o abusiva. En especial, este estándar se ha interpretado a la luz de la protección de la confianza legítima del inversor³³. Como se aprecia, la interpretación de este estándar coincide con principios generales que pueden deducirse por el método comparado del Derecho Administrativo³⁴.

Este método fue aplicado en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*, resuelto por un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI³⁵. El asunto sometido al tribunal era la responsabilidad de Venezuela por la terminación unilateral de un contrato público, esto es, un caso común de responsabilidad de la Administración Pública, incluso, bajo la teoría del contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes. En concreto, el tribunal debía decidir si esa terminación violó el estándar del trato justo y equitativo, para lo cual este estándar fue interpretado en el marco de los principios generales del Derecho³⁶.

En concreto, el tribunal consideró cómo la confianza legítima ha sido interpretada en diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo el venezolano³⁷:

Basado en consideraciones coincidentes de buena fe y seguridad jurídica, el concepto de confianza legítima se encuentra presente en diferentes tradiciones jurídicas, de acuerdo con las cuales pueden crearse razonable o

³² Della Cananea, Giacinto, "Genesis and structure of general principles of global public law", en *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 y ss. Por ello, se ha señalado que el Derecho Administrativo Global se basa en principios generales. Cfr.: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El Derecho administrativo global: un derecho principal", en *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 y ss.

³³ Diehl, Alexandra, *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*, Kluwer Law International, 2012, pp. 18 y ss.

³⁴ En general, vid. Gattini, Andrea, et al., "Under the hood of investment arbitration: general principles of law", en *General Principles of Law and International Law Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden-Londres, 2018, pp. 1 y ss.

³⁵ Laudo de 22-09-2014, en el Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1.

³⁶ Párrafo 567.

³⁷ Párrafo 576.

legítimamente algunas expectativas para una persona privada, basadas en el comportamiento constante y/o promesas de su socio, en particular cuando este socio es la Administración Pública de la que depende esta persona privada. En particular, en el Derecho Alemán, la protección de las expectativas legítimas está conectada con el principio de protección de la confianza, el cual ha influido profundamente en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea, a partir de garantías precisas y específicas dadas por la administración. La misma noción encuentra equivalentes en otros países europeos como Francia en el concepto de *confiance légitime*. La protección sustantiva (a diferencia de la procesal) de las expectativas legítimas también pueden encontrarse en el Derecho inglés, aunque no fue reconocido hasta la última década.

Esta protección se encuentra en países latinoamericanos, incluyendo Argentina, como lo expresó el Tribunal en *Total v. República Argentina*, y existe igualmente en el Derecho Administrativo venezolano, como se indica en la primera opinión legal del Profesor A. Brewer-Carias, anexa al Memorial de la Demandante.

Como se observa, el Derecho Administrativo venezolano fue considerado a los fines de deducir, por el método comparado, el alcance de la confianza legítima desde los principios generales del Derecho aplicable a relaciones jurídico-administrativas, a los fines de determinar la violación del estándar del trato justo y equitativo. Esto demuestra que el Derecho Internacional de Inversiones, más allá de la aplicación del tratado, requiere la interpretación armónica de los estándares de protección en el marco de la relación jurídico-administrativa entre Venezuela –como Estado sede– y el inversor.

2. La responsabilidad de PDVSA por obligaciones imputables a la República

El endeudamiento de PDVSA comprende no solo a las obligaciones (contractuales y extracontractuales) de esa empresa, sino, además, y eventualmente, a las obligaciones de la República, debido a la tesis del *alter ego*, aplicada en Estados Unidos³⁸.

Los acreedores de la República han alegado que debido al control político que el Gobierno Nacional ha ejercido sobre operaciones del día a día de PDVSA, ésta debe ser considerada una mera instrumentalidad del Gobierno, sin ningún tipo de autonomía. Estos argumentos se basaron en los hechos que comprueban cómo, de manera gradual, la autonomía de PDVSA fue violada por el Gobierno Nacional, al punto que ésta fue convertida en instrumento político.

³⁸ Seguimos lo que explicamos, con mayor detenimiento, en Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit., pp. 210 y ss.

En Estados Unidos, las empresas públicas pueden responder por obligaciones del Estado, cuando éste ha sometido a aquéllas a un control político intenso en actividades del día a día, siempre y cuando ese control haya sido empleado para defraudar a los acreedores. En tales casos, el juez puede obviar la separación jurídica entre la empresa del Estado (PDVSA y sus filiales) y el Estado (la República), a los fines de hacer responsables a las primeras por obligaciones del segundo³⁹.

Esta tesis fue aplicada por la Corte de Distrito de Delaware en 2018 para una empresa que era acreedor de la República por un laudo arbitral cercano a los 1.200 millones de dólares, y que el Gobierno de Maduro había aceptado, incluso, mediante una transacción⁴⁰. En virtud de este criterio, la Corte de Distrito de Delaware emitió una medida de embargo en contra de activos propiedad de PDVSA (las acciones de PDV Holding, Inc.), para el pago de la obligación de la República. Aun cuando otros acreedores han intentado aplicar esta sentencia a otras acreencias, la Corte concluyó que cada acreedor debe alegar y probar, al momento de la demanda, que PDVSA y sus filiales (incluyendo Citgo), son el alter-ego de la República⁴¹.

Para llegar a esa conclusión, la Corte de Distrito analizó el Derecho Administrativo venezolano, en especial, a través de las acciones por medio de las cuales la autonomía de PDVSA fue violada, al emplearse a esa empresa como una simple instrumentalidad del Gobierno Nacional⁴². Aquí, en realidad, el Derecho Administrativo, en tanto Derecho extranjero para la Corte de Distrito, fue valorado como un hecho. Pero en todo caso, esto demuestra cómo el Derecho Administrativo es relevante, incluso, en acciones judiciales orientadas a la ejecución de sentencias que

³⁹ El caso líder en Estados Unidos es *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), 428.

⁴⁰ En junio de 2017 la empresa presentó una demanda ante la Corte de Distrito de Delaware, orientada a declarar que PDVSA era el alter-ego de la República (*Crystallex International Corporation vs. Bolivarian Republic of Venezuela*, expediente N° 1:17-mc-00151). El 08-08-2018 la Corte dictó sentencia declarando que PDVSA es el alter-ego de la República. Mediante reportes de 14-08 y 22-11-2017, expusimos en ese juicio nuestra opinión independiente sobre cómo la autonomía de PDVSA había sido desmantelada. Es importante aclarar que nuestra opinión no versó sobre la tesis del alter-ego, pues éste es un tema de Derecho de Estados Unidos.

⁴¹ En sentencia de 12-12-2019 la Corte de Distrito de Delaware negó la posibilidad de “extender” los efectos de la sentencia de 2018 a otros casos, con lo cual, los acreedores que deseen invocar la tesis del alter-ego deben plantear nuevas demandas y probar que, para el momento de la demanda, PDVSA es el alter-ego de la República.

⁴² Sobre la violación de la autonomía de PDVSA, vid. Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, EJV, Caracas, 2021, pp. 484 y ss.

condenan al pago de sumas de dinero bajo el Derecho de Estados Unidos.

3. La representación judicial de PDVSA

Para la realización de su giro o tráfico, PDVSA suscribe contratos de suministro con proveedores no domiciliados en Venezuela, usualmente, por medio de su filial Bariven, S.A. Estos contratos pueden someterse a la jurisdicción de los tribunales de Estados Unidos, para dirimir disputas derivadas de incumplimientos contractuales. Precisamente, una de las causas de las reclamaciones en contra de PDVSA en Estados Unidos, es su responsabilidad contractual.

La defensa de PDVSA –y sus filiales– en esos casos, no suele representar mayor problema práctico. Pero a partir del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado por el Gobierno de Estados Unidos, el 23-01-2019, las cortes de Estados Unidos tuvieron que resolver qué organización política podía ejercer la representación judicial del PDVSA⁴³.

Para resolver este punto, fue necesario interpretar las reglas de Derecho Administrativo que rigen a la representación de PDVSA, pero a partir del reconocimiento del presidente encargado, esto es, el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Este Estatuto autorizó al presidente de la Asamblea Nacional, actuando como presidente encargado, para crear órganos especiales de intervención de empresas del Estado, con base en la potestad prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública. A estos fines, se creó la junta administradora ad-hoc de PDVSA, entre otros objetivos, para ejercer la representación de esa empresa en Estados Unidos. Por su parte, la representación judicial se confió a la Oficina del Procurador Especial, igualmente creada en el Estatuto⁴⁴.

Las cortes de Estados Unidos, para resolver el punto sobre la representación judicial de PDVSA, debían interpretar estas normas de Derecho Administrativo, no para analizar su validez –pues ello violentaría la doctrina del acto de Estado– sino para precisar sus aspectos prácticos⁴⁵.

⁴³ Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The defense of the rights and interests of the venezuelan State by the Interim Government before foreign courts. 2019-2020*, EJV, Caracas, 2021.

⁴⁴ Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, EJV, Caracas, 2020.

⁴⁵ En el Derecho Internacional, los actos dictados por los órganos de Gobierno de Estados deben presumirse válidos. Por consiguiente, los actos dictados por la Asamblea Nacional, como el Estatuto, debían ser aplicados por las cortes de Estados Unidos como actos válidos y vinculantes. Véase: Webb, Philippa “International

Tal fue la incidencia resuelta por la Corte del Distrito Sur Texas en el caso *Impact Fluid Solution LP vs. Bariven et al.*⁴⁶ En el marco de una demanda por responsabilidad patrimonial de Bariven –y otras filiales de PDVSA– la Corte interpretó el Estatuto, a los fines de ratificar la competencia de la junta administradora ad-hoc y de la Oficina del Procurador Especial de representar a PDVSA –y Bariven, S.A.– en Estados Unidos.

En consecuencia, y de conformidad con el Estatuto “la Corte considera que la Oficina del Procurador Especial posee el derecho legítimo de designar representación para las empresas de propiedad estatal, incluidos los demandados” mientras que “el Consejo de Administración Ad-Hoc de PDVSA posee autoridad legal sobre los Demandados para nombrar abogados”⁴⁷.

4. Las restricciones constituciones a la capacidad contractual de PDVSA: los contratos de interés público

El 28-10-2016 PDVSA –junto a otras filiales– suscribió el contrato de emisión (*Indenture*)⁴⁸ y el contrato de garantía (*Pledge and Security Agreement*)⁴⁹ de los Bonos 2020⁵⁰. A pesar de que se trata de dos contratos separados, hay una clara conexión entre ellos: en el contrato de garantía PDV Holding, Inc. estableció la prenda sobre el 50,1 % de las acciones de Citgo Holding, Inc., la cual se ejecutará en caso de un evento de incumplimiento (*event of default*) declarado bajo las condiciones del contrato de emisión.

PDVSA suscribió estos contratos a pesar de que la Asamblea Nacional había aprobado, el 27-09-2016, un Acuerdo en ejecución de sus competencias de control sobre contratos de interés público (artículo 187.9 constitucional), en el cual, expresamente, objetó o rechazó que PDVSA cediera las acciones de Citgo en colateral, anunciando una investigación. Así, la Asamblea decidió:

law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of states”, en *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 316-348.

⁴⁶ *Impact Fluid Solutions LP vs. Bariven SA et al*, número de caso 4:2019cv00652.

⁴⁷ En 9-10.

⁴⁸ Las partes de ese contrato son: PDVSA (emisor); PDVSA Petróleos, S.A. (PPSA, garante); Glass America LLC (agente colateral) y MUFG Union Bank, N.A. (Trustee).

⁴⁹ Suscrito entre PDV Holding, Inc., PDVSA, PPSA, Glass America LLC y MUFG Union Bank, N.A.

⁵⁰ Estos títulos valores, conocidos como los Bonos PDVSA 2020, fueron emitidos en una operación de canje de dos series de bonos con vencimiento en 2017. Estos bonos habían sido emitidos sin garantía, como era usual en la práctica financiera de la estatal petrolera. PDVSA ofreció el canje a la par y con garantía sobre acciones de Citgo Holding, Inc., pero terminó ofreciendo una prima a los tenedores de los bonos 2017 que decidieron participar en el canje. Por ello, financieramente, la operación fue irracional, pues aumentó la deuda de PDVSA y colocó en riesgo a su activo más valioso en el extranjero.

Rechazar categóricamente que dentro de la operación de canje se ofrezca como garantía con prioridad por el 50.1% de las acciones que conforman el capital social de Citgo Holding INC, o que se constituya garantía sobre cualquier otro bien de la Nación.

De esa manera, y en el marco del artículo 150 de la Constitución, la Asamblea Nacional consideró que a pesar de que PDVSA puede emitir y canjear títulos valores sin necesidad de enmarcarse en la Ley de endeudamiento, la empresa sí requería de autorización previa de la Asamblea Nacional, pues la cesión en garantía de la mayoría accionarial de PDV Holding, Inc., fue catalogada como un contrato de interés público suscrito con sociedades no domiciliadas en Venezuela⁵¹.

Sin embargo, los contratos de emisión y de garantía establecieron que el Derecho aplicable a los derechos y obligaciones de las partes era el Derecho de Nueva York, cuyos tribunales tenían jurisdicción exclusiva para dirimir cualquier disputa. Esto es, se trató de una operación de crédito público en la cual se pactó la aplicación del Derecho extranjero. Los contratos no establecieron ninguna excepción al Derecho aplicable y, en concreto, no dejaron a salvo el Derecho aplicable a la capacidad de PDVSA, que solo puede ser el Derecho venezolano, en concreto, el Derecho Constitucional y Administrativo.

Este punto fue de interés cuando PDVSA y PDV Holding, Inc. demandaron la nulidad de los contratos de emisión y de garantía, en tanto PDVSA no tenía capacidad de ceder en colateral las acciones de Citgo Holding, Inc., al no haber contado con autorización de la Asamblea, tal y como ésta había decidido en Acuerdo de 27-09-2016, luego reiterado en Acuerdo de 15-10-2019⁵². Ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York, las partes dieron dos argumentos distintos en relación con este punto.

Los demandados –los agentes del contrato de emisión y de colateral– alegaron que el Derecho venezolano no es aplicable, pues los contratos pactaron la aplicación del Derecho del Estado de Nueva York. Esta cláusula fue incluida a los fines de brindar mayor seguridad jurídica a los derechos de los tenedores de los Bonos 2020, con lo cual, reconocer la aplicación del Derecho venezolano implicaría afectar esa seguridad jurídica.

Los demandantes –PDVSA y PDV Holding, Inc.– alegaron que el Derecho del Estado de Nueva York es el que aplica a los derechos y

⁵¹ Badell Madrid, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2020, p. 18, así como Duque Corredor, Román, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", *Revista de Derecho Público* N° 160-161, Caracas, 2020, p. 350.

⁵² Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

obligaciones contractuales, pero no puede aplicar a la capacidad de PDVSA para contratar, pues esa capacidad se rige por el Derecho venezolano, en concreto, el Derecho Constitucional y Administrativo aplicable a los contratos de interés público, de conformidad con los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 27-09-2016 y 15-10-2019. De allí que el argumento de invalidez solo afectaba a la incapacidad de PDVSA de ceder en colateral las acciones de Citgo Holding, Inc.

El 16-10-2020 la Corte del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia, mediante una opinión que desestimó la demanda intentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., al considerar –erradamente– que el Acuerdo de la Asamblea Nacional no había impedido a PDVSA ceder en garantía las acciones y que, en todo caso, el Derecho venezolano no era aplicable⁵³.

Ambos razonamientos son contradictorios. Así, si el Derecho venezolano no era aplicable, entonces, la Corte no debía interpretar el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016, en tanto éste es parte del Derecho venezolano. Pero al haber interpretado ese Acuerdo, la Corte reconoció que el Derecho venezolano sí aplica, al específico punto de la capacidad de PDVSA de ceder en colateral a las acciones.

En todo caso, y además de lo anterior, la Corte violó la doctrina del acto de Estado, pues en realidad, reinterpreto el Acuerdo del 27-09-2016, al concluir que la Asamblea Nacional nunca había anulado los contratos. Tal conclusión parte de un primer error factual: el citado Acuerdo no anuló los contratos pues para el momento en el cual fue dictado, los contratos no habían sido suscritos. En realidad, el citado Acuerdo –como la propia Asamblea Nacional lo interpretó en Acuerdo de 15-10-2019– negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. a sociedades extranjeras, con base en la norma constitucional que establece el control previo sobre los contratos de interés público.

A propósito de la apelación presentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., el 13-10-2022 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revirtió la decisión de la Corte de Distrito. Así, la Corte consideró que, en efecto, es razonable alegar que a pesar de la cláusula que pacta la aplicación del Derecho de Nueva York, el Acuerdo de la Asamblea Nacional sí rige, como parte del Derecho Constitucional y Administrativo que rige a PDVSA. Debido a la trascendencia que esta decisión tendría en la jurisdicción de Nueva York –y en los litigios de deuda pública que suele conocer– se acordó consultar a la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, quien conoce actualmente el caso. Lo que debe decidirse,

⁵³ Cfr.: Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, cit.

así, son los efectos jurídicos del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016.

El caso de los Bonos PDVSA 2020, poco usual incluso en el estudio comparado de los litigios de deuda pública, coloca en evidencia la importancia de considerar que el Derecho Administrativo venezolano y el Derecho extranjero aplicable a operaciones de crédito público rigen de manera concurrente, pero en ámbitos distintos. De esa manera, PDVSA puede pactar la aplicación del Derecho extranjero en contratos de crédito público, en tanto ello facilita la circulación de títulos valores públicos. Pero al pactar la aplicación del Derecho extranjero, PDVSA no puede eludir las normas de Derecho Constitucional y Administrativo que rigen a su capacidad como ente de la Administración Pública.

Así lo advirtió la Asamblea Nacional antes de que los contratos fueran suscritos, lo cual además permite concluir que los tenedores de los Bonos 2020 debían haber conocido de las razones que acreditan la invalidez del colateral por falta de autorización de la Asamblea Nacional, de acuerdo con el régimen jurídico de los contratos de interés público.

Conclusiones

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tanto contractual como extracontractual, no se rige exclusivamente por el Derecho Administrativo venezolano. Como lo demuestran las reclamaciones de la deuda pública externa, esa responsabilidad se somete también al Derecho foráneo, incluyendo al Derecho Internacional y el Derecho extranjero. Por ello, el Derecho Administrativo debe ampliar el análisis de la responsabilidad patrimonial a la responsabilidad derivada de la deuda pública externa, en especial, frente a las reclamaciones –judiciales y arbitrales– presentadas por acreedores extranjeros.

De esa manera, el Derecho Administrativo venezolano nunca es inaplicable a la deuda pública externa: en realidad, ninguna parcela de la actividad –o inactividad– de la Administración Pública puede excluirse por entero del Derecho Administrativo. No es posible, así, la huida del Derecho Administrativo a favor del Derecho Internacional y del Derecho extranjero en las reclamaciones derivadas de la responsabilidad contractual y extracontractual en el marco de la deuda pública externa.

Así, a partir de la taxonomía legal de las reclamaciones presentadas por acreedores extranjeros ante tribunales de arbitraje internacional y cortes extranjeras, pueden identificarse cuatro áreas en las cuales el Derecho Administrativo venezolano aplica –o tiene incidencia– junto con el Derecho Internacional y extranjero.

De esa manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por violación de TBIs está regida por los principios generales como fuente supletoria del Derecho Internacional Público, todo lo cual abarca a los principios generales del Derecho Administrativo, incluyendo el Derecho Administrativo venezolano. Nótese que la aplicación del Derecho venezolano es indirecta, en el sentido que éste es tomado en cuenta para deducir, por el método comparado, los principios generales aplicables a la actividad administrativa, en especial, relacionada con la terminación de contratos públicos.

Además, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública también toma en cuenta el Derecho Administrativo venezolano para considerar las consecuencias jurídicas de la violación de la autonomía de PDVSA. Esa violación no solo contrarió las normas constitucionales y administrativas que rigen a la estatal petrolera, sino que, además, permitió a la Corte de Distrito de Delaware declarar a PDVSA responsable por obligaciones imputables a la República.

La representación judicial de PDVSA en el marco de demandas por incumplimiento de contrato presentadas en las cortes de Estados Unidos también se rige por el Derecho Administrativo venezolano. En especial, las cortes de Estados Unidos interpretaron el régimen jurídico-administrativo de PDVSA derivado del Estatuto, a los fines de determinar las organizaciones que podían ejercer válidamente la representación de esa empresa con ocasión al reconocimiento del presidente encargado.

Finalmente, la responsabilidad patrimonial contractual, en aquellos contratos de crédito público que pactan la aplicación del Derecho Extranjero –como el Derecho del Estado de Nueva York– también se rige por el Derecho Administrativo venezolano, específicamente en lo que corresponde a la capacidad de PDVSA de suscribir contratos de interés público nacional con sociedades no domiciliadas en Venezuela. ■

Privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los entes públicos en el proceso contencioso administrativo

Rafael BADELL MADRID*

REDAV, N° 25, 2022, PP.51-106

Resumen: El presente estudio se refiere a los privilegios y prerrogativas que consagra el ordenamiento jurídico venezolano en beneficio de la República, los estados, los municipios y demás entes públicos cuando es llevada a juicio en la jurisdicción contencioso administrativa. En primer lugar, hacemos mención a la evolución del derecho administrativo y los cambios que en la actualidad propugnan el abandono de estos privilegios y prerrogativas y como esos privilegios se enfrentan a principios constitucionales como el de igualdad y el de tutela judicial efectiva. Luego, nos referimos y desarrollamos la legislación que establece esas prerrogativas y privilegios fiscales antes del proceso judicial, durante el proceso y después, en la ejecución de la decisión y los criterios jurisprudenciales y la posición de la doctrina.

Palabras clave: Contencioso administrativo – Igualdad – Prerrogativas – Tutela judicial efectiva.

Abstract: *The present study refers to the privileges and prerogatives provided by the Venezuelan legal system for the benefit of the Republic, States, municipalities and other public entities in the administrative litigation procedure. Firstly, we highlight the evolution of the administrative law and the changes that currently encourage the abandonment of these privileges and prerogatives and how these privileges are opposed to certain constitutional principles, such as that of equality and the right to effective and timely judicial review. Then, we made a reference and development upon the legislation that provides these prerogatives and fiscal privileges before the initiation of the judicial procedure, during its process and afterwards during the execution of the decision thereof, as well as upon jurisprudential criteria and doctrine upon the matter.*

Keywords: *Administrative litigation – Equality – Prerogatives – Effective judicial protection.*

Recibido

09-03-2023

Aceptado

27-04-2023

Introducción

Me alegra mucho que la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano –dirigida por las manos expertas del Dr. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ acompañado en el Consejo de Redacción por un grupo de

* Doctor en Derecho (UCAB). Profesor titular (UCAB). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

expertos profesores en derecho administrativo– haya decidido dedicar esta edición a rendir homenaje al profesor HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE, fallecido el 02-05-2022, quien cultivó con pasión y entrega el derecho administrativo como abogado en ejercicio, árbitro, como brillante, reconocido y muy querido profesor de derecho administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello, y como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Además, HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE fue autor de una extensa y valiosa obra jurídica; escribió sobre el acto administrativo, contratos administrativos, responsabilidad del Estado, contencioso administrativo y otros temas fundamentales del derecho administrativo¹.

Henrique Iribarren Monteverde fue un hombre comprometido con la excelencia. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1982, fue el número uno de su promoción. Realizó estudios de postgrado en derecho administrativo en Francia en la Universidad de París II, donde obtuvo con mención honorífica el Diploma Superior de la Universidad y el Diploma de Estudios Profundos Especialización en Ciencias Administrativas. Fue alumno de ROLAND DRAGO, CLAUDE GOYARD y JEAN LUIS DE CORAIL y, siempre, durante sus cuarenta años de ejercicio profesional fue discípulo dilecto del maestro LUIS HENRIQUE FARIAS MATA.

Fue Abogado jefe y luego Director de Asesoría del Estado de la Procuraduría General de la República, donde tuvo una brillantísima y muy destacada actuación en la defensa de los intereses de la República.

Fue miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, donde ocupó el sillón N° 18 en sustitución del académico JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA². Su discurso de incorporación fue un brillante estudio sobre “El principio del respeto a las situaciones jurídicas subjetivas en el Derecho Público Venezolano”³.

¹ Para mayor información sobre el Profesor Henrique Iribarren Monteverde véase Boletín de la Academia de Ciencias Política y Sociales, N° 169, en Homenaje al Henrique Iribarren Monteverde, ACIENPOL, Caracas, 2022, <https://bit.ly/3MrOpq>

² Para un estudio completo del sillón N° 18 de la Academia véase Henrique Iribarren Monteverde, “Historia del Sillón No. 18”, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 163, marzo 2021. 85° Aniversario (1936-2021), ACIENPOL, Caracas, 2021, pp. 395-411, <https://bit.ly/3W7PTLh> El sillón N° 18 ha estado ocupado por siete académicos: Raúl Crespo Vivas, Enrique Urdaneta Maya, José Antonio Tagliaferro, Francisco Vetancourt Aristiguieta, José Loreto Arismendi (Hijo), José Luis Aguilar Gorronдона y Henrique Iribarren Monteverde.

³ Discurso de incorporación del Prof. Henrique Iribarren Monteverde a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 07-05-2013. En Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 152, ACIENPOL, Caracas, 2013, pp. 461-483, <https://bit.ly/3pLxebP>

Agradezco entonces a la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano por haberme invitado a sumarme a este homenaje a HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE y, para ello, voy a referirme a la posición de supremacía que tiene la Administración frente a los particulares de forma cada vez más abultada y desproporcionada cuando comparece en juicio llena y protegida de prerrogativas y privilegios y de cómo esa odiosa circunstancia se enfrenta y viola los principios constitucionales de igualdad y de tutela judicial efectiva, sobre todo teniendo en cuenta que el concepto de derecho administrativo ha evolucionado a través de un proceso hasta llegar a ser hoy algo muy distinto y lejano a lo que era en su origen.

Este tema ha despertado mi interés y atención desde hace treinta y cinco años cuando en 1988 escribí un artículo titulado el “*Agotamiento de la vía administrativa, en el caso de las decisiones emanadas de la Comisión creada por el Decreto 61*” que fue publicado en la Revista de la Procuraduría General de la República, N° 3 de ese año, en el cual me referí a la inconveniencia de establecer recursos administrativos previos de forma obligatoria o como requisito obligatorio para acceder al contencioso administrativo y, luego, en mi condición de profesor de derecho procesal administrativo y en mi experiencia profesional como abogado litigante en la jurisdicción administrativa.

En primer lugar, reitero la idea que he expresado en otra ocasión respecto a que el derecho administrativo, en su presentación moderna y ajustada al Estado constitucional y de derecho, debe ser entendido como garantía del ejercicio del poder desde la libertad y para la libertad y ha de ser la herramienta fundamental para frenar la arbitrariedad en beneficio de la dignidad humana y proteger los valores supremos del hombre, dentro de los cuales destaca la libertad “*como categoría de primer orden en la vida civilizada*”⁴.

Para asegurar la materialización de este derecho administrativo de la libertad que pretende eliminar la ilegalidad en el ejercicio del poder público y evitar el ejercicio ilimitado del poder y de esta forma asegurar el pleno disfrute y ejercicio de las libertades y derechos de los ciudadanos, se precisa de un régimen de justicia administrativa –tutela judicial efectiva– que garantice no sólo el derecho de acceso a la justicia y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que supone también que la Administración, en respeto del derecho constitucional a la igualdad previsto en el artículo 21 de la Constitución de Venezuela de

⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, Armando “Libertad, Estado y Derecho Administrativo. El papel del Derecho administrativo en la modernidad democrática”, en *Revista de Derecho Público* N° 117, EJV, Caracas, 2009, p. 46.

1999, actúe en juicio frente a los particulares como cualquier otra parte, sometida a derecho y en equivalencia de condiciones.

De forma que no puede haber tutela judicial efectiva si no se cumple el principio de igualdad de las partes en el proceso, aun cuando ella sea una persona jurídica de derecho público o un ente de índole privada creado mediante la descentralización funcional del Estado. No hay tutela judicial efectiva en un proceso judicial en el que se reconozcan beneficios o privilegios procesales y fiscales a una de las partes y cargas y obligaciones a la otra.

Dos principios fundamentales deben armonizarse y tenerse en cuenta; de una parte, el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 21 de la Constitución y de la otra el referido a la tutela judicial establecido en el artículo 26 *eiusdem*.

En efecto, el artículo 21 de la Constitución dispone sobre el derecho a la igualdad ante la ley lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquéllas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Asimismo, el artículo 26 de la Constitución consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

De manera que la tutela judicial efectiva no es sólo el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que también forman parte de

ese derecho constitucional un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como el respeto de las garantías que aseguren el derecho al debido proceso, la obtención de una sentencia eficaz y la posibilidad efectiva de ejecutar lo decidido.

Téngase en cuenta, además, que la exposición de motivos de la Constitución señala que el derecho a la justicia tiene fundamento “*en los derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva*” y exhorta al legislador, con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, a “*eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio*”.

Lo que hemos señalado hasta ahora contrasta con el origen del sistema de justicia administrativa en Francia, fundamentado en la interpretación particular del principio de división de poderes, motivada por circunstancias históricas y contingentes que derivó en lo que llamó GONZÁLEZ PÉREZ la “*monstruosa construcción revolucionaria*” que predicaba la “*independencia de la administración frente a los Tribunales*”⁵ y la creación de un sistema de justicia administrativa encomendada a la propia Administración, en el cual los litigios contra la Administración escapaban del conocimiento de los tribunales –bajo el principio esencial según el cual “*juzgar a la administración sigue siendo administrar*”–, y se establecía que era el Rey, y luego los ministros, quienes conocían de tales causas para no incurrir en denegación de justicia.

Para imponer esa peculiar interpretación del principio de separación de poderes, y llevar adelante el sistema de autocontrol o exención judicial, se dictó la Ley de “Separación” (Ley 16-24, de agosto de 1790) por medio de la cual se estableció que “*Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*”⁶.

En esa primera fase de la justicia administrativa –fundamentada en el autocontrol de la administración– se fueron formando las inmunidades, prerrogativa y privilegios de la administración. Una de las

⁵ Véase: Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.

⁶ Posteriormente, la Ley de 16 de Fructidor del año III (3 de septiembre de 1795) dispuso: “*Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de Administración, cualquiera que sea su especie*”. Existió claramente un recelo ante los jueces por su vinculación con el Antiguo Régimen.

inmунidades iniciales “*fue la exigencia formal de que determinadas materias que le son propias han de quedar inmunes al control y fiscalización los jueces*”⁷. Esas zonas exentas de control o inmunes a la fiscalización judicial eran los actos discrecionales, los actos políticos y los reglamentos. Un afortunado desarrollo posterior del derecho administrativo nos lleva a la consideración actual –que ya es dogma– de que no hay actos, o actuaciones de la administración inmunes de control.

También se elaboró la idea de que era necesario agotar previamente todas las vías administrativas iniciales o recursivas, puesto que la lógica era la de que sólo podía conocerse o revisarse un acto o decisión previa; de allí que se concibió como una prerrogativa de los entes públicos, el obligatorio tránsito de los particulares por los procedimientos en sede administrativa antes de poder acudir a la vía jurisdiccional a través de las acciones judiciales a incoarse en contra de los entes y órganos públicos.

Para justificar estos privilegios o prerrogativas de la Administración pública en el ámbito procesal se indica que a la Administración le corresponde la tutela del interés general y que además gestiona el patrimonio y los bienes públicos de un Estado. La lógica detrás de esta idea fue en un principio la de que no podían aplicársele a la Administración pública las mismas condiciones que en juicio se aplicaban a una persona en el ámbito del derecho privado –ya fuese una persona física o una moral– por considerarse que el interés general es superior o de mayor relevancia en cuanto a la jerarquía de derechos que los intereses individualmente considerados.

Se predicaba la idea de que tras los fines de interés general se despliegan una serie de actividades catalogadas como “servicio público” que no podían ser objeto de interrupción en razón de algún tipo de medida propia de la función judicial y de los procesos jurisdiccionales, como lo sería el embargo sobre bienes.

Se resaltaba además que, en virtud del principio de legalidad, o más concretamente de legalidad presupuestaria que le atañe a la Administración pública, ningún gasto podía realizarse sin que estuviese previsto en la partida presupuestaria de ley, lo que hacía inviable la ejecución de sentencias de carácter pecuniario en la misma forma en que se podía acordar sobre el patrimonio de cualquier otra persona.

Así pues, desde el momento en que los entes y órganos de la administración pública fueron sometidos al control judicial de sus actos, omisiones y de su responsabilidad contractual y extracontractual en general, en muchas jurisdicciones pertenecientes al sistema de derecho

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3^o ed., Editorial Civitas, Madrid, 1983.

continental –influenciadas por esas primeras ideas que fundamentaron el contencioso administrativo en sus inicios en Francia– el legislador fue otorgando una suerte de estatus privilegiado o de supremacía frente a los particulares en el ámbito jurisdiccional que se tradujo en un tratamiento desigual y de limitaciones a los particulares en su derecho a la tutela judicial efectiva.

Bajo la influencia comentada el legislador venezolano, también ocurrió en otros países, ha impuesto una serie de limitaciones al derecho a la acción que aún están vigentes tales como, la obligatoriedad de seguir un procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, las notificaciones obligatorias a los órganos de asesoría judicial del Estado (Procuraduría General de la República), así como las prerrogativas procesales referidas a los aspectos probatorios y la ejecución de sentencias en los procedimientos jurisdiccionales.

Hay también privilegios procesales a favor de la Administración pública, pero desde un punto de vista fiscal, tales como, la inaplicación de medidas ejecutivas o preventivas sobre bienes (embargo, prohibiciones de enajenar o gravar, secuestro, entre otros), imposibilidad de constituir caución e improcedencia de condenatoria en costas y de compensación contra los entes demandados.

Pero la moderna concepción del derecho administrativo enderezado a controlar la arbitrariedad en beneficio del régimen de derechos, garantías y valores supremos del hombre cambió el paradigma y produjo un giro dirigido a la consolidación de una tutela judicial efectiva; una jurisdicción plena, no sólo revisora de la legalidad o de carácter objetivo, lo que impactó las ideas originales de primacía e inmunidades y privilegios de la administración.

El interés público que antes servía para justificar las potestades exorbitantes de la administración pública –ejecutividad, ejecutoriedad, *ius variandi*, potestad sancionadora, etc.– y los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales, hoy aparece vinculado a la promoción de los derechos fundamentales de las personas, frente, precisamente, al inmenso poder del Estado. El interés público ahora se enfoca fundamentalmente en asegurar el pleno y efectivo disfrute y goce de los derechos y libertades de los administrados.

La doctrina defiende hoy una posición contraria a esos privilegios y prerrogativas concedidos por la ley a la Administración, entendiendo que desnaturalizan y limitan ese derecho a una tutela judicial efectiva. Con palabras muy elocuentes el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA, al hacer referencia a la aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci*, señala que este privilegio “es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio” pues “El dinero administrativo

*es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna*⁸.

SANTAMARÍA PASTOR afirma que:

[...] las amplísimas potestades de que la Administración está dotada no poseen un refrendo explícito en nuestro texto constitucional. Su vigencia deriva de simples normas legales. [...] Muchas de ellas son potestades en cierta forma inherentes y naturales a la condición de Poder Público que la Administración ostenta; otras, en cambio constituyen puros arrastres de épocas pretéritas, de autoritarismo teórico, incompatibles con la Constitución vigente y aun con el propio concepto general del Estado de Derecho, pero cuya eliminación del sistema no se ha producido, de hecho, todavía [...] la estructura del proceso contencioso está concebida [...] como un conjunto de técnicas destinadas a hacer fracasar con facilidad suma los recursos entablados por los particulares: globalmente su contradicción con los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución española –relativos a la tutela judicial efectiva frente a la Administración– es manifiesta, y dice muy poco de la calificación de Estado de Derecho que campea en el pórtico del texto fundamental⁹.

En Venezuela algunas leyes, en contra de lo dispuesto en la Constitución, sitúan a la República y otros entes públicos en una posición de privilegio frente a los particulares, fundamentadas erróneamente en el interés público que aquellos están llamados a tutelar y que debe prevalecer sin menoscabo del interés individual.

El establecimiento de estos privilegios a favor de la República tiene como antecedente en Venezuela la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, sancionada en 1934 bajo la vigencia de la Constitución de 1931 y reformada en 1937 durante la vigencia de la Constitución de 1936, la cual consagraba los privilegios relacionados con la imposibilidad de practicar medidas judiciales coactivas sobre bienes de la República y la exención absoluta de condenatoria en costas contra la nación.

Esta tendencia fue posteriormente recibida por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965¹⁰ y ratificada por la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional de 1974¹¹. Si bien esta última Ley

⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los postulados constitucionales de la Ejecución de las Sentencias Contencioso Administrativas” en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*. Vol. 2, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 1048-1049.

⁹ Cfr. Aut. Cit. Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, pp. 210, 220-221; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis y PRADO MONCADA, Rafael, “Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa” en *Revista de Derecho Administrativo N° 11*, Editorial Sherwood. Caracas, 2001, p. 274.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 27.921 del 22-12-1965. Artículos 30 al 50.

¹¹ Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21-06-1974. Artículos 3 y 6 al 16.

fue parcialmente derogada por la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público¹², esa derogatoria no comprendía las disposiciones que estaban referidas a los privilegios de la República, las cuales aún permanecían vigentes; posteriormente fue dictada la Ley Derogatoria Parcial de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional¹³ que sólo dejaba vigente una serie de artículos "*Hasta tanto se dicten los instrumentos normativos que rijan la materia*"¹⁴.

De manera que, en contra de lo dispuesto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia han ratificado las inmunidades y privilegios en perjuicio del derecho de los particulares a una protección judicial efectiva. En la actualidad los privilegios y prerrogativas procesales de la República, institutos autónomos, Estados y municipios, se hallan consagrados principalmente en el Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (DLOPGR)¹⁵, y reiteradas o extendidas por medio de otras leyes, como son: el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP)¹⁶, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA)¹⁷, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público¹⁸, y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM)¹⁹, en lo que concierne a los municipios.

Llama la atención que tratándose de leyes dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 que propugna y defiende la desaparición de los privilegios consagrados a favor de la Administración en obsequio del derecho de los particulares a la tutela judicial efectiva, éstas no acogiesen con plenitud la exhortación hecha por el constituyente en la exposición de motivos al punto de que no sólo consagran toda un conjunto de privilegios procesales a favor del Estado,

¹² Gaceta Oficial N° 37.029 del 05-09-2000.

¹³ Gaceta Oficial N° 39.238 del 10-08-2009.

¹⁴ Quedando vigentes los artículos 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 48, 52 y 69, y en forma parcial el artículo 106, sólo en cuanto a la custodia de los bienes que constituyen la Hacienda Pública Nacional.

¹⁵ Publicado en Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016, que reimprimió "por fallas en sus originales" al Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicado en la Gaceta Oficial N° 6.210 del 30-12-2015, el cual modificó el Decreto de la Procuraduría General de la República del año 2008 (publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.892 del 31-07-2008), que a su vez había reformado parcialmente la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República dictada en el 2001 (publicada en Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13-11-2001), cuyas disposiciones recogían en forma casi idéntica los privilegios que a favor del Estado preveía la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 1974.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

¹⁷ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

¹⁸ Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009.

¹⁹ Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario del 28-12-2010.

como por ejemplo el del acceso a los expedientes que se encuentren en tribunales y otros órganos nacionales, estatales y municipales (registros y notarías, entre otros) relacionados con las actuaciones adelantadas por los funcionarios públicos de la Procuraduría General de la República, aún en horario inhábil²⁰, sino que además, en total desconocimiento del texto constitucional, imponen con carácter obligatorio el agotamiento previo del antejuicio administrativo como requisito de necesario cumplimiento para la admisibilidad de la acción (artículo 68 y siguientes DLOPGR).

Téngase en cuenta también la LOJCA que establece en el artículo 35, como causal de inadmisibilidad de la demanda, el incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del poder público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa. La LOJCA también dispone que en caso de resultar condenada en juicio la República o algún estado se seguirá el procedimiento de las normas establecidas en el DLOPGR, y no el procedimiento contemplado en la misma para la ejecución voluntaria y ejecución de la sentencia.

De acuerdo con el artículo 77 del DLOPGR, los privilegios y prerrogativas procesales de la República establecidos en las leyes, son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procesos ordinarios y especiales en los que participe la República.

Otras disposiciones legales, por el contrario, dictadas –estas sí– en sujeción con lo dispuesto por la Constitución, han establecido el carácter opcional del agotamiento de la vía administrativa. Ese es el caso del numeral 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del año 2001 que establecía como un derecho de los particulares “*ejercer a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley*”.

I. Privilegios y prerrogativas procesales de la República

Nos vamos a referir, en primer lugar, a las prerrogativas y privilegios procesales que aún, en contra de la Constitución, consagra la legislación

²⁰ Artículo 6 del DLOPGR: “*Los funcionarios públicos o funcionarias públicas de la Procuraduría General de la República y quienes actúen en su nombre, tienen acceso a los expedientes que se encuentren en los tribunales, registros, notarías y demás órganos nacionales, estatales y municipales vinculados con las actuaciones que los mismos adelanten, aún en horario no hábil*”.

en Venezuela para la República, los estados y demás entes públicos a los que la ley igualmente se los otorga.

Para facilitar el desarrollo del tema señalo que hay prerrogativas y privilegios procesales para la República y otros entes públicos antes del proceso judicial, durante el proceso judicial y después del proceso, en la fase de ejecución.

De modo que, en primer lugar, voy a formular consideraciones al llamado "antejuicio administrativo" privilegio o prerrogativa exigida en forma previa al inicio del proceso judicial. Luego, comentaremos las prerrogativas y privilegios relacionados o exigidos por la ley en la iniciación del proceso como es el requerimiento de notificaciones obligatorias. Seguidamente analizaremos las prerrogativas en la fase de sustanciación del proceso, como son las regulaciones sobre de medidas cautelares, la improcedencia de la confesión ficta y que versan principalmente sobre el tema probatorio.

Después estudiaremos las prerrogativas procesales que se establecen para las fases de decisión y ejecución de sentencia en el proceso contencioso administrativo, es decir, las disposiciones relativas a consultas y notificaciones obligatorias, así como los informes obligatorios sobre la ejecución de sentencias a cargo del tribunal competente y las denominadas prerrogativas o privilegios fiscales de los entes públicos que establecen la imposibilidad de practicar medidas judiciales coactivas sobre bienes de la República y la exención absoluta de condenatoria en costas contra esta; así como también la imposibilidad de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial y la inadmisibilidad de compensación contra esta.

Finalmente, procederemos con el estudio de los privilegios y prerrogativas procesales y fiscales de los municipios, que cuentan con un régimen especial dispuesto en la ley orgánica que los rige.

1. Antes de la iniciación del proceso: El antejuicio administrativo

A. Consideraciones generales

Teniendo como fundamento la idea heredada del derecho administrativo francés, producto de la revolución francesa, respecto de la necesidad de tener una decisión previa para que la administración pueda ser sometida a juicio, en muchos países se ha establecido un procedimiento administrativo obligatorio previo a las reclamaciones judiciales.

En Venezuela, el Título IV de la DLOPGR, en el Capítulo I referido al procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, en los artículos 68 al 74 regula el antejuicio administrativo. De forma que

antes de instaurar cualquier demanda contra la República debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso. El artículo 68 de esa ley dispone que:

Quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República deben manifestarlo previamente por escrito al órgano al cual corresponda el asunto y exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito debe dar recibo el interesado y su recepción debe constar en el mismo.

Y el artículo 74 *eiusdem* prevé este requisito como presupuesto de admisibilidad en las demandas intentadas contra la República, al establecer que *“los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo...”*.

El procedimiento administrativo tiene una naturaleza especial:

[...] ordenado a obtener de la Administración Pública el reconocimiento pacífico de un derecho o una situación de modo unilateral [...] es, pues, la doctrina del “acto previo” aplicado a la órbita privada que es donde nació tal doctrina, y el antejuicio administrativo tiende a conseguir ese acto concreto –expreso o ficto– contra el que accionar²¹.

El procedimiento previo es una prerrogativa para la República y una carga para el administrado; para este, pues de no agotar la vía de conciliación previa le estará vedado el acceso a la jurisdicción contenciosa; para aquella, pues adelanta elementos pertinentes para premeditar la mejor defensa de sus intereses, eliminándose de esta forma el factor sorpresa en cuanto a la pretensión del administrado.

Este procedimiento previo a las demandas contra la República, tiene la naturaleza de un procedimiento administrativo al cual le son aplicables las disposiciones contenidas, en cuanto sea pertinente, en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)²². Este procedimiento previo a las demandas contra la República carecería de sentido si la ley, al someter a los particulares a este trámite, prohibiera al Ejecutivo acceder a la reclamación formulada en el caso que la creyera justa. De allí que ha sido criterio reiterado de la Procuraduría General de la República que el cumplimiento del antejuicio administrativo se impone y es de inexorable cumplimiento; pero en tal caso, la obligación del procedimiento previo conlleva la facultad de la administración de acceder a la reclamación planteada²³.

²¹ ARAUJO-JUÁREZ, José, *Principios generales del derecho administrativo formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1993. p. 359.

²² Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

²³ Doctrina de la Procuraduría General de la República. Año 1966, pp. 249-252.

En Venezuela, el origen del antejuicio administrativo está en el antiguo procedimiento que permitía la reclamación de acreencias contra el fisco nacional, establecido primero, en la Ley Orgánica de Hacienda Nacional del 04-06-1918²⁴ y, luego, en sus sucesivas reformas de los años 1926, 1928, 1934, 1934, 1938, 1947, 1948, 1956, 1960 y 1961.

Esta Ley sigue vigente en la actualidad, pero muchas de sus disposiciones han sido derogadas –en forma tácita o expresa– por otras leyes especiales²⁵, incluido lo relativo a ese procedimiento particular de reclamos contra el fisco, que fue tácitamente derogado por las disposiciones de las posteriores leyes de la Procuraduría General de la República que regulan el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República.

La Ley de la Procuraduría de la Nación y del Ministerio Público del 19-04-1955 fue la primera en establecer este procedimiento administrativo a las reclamaciones patrimoniales dirigidas contra la República. Esa ley estableció en el artículo 65 la prohibición a los jueces y funcionarios judiciales, de dar curso a las demandas intentadas contra la Nación, el fisco o algunos de los órganos o entidades que en ese momento le correspondiera a la entonces Procuraduría de la Nación su defensa, cuando no se hubiese acreditado el cumplimiento del referido procedimiento previo.

Esas regulaciones se han repetido en las sucesivas reformas de la Ley de la Procuraduría, estas son: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (1965)²⁶; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2001)²⁷; la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2008)²⁸; y el vigente Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (2016).

En una de las reformas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la de fecha 13-11-2001, se eliminó la referencia del deber de cumplir el procedimiento establecido en el artículo 63 la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, cuando se tratara de la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos. Es decir, que ya no era necesario agotar el procedimiento del reclamo contra acreencias cuyos pagos no estaban autorizados en el presupuesto, que venía

²⁴ Ley Orgánica de Hacienda Nacional del 04-06-1918.

²⁵ La última de sus derogaciones expresas constó precisamente en la Ley Derogatoria de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la cual estableció que una serie de artículos de ese texto legal seguirían manteniendo su vigencia hasta tanto se dicen los instrumentos normativos que regulen esas materias.

²⁶ Gaceta Oficial N° 27.921 del 22-12-1965.

²⁷ Gaceta Oficial N° 5.554 Extraordinario del 13-11-2001.

²⁸ Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario del 31-07-2008.

establecido en esa disposición para el caso de los reclamos que se presentasen contra presupuestos que no estuviesen ya vigentes para la fecha de iniciación del antejuicio administrativo; agotamiento éste que era necesario conforme a lo que estipulaba el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965²⁹.

De otra parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del año 2008, introdujo en el artículo 38 un cambio significativo en la regulación del procedimiento previo a las demandas contra la República cuando estableció el carácter vinculante de la opinión emitida por la Procuraduría General de la República, en el caso de que esta considerara improcedente la pretensión. En efecto la norma estableció que:

Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación del expediente administrativo, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República, debidamente foliado, en original o en copia certificada, a objeto de que ésta, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, formule y remita al órgano o ente respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación. En el caso de improcedencia, a los fines del resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República, la opinión de la Procuraduría General de la República tendrá carácter vinculante para el órgano respectivo. No se requiere la opinión de la Procuraduría General de la República, cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a quinientas Unidades Tributarias (500 U. T.) y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo.

B. De la inconstitucionalidad del antejuicio administrativo

El antejuicio administrativo ha despertado intensa discusión en la doctrina venezolana, pues a pesar que la exposición de motivos la Constitución exhortó al legislador su eliminación o, en todo caso, su establecimiento optativo, el DLOPGR lo sigue previendo como requisito esencial para la admisión de toda acción ejercida contra el Estado (artículo 35, numeral 3 de la LOJCA)³⁰.

²⁹ Artículo 30 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (1965): *"Quienes pretendan instaurar judicialmente alguna acción en contra de la República deberán dirigirse, previamente y por escrito, al Ministerio el cual corresponda el asunto para exponer correctamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se dará recibo al interesado a menos que su remisión haya sido hecha por conducto de un Juez o de un Notario. De la recepción del escrito se dejará constancia en nota estampada al pie. // Cuando la acción tenga por objeto la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos se seguirá exclusivamente el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. El procedimiento a que se refiere este Capítulo no menoscaba la atribución que tiene la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional".*

³⁰ Gaceta Oficial N° 39.451 del 22-06-2010.

Este procedimiento administrativo previo es una prerrogativa procesal a favor de la República y una carga procesal para el particular, que la República puede oponer como causal de inadmisibilidad y que aún si no lo hiciera, los funcionarios judiciales deberán decidirlo así de oficio.

Pero es al mismo tiempo un privilegio también, desde el punto de vista de los intereses patrimoniales de la República, en virtud de que le proporciona una vía para conocer previamente y por anticipado del reclamo que eventualmente pudiera llegar a la sede jurisdiccional a fin de una más ventajosa defensa, como también la posibilidad –si así lo dispusiere– de conciliar con el reclamante en vía administrativa, procurando también una menor afectación al patrimonio público, todo lo cual denota el contexto de desigualdad entre esta y los particulares en este caso.

Un tema muy debatido por la doctrina ha sido la discusión respecto a la constitucionalidad del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, teniendo en cuenta la exhortación que hace la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 para que el legislador elimine la obligación de agotar la vía administrativa antes de acceder al contencioso administrativo. La Exposición de Motivos de la Constitución –a la que ya hemos hecho referencia– indica:

De igual manera y con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial de los administrados y garantizar su derecho de libre acceso a la justicia, la Ley Orgánica deberá eliminar la carga que tienen los administrados de agotar la vía administrativa antes de interponer el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo cual debe quedar como una opción a elección del interesado, pero no como un requisito de cumplimiento obligatorio.

Esta exhortación contenida en la Exposición de Motivos de la Constitución llevó a que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 24-05-2000 (caso Raúl Rodríguez Ruiz), decidiera la desaplicación de este presupuesto procesal, además del referido al agotamiento de la vía administrativa en materia de recursos contencioso-administrativos.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo formuló consideraciones acerca del agotamiento obligatorio de la vía administrativa, fundamentándose precisamente en la exhortación contenida en la exposición de motivos de la Constitución y también en varios de sus artículos (19, 26, 51 y 257), indicando expresamente sobre ello que:

De modo que, en el momento en que la propia Constitución establece el derecho de accionar (derecho de acceso a los órganos de administración de justicia), entendido como una garantía “universal” e “incondicional” y como tal es un “valor de aplicación” inmediata en los casos particulares. Toda limitación legal o doctrinal al ejercicio de este Derecho entonces debe reputarse que existe una interpretación antinómica en virtud de la cual debe

prevalecer el mandato constitucional y en razón del principio de supremacía constitucional y así debe ser entendido.

Luego la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo hizo referencia expresa al asunto del agotamiento de la vía administrativa y su exigibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, rechazando categóricamente que esto pueda realmente representar una condición de acceso a la jurisdicción, de la siguiente manera: *“no se trata, el agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa, de un requisito de la ‘acción’ y mucho menos de la demanda”*.

En tal sentido, el referido Tribunal, señalando que el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental que debe ser respetado y garantizado por los órganos del poder público (artículo 19, Constitución) y al cual debe dársele una tutela judicial efectiva (artículo 26, Constitución), la acción o demanda no exige más requisito que el de ser persona humana, por lo que la necesidad de garantizar una efectiva y expedita justicia conduce a la eliminación del carácter obligatorio del agotamiento previo de la vía administrativa y la reclamación previa a las demandas patrimoniales contra el Estado aplicándose de manera preferente las normas constitucionales.

Conforme este criterio, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo calificó en su momento esta formalidad como *“no esencial”* en los términos establecidos en el artículo 257 de la Constitución y estableció su carácter opcional para el administrado, quien, en todo caso, podría acudir directamente a la vía judicial, reafirmando al final de sus motivaciones que el agotamiento previo de la vía administrativa *“no es una obligación (y nunca lo ha sido con respecto del ejercicio de la acción) para conocer el fondo del asunto planteado y resolver el mérito de la pretensión deducida en el proceso”*.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció ese mismo criterio sobre la no exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa, mediante sentencia publicada el 24-05-2000 con el N° 2000-499 (caso Ramón Díaz contra el municipio Sucre del estado Miranda).

El caso objeto de la sentencia fue también el de una apelación, pero de una sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, el cual declaró con lugar una querrela funcional.

En ese caso, el apelante (el Municipio Sucre) alegó –entre otros– que el querellante no había agotado la vía administrativa correspondiente, representada concretamente por la denominada gestión conciliatoria que consagraba el artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa, en concordancia con el 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia

vigentes para ese momento. Ante dicho planteamiento, la Corte Primera en forma muy similar a como lo hizo en la otra sentencia recién comentada estimó *“procedente realizar una interpretación del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en forma concordada, integral y progresista con el preámbulo y los artículos 2, 3, 25, 257 y 259 de la misma”*.

Fundamentándose en ese análisis, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo finalmente desestimó el comentado alegato, desapplicando mediante control difuso y frente al caso en concreto, lo establecido en los artículos 15 de la Ley de Carrera Administrativa, numeral 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y los artículos 92 y 94 de la LOPA, al considerar que:

[...] en atención a los anteriores razonamientos y a la interpretación concordada y progresiva del preámbulo y de los artículos 2, 3, 25, 26, 257 y 259 de la Constitución vigente, considera esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y la realización de la gestión conciliatoria, no deberían constituir formalidades esenciales, ya que el objetivo del recurso contencioso administrativo es retar la legalidad del acto actual, que causa gravamen al particular, restableciéndole prontamente los derechos que le fueron vulnerados, sin que el administrado tenga que ser sometido a la espera y a la expectativa de que la Administración en ejercicio de su potestad de autotutela corrija su errónea actividad.

De esa manera, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se fundamentó igualmente en las disposiciones de la Constitución, especialmente dirigidas a hacer prevalecer los derechos de los particulares relacionados con el acceso a la justicia, frente a las limitaciones que a esos mismos derechos impone el tener que agotar obligatoriamente vías administrativas previas de cualquier índole.

Lo anterior –agregó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su decisión– sin tener que abandonar o desechar por completo la posibilidad de que los particulares puedan acudir a la sede administrativa, que por supuesto mantendría un carácter optativo frente a aquellos, indicando en ese sentido que:

[...] no obstante considerar esta Corte que el agotamiento de la vía administrativa y de la gestión conciliatoria no es necesario para acudir a la vía contencioso administrativa, ello no es óbice para que el particular que se considere afectado en virtud de un acto administrativo, decida agotar previamente la vía administrativa o realizar la gestión conciliatoria antes de acudir a la jurisdicción contenciosa en materia funcionarial, pues el derecho del particular a accionar en la sede de su preferencia debe ser respetado, así como también debe respetarse la potestad de autotutela que detenta la Administración y en ejercicio de la cual ésta puede revisar y corregir por sí misma sus actuaciones administrativas.

Esta posición fue posteriormente, muy lamentablemente, revocada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia por medio de la sentencia del 27-03-2001, caso: Fundación Hogar Escuela José G. Hernández y abandonada también por la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a través de la sentencia del 26-04-2001, caso: Antonio Alves vs Municipio Baruta, y de allí en adelante ha reiterado que:

[...] en jurisprudencia reiterada respecto al tema, esta Sala ha establecido que el uso de la vía administrativa no responde al cumplimiento de una simple formalidad, sino que es necesaria para garantizar a los administrados la posibilidad de resolver el conflicto en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional, a través de la figura de la conciliación y con el fin de garantizar de una manera efectiva la tutela de los intereses del Estado y la participación ciudadana en la resolución de sus conflictos.

De tal forma, que la omisión del requisito del antejuicio administrativo se traduce en una prohibición de la Ley de admitir la demanda, mientras no se haya dado cumplimiento a tan importante requisito. Toda vez que la pretensión procesal si tiene la correspondiente protección jurídica y por tanto ahí no existe en verdad ausencia de acción ni prohibición de su ejercicio, la cuestión procesal consiste como ya se dijo, en exigir el agotamiento previo de la reclamación administrativa, la cual puede evitar el uso de la vía jurisdiccional³¹.

Asimismo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado que:

[...] el antejuicio administrativo constituye un requerimiento previo para instaurar demandas contra la República, ello con la finalidad de lograr que sus pretensiones sean estudiadas y resueltas en la misma vía administrativa, sin que sea necesario acudir a los órganos jurisdiccionales. Resulta claro para esta Sala, que el agotamiento de la vía administrativa previa debe ser un procedimiento fácil y expedito, que le permita al interesado poner en conocimiento de la Administración el contenido de su pretensión³².

Visto el precedente de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y en virtud de la debilidad de la independencia del Poder Judicial, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo revocó su anterior criterio y estableció que la exigencia de dicho requisito –agotamiento de la vía administrativa– se erige como un medio que permite a los particulares, en protección de sus derechos e intereses, solicitar ante la administración la revisión de sus actos para lograr así su eliminación y la de los perjuicios que éstos comportan.

El nuevo criterio consideró que todo medio que permita a los particulares reaccionar frente a la administración en protección de sus derechos e intereses –como lo es la vía administrativa– constituye un medio

³¹ Sentencia del 16-10-2002. Caso: Etres Marketing C.A.

³² Sentencia del 23-07-2003. Caso: Elebol.

que garantiza la efectividad del Estado de Derecho y que no transgrede el derecho a la tutela judicial efectiva. Indicó que la consagración a nivel legal del agotamiento de la vía administrativa y del antejuicio administrativo, como requisito previo para acudir a la vía judicial, constituye un límite al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, producto de la ponderación efectuada por el legislador entre los beneficios que puede tener la vía administrativa para el interés general y el derecho de los particulares de acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses.

Además, señaló que legislar sobre los derechos y garantías constitucionales es una potestad privativa del Poder Legislativo, a tenor de lo previsto en los artículos 156, numeral 32, y 187, numeral 1, de la Constitución y por ello es evidente que el establecimiento de condiciones –como la vía administrativa– es también una facultad legítima producto del ejercicio exclusivo de dicha potestad. Así, el hecho de que se establezcan mediante ley límites y condiciones al ejercicio de determinados derechos individuales en beneficio de intereses superiores en modo alguno atenta contra el Estado de Derecho y así lo reconoce la Constitución (i.e. artículos 44, 47, 50, 52, 53, 68, 112 y 115).

Esta afirmación –señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo– es consecuente con la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual no tiene carácter ilimitado.

Sostener lo contrario –advierte la sentencia– llevaría a la incierta conclusión de que el legislador, en ejercicio de su potestad legislativa, no podría imponer límites a este derecho, lo cual derivaría en la invalidez de todos los requisitos de admisibilidad de las demandas previstas en las leyes procesales.

De ninguna manera compartimos la tesis jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 15-10-2002 y tampoco la de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que la siguió, respecto a que la finalidad del antejuicio administrativo es la de una garantía para los particulares en la posibilidad de resolver el conflicto en sede administrativa.

No estamos de acuerdo con esta jurisprudencia regresiva que ha dicho, indebidamente, que este mandato no es de cumplimiento directo por parte de la rama judicial, sino que su regulación quedó a disposición del legislador; y adicionalmente que este último podía constitucionalmente establecer limitaciones a la tutela judicial efectiva en ese sentido, validando por tanto el establecimiento legal de la figura.

La doctrina es también contraria a esa tesis jurisprudencial. El profesor JORGE KIRIAKIDIS afirma que:

Lo que debe ocurrir y lo ajustado al acceso a la justicia es que el acceso a los órganos judiciales de administración de justicia para enfrentar a la administración no se vea supeditado, en modo alguno, al agotamiento de instancias administrativas previas (y más aún cuando tales instancias son absolutamente inconsecuentes)³³.

Dice el profesor KIRIAKIDIS que el antejuicio administrativo constituye, la mayoría de las veces, la práctica de una mera formalidad, y las decisiones tomadas en el marco de dichos procedimientos carecen de relevancia alguna³⁴.

C. Antejuicio administrativo en demandas contra la República

La DLOPGR prevé en el Título IV, Capítulo I, en los artículos 68 al 74, un procedimiento administrativo previo en el caso de acciones contra la República y la LOJCA, establece en su artículo 35, numeral 3, que la demanda se declarará inadmisibile cuando haya *"Incumplimiento del procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, los estados, o contra los órganos o entes del Poder Público a los cuales la ley les atribuye tal prerrogativa"*.

De forma que antes de instaurar cualquier demanda contra la República debe iniciarse un procedimiento administrativo previo para exponer concretamente las pretensiones del caso. Ese procedimiento administrativo tiene una doble finalidad: (i) de una parte, evitar el juicio contra el Estado, pues en esa fase administrativa éste puede allanarse total o parcialmente a las pretensiones del administrado; y (ii) de otro lado, sirve también para que el Estado esté enterado con anticipación de la eventual demanda y pueda así adelantar sus defensas.

El antejuicio administrativo es exigible cuando se proponga una demanda contra la República, indistintamente de la causa en que se fundamente. Puede tratarse de acciones reivindicatorias, intentadas por quien afirma su derecho de propiedad sobre bienes que se encuentran en propiedad de la administración; o de acciones derivadas de contratos celebrados por la administración con particulares o empresas privadas, tales como los contratos de compraventa o arrendamiento de inmuebles; contratos de obras o de prestación de servicios y toda la gama de reclamaciones que de ella pueden surgir por variaciones de costos, reclamación de actualización de precio por mora en el pago, reconocimiento de la obligación de la República de pagar cuando no hay relación contractual en el caso de la obra extras construidas y que no estaba prevista en el contrato originalmente suscrito.

³³ KIRIAKIDIS, Jorge, *Debido proceso y contencioso administrativo en Venezuela*, CI-DEP y FUNEDA, Caracas, 2019, p. 78.

³⁴ Id., p. 77.

También procede cuando se intenten acciones derivadas de las concesiones mineras, concesiones de servicios públicos o concesiones de obras públicas, los contratos de suministros, los contratos de empréstito públicos de demás contratos administrativos. Igualmente, pueden surgir acciones de ciertos hechos financieros, tales como la acción dirigida a obtener el reintegro de impuesto indebidamente pagados o pagados en exceso, las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de acreencias no prescritas a cargo de presupuesto fenecidos y las que provengan de los arreglos o transacciones celebradas con respecto a deudas atrasadas, entre el fisco y los contribuyentes³⁵.

D. Antejudio administrativo en demandas contra entes públicos diferentes a la República

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, había considerado, y creemos que así debe ser, que el requisito del antejudio administrativo es una prerrogativa aplicable de manera exclusiva a la República por cuanto las diferentes leyes de la Procuraduría General de la República siempre han establecido que quienes pretendan instaurar demandas de contenido patrimonial contra la República, deberán manifestarlo al órgano correspondiente. De manera que es claro que la ley no incluye los casos de demandas intentadas contra Institutos Autónomos y empresas del Estado.

El Tribunal Supremo de Justicia había establecido que el antejudio administrativo, como principio general, no se aplicaba a los institutos autónomos, salvo cuando una previsión legal expresa reconociera tal prerrogativa a un instituto autónomo en concreto³⁶.

Sin embargo, posteriormente el Tribunal Supremo de Justicia modificó su criterio y estableció que a los institutos autónomos les resultaba aplicable el antejudio administrativo, como prerrogativa establecida de manera general en la derogada LOAP³⁷. Así, el máximo Tribunal señaló que:

[...] la jurisprudencia reiterada de esta Sala había considerado que siendo los institutos autónomos un ente público con patrimonio propio y personalidad jurídica distinta a la de la República, no le era aplicable la prerrogativa del procedimiento previo a las demandas contra la República contenida en la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (ver, entre otras, sentencia N° 1.648 de fecha 13 de julio de 2000 y sentencia N° 1.246 del 26 de junio de 2001).

³⁵ LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo. Edición: XIV*, actualización por: Rodrigo Eloy Lares Bassa, UCV, Caracas, 2013, p. 53.

³⁶ Vid. Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 14-03-1991. Este criterio fue mantenido por la Sala Político-Administrativa en reiteradas ocasiones: ver sentencias del 13-07-2000 y del 26-06-2001.

³⁷ Gaceta Oficial N° 37.305 del 07-10-2001.

Sin embargo, la entrada en vigencia de nuevas leyes obligan a esta Sala a realizar otra interpretación sobre el tema. [...]

[E]n fecha 17 de octubre de 2001 entró en vigencia la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.305, de la misma fecha, la cual establece: "Artículo 97: Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios".

De la norma antes transcrita, se evidencia con meridiana claridad que la ley en forma expresa otorgó a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas acordados a la República, sin hacer ninguna distinción entre privilegios fiscales y procesales³⁸.

De esta manera la Sala Político-Administrativa modificó su criterio (ratificado mediante sentencias de fechas 01-06-2004 N° 525 y del 15-02-2012 Caso: INIA) conforme al cual el antejuicio administrativo previsto en la LOPGR se aplicaba de manera exclusiva a las demandas contra la República, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establecía de manera expresa su aplicación a las demandas contra los institutos autónomos. Ahora, por tanto, la sustanciación del antejuicio administrativo será un requisito previo de admisibilidad de las demandas contra los institutos autónomos.

Así mismo, de conformidad a través de las decisiones N° 2.229 y 281 dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fechas 29-07-2005 y 26-02-2007, respectivamente, se interpretó indebidamente que la sustanciación como requisito previo de admisibilidad del antejuicio administrativo, era extensibles a las empresas del Estado.

En efecto, en la decisión N° 281 la Sala Constitucional señaló –erróneamente y en violación al principio de la reserva legal– que, en el caso específico de Petróleos de Venezuela, S.A. (en lo sucesivo "PDVSA"), resultaban aplicables los privilegios y prerrogativas procesales de la República, tal como se expone: "*PDVSA Petróleo, S.A., es una empresa del estado beneficiaria de las prerrogativas procesales que la Ley le confiere tanto a la República Bolivariana de Venezuela como a una serie de entes de derecho público similares*"³⁹.

Por su parte, la Sala Político Administrativa, en aplicación del criterio jurisprudencial señalado, ha declarado la inadmisibilidad de las demandas interpuestas contra PDVSA por no haber agotado el requisito procesal previo del antejuicio administrativo, de conformidad con lo

³⁸ Sentencia de la Sala Político Administrativa del 14-10-2003. Caso Fonder vs. Inversora Finanvalor, C.A.

³⁹ Sentencia del 06-02-2007, caso: PDVSA PETRÓLEO, S.A..

dispuesto en el artículo 35 numeral 3 de la LOJCA. En ese sentido, ha establecido lo siguiente:

En tal sentido y atendiendo el criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional en la sentencia Nro. 281 de fecha 26 de febrero de 2007, caso: Robert Prado, Onely Suárez y otros contra las empresas SECOGOCA y PDVSA Petróleos, S.A., esta Sala Político-Administrativa ha sostenido de manera pacífica y reiterada y recientemente en sentencia Nro. 00237 de fecha 21 de marzo de 2012, caso: Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) contra la sociedad mercantil Bitúmenes Orinoco, C.A., el criterio según el cual a PDVSA y a sus empresas filiales les son extensibles los privilegios procesales de la República.

(...) el antejuicio administrativo constituye un privilegio procesal previo a las acciones contra la República, el cual —por aplicación del criterio jurisprudencial expuesto—, es extensible a PDVSA y a sus empresas filiales, entre las cuales se encuentra la sociedad mercantil PDVSA PETRÓLEO, S.A; resulta forzoso concluir que en el presente caso debe cumplirse con el agotamiento de tal procedimiento. Ahora bien, como quiera que de la revisión de las actas que conforman el expediente, se constata que los demandantes no acreditaron el cumplimiento de tal formalidad, resulta forzoso para este Juzgado declarar la inadmisibilidad de la presente acción, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, así se decide⁴⁰.

De conformidad con las decisiones transcritas se evidencia que, los privilegios y prerrogativas previstos por el legislador para la República fueron interpretados, insistimos en violación a la reserva legal, extensivamente por la jurisprudencia y aplicados indebidamente a las empresas del Estado, dentro de las cuales se encuentra PDVSA.

La Sala Constitucional realizó una actuación contraria a derecho por cuanto interpretó de manera extensiva disposiciones que imponen cargas o limitaciones para los particulares, siendo que en esos casos lo que procede es, por el contrario, la interpretación restrictiva.

El inconstitucional criterio de la Sala Constitucional ha venido siendo reiterado. Veamos la sentencia N° 735 del 25-10-2017, en la que estableció que:

[...] resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinnúmero de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde

⁴⁰ Sentencia dictada por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativo el 31-01-2013, caso: María Hurtado de León y otros vs. PDVSA.

sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

Ahora bien, siendo el caso que el ordenamiento jurídico vigente no contiene norma alguna que disponga privilegios y prerrogativas procesales para las empresas del Estado, no debe exigirse el antejuicio administrativo como requisito fundamental para la admisibilidad de las demandas interpuestas contra el referido ente administrativo, en virtud de no ser aplicables al caso las disposiciones contenidas en los artículos 68 y siguientes del DLOPGR. No obstante, debido al criterio reiterado del más alto Tribunal, la sustanciación del procedimiento administrativo previo será un requisito obligatorio de admisibilidad de las demandas contra las empresas del Estado.

Afortunadamente, el inconstitucional criterio de la Sala Constitucional no se ha extendido a las Fundaciones del Estado, a quienes no se les han dado esos privilegios o prerrogativas procesales que la ley de la procuraduría reserva sólo para la República. Así, se desprende de la sentencia N° 480 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18-07-2019 (Constructora el Milenio, C.A. vs. Fundación Fondo Nacional de Transporte Urbano, C.A.), en la que se dejó establecido que, a las fundaciones, la LOAP no les reconocía expresamente las mismas prerrogativas consagradas a la República y a los institutos autónomos, lo cual lógicamente incluiría el antejuicio administrativo.

Este criterio lo sustentó la Sala Político-Administrativa con base a la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional, de la siguiente forma:

En efecto, si bien la mencionada Ley Orgánica de Administración Pública consagró la aplicación de los privilegios procesales a entes distintos a la República, como es el caso de los Institutos Autónomos, la mencionada normativa no hizo extensivo dicho privilegio a las Fundaciones del Estado.

Sobre ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que las prerrogativas procesales que confiere la Ley a la República, son de interpretación restrictiva. Igualmente, en el caso concreto de las Fundaciones del Estado, en sentencia Nro. 903 dictada el 12 de agosto de 2001 estableció que los privilegios y prerrogativas de los que goza la República no son extensivos a éstas. Dicho criterio se mantuvo de manera pacífica por parte de la referida Sala y al respecto cabe citar los fallos Nros. 2254, 903 y 1331 de fechas 13 de noviembre de 2001, 12 de agosto y 17 de diciembre de 2010, respectivamente.

Por tanto, se desestima el alegato formulado por la parte demandada respecto a que gozaba de los privilegios y prerrogativas otorgados por ley a la República. Así se declara.

De otra parte, por lo que se refiere a las demandas que sean ejercidas en contra los estados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36⁴¹ de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, se extiende a esas entidades político territoriales los mismos privilegios y prerrogativas de la República. En consecuencia, los particulares están obligados a cumplir con el antejuicio administrativo, cuando demanden a los estados la reparación de daños u otras acciones de contenido patrimonial.

En relación a las demandas contra los municipios, la LOPPM no reconoce las prerrogativas de la República a esa clase de entes político territoriales, por lo que, en principio, no sería el agotamiento del antejuicio administrativo. Sin embargo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en diversas decisiones ha extendido, de nuevo de forma inconstitucional, esta prerrogativa procesal a esos entes territoriales. Véase al respecto la decisión del 10-03-2010, sobre las demandas intentadas contra un ente municipal, donde ratificó el siguiente criterio:

[...] esta Sala estima oportuno citar el criterio establecido en la sentencia N° 01026 del 9 de julio de 2009 (caso: Multiservicios Disroca I, C.A contra el Municipio Puerto Cabello del Estado Carabobo y el Instituto Autónomo Municipal Para La Protección Ambiental), en la cual se dejó sentado lo siguiente:

"... Ahora bien, debe indicarse que tanto la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.240 del 8 de junio de 2005, como su última reforma, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.163 del 22 de abril de 2009, no contienen mención alguna acerca de la aplicabilidad de la prerrogativa del antejuicio administrativo a los Institutos Autónomos Municipales.

Sin embargo, la Sala señaló en la sentencia N° 01995 del 6 de diciembre de 2007 (caso: Praxair Venezuela, S.C.A contra el Distrito Metropolitano de Caracas), lo siguiente:

(...Omissis...)

De la interpretación del criterio antes expuesto, se observa que aun y cuando la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no reguló la obligatoriedad del agotamiento del antejuicio administrativo como requisito de admisibilidad de las acciones incoadas contra los órganos y entes municipales, tal prerrogativa procesal debe aplicarse a los mismos, en virtud del interés público involucrado en el ejercicio de sus funciones..."

De la jurisprudencia parcialmente transcrita supra, se colige que esta Sala sostiene el criterio según el cual, si bien la Ley Orgánica del Poder Público Municipal no contiene expresamente disposición alguna que establezca que los Municipios y sus órganos descentralizados gozan de la prerrogativa procesal estatuida en el artículo 84 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica

⁴¹ "Artículo 36: Los estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República".

de la Procuraduría General de la República, sin embargo, en virtud de la magnitud de la responsabilidad legal que dichos entes políticos territoriales poseen en un procedimiento, considera que, al igual que la República, se amerita que los Municipios gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen su actuación pública, entre ellos, el agotamiento del procedimiento previo a las demandas contra la República (caso: Giovanni Listo & Asociados, C.A., vs. Resolución N° 278 del 17 de julio de 2009, emanada de la Alcaldía del Municipio Girardot Del Estado Aragua. Resaltado de este Juzgado).

En este caso la jurisprudencia, como ocurrió también con los casos de empresas del Estado, ha extendido indebidamente esta prerrogativa a otras entidades públicas, en violación de la reserva legal.

E. **Ámbito de aplicación del antejuicio administrativo**

Es muy importante precisar el ámbito de aplicación del antejuicio administrativo. Es decir, responder a la pregunta: ¿En qué caso debe cumplirse con este procedimiento?

No todo tipo de conflicto intersubjetivo o procedimiento jurisdiccional en el que sea parte la República le será exigible el cumplimiento o agotamiento de este procedimiento previo. Veamos entonces cuáles serían los casos en los que procedencia.

a. **Consideración general**

El antejuicio administrativo tiene un alcance o ámbito de aplicación determinado y muy concreto y es precisamente el regulado por el artículo 68 del DLOPGR, que cuando establece el procedimiento previo se refiere a quienes pretendan instaurar una “*demandas*” de contenido patrimonial contra la República y luego hasta el artículo 74 del DLOPGR, se regula el procedimiento administrativo previo a las “*demandas*” contra la República.

De modo que el antejuicio administrativo, según las disposiciones que lo regulan, está concebido no sólo como una prerrogativa procesal otorgada a favor de la República, sino que es también un prerequisite procesal que la ley ordena a los funcionarios judiciales con competencia para conocer de las demandas patrimoniales, velar por su cumplimiento, so pena declararla inadmisibile.

El procedimiento previo a las acciones contra la República procede en toda circunstancia en la que se pretenda demandar a la República, pero no en el caso en el cual la República actué como demandante y el demandado en la oportunidad legal de contestación reconviene en la demanda.

En ese supuesto la República no podría alegar como excepción de inadmisibilidad de la nueva acción, el incumplimiento de la etapa

conciliadora o procedimiento administrativo previo. Igual cosa ocurre cuando se trate del juicio aparte intentado por el administrado a causa de una acción anterior promovida por la República contra el actor.

La reclamación administrativa no es exigible para aquellos casos en que la ley así expresamente lo establezca, es decir, en los que se exima expresamente al particular del deber o carga de agotamiento de esa vía.

b. No es procedente el antejuicio administrativo cuando se trate de demandas de nulidad de actos administrativos o por abstención de la administración

Las normas que establecen esta prerrogativa a favor de la República son obviamente de interpretación restrictiva. Por ello no es exigible este procedimiento especial y excepcional cuando se solicita la nulidad por ilegalidad de un acto administrativo o cuando se demanda la abstención de la administración en decidir. Ciertamente, *“para intentar el recurso contencioso-administrativo de anulación no es necesario agotar el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República”*⁴².

Este criterio fue ratificado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar en su decisión N° 957, del 09-05-2006, que *“una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo, se podrá acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin tener que haber agotado la vía administrativa”*.

c. No es procedente el antejuicio administrativo en los conflictos sometidos a la jurisdicción arbitral

De nuevo, como son de interpretación restrictiva estas normas que establecen prerrogativas a favor de la República, sólo se aplican a las “demandas” ejercidas ante los órganos judiciales en el país y no son exigibles frente a procedimientos arbitrales, es decir, cuando se trata de la resolución de conflictos de cualquier naturaleza contra la República en los que se hubiere pactado la vía de arbitraje.

A los procedimientos arbitrales en contra de la República que se inicien y sustancien bien con motivo de una cláusula compromisoria contenida en un contrato administrativo o con fundamento a un convenio de protección internacional de inversiones, no se les aplica la obligación exigida en el DLOPGR de tramitar el antejuicio administrativo.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Político Administrativa del 04-11-1964.

Tenemos presente que uno de los elementos esenciales del arbitraje, en tanto método hetero-compositivo de resolución de litigios, es precisamente el principio de la autonomía de voluntad de las partes, según el cual estas acuerdan libremente someter su controversia a un árbitro, como tercero imparcial, "*para que este lo resuelva a través de un procedimiento que es materialmente jurisdiccional, pero que formalmente se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción estatal*"⁴³. Por ello la Ley de Arbitraje Comercial, establece que "*...el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*" (artículo 5)⁴⁴.

De allí que cuando se acude voluntariamente a la vía del arbitraje, nacional o internacional, se renuncia a la jurisdicción judicial especialmente a la jurisdicción contencioso administrativa y a todas las normas que regulan esa jurisdicción, entre ellas, las referidas a las prerrogativas procesales. La naturaleza del arbitraje hace que estos procedimientos arbitrales estén exceptuados de los condicionamientos, obligaciones o deberes propios de la jurisdicción ordinaria (en sentido amplio incluyendo la competencia contencioso administrativa) y de sus funcionarios⁴⁵.

En muchos ordenamientos jurídicos se ha establecido de forma expresa la total independencia de la figura del arbitraje respecto de las prerrogativas y privilegios que el derecho interno generalmente le otorga a los Estados y sus administraciones públicas. En España, la Ley de Arbitraje de 2003⁴⁶ coincide con el criterio preponderante en la doctrina en esa materia, acerca de la condición o cualidad de los Estados en lo que a los procesos de arbitraje internacional se refiere, al establecer en su artículo 2.2 lo siguiente:

Quando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte

⁴³ GABUARDI, Carlos A. "La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1, AVA, Caracas, 2021, p. 285.

⁴⁴ Gaceta Oficial N° 36.430 del 07-04-1998.

⁴⁵ Un ejemplo de esta independencia y plena separación de la jurisdicción arbitral frente al sistema de justicia del Estado, fue señalado en su momento por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 1121 del 20-06-2007 (caso: Distribuidora Punto Fuerte DPF, C.A.), la cual estableció que los árbitros no estaban sujetos a la prohibición del artículo 254 de la Constitución, de establecer aranceles, tasas ni exigir pago alguno por sus servicios. Sentencia citada por CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N° 1, AVA, Caracas, 2021, p. 330.

⁴⁶ Ley 60/2003 Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 309 del 26-12-2003. Reformada por última vez por la Ley 42/2015 del 05-10-2015 publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 239.

no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

Lo dispuesto por la Ley de Arbitraje de España es producto de una lucha en contra de las prerrogativas de los Estados y sus agencias públicas –refiriéndose a las empresas públicas o estatales y otros entes del tipo descentralizado funcionalmente– en el ámbito del arbitraje internacional.

Un aspecto fundamental que resalta la doctrina –MERINO MERCHÁN– es que las partes que se hayan sometido válidamente a un arbitraje, lógicamente deben encontrarse bajo un régimen de igualdad ante el árbitro o tercero decisor, sobre lo cual afirma que:

[...] la intervención del Estado en estas lides se presta a la necesidad de adecuación a los esquemas propios del arbitraje y particularmente en la esfera internacional, en que el Estado y sus “emanaciones” se presentan –deben hacerlo– en un plano de igualdad, con los particulares⁴⁷.

Sobre el tema también de la igualdad, el mismo autor se refiere al arbitraje como una suerte de figura o institución igualadora entre los particulares y los Estados, indicando que la apariencia de los últimos de *potentior personae* “solo puede neutralizarse por medio del arbitraje”⁴⁸.

En los procedimientos arbitrales tanto locales como internacionales, un elemento que forma parte de su configuración y que generalmente es de libre disposición por las partes, es el derecho aplicable, el cual en

⁴⁷ MERINO MERCHAN, José Fernando, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional” en *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 1 N° 3, Editorial CEU Ediciones, Madrid, 2008, p. 733. Acerca de la presencia de los Estados en este tipo de arbitrajes y las motivaciones que los han llevado a de alguna manera renunciar –por medio de los convenios arbitrales– a la clásica inmunidad jurisdiccional consagrada en casi todos los ordenamientos jurídicos de distintos países, nos comenta el autor JOSÉ FERNANDO MERINO que “Las razones de ello habría que buscarlas en la propia evolución de las funciones del Estado en los campos comerciales y de cooperación técnica y económica; y también en la específica virtualidad de la técnica arbitral que conserva todavía gran parte de las ventajas que se le imputaron en un principio –confidencialidad, neutralidad, especialidad, ‘deslocalización’, etc.– y que presenta otras, especialmente a considerar cuando del enfrentamiento entre partes con distinto estatuto jurídico se trata” (Ibidem p. 729). De tal manera que con el desarrollo y complejidad de las administraciones públicas que demandan los tiempos actuales, éstas se han visto en la necesidad de acometer contrataciones de un muy marcado carácter comercial que podríamos decir tienden a despojar a las agencias o empresas públicas de esa imperante condición de autoridad; aunado al hecho de que si se trata de contrataciones en el ámbito internacional, a falta de un derecho común para la resolución de conflictos el arbitraje resalta muy útil, pero por su puesto, este por su propia esencia no puede admitir unas condiciones de desigualdad o de privilegios entre las partes, como sí sucede no pocas veces en el caso de los Estados frente a los particulares dentro de sus propias jurisdicciones.

⁴⁸ Ibidem, p. 726.

la mayoría de los casos es fijado previamente por las partes de forma expresa en los respectivos contratos.

Ahora bien, independientemente del derecho en particular que haya sido elegido por las partes, en el supuesto de un arbitraje:

[...] se persigue mantener el equilibrio del contrato entre las partes desactivándose las tradicionales prerrogativas del Estado; en definitiva, el objeto consiste en reducir cuando no eliminar las potestades vinculadas al *ius variandi* o de actuación exorbitante del Estado y de sus “emanaciones públicas” en los contratos en los que son parte, para establecer y garantizar la igualdad cuando esas entidades públicas actúan en relaciones comerciales internacionales con sometimiento al arbitraje⁴⁹.

De manera que las potestades exorbitantes del Estado son reducidas necesariamente en los arbitrajes internacionales con la finalidad de garantizar la igualdad entre las partes en el proceso arbitral. Así pues, entendemos que las prerrogativas procesales, entre ellas el antejuicio administrativo, consideradas como potestades del Estado que exceden a las de los particulares y que por ende vulneran el equilibrio, equivalencia o igualdad de las partes en el proceso, no son procedentes en los arbitrajes.

Con base a lo anterior, no podría alegar el Estado venezolano el cumplimiento del antejuicio administrativo en procedimiento arbitral internacional alguno, inclusive si el derecho aplicable escogido hubiese sido el venezolano, esto en virtud de ese principio tan esencial al arbitraje de garantizar la igualdad de las partes en sus procedimientos, más aún cuando una de las partes es una persona de carácter público o estatal.

Por tanto, siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos que propugna en su forma más plena la autonomía de la voluntad de las partes que se comprometen previamente a renunciar a la jurisdicción ordinaria estatal (con todo lo que ello implica desde un punto de vista formal), así como el principio de la igualdad y la consecuente inaplicación de cualquier privilegio o prerrogativa de los cuales pueda gozar alguna de las partes en virtud de su respectivo ordenamiento jurídico interno, resulta lógico afirmar que el arbitraje se configura como una evidente excepción al requisito o prerrogativa procesal del antejuicio administrativo.

d. No es procedente el antejuicio administrativo cuando se trate de conflictos o demandas con ocasión de contratos de trabajo

Con base a las disposiciones del DLOPGR, en el caso de demandas o reclamos de contenido patrimonial que surjan con ocasión de una

⁴⁹ Ibidem, p. 755.

relación o contrato de trabajo de obreros o trabajadores de índole al servicio de la República, en principio resultaría exigible el cumplimiento o agotamiento del antejuicio administrativo, para que éstas puedan ser admitidas por los respectivos funcionarios judiciales. Lo anterior, se encuentra reconocido de forma general por la legislación adjetiva especial en la materia, al establecer que los órganos jurisdiccionales deben cumplir con los privilegios y prerrogativas que consagran las leyes a favor de la República.

Concretamente, en lo que se refiere a los contratos de trabajo celebrados con obreros al servicio del Estado el artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁵⁰ establece que *“En aquellos procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República, los funcionarios judiciales deben observar los privilegios y prerrogativas consagrados en leyes especiales”*.

No obstante lo anterior, mediante sentencia N° 989 de fecha 17-05-2007, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, estableció la no exigibilidad del antejuicio administrativo en el caso de las reclamaciones de trabajadores contra el Estado, bajo el argumento principal de que *“la aplicación de estas prerrogativas en el proceso laboral requiere su adecuación a la naturaleza excepcional y al carácter social y protector del Derecho Procesal del Trabajo”*.

En esa sentencia, la Sala de Casación Social ponderó entonces entre las razones de interés general que generalmente se señalan como justificativo de la prerrogativa del antejuicio administrativo y el acceso de los trabajadores a la justicia como expresión esencial del Derecho Procesal del Trabajo. A esos fines, estableció la Sala que la labor interpretativa debía guiarse en esos casos por:

[...] la forma más favorable al trabajador y procurando su progreso; por otro, correlativamente, las normas que tengan efectos limitantes de los mismos deben interpretarse en forma restringida. Sostener lo contrario es ir en contra de los principios establecidos, en otras palabras, es darle regresividad al derecho de los trabajadores de acceso a la justicia.

La Sala de Casación Social interpretó que para el caso de las reclamaciones de índole laboral, los trabajadores accionantes no están obligados a cumplir con la exigencia del agotamiento del procedimiento administrativo previo, haciendo la salvedad para el caso en específico, de que el resto de los privilegios y prerrogativas sí deberán observarse en el proceso.

Este ha sido hasta los momentos el criterio sostenido por la Sala de Casación Social, que fue reiterado mediante la sentencia N° 596 del 13-

⁵⁰ Gaceta Oficial N°. 37.504 del 13-08-2002.

06-2012, a través de la cual se ratificó el criterio de preponderancia de los derechos de los trabajadores y la interpretación restrictiva de las normas que tengan efectos limitantes sobre aquellos, haciendo referencia precisamente a las prerrogativas y privilegios fiscales y procesales de la República.

En cuanto a los comentarios de la doctrina sobre esta disposición en particular de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, RICARDO HENRÍQUEZ LA ROCHE⁵¹ al referirse al contenido y alcance de los privilegios y prerrogativas que en concreto deben observarse, no menciona expresamente al antejuicio administrativo, lo que sería cónsono con el criterio jurisprudencial recién citado. En cambio hace énfasis en que dicha disposición legal se introdujo en beneficio del erario público, debiendo aplicarse los privilegios y prerrogativas procesales:

[...] siempre que se encuentren involucrados los derechos, bienes o intereses patrimoniales de la República, es decir, cuando estén en peligro sus derechos, bienes o intereses patrimoniales, sea porque el erario público es propietario de acciones en la empresa mayoritariamente de capital privado, sea porque son de la República los bienes embargados preventiva o ejecutivamente, sea, en fin, porque la sentencia de cosa juzgada pudiera afectar los derechos de la República⁵².

De modo que para HENRÍQUEZ LA ROCHE, la norma comentada se refiere a los privilegios y prerrogativas en su relación con el patrimonio público y no menciona ninguna de las ventajas que generalmente se asocian al antejuicio administrativo, como lo sería el supuesto carácter conciliatorio, el que la administración conozca de la pretensión con antelación y el evitar que el conflicto llegue a tribunales.

De forma que tanto la jurisprudencia como la doctrina no consideran que sea obligatorio el cumplimiento del antejuicio administrativo en este supuesto en particular, no solamente por la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 12 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sino también en virtud del criterio interpretativo más favorable al acceso a la justicia de los trabajadores.

F. Procedimiento del antejuicio administrativo

a. Iniciación

Sabemos que el procedimiento previo a las demandas contra la República es un procedimiento administrativo especial y como tal le son también aplicables los principios que informan a los procedimientos administrativos. En efecto, este procedimiento previo se desenvuelve a

⁵¹ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *Nuevo proceso laboral venezolano*, Ediciones Liber, Caracas, 2003, p. 87.

⁵² Ibidem, pp. 85-86.

través de una secuencia de actos con el fin de llegar a un acto estatal determinado por medio del cual se reconoce o no la reclamación.

Como todos los procedimientos administrativos el procedimiento previo a las demandas contra la República debe iniciarse a través de una solicitud escrita dirigida a la administración en la que se cumplan con los extremos previstos en el artículo 49 de la LOPA, estos son: **(i)** El organismo al cual está dirigido; **(ii)** La identificación del interesado, y en su caso, de la persona que actúe como su representante con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad, estado civil, profesión y número de cédula de identidad o pasaporte; **(iii)** La dirección del lugar donde se harán las notificaciones pertinentes; **(iv)** Los hechos, razones y pedidos correspondientes, expresando con toda claridad la materia objeto de la solicitud; **(v)** Referencia a los anexos que lo acompañan, si tal es el caso; **(vi)** Cualesquiera otras circunstancias que exijan las normas legales o reglamentarias; **(vii)** La firma de los interesados.

Además, la Procuraduría General de la República ha señalado que, aunque no es necesario que el escrito de reclamación se ajuste en todos sus términos a las condiciones de forma exigidas a las demandas en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil (CPC):

[...] sin embargo como se aspira recibir una indemnización, lo menos que se puede exigir al interesado es que precise los términos de la reclamación, en sus aspectos cualitativos y cuantitativos. No basta entonces, a los fines del antejuicio administrativo, con reclamar abstractamente el pago de una indemnización; es menester que el interesado concrete su monto. Los distintos conceptos que le componen, las razones de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, y de ser posible, las pruebas preconstituidas que den verosimilitud a tales afirmaciones, porque de lo contrario, la Administración no estaría en condiciones de dar respuesta al interesado y no se alcanzan entonces los fines perseguidos por la ley al consagrar el antejuicio administrativo como condición previa para intentar las demandas contra la República⁵³.

Por ello es improcedente la reclamación que no cumple con los extremos del artículo 340 del CPC, al no establecer en forma clara cuál es el objeto de la pretensión; la relación existente entre los hechos y los fundamentos de derecho en que se basa esa pretensión; los instrumentos de los que se deriva de forma inmediata y el derecho deducido, las causas de los daños y perjuicios cuya indemnización se demanda.

No pretendemos que el escrito de reclamación se ajuste en todos sus términos a las formalidades exigidas a las demandas en el artículo 340 del CPC; sin embargo, como se aspira recibir una indemnización, tal y como lo indica la doctrina citada de la Procuraduría, como mínimo el solicitante debe precisar los términos de la reclamación, en sus aspectos

⁵³ Doctrina Procuraduría General de la República 1982, p. 35.

cuantitativos y cualitativos, presentando un escrito lo más ajustado que sea posible al de un libelo de demanda.

No basta entonces, a los fines del antejuicio administrativo, con reclamar abstractamente el pago de una indemnización; es necesario que el interesado concrete su monto. Los distintos conceptos que le componen, las razones de hecho y de derecho que le sirvan de fundamento, y de ser posible, las pruebas reconstituidas que den verosimilitud a tales afirmaciones, son elementos indispensables de la solicitud.

Es preciso que el antejuicio administrativo se adecúe en su totalidad a las pretensiones que en su momento expondría el solicitante ante el órgano judicial, y tal adecuación no debe ser sólo formal, en el sentido de referirse específicamente a los mismos supuestos, sino también material. Para que el antejuicio cumpla con las finalidades ya señaladas es indispensable que el mismo se ajuste en su totalidad a las pretensiones que expondría el solicitante. Si es rechazada una reclamación determinada por la República y posteriormente el particular recurre ante los tribunales competentes a demandar cantidades distintas a las planteadas cuando acudió a la instancia administrativa, estaríamos en presencia de un juicio innecesario ya que si la República por medio del órgano correspondiente conoce, desde un primer momento, las verdaderas pretensiones del administrado hubiera podido tomar una actitud distinta en el estudio del asunto.

Por otra parte, la segunda finalidad del antejuicio –cual es la de que la República alcance el conocimiento del problema en su real dimensión– tampoco se cumplirá, pues éste conocería datos y supuestos diferentes a los que posteriormente se plantearían en la vía judicial. Por lo anterior, es lógico sostener que cuando el particular descubre errores en sus cálculos o de cualquier manera quiere su solicitud original, no es suficiente con hacerlo saber en la demanda introducida por ante el tribunal competente, sino que debe corregir la solicitud administrativa realizada, por medio de una nueva petición ante los órganos del Ejecutivo, pues de lo contrario la República tendría derecho a considerar que no ha habido antejuicio administrativo.

En consecuencia, no pueden ser objeto de antejuicio administrativo las pretensiones de los particulares que a su vez no podrían ser materia de una demanda judicial, así como las solicitudes que no implican el cumplimiento de una obligación o el respeto de un derecho patrimonial por parte del Estado. Las mencionadas solicitudes deben ser oídas por la República en virtud del derecho de petición a que se contrae la Constitución en su artículo 51, y la LOPA en su artículo 2, pero no dan lugar al procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, establecido en los artículos 68 y siguientes del DLOPGR.

Tampoco puede concebirse el antejuicio administrativo a efectos de exigir que se dicte un decreto de expropiación, ni en aquellos casos en que no se plantea una posible acción judicial. El antejuicio administrativo tiene entre sus finalidades la de precaver la interposición de demandas judiciales, pues permite a la administración responder a las pretensiones de los particulares cuando éstas sean fundadas. Ahora bien, como su propio nombre lo indica (procedimiento previo a las acciones judiciales), no puede concebirlo sino como anterior a una posible acción judicial; es decir, no se puede plantear, en la vía que se comenta, petición alguna que no pudiera deducirse judicialmente.

b. Sustanciación

La autoridad respectiva, dentro de los 20 días hábiles siguientes a la consignación del escrito procederá a formar el expediente, el cual debe contener, según el caso, los instrumentos donde conste la obligación, fecha en que se causó, certificación de la deuda, acta de conciliación suscrita entre el solicitante y el representante del órgano y la opinión jurídica respecto a la procedencia o improcedencia de la pretensión, así como cualquier otro documento que se considere indispensable (artículo 69 del DLOPGR).

Al día hábil siguiente de concluida la sustanciación, el órgano respectivo debe remitirlo a la Procuraduría General de la República con la finalidad de que ésta, en un plazo no mayor de 30 días hábiles, formule y remita al órgano respectivo, su opinión jurídica respecto a la procedencia o no de la reclamación. En el caso de improcedencia, a los fines del resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República, la opinión de la Procuraduría General de la República tendrá carácter vinculante para el órgano respectivo (artículo 70 del DLOPGR).

Asimismo, en el referido artículo 70 se establece que no se requerirá la opinión de la Procuraduría General de la República, cuando se trate de reclamaciones cuyo monto sea igual o inferior a 500 Unidades Tributarias y hayan sido declaradas procedentes por la máxima autoridad del órgano respectivo.

c. Decisión y notificación de la decisión

El órgano respectivo debe notificar al interesado su decisión, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción del criterio sostenido por la Procuraduría General de la República (artículo 71 del DLOPGR). Las decisiones que sobre tal procedimiento dicten los órganos y entes públicos reclamados, deberán cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 18 de la LOPA.

d. Posición del interesado

Dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación, el interesado debe dar respuesta al órgano que corresponda, acerca de si acoge o no la decisión notificada. En caso de desacuerdo, queda facultado para acudir a la vía judicial (artículo 72 del DLOPGR).

e. Silencio administrativo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del DLOPGR el reclamante queda facultado para acudir a la vía judicial, cuando vencidos los lapsos previstos desde la fecha de la presentación del escrito, no hubiere sido notificado del resultado de su presentación. Lo precedente constituye una suerte de silencio administrativo negativo *“lo cual es una ventaja para el interesado, quien con la prueba de haber introducido la reclamación, puede una vez transcurridos los términos señalados intentar la vía contencioso administrativa”*⁵⁴.

Ello no quiere decir que transcurrido como sea tal lapso, la Procuraduría pierde competencia y no puede producir su opinión. En efecto, tal asunto hoy aclarado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia –Ford Motors y Bedel– permite que el administrado, aun teniendo acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por haberse vencido el plazo para la decisión de la Procuraduría, pueda optar por esperar a que en efecto se produzca el dictamen y una vez producido éste, si no está de acuerdo, podrá acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

G. Prescripción e incumplimiento

a. Prescripción para el inicio del antejuicio administrativo

La reclamación previa no está sujeta a término alguno para su interposición. No obstante, siempre existe el lapso de prescripción establecido en derecho común para incoar las acciones de la cual la conciliatoria es requisito previo. En nuestra opinión, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción de la acción a incoar contra la República, pues tal actuación implica la exteriorización de la voluntad del recurrente en la defensa de sus derechos. Además, si el procedimiento constituye un trámite de obligatorio cumplimiento, no puede darse el caso de que mientras él ocurre pueda configurarse la prescripción, riesgo que estaría latente para aquellas acciones sometidas a término breves de prescripción. Una vez notificado el recurrente de la respuesta de la administración o cuando ella está en mora –esto es cuando hubieren transcurrido los lapsos de que dispone para responder a la solicitud for-

⁵⁴ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Procedimiento Administrativo*, EJV, Caracas, 1983, p. 73.

mulada- vuelve a correr nuevamente el término consagrado para que opere la prescripción.

b. Consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento del antejuicio administrativo

El antejuicio administrativo es un presupuesto procesal *stricto sensu* de un proceso futuro, es decir, que el mismo es un requisito de cumplimiento previo al nacimiento del proceso principal⁵⁵. El antejuicio administrativo es *“un paso previo cuya finalidad es obtener una decisión en vía administrativa que sirva, de alguna manera, para impedir la potencial instauración de una acción judicial, cuando no existan razones suficientes que la justifiquen”*⁵⁶.

El procedimiento administrativo previo o antejuicio consiste en *“un procedimiento que, atendiendo al valor semántico de la denominación, precede a un procedimiento jurisdiccional. El antejuicio actúa como condición de admisibilidad de la demanda o recurso que se ha de interponer ante el Juez”*⁵⁷.

El procedimiento administrativo previo constituye un requisito procesal y, como tal, su falta de cumplimiento dará lugar a la inadmisibilidad de la demanda. En efecto, el artículo 74 del DLOPGR estatuye: *“Los funcionarios judiciales deben declarar inadmisibles las acciones o tercerías que se intenten contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo previo a que se refiere este Capítulo”*.

Dado el carácter de orden público del cual está revestido el antejuicio, éste debe ser apreciado de oficio por el tribunal en el trámite de la admisión de la demanda, o en cualquier otro grado del proceso. Ciertamente, conforme a lo dispuesto en el CPC⁵⁸, los jueces están en la

⁵⁵ ARAUJO JUÁREZ, José, *Tratado de derecho administrativo formal*, Vadell hermanos Editores, Caracas, 2001, p. 484.

⁵⁶ FRAGA PITTALUGA, Luis, citado por SOTO HERNÁNDEZ, María Eugenia, “El proceso contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública venezolana” en *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo N° 15*, UCAB, Caracas, 2003, p. 49.

⁵⁷ RONDÓN DE SANSÓ, ob. cit., pp. 75-76.

⁵⁸ El artículo 232 del Código de Procedimiento Civil establece que: *“Si transcurriese el lapso fijado en el edicto para la comparecencia, sin verificarse ésta, el tribunal nombrará un defensor de los desconocidos, con quien se entenderá la citación, hasta que según la ley cese su encargo”*, y el 233 por su parte tipifica que: *“Cuando por disposición sea necesaria la notificación de las partes para la continuación del juicio, o para la realización de algún acto del proceso, la notificación puede verificarse por medio de la imprenta, con la publicación de un cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez, dándose un término que no bajará de diez días. // También podrá verificarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio*

obligación de evitar o corregir las faltas que puedan anular cualquier acto en el procedimiento; por ello, de no comprobarse en autos el procedimiento previo y en la consideración de que han dejado de llenarse alguno de los requisitos esenciales de su validez, deberá declararse la nulidad de las diligencias procesales que se hubieran celebrado.

En el presente supuesto, el procedimiento previo es esencial a la validez de los actos subsiguientes y es ello lo que justifica la posibilidad de anulación de todo lo actuado. Tal nulidad podrá decretarse sin que medie requerimiento de las partes, vale decir, el juez de oficio puede declararla, siendo que las normas quebrantadas son de evidente orden público.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia había sostenido que *“tal procedimiento no puede considerarse cumplido con vagas afirmaciones, sino mediante la prueba auténtica y documentada de los actos que la constituyen”*⁵⁹.

2. Prerrogativas en la iniciación del proceso

Nos vamos a referir ahora a los privilegios o prerrogativas en la fase de iniciación del proceso judicial. En primer lugar, la citación del Procurador General de la República para la contestación de la demanda. Luego, la obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República en aquellos juicios en los que ésta no sea parte; la improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que la República es demandada; los privilegios en el otorgamiento de medidas cautelares; la posibilidad de efectuar las actuaciones procesales mediante escritos, diligencias u oficio; la obligación de remisión de información y documentación y los privilegios en cuanto al número de representantes en el proceso.

A. Citación del Procurador General de la República para la contestación de la demanda

El DLOPGR confiere una prerrogativa al Procurador General de la República en la fase de citación al establecer que la citación se entenderá consumada después de transcurrido un lapso de 15 días hábiles contados a partir de su constancia en autos, y sólo una vez vencido dicho lapso comenzará a transcurrir el plazo correspondiente para la contestación de la demanda (arts. 93 y 94).

constituido, por la parte que haya de ser notifica conforme al artículo 174 de este Código, o por medio de boleto librada por el Juez y dejada por el alguacil en el citado domicilio. De las actuaciones practicadas conforme a lo dispuesto en este artículo dejará expresa constancia en el expediente el Secretario del Tribunal”.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Federal y de Casación del 11-02-1960.

La falta de citación o el error o fraude en la misma, habilita al Procurador General de la República para interponer recurso de invalidación contra las sentencias ejecutoriadas dentro del lapso de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de los hechos (art. 95 DLOPGR).

B. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República, en aquellos juicios en los que ésta no sea parte

El artículo 108 del DLOPGR establece la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República⁶⁰.

Esta obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República es extensible igualmente a toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República.

En estos casos el proceso se suspenderá por un lapso de 30 días continuos contados a partir de la constancia en autos de la notificación del Procurador. Sobre este particular, la jurisprudencia ha sostenido que debe tratarse de actuaciones que causen gravamen irreparable para los intereses patrimoniales de la República bien porque las mismas prejuzgan como definitivas o porque ponen fin al proceso; máxime aun si tales decisiones traen como consecuencia la declaratoria de un derecho patrimonial en titularidad de un tercero, en contra de los intereses de la República.

Igualmente debe tenerse presente que la inobservancia de este privilegio por parte de los funcionarios judiciales bien por ausencia total de notificación, o por practicarse esta en forma defectuosa, es causal de reposición del proceso en cualquier estado y grado de la causa, la cual podrá ser declarada de oficio por el Tribunal o a instancia del Procurador (art. 110 DLOPGR).

⁶⁰ Esta disposición es asimilable, en términos idénticos, al previsto en el encabezado del artículo 38 de la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965, regulado posteriormente en el artículo 94 de la LOPGR del 2001, conforme al cual, practicada la notificación, el proceso se suspenderá por un lapso de 90 días. Se encontraba igualmente redactada dicha norma en el artículo 96 del Decreto Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República del 2008.

C. La improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que la República es demandada

Otro excepcional privilegio que se otorga a la República es que, si por intermedio del Procurador General de la República o de los abogados que la representen, no comparece al acto de contestación de la demanda o de las cuestiones previas opuestas, las mismas se entienden contradichas en todas sus partes, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario por los daños patrimoniales causados a la República (art. 80 del DLOPGR).

En este caso, la igualdad de las partes como principio inherente al proceso se ve alterada pues la administración se coloca en una situación de ventaja frente al particular, pues si éste no da contestación a la demanda –en caso de que fuere demandado por la República en vía ordinaria– se le tendrá por confeso a tenor de lo establecido en el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, si es la República la demandada la consecuencia jurídica prevista en dicha norma resulta inaplicable y la falta de contestación se presume, por imperativo del DLOPGR, como negativa absoluta de todos los argumentos, defensas y excepciones invocadas en su contra.

D. Privilegios en el otorgamiento de medidas cautelares

El DLOPGR en su artículo 103 reconoce a la Procuraduría General la posibilidad de solicitar medidas cautelares de embargo, prohibición de enajenar y gravar, secuestro, así como cualquier medida innominada, cuando ello sea necesario para la defensa de los derechos, bienes e intereses de la República.

En estos casos las medidas solicitadas por la República podrán ser concedidas por el juez, previa verificación de uno cualquiera de los requisitos exigidos para la procedencia de toda cautela; es decir, la presunción de buen derecho (i.e. *fumus boni iuris*) o el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo (i.e. *periculum in mora*).

Igualmente debe el juez limitar las medidas preventivas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio, a tal fin, si se comprueba que los bienes afectados exceden la cantidad por la cual se decretó la medida, el juez debe limitar los efectos de esta a los bienes suficientes, señalándolos con toda precisión (art. 106 DLOPGR).

Lo señalado en el párrafo anterior contrasta con lo que ocurre cuando la solicitud es hecha por un particular, pues en estos casos dichos requisitos deberán verificarse en forma concurrente para la procedencia de la medida (art. 104 DLOPGR).

Asimismo, si bien se le concede al particular la posibilidad de lograr la suspensión de la medida mediante la constitución de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudiesen causarse a la República, la procedencia de dicha garantía estará sujeta a la aprobación de la Procuraduría General de la República.

E. Posibilidad de efectuar las actuaciones procesales mediante escritos, diligencias u oficios

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 79 del DLOPGR los representantes de la Procuraduría General de la República podrán proponer ante los tribunales todo tipo de actuaciones judiciales, incluidas demandas, recursos y cualesquiera otras sin limitación alguna, bajo la forma de diligencias u oficios directamente emitidos por ese órgano, sin que los órganos jurisdiccionales puedan exigirles u obligarles a observar las formalidades que sean atinentes a cada una, para su debida admisión, validez o incorporación al expediente de la causa, como lo serían las contempladas en general para los libelos de demandas en los artículos 340 del CPC, y 33 de la LOJCA en lo que respecta a las acciones del contencioso administrativo.

De modo que no puede establecerse el cumplimiento de ninguna formalidad en cuanto al contenido o formalidades de los escritos, bastando en todos los casos la presentación de diligencias u oficios.

F. Obligación de remisión de información y documentación

Los órganos y los entes de la administración pública deben remitir a la Procuraduría General de la República dentro del lapso que le sea indicado la información y documentación que esta le requiera para actuar en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, tal y como lo dispone el artículo 81 del DLOPGR.

G. Privilegios en cuanto al número de representantes

En los juicios en que sea parte o intervenga la República, no puede existir limitación alguna en cuanto al número de representantes constituidos por ante un mismo tribunal, según lo prevenido en el artículo 91 del DLOPGR. Este privilegio implica que cualquier limitación en cuanto al número de representantes de las partes en juicio, que pueda estar prevista en alguna ley adjetiva especial, no será procedente ni aplicable a los representantes de la República.

No ocurre lo mismo para el caso de los particulares, a quienes sí podrían imponerse esas limitaciones mediante ley, de conformidad con lo establecido por el artículo 136 del CPC, que regula a las personas que son

capaces de obrar en juicio por sí mismas o por medio de apoderados (representantes), “salvo las limitaciones establecidas en la ley”.

Conviene recordar que este privilegio se fundamentó originalmente en una limitación general que al respecto establecía el derogado Código de Procedimiento Civil de 1916 cuando señalaba lo siguiente: “Artículo 62. Para la defensa de un asunto cada parte no podrá constituir en un mismo Tribunal más de tres representantes”.

Con motivo de esa limitación –que ya no se encuentra vigente en el CPC– las leyes de la Procuraduría General de la República establecieron entonces el privilegio de que los representantes de la República no estuviesen limitados en cuanto a su número, ante un mismo tribunal. El privilegio en referencia sigue estando establecido –como ya vimos– en el vigente DLOPGR y aplicaría en el supuesto de que alguna ley adjetiva especial dispusiere de alguna limitación similar, sobre algún tipo de procedimiento jurisdiccional en concreto.

3. En la sustanciación del proceso: Prerrogativas en materia probatoria

En la sustanciación del proceso judicial hay prerrogativas a favor de la República fundamentalmente en el tema probatorio. Anteriormente, y por disposición expresa, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establecían limitaciones sobre la posibilidad de promoción y evacuación de ciertos medios probatorios⁶¹, sin embargo, dicha limitación fue desapplicada por la

⁶¹ En cuanto a la prueba de inspección ocular esta tenía un carácter subsidiario, pues sería admisible en tanto el hecho que se pretende demostrar no pudiera traerse de otro modo a los autos. Por ello, la parte promovente estaba obligada a demostrar en el escrito de promoción la imposibilidad de hacer uso de otro medio probatorio para hacer valer el hecho que se pretende probar con la inspección (art. 90 LOCSJ). Con respecto a la prueba de exhibición, su promoción estaba permitida, salvo que se trate de documentos que por su naturaleza fueren de carácter reservado, supuesto en el cual la prueba no podría ser admitida (art. 91 LOCSJ). Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, preveía en su artículo 19 el régimen general aplicable a los medios probatorios que podían ser utilizados en los juicios sustanciados ante el Tribunal Supremo de Justicia. Así, esa disposición señalaba que: “En los procedimientos que se tramiten ante el Tribunal Supremo de Justicia sólo se admitirán como medios probatorios la experticia, la inspección judicial, incluyendo aquellos documentos que formen parte de los archivos de la Administración Pública, cuando haya constancia que la prueba que de ellos se pretende deducir no puede llevarse de otro modo a los autos, las posiciones juradas y los instrumentos públicos o privados”. De esta forma se establecían de manera taxativa los medios probatorios que podían ser usados en los procedimientos llevados ante el Tribunal Supremo de Justicia. Esa disposición limitaba, evidentemente el principio de libertad probatoria, pues restringía el uso de otras pruebas que se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil, tales como los testigos y los informes. También, supeditaba –al igual que lo hacía

Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a partir de sentencia de fecha 06-10-2004 al conocer de la apelación de un auto del Juzgado de Sustanciación que negó la promoción de unas pruebas testimoniales con fundamento en esa norma (caso: Rosa Aura Chirinos Vs. Municipio José Laurencio Silva del Estado Falcón). La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ratificó:

[...] la libertad de los medios de pruebas y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes para la demostración de sus pretensiones.

Asimismo, consideró que los medios de prueba admisibles en juicio, son los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para demostrar sus pretensiones, estableciendo una amplia libertad probatoria.

Por su parte, la LOJCA nada establece respecto a los medios de prueba admisibles en juicio, por lo cual se considera que existe una amplia libertad probatoria, con ocasión de la subsidiariedad de las normas del CPC (artículo 31 LOJCA) en materia probatoria respecto de las demandas contencioso administrativas, siendo la única limitante que en la alzada, el artículo 91 de la referida Ley dispone que, respecto a los medios de prueba admisibles, única y exclusivamente puedan promoverse las pruebas documentales que deberán acompañar a los escritos de fundamentación y contestación de la apelación.

Entonces, debe señalarse que en cuanto a los juicios en que sea parte la República, como son las demandas contra el Estado, las referidas disposiciones serán igualmente aplicables y sólo de forma supletoria, serán aplicables las normas previstas para el procedimiento ordinario.

Tengamos presente, sin embargo, que de acuerdo al artículo 90 del DLOPGR ni las autoridades ni los representantes de la República están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisivo, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo.

4. En la decisión

Hay prerrogativas también en la fase de decisión. En primer lugar, se establece la consulta obligatoria de todas las sentencias definitivas

la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia— el uso de las pruebas allí contempladas a una serie de condicionamientos.

que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República y, en segundo lugar, la obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de toda sentencia definitiva o interlocutoria producida en los juicios en que la República sea parte.

A. La consulta obligatoria de todas aquellas sentencias definitivas que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República

La consulta obligatoria de todas las sentencias definitivas que sean contrarias a la pretensión, excepción o defensa de la República se encuentra establecida en el artículo 84 del DLOPGR, lo que implica que aún en aquellos casos en los que la República, por intermedio del Procurador General de la República se abstenga de interponer la apelación que les concede la Ley, el fallo no adquiere la condición de sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, hasta tanto el Tribunal Superior no decida la consulta.

Sin embargo, esta prerrogativa debe ser interpretada en el sentido de que todas aquellas decisiones que nieguen la pretensión de la República tendrán consulta obligatoria, lo cual no aplica en el supuesto de que la pretensión de estos entes haya sido satisfecha, pues ningún sentido tendría la consulta de una sentencia que favorece los intereses del Estado cuando la parte en contra de la cual operó la sentencia no realizó los trámites necesarios para la apelación.

Así lo ha reconocido además la Sala Político-Administrativa en decisión de fecha 18-10-2000 (caso: Desarrollo Conjunto Residencial Don Virgilio), al señalar que *"es pacífica y reiterada la jurisprudencia que sostiene que, en casos como el de marras, sólo procede la consulta de Ley en los supuestos en que se ocasione un daño o perjuicio bien sea a la República, Estados o Municipios"*.

B. La obligación de todos los funcionarios judiciales de notificar al Procurador General de la República de toda sentencia definitiva o interlocutoria producida en los juicios en que la República sea parte

Las notificaciones tienen por objeto transmitir a las partes o a terceros dentro del proceso algo que deben conocer para llevar adelante su defensa en el proceso de que se trata. El derecho constitucional a la tutela judicial únicamente quedará garantizado en la medida en que se arbitren todos los medios posibles, con arreglo a las técnicas más modernas, para que llegue al destinatario el conocimiento de todo aquello

que debe conocer para una defensa efectiva⁶². Precisamente por su enorme importancia en orden a la tutela jurisdiccional efectiva, su régimen jurídico se encuentra regulado en las normas adjetivas.

En efecto, el CPC establece en su capítulo IV (De las citaciones y notificaciones) del Título IV, lo atinente a la regulación general de las citaciones y notificaciones en juicio, aunque lo relativo a las notificaciones es regulado igualmente -en cuanto a su procedencia o exigencia para la validez del procedimiento y actuaciones judiciales- a lo largo del texto de la norma. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 251 del CPC, aquellas sentencias que hayan sido dictadas fuera del lapso, deberán ser notificadas a las partes, sin lo cual no correrán por supuesto los plazos para la interposición de recursos; de modo que sobre aquellas sentencias dictadas dentro del plazo correspondiente, no será obligatorio el que las partes deban ser notificadas por el tribunal.

Lo contrario sucede en el caso de la República, debido a que conforme al privilegio establecido en el artículo 98 del DLOPGR, los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva que sea dictada en juicio en el que sea parte la República.

La notificación comentada resulta obligatoria con independencia de que la sentencia haya sido dictada o no fuera del plazo. De ahí que esto represente otro privilegio procesal para la República. Adicionalmente, el mismo artículo 98 impone expresamente que la notificación debe estar acompañada de copias certificadas de las decisiones o de todo lo conducente para formar criterio sobre el asunto y ejercer las acciones pertinentes según el caso.

El cumplimiento de este privilegio previsto a favor de la República, tal como lo ha señalado la Sala Político-Administrativa, resulta de obligatorio cumplimiento por parte de todas las autoridades judiciales, desde que el mismo se erige según el criterio de la Sala, como un mecanismo de protección de intereses cuyo titular es, en definitiva, la ciudadanía (Sentencia de la Sala del 02-05-2000, caso: C.A. Goodyear de Venezuela).

En estos casos, el Procurador General de la República se entenderá notificado después de transcurrido un lapso de ocho días hábiles contados a partir de la constancia en autos de la práctica de la notificación y sólo una vez transcurrido dicho lapso se abren los términos para la interposición de los recursos a que haya lugar. Este plazo para que surta

⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, pp. 302-305.

efectos la notificación, redundando en el régimen privilegiado relativo a las notificaciones obligatorias, del que goza la República.

La falta de notificación en estos supuestos será causal para que el juez de oficio reponga la causa en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que dicha reposición pueda ser solicitada por el Procurador.

5. Privilegios y prerrogativas en la ejecución de la sentencia

Dentro los privilegios y prerrogativas procesales que están consagradas a favor de la República están aquellas que son exigibles en la fase de ejecución de las sentencias. En primer lugar, cuando la República sea condenada en juicio el tribunal encargado de ejecutar la sentencia deberá notificar al Procurador General de la República. De otra parte, cuando haya sido condenada la República, debe cumplirse de forma obligatoria un procedimiento especial de ejecución de sentencias.

A. Notificación sobre ejecución de sentencia

El artículo 99 DLOPGR establece que cuando la República sea condenada en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia debe notificar al Procurador General de la República quien a su vez solicitará al órgano respectivo que, dentro del lapso de 60 días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de la ejecución.

B. Limitaciones a la ejecución de sentencias y procedimiento de ejecución

La ejecución de la sentencia cuando ha sido condenada la República no se tramita de la forma como lo prevé el Código de Procedimiento Civil para todos los casos, en su lugar debe cumplirse un procedimiento especial. Para justificar este procedimiento especial y más favorable se han invocado dos principios contemplados por el ordenamiento jurídico, estos son: el principio de legalidad presupuestaria y el principio de inembargabilidad de los bienes públicos:

El principio de la legalidad presupuestaria (art. 314 constitucional) conforme al cual, la administración no podrá hacer gasto o erogación alguna que no esté prevista en la Ley de Presupuesto. En todo caso, sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para aquellos gastos que fuesen necesarios y que no estuviesen previstos. Así, aquellos compromisos que tengan fundamento en una sentencia judicial se pagarán con cargo a la partida de presupuesto que para tales fines se disponga en cada ejercicio.

El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos (art. 87 del DLOPGR) con fundamento en el cual, los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos,

sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

El DLOPGR prevé en sus artículos 99 y 100 el procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas contra la República, de la siguiente forma:

El tribunal encargado de ejecutar deberá notificar al Procurador General de la República sobre la sentencia quien, a su vez, solicitará al órgano respectivo que dentro del lapso de 60 días siguientes, informe al tribunal sobre la forma y oportunidad de ejecución, como ya dijimos.

Recibida la propuesta del órgano o ente público correspondiente, la parte interesada previa notificación podrá aceptarla o rechazarla y, en este último caso, el tribunal fijará otra oportunidad para la presentación de una nueva propuesta. Si esta no es aprobada por el interesado, o si el órgano o ente respectivo no presenta propuesta alguna, el tribunal deberá determinar la forma en que se ejecutará lo juzgado según el siguiente procedimiento: **(i)** Si se trata de cantidades de dinero, el tribunal a petición de parte ordenará que el monto a pagar se incluya en la partida de los próximos dos ejercicios presupuestarios, debiendo remitir al Procurador copia certificada de la decisión; **(ii)** Si se trata de entrega de bienes, el Tribunal debe poner en posesión de los mismos a quien corresponda. Si el inmueble está afectado al uso público el tribunal deberá acordar la fijación de su precio mediante avalúo.

Ahora bien, este procedimiento previsto en los artículos 99 y 100 del DLOPGR es aplicable exclusivamente a la República. De forma que no se extiende a los institutos autónomos, empresas del Estado y demás entes de la administración, a quienes debería aplicárseles el régimen común sobre la materia.

II. Privilegios y prerrogativas fiscales de la República

Dentro de los privilegios y prerrogativas fiscales de la República figuran en primer lugar la imposibilidad de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial; la inembargabilidad de los bienes de la República; la improcedencia de la condenatoria en costas contra la República y la prohibición de la compensación contra la República.

1. Prohibición de exigir a la República que constituya caución para la procedencia de alguna actuación judicial

De acuerdo a lo previsto en el artículo 83 del DLOPGR la República no está obligada a prestar caución para ninguna actuación judicial. Para un sector de la doctrina el establecimiento de prerrogativas de esta índole se justifica en el argumento de que se presume de las actuaciones de la República que estas son siempre conforme a derecho y los fines que persigue son rectos, máxime cuando se entiende que ésta actúa siempre de buena fe en su condición de garante del interés público⁶³.

No estamos de acuerdo con esa posición pues nuestra experiencia nos ha demostrado todo lo contrario. La República, con frecuencia, tiende a incumplir o retardar los pagos a los que se encuentre obligada por decisiones judiciales.

2. La inembargabilidad de los bienes de la República

Una tradicional prerrogativa fiscal es la de que los bienes, derechos, rentas o acciones del patrimonio del Estado no podrán ser objeto de embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales, o de cualquier otra medida ejecutiva o preventiva; en nuestro caso establecida en el artículo 87 del DLOPGR.

Recordemos que GARCÍA DE ENTERRÍA al hacer referencia al principio de inembargabilidad de los bienes públicos o *privilegium fisci* señala que “es un asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio”. En ese sentido, expresa que “*El dinero administrativo es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la Ley (concretada mediante la sentencia ejecutoria) le asigna*”.

Como lo expresa GONZÁLEZ PÉREZ:

[...] la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –que suelen reconocer todas las Constituciones– comprende no sólo la facultad para exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada, sino que lo en ella resuelto sea llevado a efecto, con, sin o contra la voluntad del obligado. Los Tribunales han de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁶⁴.

El privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos de la administración pública ha venido a ser calificado como “*una esfera*”

⁶³ RODRÍGUEZ ARJONA, Mariana, “Comentarios preliminares sobre algunas prerrogativas procesales de la Administración Pública” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 106*, UCV, Caracas, 1998, pp. 322 y ss.

⁶⁴ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas. Madrid, 1992, p. 391.

*inmune a la introducción de los órganos jurisdiccionales para dar cumplimiento a la sentencia de condena*⁶⁵.

Pero, ya lo hemos dicho antes y siempre es bueno reiterarlo, no es suficiente que el particular pueda hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes, ni que se produzca una decisión de fondo sobre el asunto planteado; es indispensable además que se cumpla con lo decidido por el tribunal para que efectivamente se materialice el derecho a la tutela judicial. Es necesario que se dé cumplimiento a lo ordenado en el fallo, esto es, que se ejecute a los fines de materializar la satisfacción de la pretensión deducida.

El principio de la inembargabilidad de los bienes públicos está actualmente consagrado en el artículo 87 del DLOPGR con fundamento en el cual, los bienes, rentas, derechos o acciones de la República no pueden ser objeto de embargos ejecutivos, sino que, en estos casos, los jueces que conozcan de la ejecución de sentencias contra la República, deben suspender la causa y notificar al Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo demandado.

Este privilegio fiscal fue flexibilizado o atenuado por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia a la que ya hicimos referencia cuando comentamos las prerrogativas procesales de la República en la fase de ejecución de sentencias, mediante la cual se llegó a aplicar en forma analógica el procedimiento dispuesto por el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, que –reiteramos– permitía acudir al procedimiento de ejecución contemplado en el CPC, que a su vez contemplaba la posibilidad de dictar medidas ejecutivas.

Pero con la entrada en vigencia de la Ley de la Procuraduría de 2001, se estableció un procedimiento especial de ejecución de sentencias, que no contempla expresamente la posibilidad de poder acudir a esas disposiciones del CPC relativas a la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero como sí lo estipulaba el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, y que se mantiene en el vigente DLOPGR de 2016. Por tanto, este privilegio ya no se encuentra flexibilizado por el procedimiento de ejecución de sentencias que le corresponde a la República, consagrado en el DLOPGR.

⁶⁵ CARRERAS LLANSANA, Jorge, "El embargo de bienes", Ed. Bosch, Barcelona, 1957, Cit. en ESCUDERO HERRERA, María C., *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 159.

A. La embargabilidad de los bienes de institutos autónomos, empresas del Estado y otros

Si bien no existe la imposibilidad de decretar medidas procesales de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva y definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que este tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público; el artículo 111 del DLOPGR establece que antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador General de la República, acompañando con copias certificadas de todo lo conducente para formar criterio del asunto, a fin de que la entidad pública o privada que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que se esté afectando el fin.

En estos casos, el proceso se suspende por un lapso de 45 días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador General de la República, quien debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado.

Adoptadas las previsiones del caso el órgano o ente correspondiente debe comunicar al Procurador General de la República, quien a su vez debe informar al juez de la causa.

El artículo 112 del DLOPGR establece que si transcurrido el lapso señalado en el artículo 111, sin que el Procurador General de la República haya informado al tribunal de la causa sobre las previsiones adoptadas por el órgano o ente correspondiente, el juez puede proceder a la ejecución de la medida.

3. La improcedencia de la condenatoria en costas contra la República

Aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perder o se desista de ellos, la República no podrá ser condenada en costas, tal como lo establecen los artículos 88 del DLOPGR y 287 del Código de Procedimiento Civil.

Este privilegio que aplica a todo tipo de juicios, sean ordinarios, especiales o contenciosos administrativos, encuentra, sin embargo, una excepción en materia contencioso tributaria reflejada en el Código Orgánico Tributario que establece que cuando la Administración Tributaria resulte totalmente vencida por sentencia definitivamente firme será

condenada a pagar las costas equivalentes a un monto que no excederá del 10 % de la cuantía del recurso que dio lugar al juicio. Sin embargo, si el tribunal considera que la administración tributaria perdedora tuvo motivos racionales para litigar podrá eximirla del pago de las costas generadas.

Consideramos que la línea impuesta por el Código Orgánico Tributario debió ser la asumida por el nuevo DLOPGR pues es obvio que la prerrogativa que impide condenar en costas a la República contraría el derecho de todo particular a la igualdad procesal y a obtener una tutela judicial efectiva, pues resulta injusto que el particular que fue llevado a juicio por la República, o que se vio obligado a demandar la nulidad de un acto administrativo inconstitucional o ilegal, y que luego resulta ganador en juicio, deba asumir, por la temeridad o desidia de la República, los gastos que el proceso le generó. Tal ha sido la interpretación asumida, por ejemplo, en el derecho español donde ésta prerrogativa fue abandonada al establecerse en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998 de 13 de julio) la posibilidad de condenar en costas a la administración en términos idénticos a cualquier particular⁶⁶.

Sin embargo, cabe destacar que en Venezuela, se ha admitido jurisprudencialmente la condenatoria en costas a los entes públicos que resulten perdedores en juicio. De esta forma, por medio de sentencia del 02-10-2002, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, señaló expresamente que de una correcta interpretación del artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se desprende que en los procesos de amparo constitucional contra particulares, se condenará en costas a la parte que resulte totalmente perdedora, sin importar que ésta sea un ente público o un particular, al señalar lo siguiente:

[...] a pesar de que no existe previsión expresa sobre las costas contra los entes públicos en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, considera esta Sala que las mismas sí proceden y que el juez tiene la facultad de condenar al vencido en el proceso de amparo constitucional -sea el particular o el ente público- y exonerar de costas a quien haya intentado la acción por motivos racionales para litigar, pues, partiendo de una interpretación del artículo 33 de la referida Ley Orgánica en forma progresiva y armónica con lo dispuesto en el artículo 21 eiusdem y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -así como con las tendencias modernas del derecho comparado-, debe entenderse que los entes públicos responden ante los particulares y, en consecuencia, éstos frente a

⁶⁶ Por el contrario, en Venezuela, los juicios que hay recaído sentencia definitiva a favor de la República, el Procurador General de la República, o quien actúe en su nombre, debe estimar el valor de las respectivas actuaciones de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, a los efectos de la respectiva condenatoria en costas.

aquellos, en acatamiento tanto del imperativo constitucional que atenúa o elimina los privilegios procesales que la Administración y otras autoridades públicas suelen invocar en su favor -dado que atentan contra la igualdad procesal y que se instituyen como un obstáculo que impide a los particulares el ejercicio efectivo de su derecho a la justicia-, como de la regla contenida en la Disposición Derogatoria Única del referido Texto Fundamental.

4. La inadmisibilidad de la compensación contra la República

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del DLOPGR, en ningún caso es admisible la compensación contra la República, cualquiera que sea el origen o la naturaleza jurídica de los créditos que se pretendan compensar, salvo lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, respecto de la posibilidad de compensación de los créditos por concepto de tributos, intereses, multas y costas procesales, con las deudas tributarias por los mismos conceptos (art. 49).

III. Privilegios y prerrogativas de los municipios

Como hemos señalado, los estados gozan de las mismas prerrogativas y privilegios procesales conferidos a la República por cuanto la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público les extendió dichas prerrogativas establecidas en las demás leyes de la República. Ahora bien, en el caso de los municipios, la LOPPM reconoció expresamente una serie de prerrogativas y privilegios procesales propios de dichas organizaciones político territoriales, los cuales también son de orden público o de obligatorio cumplimiento y exigencia por parte de los funcionarios judiciales.

1. Antes de la iniciación del proceso

Hemos ya señalado que una prerrogativa que se otorga a la República ante de la iniciación del proceso es la necesidad de cumplir con el antejuicio administrativo consagrado en el DLOPGR, como condición para que las demandas contra la República puedan ser admitidas por los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, ni la LOPPM ni ninguna otra norma de rango legal concede esa prerrogativa a los municipios.

Ya hemos mencionado que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 220 del 10-03-2010, consideró procedente extender la prerrogativa del antejuicio administrativo a los municipios, determinando que *“se amerita que los Municipios gocen en juicio de ciertas condiciones especiales, en resguardo de los intereses superiores que rigen su actuación pública, entre ellos, el agotamiento del procedimiento previo a las demandas contra la República”*.

Al igual que ha ocurrido con las empresas públicas, la prerrogativa del antejuicio administrativo ha sido inconstitucionalmente extendida a los municipios por vía jurisprudencial. Reiteramos aquí nuestro rechazo a esto por violar la reserva legal y los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva.

2. En la iniciación del proceso

El capítulo IV del Título V de la LOPPM establece las disposiciones que rigen a la actuación del municipio en juicio, en varias de sus fases. Las disposiciones normativas contenidas en ese capítulo consagran prerrogativas procesales para los municipios que deberán ser tomadas en cuenta al momento de iniciar el proceso.

A. Citación obligatoria del Síndico Procurador Municipal y contestación de la demanda

El artículo 153 de la LOPPM establece la obligatoriedad de que el Síndico Procurador Municipal, la autoridad correspondiente o el alcalde, sea citado por los funcionarios judiciales, con ocasión de demandas de toda naturaleza en contra el municipio, o de cualquier solicitud que obre contra los intereses patrimoniales del municipio o la correspondiente entidad municipal.

Para que se considere como válidamente practicada, la citación deberá ser acompañada con copias certificadas de la demanda y de todos sus anexos, lo cual deberá constar en el respectivo expediente. La falta de la citación ante los órganos o entidades municipales correspondientes, o el incumplimiento de las formalidades requeridas para ello, constituirá causal de anulación y en consecuencia se deberá reponer la causa.

Una vez que se haya comprobado que la citación fue válidamente práctica, el Síndico Procurador Municipal gozará de un plazo de 45 días continuos para dar contestación a la demanda, según lo consagrado en el mismo artículo 153 de la LOPPM.

B. La improcedencia de la confesión ficta en los juicios en que los municipios son demandados

Conforme al artículo 154 de la LOPPM, cuando la autoridad municipal debidamente citada no hubiese comparecido para contestar la demanda o las cuestiones previas que le hayan sido opuestas, estas se las tendrá de todas formas como contradichas en todas sus partes. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder al funcionario encargado de la representación de los intereses del municipio.

3. En la decisión

La LOPPM consagra una prerrogativa procesal a los municipios respecto de la fase de decisión del juicio, específicamente en el último aparte del artículo 153 dispone el deber u obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal de toda sentencia definitiva e incluso de las sentencias interlocutorias que puedan ser dictadas a lo largo de otras fases del proceso.

4. En la ejecución

Al igual que sucede con la República, los municipios gozan también de prerrogativas en la fase de ejecución de las sentencias condenatorias que hayan sido dictadas en su contra. Así, la LOPPM establece la prerrogativa del deber de informar a la autoridad ejecutiva del municipio, cuando este haya sido condenando en juicio. Por otra parte, se consagra también un procedimiento especial de ejecución de sentencias para los municipios.

A. Notificación sobre ejecución de sentencias

El artículo 158 de LOPPM establece que cuando la parte interesada haya solicitado al tribunal la ejecución de una sentencia definitivamente firme en la que hubiese resultado condenado el municipio, este deberá ordenar dicha ejecución para lo cual está obligado a notificar al alcalde o autoridad ejecutiva del municipio, quien deberá dar cumplimiento voluntario a la sentencia dentro de los 10 días siguientes a la notificación correspondiente.

Dentro de ese lapso, al municipio se le permite proponer una forma de cumplir con la sentencia. En caso de rechazo de la propuesta, las partes pueden incluso acordar la suspensión del lapso por el tiempo que se convenga, a fin de que puedan realizar actos de composición voluntaria.

B. Procedimiento de ejecución de sentencias

Los artículos 158 y 159 de la LOPPM, establecen el procedimiento aplicable para la ejecución de sentencias condenatorias en el caso de los municipios, el cual replicó en casi todos sus aspectos más importantes el procedimiento que ya venía establecido en el artículo 104 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, especialmente en lo que se refiere a las cantidades de dinero. El procedimiento actual de la LOPPM, viene establecido en los siguientes términos:

Primero, el tribunal encargado de la ejecución otorgará un plazo de 10 siguientes de su notificación, al alcalde o la autoridad ejecutiva de la entidad municipal de que se trate, para que se dé el cumplimiento voluntario a la sentencia.

Segundo, dentro de ese lapso, el municipio o entidad municipal podrá proponer al tribunal una forma de cumplir con la sentencia, pudiendo ser aceptado o rechazado por la parte interesada. Las partes podrán suspender el plazo en cuestión o realizar actos de composición voluntaria.

Tercero, vencido el plazo para la ejecución voluntaria, se procede a la forzosa en la que el tribunal determina la forma y oportunidad de dar cumplimiento a la sentencia, según los siguientes procedimientos reseñados en forma resumida:

a. Cuando la condena sea sobre una cantidad líquida de dinero, el tribunal ordenará al municipio o entidad municipal para que incluya el monto a pagar en el presupuesto del año próximo y siguientes, a menos que ya exista provisión de fondos en el presupuesto vigente. Cuando no se diere el cumplimiento de pago con cargo a la partida prevista, el tribunal a petición de parte ejecutará la sentencia conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de sentencias de condena sobre cantidades líquidas de dinero.

b. Cuando en la sentencia se hubiere ordenado la entrega de algún bien el tribunal llevará a efecto la entrega. Si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o a una actividad de utilidad pública, el tribunal, a petición de parte, acordará que el precio sea fijado mediante peritos en la forma establecida por la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social. Fijado el precio, se procederá como si se tratase del pago de cantidades de dinero.

c. Cuando la condena se trate de una obligación de hacer, el tribunal fijará a petición de parte un lapso de 30 días consecutivos para que el municipio o la entidad municipal cumpla la obligación. Si la obligación no es cumplida, el tribunal a petición de parte procederá él mismo a ejecutarla, trasladándose a la oficina municipal correspondiente para ello. Si aun así no se cumpliera con la obligación, entonces el tribunal sustituirá al municipio o ente municipal y hará que la obligación de hacer sea cumplida. En los casos en que por su naturaleza la obligación no pueda ser ejecutada por el tribunal, entonces de esta se estimará su valor y se ejecutará como si fuere una cantidad de dinero.

d. Cuando la sentencia ordene a una obligación de no hacer, el tribunal a petición de parte ordenará el resarcimiento del daño que se derive del incumplimiento de la obligación de no hacer.

Notamos en la norma que si la orden de ejecución no fuere cumplida por la administración o la partida de presupuesto correspondiente no fuere ejecutada, el tribunal a instancia de parte ejecutará la sentencia con base al procedimiento ordinario previsto en el Código de

Procedimiento Civil, esto es, el embargo y posterior remate de los bienes de la administración salvo que se trate de bienes del dominio público, previo cumplimiento de las formalidades a las que alude la LOPPM en el numeral primero de su artículo 159.

Como se puede observar, este procedimiento resulta más concreto y posibilita más vías de ejecución al hacer referencia directa a los procedimientos del CPC, a diferencia del procedimiento especial de ejecución de sentencias que establece el DLOPGR para la República.

5. Privilegios fiscales de los municipios

La LOPPM establece igualmente privilegios fiscales a favor de los municipios en el marco de los juicios que estos llegasen a enfrentar y que también guardan similitud con los otorgados a la República, e incluyen, principalmente, la prohibición de la imposición de medidas preventivas y ejecutivas, como lo sería la inembargabilidad de bienes y derechos (salvo los casos previstos en la ley) y la regulación privilegiada en cuanto al tema de condenatoria en costas que en el caso de los municipios sí es procedente, pero en los términos más favorables que la norma establece para esos entes.

A. Inembargabilidad de bienes y derechos

El artículo 156 de la LOPPM prohíbe expresamente que los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes al municipio o a una entidad municipal estén sujetos a medidas preventivas, ni tampoco a medidas ejecutivas, salvo en los casos previstos en esa misma ley (procedimiento de ejecución de sentencias).

B. Condenatoria en costas

En lo que respecta al tema de condenatoria en costas, a diferencia de lo que sucede con la prerrogativa aplicable en este caso para la República, los municipios pueden ser condenados en costas, con la condición de que estos hayan resultado totalmente vencidos en juicio por sentencia definitivamente firme, según lo dispuesto por el artículo 157 de la LOPPM.

Adicionalmente, establece el mismo artículo que el monto de la condenatorias no podrá exceder del 10 % del valor de la demanda. Así mismo, se permite que el juez pueda eximir de costas al municipio o a las entidades municipales *“cuando éstas hayan tenido motivos racionales para litigar”*. ■

Democracia, Estado de derecho y libertades políticas. Una muy breve nota desde una perspectiva jurídico-política

Manuel ROJAS PÉREZ*

REDAV, N° 25, 2022, PP. 107-113

Resumen: El autor analiza las bases de la libertad política, la democracia y el Estado de Derecho, resaltando los elementos principales de cada uno de estos temas y su contraste con en el entorno venezolano.

Palabras clave: Estado de Derecho – Libertad – Pluralidad.

Abstract: *The author analyzes the bases of political freedom, democracy and the rule of law, highlighting the main elements of each of these issues and their contrast with the Venezuelan situation.*

Keywords: *Rule of Law – Freedom – Plurality.*

Recibido

07-03-2023

Aceptado

25-04-2023

La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida. Miguel de Cervantes y Saavedra, El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha

I. La libertad como expresión social de la dignidad humana

La libertad es un derecho humano fundamental, solo antecedido por el derecho a la vida, pero insustituible en la vida digna de las personas¹. Como lo decía JOSÉ MARTÍ: “El derecho que tiene todo hombre a ser honrado y a pensar y hablar sin hipocresía”. “Requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por una convicción humana personal y o bajo la presión de un ciego impulso interior o de la era coacción externa”².

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Central de Venezuela.

¹ Ramón Guillermo Avelo, *Libertad. Conciencia y práctica* (Caracas: Fondo Editorial para la Libertad, Concejo Municipal de Chacao, 2009), 13.

² Constitución apostólica de Pablo VI, citado por Avelo. id.

Se hace aquí la conjetura entre libertad y dignidad para demostrar que, en puridad de conceptos, aquella no puede existir sin esta. Pan o libertad es la promesa y el dilema de las dictaduras, sea en nombre de una clase o de orden y la seguridad nacional.

La libertad es la capacidad de escoger y abrazar, por uno mismo, los bienes que le atañen. Se convierte en política cuando el Estado la protege como derecho de los ciudadanos a decidir sobre sus vidas y el gobierno de sus naciones.

Así, se ha condicionado la libertad política a la libertad moral. Algunos filósofos antiguos justificarían el esclavizar a los bárbaros y a los salvajes por su reticencia a comportarse civilizadamente, y el negarles a las clases populares el derecho de participar en las decisiones políticas por su inexperiencia e insuficiente pulimento en los asuntos de la ciudad. Hasta fechas muy recientes se les negó el voto a las mujeres.

La libertad debe ser digna, debe respetar el fuero interno de los ciudadanos. No es libertad el “dormir con las puertas abiertas” como se hacía en la época de Pérez Jiménez, porque ello se hacía con un costo: “no hablar mal del gobierno”.

La dignidad era reprimida en esa época oscura de la historia venezolana. Se cambiaba la libertad de conciencia por la seguridad y el empleo. Se coaccionaba al ciudadano para que no se le ocurriera pensar distinto a lo que el gobierno quisiera. Por ello, coincidimos con VÍCTOR RAÚL HAYA DE LA TORRE cuando decía *“Ni pan sin libertad, ni libertad sin pan”* o con el expresidente chileno EDUARDO FREI que señalaba: *“Si nos ponen a escoger entre la libertad y el pan, escogemos la libertad, para seguir luchando por el pan”*.

II. Libertades políticas

La libertad política da al hombre el derecho de pensar, a emitir su pensamiento, de reunirse, a ejercer el oficio, profesión o industria que le acomode, a transitar libremente por el territorio nacional, el derecho de votar y ser votado para los cargos públicos de elección popular.

El Estado moderno está ya blindado contra la tentación aristocrática de reservar los cargos de poder y decisión pública a un sector. Es en esencia democrático. Se rige según la voluntad de las mayorías. Una de sus funciones principales es garantizar a los ciudadanos sus libertades políticas. No puede subordinar de manera sumaria éstas a la libertad moral. Sólo puede hacerlo bajo procesos judiciales muy estrictos, que prueben caso por caso la incapacidad de un individuo para ejercer esta o aquella libertad política.

Es más, si es función primordial del Estado moderno garantizar las libertades políticas, también lo es, por tanto, facilitar a sus ciudadanos la libertad moral, establecer las condiciones para que ellos vivan las virtudes morales de tal modo que escojan, de veras, libremente, según su recta razón y según una voluntad no coartada por estorbos indebidos. Un Estado moderno se reconocería así en la medida en que provea los medios adecuados para que los ciudadanos escojan lo que les atañe en pleno goce de las virtudes principales o cardinales: la prudencia, la justicia, la fortaleza y la templanza³.

Luego, las libertades políticas permiten al ciudadano, entendido este como la persona que forma parte de una comunidad política, desarrollarse según su mejor saber y entender, poder pensar por sí mismo, organizarse según crea conveniente o no organizarse por considerarlo innecesario, decidir si quiere representar a sus iguales o si, por el contrario, prefiere elegir a quien lo represente. Incluso, la libertad política implica que el ciudadano pueda escoger no elegir nada. La libertad política permite que el ciudadano decida ejercerla o no ejercerla. Las libertades políticas nos permiten opinar sobre lo que queramos mientras no violemos la libertad de otros.

La libertad en general, incluida la de opinión, debe tener en cuenta la libertad externa. Porque una cosa es ser libre a lo interno, y otra que se permita ejercer la libertad de manera plena. THOMAS HOBBS acertó con la noción de libertad a la que queremos llegar: "*Libertad significa propiamente ausencia de impedimentos externos*".

Como señala SARTORI, la libertad puede ser vista a lo interno del ciudadano y a lo externo, siendo esta última la condición de ser libre o no libre en relación con los demás. Y la libertad política es eso: una coexistencia en libertad con la libertad ajena y una resistencia a la falta de libertad⁴.

Luego, la libertad política sirve para proteger al ciudadano de la opresión. Nos referimos al ciudadano que es libre dentro del marco de la ley. El Estado es el garante que esta libertad se cumpla. Que la opinión del pueblo sea escuchada, tomada en cuenta y cuando llegue el momento, sea acatada. Y nunca perseguida⁵.

Entonces, sirve como muro contra la opresión, ya que permite a los ciudadanos un libre tránsito por el mar de las ideas y opiniones frente a

³ Arturo Zárate, "El Estado, las libertades políticas y las virtudes cardinales" en *Caminos de la Libertad* (México, 1996), 114-115.

⁴ Giovanni Sartori, *La democracia en treinta lecciones*, (Bogotá: Editorial Taurus, 2008), 68.

⁵ Manuel Rojas Pérez, "Opinión pública, libertad política y democracia" publicado en el diario Correo del Caroní, 12-10-2010, <https://bit.ly/3poCtOy>

los otros ciudadanos. La libertad política permite a los ciudadanos darse una Constitución, elegir representantes, elegirse como representante, no elegir a nadie, organizar consejos comunales, asociaciones de vecinos, asambleas de ciudadanos, juntas de condominio, clubs de fans.

Por tanto, la libertad política es un concepto negativo: exigirla es exigir que dentro de cierta esfera a un hombre no se le prohíba hacer lo que desee, es decir, que no se le prohíba hacerlo, independientemente de que sea capaz de llevarlo a cabo o no.

A un lisiado no se le prohíbe caminar erguido, aunque de hecho no pueda hacerlo. A un hombre sano tampoco se le prohíbe volar a la luna, aunque, de hecho, no esté en posición de hacerlo. Sin embargo, no decimos que un hombre no es libre de volar a la luna, ni decimos que un lisiado no es libre de caminar erguido⁶.

III. Libertades políticas en la Constitución de la República

Las libertades políticas están consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela formuladas en un sentido positivo como derechos políticos.

La sección primera del capítulo IV de Título I de la Constitución establece los derechos políticos de los ciudadanos, los cuales son, fundamentalmente: **(i)** El derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes; **(ii)** El derecho al sufragio mediante votaciones libres, universales, secretas y directas, el cual tiene como consecuencia lógica el derecho a que sea respetada la decisión popular; **(iii)** El derecho a la rendición de cuentas públicas de los representantes políticos; **(iv)** El derecho a asociarse con fines políticos; **(v)** El derecho a manifestarse pacíficamente y sin armas; **(vi)** El derecho de asilo; **(vii)** El derecho a ejercer los medios de participación en lo político: elección de cargos públicos, referendo, consulta popular, revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos; en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

Las clases dirigentes autoritarias, que no respetan e incluso desprecian al Estado de Derecho, refuerzan su poder con formas muy diversas de dominación cultural e institucional, mucho más efectivas que la

⁶ Isaiah Berlín, *Ideas políticas en la era romántica* (Buenos Aires: Editorial Ágora., 2009), 39.

coerción, en la tarea de definir y programar el cambio social exigido por los grupos sociales hegemónicos.

Así, la hegemonía va más allá de la simple dominación o sustitución de unos dirigentes burgueses por otros socialistas. Para GRAMSCI, el éxito revolucionario no se da con la toma del poder, sino cuando transforman las formas de vida de los ciudadanos, por lo que controlar el gobierno viene a ser apenas un primer paso de la revolución socialista. El verdadero triunfo viene cuando se genera la alienación, el cambio en el modo de pensar y actuar de los ciudadanos. La hegemonía postmarxista de GRAMSCI, como la llama SARTORI, viene a configurarse entonces bajo una visión totalitaria.

La pluralidad de pensamiento es un elemento básico de las democracias. Según SARTORI, es un concepto difícil de definir, pues las acepciones del término son múltiples a lo largo de los siglos. Sin embargo, plantea una definición: un sistema político, en donde el poder del pueblo se ejerce sobre el pueblo. El pueblo se convierte al mismo tiempo en sujeto y objeto. El término “democracia” desde siempre ha indicado una entidad política, una forma de Estado y de gobierno, y así ha permanecido como la acepción primaria del término. Sin embargo, si hoy hablamos también de democracia social y de democracia económica, sería oportuno establecer qué entendemos por ello.

Democracia remite a la soberanía popular, a la capacidad del pueblo para elegir a sus gobernantes y decidir normas de convivencia. Así, la democracia tiene que ver con la capacidad de reunión, de asociación, de elección. Implica participación. Para ejercer la democracia se necesita acceso a la información; y es indispensable que exista respeto al disenso, a las minorías y a su expresión.

Luego, la democracia como sistema de gobierno se caracteriza por una estructura basada en la representación, lo cual implica una interacción entre gobernantes y gobernados. La finalidad es evitar dar todo el poder a un determinado grupo (mayoritario o minoritario) y distribuirlo entre éstos. Por ello, se dice que la democracia es el gobierno de las mayorías para las minorías.

De hecho, en el ámbito constitucional, una de las preocupaciones son las minorías con el derecho de oposición. Si se aplasta esta prerrogativa podemos hablar de una tiranía de la mayoría. En el ámbito electoral, la atención se centra entonces exclusivamente en el principio de mayoría como regla única del juego. La votación denota aquellos que deben someterse a la voluntad de la mayoría, por lo tanto la minoría no tiene derechos. Pasando al tercer ámbito, es decir, el significado de la mayoría en el contexto social, la expresión *tiranía* de la *mayoría* es característica.

Por ello, la democracia supone respeto al Estado de derecho y a los derechos fundamentales. También, por ello, respeto a la separación de poderes. En adición, implica tolerancia, libertad y pluralismo político, como se deriva del artículo 2 constitucional. Es decir, la democracia debe impedir que se conceda todo el poder a mayorías o minorías.

Así, la democracia no solo implica el elemento elección, sino que es fundamental el elemento respeto por lo elegido.

La pluralidad y el Estado de Derecho son bases de la democracia. Y también, claro está, el resto a los resultados electorales, no sólo formalmente sino también sustantivamente.

En ese sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para garantizar dichos fines.

Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Además de ello, entendiendo a la libertad política como la forma de ejercer la libertad a lo externo, la Constitución brinda resguardo a los siguientes derechos políticos: **(i)** Derecho a una nacionalidad y ciudadanía; **(ii)** Derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación; **(iii)** Derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito; **(iv)** Derecho de asociarse con fines lícitos, no necesariamente políticos; **(v)** Derecho al trabajo y a la estabilidad en el mismo; **(vi)** Derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales, así como a afiliarse a ellas; **(vii)** Derecho a la huelga.

Son estos, los derechos políticos (tomando en cuenta el concepto de libertad externa a que hace referencia SARTORI, antes citado) que resguarda la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Las

libertades políticas de los venezolanos están, por lo menos constitucionalmente resguardados por la Carta Magna.

A modo de conclusión

Giovanni Sartori, en *La democracia en treinta lecciones*, señala que *“el pluralismo presupone e implica tolerancia, por tanto se consolida negando el dogmatismo, el fideísmo y el fanatismo”*.

De todo lo dicho, basado en cinco puntos esenciales, intentaremos cuatro conclusiones, que, más que conclusiones, son postulados político-democráticos que se hacen con base en lo anteriormente analizado: **(i)** El sectarismo y el exclusivismo producen resultados escasos, efímeros y ampliamente superados por sus daños colaterales; **(ii)** El pluralismo es natural. El adversario no puede ser negado sino respetado. Los sectores distintos a la política tampoco pueden ser ignorados. El dialogo tiene más ventajas que desventajas; **(iii)** Mayorías y minoría son condiciones sujetas a modificación en cualquier momento y por cualquier causa; **(iv)** Los cambios necesarios no pueden ser ejecutados por el Estado ni con velocidad de vértigo ni con lentitud desesperante. ■

El derecho al voto de los venezolanos en el extranjero

Claudia NIKKEN*

REDAV, N° 25, 2022, pp. 115-131

Resumen: El presente trabajo se enfoca en exponer una problemática que se ha enfatizado actualmente, la cual se basa en el menoscabo de los derechos políticos de los venezolanos, específicamente, el sufragio; mediante una revisión de la jurisprudencia, así como de la normativa referente a ello. Todo lo mencionado, con el fin de otorgar una aproximación a la situación inconstitucional que se perpetúa dentro de la legislación vigente en el Estado venezolano y los impactos negativos que se suscitan tanto en los ciudadanos venezolanos que se encuentran en el extranjero, como los que permanecen en el territorio nacional.

Palabras clave: Derechos Humanos – Migrantes – Sufragio – Universalidad.

Abstract: *This paper focuses on exposing a problem that has been currently emphasized, which is based on the undermining of the political rights of Venezuelans, specifically, the suffrage, through a review of the jurisprudence, as well as the regulations related to it. All the aforementioned, in order to provide an approach to the unconstitutional situation that is perpetuated within the legislation in force in the Venezuelan State and the negative impacts that arise both in Venezuelan citizens who are abroad, as well as those who remain in the national territory.*

Keywords: Human Rights – Migrants – Suffrage – Universality.

Recibido

28-02-2023

Aceptado

10-04-2023

Introducción

HENRIQUE IRIBARREN MONTEVERDE, en cuyo homenaje se escriben las líneas que siguen, dedicó parte de su exitosa práctica profesional al derecho electoral. Por eso me ha parecido un tema pertinente para honrar su memoria, aunque en este trabajo no se hablará propiamente de derecho electoral, sino del derecho al sufragio como derecho humano, en particular del derecho que asiste a los venezolanos en el extranjero.

En el país no se le ha dedicado un especial espacio de investigación jurídica a la cuestión, aunque tiene particular relevancia en nuestros días, tomando en cuenta que según cifras de la Oficina del Alto

* Abogado UCV. Master (DEA) Derecho público interno, Universidad Panthéon-Assas (París 2). Doctora en Derecho Universidad Panthéon-Assas (París 2). Profesora de Derecho Administrativo (UCV). Profesora de la Maestría de Derecho Constitucional (UCAB). Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV). Vocal de AVEDA.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), habría más de siete millones de venezolanos en condición de migrantes¹, de los cuales un número seguramente muy significativo ostenta la condición de *ciudadano venezolano* y, por ende, de titular de derechos políticos, con derecho a votar.

A pesar de lo recién dicho, el que sigue es un análisis que se pretende sencillo de una situación que no lo es tanto, a partir de la revisión de normas y de cierta jurisprudencia; nada más². Ni siquiera se ofrece, por el momento, un estudio de derecho comparado. En otros términos, es una *aproximación* a un problema que está vinculado con otros, a los cuales no se hará referencia³.

Tampoco se harán reflexiones acerca de la justificación *filosófica* –o no– del ejercicio del voto en el extranjero. Este es pues, un trabajo muy concreto, casi de mera exégesis.

A pesar de que en otras latitudes se permite a los ciudadanos residenciados o domiciliados países distintos a los de su nacionalidad desde hace mucho e, incluso en algunos casos, a quienes están de paso, los venezolanos solo pudimos votar en el extranjero con base en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997⁴, cuyo artículo 99 definió como centros de votación las sedes diplomáticas o consulares de Venezuela⁵.

De esa manera, se garantizó el derecho al voto a los venezolanos en el extranjero, en cumplimiento del artículo 111 de la Constitución de 1961, que señalaba que eran electores todos los venezolanos que hubieran cumplido dieciocho años de edad y no estuvieran sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política.

¹ Ver UNHCR – ACNUR, *Situación en Venezuela*, en <https://bit.ly/2ARd6ZQ>

² Para el momento en que se escriben estas líneas, se sabe que se están trabajando tanto un proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, como un reglamento relativo al voto en el exterior. No se ha tenido acceso a los mismos, de modo que en el análisis que sigue no se hace referencia a ninguno de esos textos.

³ El voto en el extranjero está necesariamente vinculado con temas como financiamiento y campaña electoral, entre otros, que aquí no se verán.

⁴ Gaceta Oficial N° 5.200 Extr. del 30-12-1997. Reformada parcialmente, como se ve de la Gaceta Oficial N° Extr. 5.233 del 28-05-1998.

⁵ Habría que decir que desde la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sufragio de 1977 (G.O. N° Ext. 2.076 de 18-08-1977) se previó la posibilidad para que los venezolanos residenciados en el exterior pudieran inscribirse en el registro electoral en sedes diplomáticas o consulares, señalándose que el Consejo Supremo Electoral determinaría el lugar de votación (art. 61, último aparte). Sin embargo, esa posibilidad nunca se materializó hasta 1998, cuando la propia ley designó como centros de votación a las embajadas y consulados.

En efecto, fuera del requisito de la edad y de nacionalidad, la Constitución de 1961 no sometía a otras condiciones la titularidad del derecho al voto, aunque su ejercicio estuviera sujeto al trámite del registro electoral (que era obligatorio). Claro que el voto, desde entonces, está limitado a procesos electorales con una única circunscripción: la nacional⁶.

En cualquier caso, ha de considerarse como un avance en materia de derechos políticos, derivado de la aplicación progresiva de las normas constitucionales, que la legislación hubiera previsto mecanismos de registro electoral y voto en el extranjero para los venezolanos; tomando en cuenta que la Constitución de 1961, en su artículo 64, recogía el derecho de toda persona a ausentarse de la República, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, entre las cuales no estaba la pérdida de los derechos políticos.

De hecho, la Ley Orgánica de Sufragio y Participación Política de 1997, reformada parcialmente en 1998, marcó de manera determinante la concepción de los derechos políticos, no solo porque se estableció el derecho al voto en el extranjero, sino porque previó la institución del referendo consultivo que posteriormente sirvió como fundamento al proceso constituyente de 1999.

Desde que los venezolanos podemos votar en el extranjero, se han convocado seis elecciones presidenciales (contando la de 2018), tres referendos constitucionales, un referendo consultivo llamado sindical y un referendo revocatorio presidencial. En los primeros años, salvo en el último caso mencionado, la abstención masiva fue la norma. Después, aunque no es posible acceder a todos los datos en el sitio web del Consejo Nacional Electoral, se nota el aumento de la participación electoral en elecciones presidenciales (que sobrepasa el 60%), en las cuales gana con holgura la opción opositora.

Según último dato accesible de electores inscritos en el extranjero (2013), la cifra total apenas sobrepasa los 100.000. En la situación actual, quién sabe cuántos podrían inscribirse.

Aunque la Ley Orgánica de Procesos Electorales es bastante anterior al fenómeno migratorio venezolano, la tendencia podría explicar el régimen jurídico que define con respecto al voto en el extranjero; el cual no solo es irregular, sino que apareja complicaciones importantísimas.

⁶ Hoy, eso se limita a elecciones presidenciales, a las del Parlamento Latinoamericano y a los referendos nacionales.

I. Régimen jurídico del voto de los venezolanos en el extranjero

Partiendo de la idea de que el voto de los venezolanos en el extranjero no es solo un avance, sino especialmente una conquista, que en todo caso es una muestra más de la progresividad de los derechos humanos, seguidamente haremos una aproximación a su régimen jurídico, siguiendo un esquema muy simple: lo que dispone la Constitución de 1999 (1) y su desarrollo legislativo y reglamentario (2).

1. El derecho activo al sufragio de los venezolanos en el extranjero en términos de la Constitución de 1999

Como la Constitución de 1961, la de 1999 no distingue entre venezolanos que estén residenciados (o ubicados) dentro o fuera del país para reconocerlos como ciudadanos, titulares de derechos políticos y, por ende, del derecho al voto.

En efecto, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución de 1999, *los venezolanos que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos.*

En ese orden, el artículo 62 –que encabeza la sección referida a los derechos políticos– expresa que *todos los ciudadanos tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos.* Además, se señala que *es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.*

Entonces, todo *ciudadano* venezolano tiene, por definición, derecho a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos, salvo que esté sometido a interdicción civil o inhabilitación política. Por su parte, el Estado debe facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Obviamente, en lo que nos concierne, interesa la participación de los ciudadanos venezolanos en los asuntos públicos por medio de sus representantes elegidos. Con relación a ello, el artículo 63 de la Constitución recoge el sufragio como *derecho*, que ha de ejercerse mediante votaciones libres, *universales*, directas y secretas. Seguido, el artículo 64 define como *elector a todos los venezolanos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.*

Claro que ser venezolano y haber alcanzado la mayoría de edad no es suficiente para ejercer el derecho al voto. Como condición formal

indispensable y natural, el ciudadano que quiera ejercerlo debe inscribirse en el registro electoral.

El registro electoral es mencionado en la Constitución en una diversidad de normas y las competencias inherentes a su organización y funcionamiento se asignan al poder electoral, encarnado en la Comisión de Registro Civil y Electoral del Consejo Nacional Electoral (art. 292.7 de la Constitución). Sin embargo, no existen normas constitucionales referidas al registro mismo, delegando su regulación a la legislación y su eventual reglamentación.

En todo caso, como bajo el régimen de 1961, especialmente a partir de 1997, todo ciudadano venezolano, en Venezuela o fuera de su territorio, tiene derecho al voto y, por ende, a inscribirse en el registro electoral para poder ejercerlo. Además, el voto es *universal*, siendo el voto en el extranjero un mecanismo que tiende a asegurar esa universalidad.

Seguidamente veremos el desarrollo legislativo y reglamentario del derecho al sufragio en el extranjero.

2. Desarrollo legislativo y reglamentario del derecho activo al sufragio de los venezolanos en el extranjero

La Constitución de 1999 entró en vigor el 30 de diciembre de ese año y, a pesar de que la disposición transitoria cuarta, en su numeral 5, estableció que dentro del año siguiente a la instalación de la nueva Asamblea Nacional debía dictarse la legislación referida al poder electoral, no fue sino hasta 2009 que se completó la legislación sustitutiva de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997, reformada parcialmente en 1998. Esa legislación consistió en la Ley Orgánica del Poder Electoral (2002)⁷ y la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009)⁸.

Como consecuencia de lo anterior, los procesos electorales llevados adelante entre el 30-12-1999 y 2009 se rigieron, en lo que nos interesa, por la mencionada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; de modo que todo ciudadano venezolano que no estuviera sujeto a interdicción civil o inhabilitación política podía inscribirse en el registro electoral organizado por representaciones diplomáticas o consulares y, obviamente, ejercer su derecho al voto, en términos que ya fueron expuestos en la parte introductoria de este trabajo.

La nueva legislación y su reglamentación introdujeron algunos cambios, que son los que justifican –por mucho– este trabajo.

En efecto, a pesar de que el artículo 29.1 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece que pueden ser inscritos en el registro

⁷ Ver Gaceta Oficial N° 37.573 del 19-11-2002.

⁸ Ver Gaceta Oficial N° Extr. 5.928 del 12-08-2009.

electoral los venezolanos mayores de dieciocho años, sin distinción y, que el único documento requerido para proceder al registro es la cédula de identidad, el artículo 124 de la misma ley dispone que solo pueden sufragar en el extranjero *los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. La norma dispone también que corresponde al Consejo Nacional Electoral, mediante Reglamento, determinar el procedimiento para poder votar en el exterior.

En ese orden, el artículo 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales del 18-01-2013, establece que los electores venezolanos *“que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia”*.

Así, a los ciudadanos venezolanos que se encuentran en el extranjero, para inscribirse o actualizar sus datos en el registro electoral, además de la cédula de identidad, se les exige no solo estar legalmente residenciados en el país donde se encuentren y pretendan votar, sino además probarlo. Como consecuencia de ello, solo pueden votar en el extranjero los venezolanos que estén legalmente residenciados en el país donde se encuentren y puedan demostrarlo.

Como se verá seguidamente, esa es una de las irregularidades constitucionales del régimen jurídico aplicable al derecho al voto de los ciudadanos venezolanos.

II. Irregularidad constitucional y complejidad del régimen jurídico aplicable al voto de los venezolanos en el extranjero

Definido el régimen jurídico del derecho al sufragio activo de los venezolanos establecidos en el exterior de la República o, en términos coloquiales, del derecho al voto de los venezolanos en el extranjero; pasaremos a demostrar, en primer lugar, su irregularidad constitucional y, en segundo lugar, la complejidad de su ejercicio.

1. La irregularidad constitucional del régimen jurídico aplicable al voto de los venezolanos en el extranjero

La irregularidad constitucional del régimen jurídico aplicable al voto de los venezolanos en el extranjero deriva, directamente, de la exigencia de tener residencia legal en el país donde se encuentren (A). Deriva, indirectamente, del desconocimiento del derecho a la identificación, inherente al derecho a la identidad, de los venezolanos que habitan en el extranjero (B).

A. La exigencia de residencia legal en el extranjero como violación directa del derecho al sufragio activo

Como la Constitución de 1961, la de 1999 recoge el derecho al libre tránsito de los ciudadanos venezolanos, lo que incluye, en los términos del artículo 50, el derecho de ausentarse de la República, sin distinción alguna entre la ausencia temporal o la definitiva, sin más limitaciones que las que establezca la ley. Eso, obviamente, reconoce el derecho de los venezolanos a instalarse en el extranjero temporal o definitivamente, sin que ello suponga renunciar a la ciudadanía y, por ende, a los derechos políticos. Más aún, ni siquiera la pena de extrañamiento, que supone la expulsión del condenado del espacio geográfico de la República, y que está expresamente prohibida con respecto a los venezolanos desde 1999 (art. 50 de la Constitución, último aparte), aparejaba como pena accesoria la inhabilitación política (art. 21 del Código Penal).

En términos sencillos, lo anterior quiere decir que, anticipando excusas por la cacofonía, a efectos de las autoridades venezolanas, los ciudadanos venezolanos deben cumplir con los requisitos de la ley venezolana para salir de Venezuela. No es responsabilidad de las autoridades venezolanas, ni podría serlo, que los ciudadanos venezolanos entren (o salgan) de otro Estado, según la legislación de ese Estado; mucho menos que permanezcan en su territorio según esa legislación. El desplazamiento de la residencia, domicilio o lugar de habitación de una persona fuera del territorio de la República, en todo caso, no acarrea la pérdida de la ciudadanía ni, en concreto, del derecho al voto.

Esto así, constituye una irregularidad constitucional que la Ley Orgánica de Procesos Electorales exija a los ciudadanos venezolanos que, para ejercer su derecho al sufragio en el extranjero, *posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*.

En primer lugar, se desconoce el *principio de progresividad* en materia de derechos humanos, expresamente recogido en el artículo 19 de la Constitución, en tanto que, en lugar de que la legislación facilite el ejercicio del derecho al voto en el extranjero, ampliando las posibilidades de los venezolanos que se encuentran en esa situación, lo restringe añadiendo una limitación que antes no existía: poseer residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela.

En segundo lugar, se atenta contra el *derecho a la igualdad*, recogido en el artículo 21 de la Constitución, de acuerdo con el cual está vedado establecer discriminaciones que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades; siendo que, en el caso, se imponen condiciones distintas a las que se aplican a los venezolanos que habitan en el

país, con la consecuencia de impedir el derecho al voto a determinados ciudadanos. Peor aún, se desconoce la obligación expresada en la misma norma, impuesta al Estado venezolano, de garantizar condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva, al imponer condiciones que lejos de asegurar la igualdad, establecen un trato discriminatorio.

En tercer lugar, se vulnera el derecho a la participación en los asuntos públicos, no solo porque no se permite a los venezolanos sin estatus *legal* en el extranjero ejercer el derecho al voto, sino porque se desconoce la expresa obligación concerniente al Estado de facilitar su ejercicio.

Por último, en consecuencia, es clara y evidente la *violación del derecho al sufragio* de los ciudadanos venezolanos que, por las razones que sea, carezcan de estatus legal en el país donde se encuentren, en tanto que se les impide el acceso al registro electoral y, por ende, se les niega el ejercicio del derecho al voto.

Dicho esto, hay que subrayar que la Ley Orgánica de Procesos Electorales se refiere a *electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. No se trata de la situación que comúnmente se denomina en materia migratoria “residencia” y que se entiende como situación permanente, sino que se extiende a cualquier forma de estancia en el país de que se trate, siempre que sea *legal* en ese país.

Esta última característica hace que la disposición legislativa en análisis sea inconstitucional, como ya se vio; pero esa inconstitucionalidad se agrava en virtud de su regulación reglamentaria.

En efecto, el artículo 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece que los electores venezolanos “*que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia*”. Obviamente, en la norma se materializa una interpretación restrictiva de la ley, en tanto que se limita la posibilidad de acceder al registro electoral y, por ende, de ejercer el derecho al voto, a los venezolanos “*que estén legalmente residenciados en el extranjero*”, excluyendo, sin justificación, toda otra forma de relación entre ese venezolano y el país donde se encuentre, incluso siendo legal. Eso no es lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales que, de todas maneras, es inconstitucional; salvo que se entienda por “residencia” el lugar habitual de habitación, que no es el caso.

En una búsqueda rápida, solo se encontró una decisión del Tribunal Supremo de Justicia referida a las normas en cuestión, dictada por la

Sala Electoral⁹, en el caso de *DEVENEX*¹⁰. Aunque la acción no estaba directamente dirigida contra la ley ni su reglamento, sino contra una circular emitida por la Comisión de Registro Civil y Electoral del CNE, la Sala tuvo la ocasión de pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad del artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en su relación con el derecho a la igualdad y no discriminación.

La parte actora señaló, en ese sentido, que se estaría exigiendo a los venezolanos que residen en el exterior *“documentos que no se le exigen a los residentes en el territorio nacional, otorgándose además a un tercer país determinar el derecho o no a ejercer el Derecho al Sufragio base fundamental de la Democracia y la soberanía nacional”*, siendo un *“deber de la República garantizar el ejercicio de los Derechos Humanos a estos venezolanos en igualdad de condiciones”*.

En su sentencia, la Sala Electoral comienza por reconocer la existencia de un régimen especial *“con fundamento en el lugar donde se pretende ejercer el derecho al sufragio”*, que parte de la base de que *“el derecho al voto en el exterior no ha sido previsto para quienes se encuentren solo de tránsito en otro país, sino para quienes se encuentren establecidos de manera permanente en él”*; para luego afirmar que la residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad son *“manifestaciones inequívocas del referido establecimiento con intención de permanencia”*.

Desde allí comienza a errar la Sala en su interpretación de la propia ley, que no contiene esa limitación. El artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales dispone que solo pueden sufragar en el extranjero *los electores que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*. *“Cualquier otro régimen”* es *“cualquier otro régimen”*, incluso el de turista, por ejemplo, siempre que sea *legal*.

De ese modo, la Sala Electoral asume la interpretación restrictiva que termina reflejándose en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que sí se refiere expresa y exclusivamente a la residencia permanente y legal en el extranjero, como requisito para inscribirse en el registro electoral y votar.

⁹ La Sala Constitucional admitió dos acciones de inconstitucionalidad contra el artículo 124 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, las cuales fueron acumuladas (ver TSJ-SC, 1765, 22-11-2022, en <https://bit.ly/3W3dRXZ>; y TSJ-SC, 827, 26-06-2013, en <https://bit.ly/3VXx9xL>). Según aparece del portal del Tribunal Supremo de Justicia, se habría declarado la perención de la instancia, pero no hay acceso a la decisión (ver TSJ-SC, 943, 21-07-2015, en <https://bit.ly/3nT3TvK>).

¹⁰ Ver TSJ-SE, 50, 28-03-2012, en <https://bit.ly/41xWn78>

Luego, con relación a la exigencia de algún documento que acredite esa *residencia legal* como tratamiento discriminatorio con respecto a los electores residenciados en Venezuela, a quienes solo se les pide la cédula de identidad, la Sala Electoral afirma lo siguiente:

[...] en el caso de los venezolanos residenciados en el territorio nacional, al realizar la inscripción o actualización de datos en el Registro Electoral se establece una razonable presunción de que su residencia se encuentra ubicada en Venezuela, de allí que no sea necesaria su prueba, siendo la cédula de identidad laminada, vigente o vencida, el único requisito exigible para realizar dicho trámite, pues de dicho instrumento se verificará su condición de venezolano mayor de dieciocho (18) años. En estos casos, la declaración que se realice respecto a la residencia sólo determinará el lugar, dentro del territorio nacional, en el cual se podrá ejercer el derecho al sufragio. Tal presunción no es posible sostenerla respecto a los venezolanos que en un momento determinado se encuentren en el exterior, por cuanto lo razonable y lo común es que un venezolano viva en su país y no en el extranjero, lo que equivale a señalar, en otros términos, que la regla es la residencia en Venezuela y la excepción la residencia en el exterior, de allí que deba ser probada.

Pretendiendo hacer un silogismo que carece en realidad de toda lógica, no solo se desconoce el principio de buena fe, recogido expresamente en la legislación, sino que se obvia la importancia de la determinación del lugar, dentro de Venezuela, donde se ejercerá el derecho al voto a efectos del registro electoral; al tiempo que se sobreestima el “valor” del voto en el extranjero.

Sin que de ninguna manera pueda entenderse que aquí se propone añadir requisitos al registro electoral o su actualización en Venezuela, la Sala obvia el hecho demostrado de las migraciones fraudulentas de electores, dentro de Venezuela, para favorecer tal o cual opción en elecciones donde hay circunscripciones estatales y municipales, precisamente porque a nadie se le exige demostrar su lugar de residencia en el país. ¿Cómo puede afectar el registro “fraudulento” de electores en el extranjero los resultados de una elección nacional? Solo sería posible si, como ocurre por ejemplo en Colombia o en Francia, los emigrantes tuvieran una representación en el parlamento, que no es el caso venezolano.

La consecuencia es, como se dijo, que a pesar de que la Constitución no permite hacer ninguna distinción en ese sentido, los únicos venezolanos que pueden votar el extranjero, son aquellos que tengan el estatus de residentes permanentes, porque ni siquiera parecen válidas al efecto las residencias temporales, como la de los estudiantes y trabajadores temporales, por ejemplo.

Para remediar esa situación, lo deseable sería que se produjera un cambio en la legislación y su consecuente reglamentación. Sin embargo, mientras eso ocurre, aplicar el principio de la supremacía

constitucional recogido en el artículo 7 del texto fundamental y, en consideración de las consecuencias que, según el artículo 25, apareja la violación de los derechos humanos –entre los cuales los políticos–, el Consejo Nacional Electoral y los funcionarios diplomáticos o consulares bien podrían aceptar la inscripción o actualización en el registro electoral a cualquier venezolano que declare tener su residencia en el país de que se trate, sobre la base del principio de la buena fe, plasmado en los artículos 23 y 27 de la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos. Esto supone aceptar como válida la dirección que señale el elector, sin necesidad de demostrar estatus u otras condiciones.

En definitiva, ¿qué importa, a efectos del derecho al voto, si una persona reside legalmente o no en territorio de otro país? ¿Qué importa si un ciudadano venezolano de paso en otro país decide cambiar temporalmente su domicilio electoral? Las implicaciones y complicaciones que derivan de esas decisiones conciernen a la persona en cuestión, no al Estado venezolano.

B. La imposibilidad de obtener en el extranjero la cédula de identidad, como violación indirecta del derecho al voto

Supongamos, solo supongamos, que se obviara el requisito de la residencia legal en país extranjero para acceder al registro electoral y votar en sedes diplomáticas o consulares. Los venezolanos establecidos temporal o definitivamente en el extranjero deben enfrentarse a otro problema que termina por hacer nugatorio su derecho al sufragio: la imposibilidad de obtener en el extranjero la cédula de identidad.

En efecto, de acuerdo con la Ley Orgánica de Identificación, para los venezolanos existen tres medios de identificación: la partida de nacimiento o la carta de naturaleza, según corresponda; la cédula de identidad y el pasaporte. Para ejercer el derecho al voto, y por ende para el registro electoral, solo es válida la cédula de identidad.

Para obtener la cédula de identidad, lo cual se ha hecho obligatorio a partir de los nueve años de edad¹¹, solo se requiere la partida de nacimiento o un título que la supla¹² (o la gaceta oficial donde conste el otorgamiento de la nacionalidad venezolana¹³).

Ahora bien, a pesar de que la mencionada Ley Orgánica de Identificación señala entre las autoridades competentes para emitir

¹¹ El artículo 6 de la Ley Orgánica de Identificación establece que la cédula de identidad puede obtenerse a partir de los nueve años; sin embargo, a partir de esa edad, si no se tiene cédula, por ejemplo, no es posible obtener el pasaporte. Tampoco es posible inscribirse en lo que comúnmente se conoce como bachillerato.

¹² Artículos 6, 20 y 23 de la Ley Orgánica de Identificación.

¹³ Artículo 20 de la Ley Orgánica de Identificación.

documentos de identificación, no obstante, el hecho de que se lo faculta para emitir partidas de nacimiento y pasaportes, el ministerio con competencia en relaciones exteriores, a cuyo cargo están las sedes diplomáticas y consulares de la República, no está expresamente habilitado para emitir la cédula de identidad. Esto trae como consecuencia que ningún venezolano que alcance la mayoría de edad viviendo en el extranjero puede obtener en su lugar de residencia el único documento válido para inscribirse en el registro electoral y votar, como tampoco puede hacerlo quien la extravíe¹⁴, sin verse obligado a trasladarse a Venezuela, independientemente de su capacidad económica o disponibilidad de tiempo para hacerlo.

Siendo la identificación un elemento esencial del derecho a la identidad (art. 56 de la Constitución), reconocido como tal por la ley (art. 5 de la Ley Orgánica de Identificación) y siendo inherente a la persona humana, la sola imposibilidad de obtener la cédula de identidad en el extranjero es una violación de ese derecho a la identidad y por ende de la Constitución. Esa violación se hace más grave cuando entre sus consecuencias aparece la imposibilidad de ejercer otros derechos, entre los cuales el derecho al sufragio.

La solución ni siquiera debe ser de costosa implementación, pues en apariencia no es tan complicada, en tanto que el sistema de cedulaación es automatizado y es, al menos a primera vista, el mismo que se utiliza para los pasaportes.

En efecto, pareciera no haber ningún inconveniente para que, así como en embajadas y consulados se tramita el pasaporte, pueda tramitarse la cédula de identidad. Ni siquiera haría falta modificar la ley, siendo suficiente la emisión de un reglamento sobre cedulaación en el exterior, como el inherente a la emisión de pasaportes.

Con voluntad política se resolverían, primero, el derecho a la identificación y luego, entre otros, el derecho al sufragio en el exterior. A falta de esa voluntad, lo cierto es que los ciudadanos venezolanos residentes en el extranjero que no hayan obtenido su cédula de identidad en Venezuela *no pueden votar* y eso, sin duda, es violatorio de su derecho al sufragio.

¹⁴ Sin referirnos aquí al hecho de que, quien no tiene cédula de identidad vigente no puede obtener su pasaporte, ni en Venezuela, ni en el extranjero; ni, mucho menos, a la carga económica que se impone a una familia que se vea obligada a viajar a Venezuela, desde su lugar de residencia, solo para que los niños o adolescentes que la conforman puedan obtener la cédula.

2. Las complejidades del ejercicio del derecho al voto de los venezolanos en el extranjero

Supongamos que la Ley Orgánica de Procesos Electorales y su Reglamento General no condicionan el ejercicio del derecho al sufragio de los venezolanos en el exterior a tener un estatus de residencia legal y que, además, los venezolanos pudiéramos obtener en el extranjero nuestra cédula de identidad. Aun así, el ejercicio del derecho al sufragio está sometido a complejidades; unas derivan de la política exterior del Estado venezolano y otras, del sistema de votación.

A. Complejidades inherentes al ejercicio del derecho al voto derivadas de la política exterior del Estado venezolano

En Venezuela, desde 1998, el voto en el extranjero se ejerce en sedes diplomáticas o consulares, lo que incluye el registro electoral.

Lo anterior supone, en primer término, que Venezuela tenga relaciones diplomáticas o consulares con el Estado en cuestión. En segundo lugar, que existan en ese Estado representación diplomática o consular. Por último, que el ciudadano venezolano que quiere ejercer su derecho al voto pueda acceder a la representación diplomática o consular.

La enumeración anterior resume una lista de complejidades que debe sortear cualquier ciudadano venezolano que se encuentre en el extranjero y que desee ejercer su derecho al voto.

La primera es relativamente fácil de solucionar, en tanto que, en caso de que no existan entre los Estados concernidos relaciones diplomáticas o consulares, la práctica hace que Venezuela haya designado como competentes para atender a sus ciudadanos a oficinas instaladas en un tercer Estado, con las limitaciones que impone la inexistencia de relaciones diplomáticas o consulares. Es más o menos lo que ocurre cuando, existiendo relaciones diplomáticas o consulares entre Venezuela y el Estado de que se trate, Venezuela ha decidido que una embajada o consulado, ubicados en un tercer país, tenga competencia territorial en otro donde no ha establecido oficinas físicamente.

La última de las dificultades aludidas, es pues, la que debe llamar nuestra atención (y que se refiere a todos los casos): *que el ciudadano venezolano que habita en el exterior pueda acceder al centro de votación, trátase de una embajada o de una oficina consular.*

En efecto, además de que el derecho a la protección consular pudiera no ser suficiente para obligar al Estado a establecer relaciones diplomáticas o consulares con otros, ese derecho, más concretamente, el derecho al voto, no lo obligan a mantener oficinas consulares en o cerca de los lugares donde habitan sus nacionales. Es uno de esos casos en los

cuales deben mediar los principios de proporcionalidad y racionalidad cuando se decide instalar representaciones diplomáticas o consulares.

Sin embargo, precisamente con base en los principios de proporcionalidad y racionalidad, sí deberían establecerse representaciones diplomáticas y consulares donde el número de venezolanos que requieren protección y servicios consulares y que, eventualmente, tienen derecho a votar, lo justifica. Esto no es necesariamente así en el caso venezolano, lo que ya representa un inconveniente, más que eso, el desconocimiento de mínimas obligaciones internacionales y de garantía de ciertos derechos de sus nacionales.

Lo que no parece tener solución es que, aun existiendo representaciones diplomáticas y consulares en número proporcional y racional con respecto al número de venezolanos que habitan en un determinado país; estos, por razones prácticas, no puedan desplazarse fácilmente hasta el centro de votación.

En efecto, lo natural es que las sedes diplomáticas y consulares se ubiquen en la capital del Estado donde se encuentren; pero los venezolanos no necesariamente habitan en ese lugar. Incluso, como ya se vio, puede ocurrir que las sedes correspondientes se encuentren en otro país. En tales casos, los venezolanos que no tengan recursos económicos suficientes, que tengan obligaciones laborales o de otra naturaleza que se los impida o, que tengan limitaciones para viajar o movilizarse, estarán imposibilitados en la práctica de votar en el extranjero.

Ante esas situaciones, el Estado puede no hacer nada o, más racionalmente, puede establecer un sistema que efectivamente garantice a los ciudadanos el poder ejercer su derecho al voto sin necesidad de alejarse de su lugar de residencia. Venezuela ha escogido la primera opción: no hacer nada.

B. Complejidades inherentes al ejercicio del derecho al voto derivadas del sistema de votación adoptado

En la parte introductoria de este trabajo se hizo referencia al hecho de que, en otros países, sus nacionales han tenido garantizado el derecho al voto para ejercerlo desde el exterior. Una de las formas más antiguas es el correo, el correo postal, no el electrónico. También se han establecido como centros de votación sedes diplomáticas y consulares; más recientemente sistemas automatizados, fórmulas para el voto anticipado, etc.

En Venezuela, como ya hemos visto, el único avance en la materia ha sido la habilitación de las sedes diplomáticas y consulares como centros de registro electoral y votación, y eso en 1997, con efecto a partir de 1998. Ya vimos que esa única medida, que es sin duda un avance, apareja

de todas maneras dificultades que inciden en el derecho al voto. Esas dificultades derivan, como vimos, de la política exterior del Estado venezolano y; como veremos, del sistema de votación adoptado, que es el *personal* o, en términos de la nueva normalidad, *presencial*.

En efecto, en Venezuela nunca se ha establecido algún mecanismo de voto a distancia. El voto siempre ha sido presencial, cuando era manual (y donde sigue siéndolo); en sus distintas modalidades, desde que es automatizado. Lo mismo con el registro electoral: todo ciudadano debe desplazarse a los centros de registro electoral para inscribirse o modificar sus datos. Esto, a pesar de que en Venezuela existen sistemas de inscripción y actualización automatizada en otros registros, como el del SAIME, por ejemplo.

Esa forma de gestionar el registro electoral y el acto de votación no tendría problema, si los electores que residen en el extranjero tuvieran un acceso razonable a los centros de votación; porque se garantiza el carácter permanente del registro electoral; por establecerse, por ejemplo, centros de votación *ad-hoc*. Son opciones viables, no descartables y aunque su implementación puede resultar costosa, pueden trabajarse de la manera más eficiente posible.

Sin embargo, tomando en consideración el avance de la tecnología, especialmente, que el voto en Venezuela es en principio automatizado, lo ideal es establecer, al menos, un sistema automatizado de votación desde el extranjero, sujeto a todas las medidas de seguridad posibles, que no suponga desplazamiento del elector o; lo que no necesariamente es más seguro, el voto por correspondencia, siendo los centros de emisión de correos, recepción de votos y escrutinio, las representaciones diplomáticas o consulares que corresponda.

El voto por correspondencia, junto con la creación de centros electorales *ad-hoc* son aparentemente los mecanismos de más fácil implementación. Sin embargo, el voto automatizado a distancia no solo permitiría ejercer el derecho al sufragio a los venezolanos en el extranjero, sino también a quienes no puedan (o quieran) desplazarse, aun estando en Venezuela. Ese sistema, obviamente, tendría que aplicarse también al registro electoral, con todas las medidas de seguridad que provee la tecnología: ¿o es que acaso no manejamos cuentas bancarias por Internet? ¿No se mueve el sistema financiero internacional a través de la red?

Esto que se muestra aquí como una complejidad que dificulta el ejercicio del derecho al voto en el extranjero, visto el análisis, termina constituyéndose como otra irregularidad: ¿cómo justifica el Estado venezolano el no establecimiento de un sistema de votación especial aplicable en el extranjero? Si no hay medios económicos suficientes para

trabajar con un sistema automatizado, ¿qué hay de la vieja correspondencia?

En definitiva, son muchas las posibles soluciones, que no se aplican por razones inexplicadas e inexplicables, lo que tiene por efecto negar el derecho al voto de los venezolanos en el exterior.

Algunas ideas a manera de conclusión

Lo expresado en las líneas que anteceden, sin desconocer su incidencia económica, muestra que la garantía del voto de los venezolanos en el extranjero es, en esencia, una cuestión de voluntad política.

Como la Ley Orgánica de Procesos Electorales –y más aún su Reglamento General– exige condiciones para el ejercicio del derecho al voto en el extranjero que contrarían la Constitución, la pura y simple aplicación de los principios de supremacía constitucional y de buena fe permite al Consejo Nacional Electoral y a funcionarios diplomáticos y consulares registrar a los venezolanos en sus sedes y permitirles ejercer el derecho al voto. Esto no tiene costos y solo requiere una instrucción concreta.

En cuanto se refiere a la cédula de identidad como requisito indispensable para proceder al registro electoral y al voto, la cuestión no es tan sencilla, aunque no irresoluble. La solución más clara es autorizar reglamentariamente a las sedes diplomáticas y consulares para emitir cédulas de identidad y habilitar el sistema ya existente para que ello sea materialmente posible. Entretanto, para actualizar sus datos o votar, podría autorizarse a los venezolanos previamente cedulados a identificarse con su pasaporte venezolano, vigente o no, pues allí consta el número de su cédula de identidad.

En lo que concierne el asunto del acceso a sedes diplomáticas y consulares, sin pretender incidir en la política exterior venezolana, lo que corresponde es que se mantenga de manera permanente el registro electoral en las sedes diplomáticas o consulares existentes para inscripción y actualización; a falta de otras soluciones, para el día de la votación establecer centros *ad-hoc*, siguiendo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Por último, en cuanto al sistema de votación en el exterior, una combinación entre el establecimiento de centros *ad-hoc* y el voto por correspondencia sería una fórmula no demasiado costosa para garantizar el voto en el exterior a los ciudadanos venezolanos.

Obviamente, además de la voluntad política, se impone una reforma legislativa y reglamentaria que efectivamente garantice el

ejercicio del derecho al sufragio de los venezolanos en el extranjero, con todas las características que le son inherentes; lo que supone incluir en la regulación los temas de campaña y financiamiento electoral entre otros.

El asunto está en saber si, como se evocó en la parte introductoria de este trabajo, la apelada voluntad política es esperable, cuando el voto en el extranjero puede ser decisivo en elecciones nacionales, especialmente en las presidenciales. ■

Algunas ideas para desarrollar una verdadera cultura de la tolerancia política en Venezuela^Δ

Flavia PESCI FELTRI*

REDAV, N° 25, 2022, pp. 133-143

Resumen: En el presente trabajo, en honor al Profesor Henrique Iribarren Monteverde, se explica cuáles son los fundamentos y límites de la tolerancia, entendida como un valor fundacional del Estado constitucional y, concretamente, qué se entiende por intolerancia política. Ello tiene como objetivo apuntar algunas recomendaciones que se deberían tomar en cuenta para la reconstrucción de la sociedad venezolana, el restablecimiento del Estado de derecho y de la democracia en el país.

Palabras clave: Democracia – Estado de Derecho – Política – Tolerancia.

Abstract: *This paper, in honor of Professor Henrique Iribarren Monteverde, explains the foundations and limits of tolerance understood as an essential value of the constitutional State and, specifically, what is meant political intolerance. We intend to provide some recommendations that should be taken for the reconstruction of Venezuelan society, the restoration of the rule of law and democracy in the country.*

Keywords: *Democracy – Rule of law – Politic – Tolerance.*

Recibido

08-01-2023

Aceptado

16-02-2023

Prior verba

Cuando pienso en Henrique Iribarren Monteverde (primero jefe y maestro, luego amigo y hermano), no puedo sino recordar el prólogo que FERNANDO SAVATER le hace a esa pequeña joya literaria titulada *Literatura y derecho ante la ley*¹ del escritor italiano CLAUDIO MAGRIS, en el que nos recuerda cómo este defiende las razones para que nos

^Δ La concepción de este trabajo tuvo una primera versión redactada a finales del año 2010 que fue enviada a la imprenta de la Universidad Central de Venezuela para su publicación. Hasta la fecha (diciembre 2022) no hemos recibido noticias de que se haya publicado, de modo que decidí retomarlo, cambiando sustancialmente buena parte de su texto para dedicarlo a mi querido amigo Henrique por considerar que el tema sigue teniendo total vigencia y porque el homenajeado era un defensor y ejercía a plenitud el valor de la tolerancia.

* Abogado de la UCV, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad; profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV); Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Estudios de Derecho Administrativo (AVEDA).

¹ Claudio Magris: *Literatura y derecho ante la ley*. Editorial Sexto Piso. Madrid, 2008.

declaremos laicos, entendiendo la laicidad como un hábito mental que nos permita tener la capacidad de distinguir entre lo que es demostrable racionalmente de lo que es, en cambio, objeto de fe.

La laicidad de la que nos habla MAGRIS y nos refiere SAVATER, *significa tolerancia, duda dirigida hacia las propias certezas, auto ironía, desmitificación de todos los ídolos, también de los propios; es la capacidad de creer fuertemente en algunos valores, sabiendo que existen otros que también son respetables*².

En sintonía con lo anterior y en el curso de su prólogo, SAVATER rememora las reflexiones de MAGRIS: *dado que la adoración más constante de cada cual es la que profesamos a nuestro propio ego, no cabe duda de que la laicidad mejor entendida empieza por uno mismo*³.

Henrique encarnó esta actitud mental y postura vital a lo largo de su existencia y lo hizo con quienes le rodearon –fueran o no personas cercanas, coincidieran o no con sus ideas y posiciones–, pero en especial la personificó frente a sí mismo.

Quizá precisamente por esa profunda conciencia de sus propios límites y de la fragilidad e imperfección humanas de la que estamos hechos, es que hoy no podemos verle para recordar los momentos pasados, leer poesía o conversar sobre nuestras pequeñas grandes debilidades.

A ti Henrique, por tu generosa manera de estar y de reconocermé, por haberme enseñado y transmitido tu sensibilidad, dedico con extremo afecto estas pocas líneas sobre la tolerancia que tuviste a bien ejercer con honestidad y gallardía, como tantos otros valores que te hicieron un ser absolutamente excepcional y como tal te recordamos: con ternura, nostalgia, hondo afecto y admiración.

Sí, el enemigo es absolutizar, el enemigo es la Iglesia y sus verdades eternas, el Islam, el Partido Único, el Monoteísmo, el culto al Uno. El caso es que cuando uno comienza a absolutizar entra en el camino de los desvaríos: la Patria, la Revolución, la Historia, la Verdad, el Partido. En cuanto comienzan las palabras con mayúsculas, comienzan los crímenes⁴.

Introducción

Hoy en día resulta ineludible construir una verdadera cultura de la tolerancia como valor y premisa fundamental del único sistema político

² Id., p. 15.

³ Id., p. 16.

⁴ Pániker, Salvador: *Cuaderno Amarillo. Ensayo Filosofía*. Editorial de Bolsillo. Barcelona, España, 2003, p. 78.

que, no obstante, la crisis que atraviesa desde comienzos del presente siglo, reconocemos como el más viable: la democracia.

Hasta la actualidad, la democracia se ha revelado como el único régimen que permite, a través del ensayo y error, el perfeccionamiento del sistema de protección de los derechos humanos y el progreso y avance de los mecanismos de control del poder público⁵.

La tarea de centrarnos en el valor de la tolerancia y construir una verdadera educación dirigida a penetrar las instituciones jurídicas, políticas y sociales es un reto del Constitucionalismo del siglo XXI que, no me cabe duda, ha de asumir Venezuela, Latinoamérica y el mundo.

Vista las expresiones de intolerancia política, religiosa y étnica que se manifiestan diariamente en distintos lugares del orbe, así como la evolución de los acontecimientos políticos y sociales que se han desarrollado en Venezuela; comprobada, también, la clara polarización política entre los ciudadanos venezolanos que se ha profundizado en estas dos últimas décadas y que ha sido promovida desde las instancias del poder, se considera impostergable tratar el tema señalado.

Aspiramos hacer una reflexión que busca abrir un espacio abierto y constructivo para el debate, para lo cual se requiere previamente de una introspección serena, sincera y ponderada de los errores cometidos por los representantes del gobierno, los integrantes de la oposición, los factores económicos y religiosos que han intervenido en los procesos políticos y jurídicos producidos en Venezuela, como aquellos cometidos por la propia sociedad civil.

En este trabajo, no se van a enumerar la infinitud y tristísimas expresiones de intolerancia política que hemos sufrido en Venezuela desde las instancias referidas y que han generado la muy dolorosa situación que atraviesa actualmente el país debido a la violación de los derechos humanos más elementales de la persona, así como a la implementación de políticas públicas irracionales que han generado la emergencia humanitaria compleja.

Ello ha sido y es constantemente relatado en otros contextos por académicos y organizaciones venezolanas de derechos humanos y revelado, además, por los informes de los últimos dos años emitidos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos

⁵ *"La democracia es el debate permanente de los grandes temas. La democracia significa sucesivos procedimientos de ensayo y error. Democracia equivale al sistema que permite la permanente corrección de sus fracasos. Democracia es tensión dinámica entre libertad e igualdad. Democracia, no es solo 'ley de las mayorías' sino también 'respeto a las minorías'", Pániker, ob. cit., p. 233.*

Humanos y la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.

Tampoco pretendemos condenar a un solo sector político, social o económico, pues –aunque algunos tienen una mayor y determinante responsabilidad en la eliminación del Estado de derecho y tendrán necesariamente que asumir las consecuencias de ello–, partimos de la idea de que todos los sectores detentan (detentamos), por omisión o acción, una dosis importante de responsabilidad.

En esta ocasión, solo pretendo referir cuáles son los fundamentos y límites de la tolerancia, entendida como un valor fundacional del Estado constitucional y, concretamente, qué se entiende por intolerancia política, a los fines de apuntar algunas recomendaciones que se deberían tomar en cuenta para la reconstrucción de la sociedad venezolana, el restablecimiento del Estado de derecho y de la democracia en el país.

I. Tolerancia: fundamentos y límites

La historia de la humanidad se ha caracterizado por innumerables manifestaciones que expresan la actitud intolerante que habita en cada uno de nosotros, lo cual ha dado origen a múltiples guerras y a la destrucción de sociedades enteras como consecuencia de una postura radical del individuo que parte de la convicción de que sus ideas, creencias y posiciones son las ciertas, las racionales, las Verdaderas.

Uno de los cimientos sobre los que se funda el Estado constitucional es el de la tolerancia que se revela a través del pluralismo religioso, político, económico y social. Este valor pretende proteger la libertad de pensamiento y de conciencia una de las formas mediante las cuales se expresa la libertad individual, por lo que su fin último es acabar con comportamientos y actitudes dogmáticas y fundamentalistas que impiden, precisamente, el desarrollo de esa libertad.

Para poder definir a la tolerancia es indispensable previamente aclarar dos puntos.

En primer término, la definición moderna del valor tolerancia abarca el respeto y consideración de todas las manifestaciones de ideas y opiniones que los individuos o comunidades expresen en cualquier ámbito de la vida (espiritual, religiosa, política, económica, etc.) de ahí que, no se centra en la tolerancia religiosa que, en sus orígenes, permitió el desarrollo filosófico de ese valor, sino que incluye distintos aspectos de la vida del hombre en sociedad.

En segundo lugar, la concepción de la tolerancia de la que se parte se aleja totalmente de la definición del Diccionario de la Real Academia

Española, que asume de antemano que lo tolerable es erróneo o injusto, al definirla como: “Sufrir, llevar con paciencia. Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente (...)”⁶.

El concepto de tolerancia de nuestros días abandona la idea generalizada según la cual tolerar es aceptar una postura que, por no ser como la nuestra, se la considera de antemano equivocada, contraria e irracional pero que se acepta de forma condescendiente para evitar males mayores.

Por el contrario, la definición moderna de tolerancia trae consigo reconocer⁷ las diferencias ajenas, las opiniones divergentes por la elemental constatación de que tienen el mismo valor que las ideas y opiniones propias, pues cada individuo, por el hecho mismo de su condición humana, es autónomo y libre; tiene, en consecuencia, el derecho de expresar soberanamente su visión de la vida, del mundo, del hombre y de los problemas morales y prácticos que enfrenta en el transcurso de su existencia.

Dicho brevemente, la tolerancia entraña hoy día la aceptación de que la idea que distintas personas tienen sobre un mismo tema puede llevar a conclusiones opuestas en la medida en que las premisas sobre las cuales se desarrolla son diferentes y siendo que en este ámbito se está fuera del campo de la ciencia, no hay referencias exactas que permitan afirmar cuál de las premisas utilizadas sea la verdadera.

De ahí que los fundamentos del concepto moderno de tolerancia en el marco de un Estado constitucional, son: **(i)** Que la condescendencia con el error ajeno no es su cimiento; **(ii)** Que hay un principio ético del que se deriva la tolerancia, a saber, que los demás han de ser tratados y considerados como se desea ser tratado y considerado; **(iii)** Que con base a la libertad individual es forzoso impedir la intolerancia pues la misma limita y, en muchas ocasiones, aniquila la libertad de expresión y la libertad de conciencia; **(iv)** Que la tolerancia es producto de la constatación de que es imposible, en el ámbito de las opiniones e ideas, establecer cuáles son ciertas y cuáles no, ya que en el mundo de las ideas no hay referencias exactas que establezcan sus directrices, como sí las hay en el ámbito científico⁸.

⁶ *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. Tomo II, p. 1990.

⁷ Cuando se habla de reconocer, aceptar o respetar las ideas y opiniones ajenas no se pretende que las mismas deban ser compartidas, sino que han de ser consideradas, estimadas, tomadas en cuenta para una eventual discusión racional sobre su contenido.

⁸ Ver Sergio Valverde-Alpízar: “De Tolerancias”, en *Revista Acta Académica*. Universidad Autónoma de Centro América, N° 25, noviembre, 1999, p. 126.

Enunciados los fundamentos del concepto actual de tolerancia, es necesario establecer sus fronteras, por cuanto ejercerla de forma ilimitada conlleva *in extremis* al caos y a la anarquía: consentir absolutamente todas las ideas y las actuaciones que pretenden materializarla, sería permitir la violación y aniquilación de los derechos de los demás.

En tal sentido, se ha dicho que el límite de la tolerancia debe ser el *bien común*, entendido como el que se encuentra diseñado y delimitado por el derecho positivo, es decir, que: "*jurídicamente podrían tolerarse todas las opiniones y manifestaciones que no estuvieren expresamente prohibidas por la ley, con lo que prácticamente podríamos identificar lo intolerable con lo ilícito*"⁹.

La tolerancia es un valor que preexiste a toda positivización del comportamiento humano mediante normas jurídicas y constituye, también, un derecho individual, expresión de la libertad, que se funda en el reconocimiento de la autonomía de la razón y de la conciencia humana, por lo que su práctica exige el abandono del dogmatismo y del fanatismo.

Constituye, entonces, como mencionábamos al inicio de estas líneas un reto para el Constitucionalismo del siglo XXI, la exigencia de regular jurídicamente este valor-derecho, en el sentido de que se desarrollen con mayor profundidad cada uno de los aspectos que lo integran y conforman, tales como la tolerancia religiosa, la de opiniones e ideas, y la tolerancia política para efectivamente poder garantizarlo.

Si bien hay normas que prohíben comportamientos intolerantes – discriminación por razones de sexo, religión o condición social –, una de las preguntas que debemos plantearnos es si la tolerancia constituye un derecho subjetivo que ha de ser regulado para, por una parte, delimitar claramente cuándo se está en presencia de comportamientos intolerantes cuya ejecución habrá de conllevar una sanción; y, por otra, promover normas dirigidas al desarrollo de la cultura de la tolerancia con el fin de que las múltiples diferencias que se viven en el seno de las sociedades modernas sean respetadas y dignas de consideración.

II. Intransigencia política y recomendaciones para la promoción de la cultura de la tolerancia política en Venezuela

La intolerancia política ha sido definida como aquél comportamiento que se deriva de: "*la voluntad de restringir los derechos de una*

⁹ Id., p. 126.

persona o grupo que desagradan por tener una opinión distinta¹⁰; y la misma:

[...] representa una amenaza a la democracia, pues discrimina a ciertos sectores de la población, a los que incluso llega a silenciar. La intolerancia crea una cultura conformista y una sociedad cerrada, que reduce la percepción que los ciudadanos tienen de la política y moldea el consiguiente comportamiento¹¹.

Se está en presencia de la intolerancia política, cuando surgen las siguientes situaciones: **(i)** Un entorno en el que las normas de la democracia están ausentes, no están definidas con claridad o se aplican de manera injusta; **(ii)** Desconocimiento de las reglas de participación e intervención en una democracia entre los ciudadanos y los actores políticos; **(iii)** Inseguridad personal y temor a la crítica; **(iv)** Entorno político que gira alrededor de la personalidad y no de las ideas, o que está dominado por el favoritismo; **(v)** Exclusión en términos de resultados electorales, según la cual se marginan a los perdedores; **(vi)** Restricciones o ausencia de vías para el diálogo y la participación constructiva; **(vii)** Fanatismo y dogmatismo, es decir, la actitud de que las opiniones propias son la verdad y siempre son las correctas¹².

En definitiva, la intolerancia política constituye una clara amenaza a la democracia ya que dicho sistema político se funda, insistimos, en la premisa de que se han de:

Aceptar y respetar los derechos fundamentales y las libertades civiles de las personas y de los grupos cuyas opiniones difieren de las nuestras. Todos los ciudadanos incluidos los dirigentes políticos tienen la responsabilidad de practicar la tolerancia política en la teoría y en la práctica. Como un claro rechazo a “la ley del más fuerte”, la tolerancia constituye un principio clave de la democracia. Como ideal, la democracia confirma que todos los miembros de la sociedad deben tratar a los demás como pares y gozar de un trato igualitario. La democracia se sustenta en la aceptación y respeto de los semejantes. La vida democrática consiste tanto en el derecho a disentir como en que todos acepten esa diferencia. La democracia supone el respeto a la pluralidad de ideas y las ventajas del diálogo como medio de resolver las discrepancias¹³.

Uno de los aspectos más relevantes que se ha observado en los últimos veintitrés años en la sociedad venezolana es, precisamente, una profundización e instauración definitiva de la intolerancia política.

Tal y como afirmamos en la parte introductoria del presente trabajo, en este contexto no se pretende ahondar sobre quién dio el primer paso

¹⁰ Tomado de la página Web de Unión Interparlamentaria, en la cual se realizan reflexiones sobre la tolerancia y la democracia. *Vid* <https://bit.ly/42s3pMd>

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

para provocar el desenlace actual ni por qué ha habido “bandos” en la sociedad venezolana que han promovido con mayor o menor fuerza el distanciamiento, el rencor, la intolerancia y el fanatismo político.

Lo que sí no podemos dejar de decir es que, desde la llegada del chavismo al poder, el gobierno ha implementado como política pública la intolerancia política, personificando cada uno de sus líderes un fanatismo devastador que ha creado una honda división entre los venezolanos y generado, a lo largo de los años, una sociedad partida en dos que no se escucha, que no se reconoce.

Ambas partes (el gobierno y los sectores que se le han opuesto), lejos de profundizar la democracia, han permitido por distintos medios y a través de actitudes y comportamientos antidemocráticos que los venezolanos nos hayamos acostumbrado a hablar con temor de los temas políticos; que nos sintamos extraños al transitar por determinadas zonas de las ciudades, que veamos con recelo al otro y hasta que hayamos pretendido aniquilar una u otra fuerza.

Este clima de desconfianza, recelo y temor ha de ser erradicado y dicho reto constituye una tarea de los académicos, juristas, sociólogos, politólogos, políticos y de la sociedad civil toda.

Constituye una responsabilidad ineludible identificar cuáles han sido los comportamientos que han atentado contra el bien común –límite de la tolerancia–, y abrir el debate honesto.

Si no se profundiza en el intercambio de ideas, habiendo previamente asumido cada parte su cuota de responsabilidad; si no se reconoce que todos podemos tener algo de verdad, se radicalizarán más las posturas y la intolerancia seguirá penetrando en cualquier ámbito en el que nos vayamos a desenvolver con las consecuencias devastadoras que ello implica para la dignidad humana, la libertad e incluso la vida, tal y como penosamente hemos constatado o bien como testigos o como víctimas.

En definitiva, resulta obligatoria la necesidad de incrementar una cultura de la tolerancia como uno de los valores esenciales para profundizar la democracia; y, porque no, como un derecho subjetivo de los ciudadanos que como tal ha de ser garantizado por el legislador mediante el establecimiento de normas orientadas a desarrollar conductas y acciones tolerantes, dirigidas tanto a las instituciones públicas como a las privadas a los fines de que ambas tengan la obligación de asumir y entender la diversidad como una realidad natural.

En tal sentido, debe partirse de la necesidad de promover una cultura de tolerancia política, que ha de ser asumida de forma impostergable por *todos* los factores de la sociedad civil y política.

De ahí que, se considera oportuno en el marco de este trabajo –debido al momento histórico y político que vive la sociedad venezolana y la deformación que han venido sufriendo los Poderes Públicos en nuestro país–, exponer a modo de ejemplo, algunas de las recomendaciones que la Organización Internacional de los Parlamentos propone en esta materia:

a. El poder ejecutivo y el poder legislativo han de llevar a cabo las siguientes actuaciones: **(i)** Garantizar el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial el derecho a la libertad de expresión, y la sanción de los discursos violentos y la discriminación; **(ii)** Elaborar un marco jurídico sólido para garantizar la celebración de elecciones, la gestión independiente de las mismas, y la competición libre y abierta entre los diversos partidos políticos; la igualdad de oportunidades para la competencia entre los partidos; y que los medios de comunicación velen por su independencia y su diversidad; **(iii)** Impartir educación cívica para instruir a los ciudadanos acerca de sus derechos y deberes en una democracia, recalcando la democracia política.

b. La presidencia del parlamento habrá de: **(i)** Mantener la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones para que todos los parlamentarios gocen de igualdad de trato, ya sean del partido en el poder o de la oposición; **(ii)** Garantizar el respeto de las normas parlamentarias, por ejemplo, que todos los parlamentarios gocen de la misma posibilidad de intervenir; **(iii)** Asegurar que todos los parlamentarios puedan recibir información solicitándolo a un servicio específico en el parlamento; **(iv)** Alentar el uso de una dependencia u otras estructuras de gestión intra parlamentarias en la que todos los partidos estén representados.

c. Los dirigentes políticos tienen la responsabilidad de: **(i)** Idear procedimientos democráticos internos que posibiliten un pleno debate de las cuestiones polémicas, en lugar de depender de los dictados del partido en el poder; **(ii)** Formular y respetar códigos de conducta que fomenten la tolerancia política, en especial en los períodos electorales; **(iii)** Abrir vías para el diálogo ente los partidos y poner en marcha iniciativas que sirvan de ejemplo para a los electores.

c. Los parlamentarios han de asumir el compromiso de: **(i)** Ejercer la acción política a través del diálogo y la acción concertada, descartando los medios violentos; **(ii)** Ser modelo de comportamiento, actuando a la manera de los estadistas en las negociaciones y los debates, y respetando las opiniones de los demás; **(iii)** Promover la tolerancia en relación con los ciudadanos y ser receptivos con la opinión de los mandantes; **(iv)** Realizar campañas electorales transparentes y respetar el reglamento electoral.

d. Por su parte, la sociedad civil debe: **(i)** Respalidar las campañas de educación cívica, en especial las dirigidas a los jóvenes; **(ii)** Trabajar con las comunidades y las autoridades locales en la vigilancia y la prevención de los discursos violentos, proporcionar foros para el diálogo entre los grupos, y crear conciencia sobre la intolerancia y la discriminación; **(iii)** Promover la participación política en todas sus formas, como ir a votar, entrar en contacto con los representantes electos, participar en la labor de los partidos políticos, firmar peticiones y asistir a las manifestaciones legales¹⁴.

Si se quisiera hacer una valoración del estado de la cultura de la tolerancia en Venezuela, tomando como base las recomendaciones transcritas, el resultado es realmente devastador, pues la conclusión es que de los ítems planteados en materia de tolerancia política ninguno está cubierto en Venezuela.

En efecto, la libertad de expresión ha sido mermada cualitativa y cuantitativamente; los órganos públicos de control (Defensoría del Pueblo, Tribunal Supremo de Justicia, Poder Legislativo, entre otros) lejos de sancionar los discursos violentos y la discriminación, la promueven por acción o por omisión y han utilizado sus medios para eliminar cualquier oposición al gobierno; los procesos electorales se celebran en desigualdad de condiciones ya que el aparato público y los recursos públicos son utilizados para beneficiar al partido de gobierno y el órgano (Poder Electoral) llamado a aplicar la ley y a sancionar sus posibles violaciones no lo hace, sino que dicta normativas y decisiones dirigidas a fomentar la desintegración de los partidos políticos.

Y qué decir del comportamiento de los parlamentarios o de los disputados que han sido presidentes de la Asamblea Nacional, quiénes en vez de mantener la imparcialidad promueven discursos intolerantes y eliminan cualquier posibilidad de diálogo, olvidándose de que su papel es debatir, deliberar y respetar las normas democráticas consagradas en la Constitución vigente.

Comentario final

Son evidentes y constantes las manifestaciones de intolerancia política, étnica y religiosa en el mundo entero; por lo que resulta un reto para el Constitucionalismo del siglo XXI, regular el valor-derecho de la tolerancia de forma positiva, en el sentido de establecer afirmativamente que la tolerancia es esencial para lograr una verdadera democracia basada en el pluralismo, en el debate y en el enriquecimiento recíproco de las ideas contrapuestas.

¹⁴ Vid <https://bit.ly/44PN71c>

Concretamente en Venezuela, nos encontramos en un momento sumamente delicado: la emergencia humanitaria compleja permanece, la economía sigue arruinada y no hay más nada que destruir. Los que se han enriquecido a través de la corrupción, no pueden manejar sus inimaginables patrimonios debido a las sanciones internacionales; la oposición tiene varios años que no encuentra el equilibrio apropiado para recoger la voluntad de la mayoría y pareciera atender a sus propios intereses y no al bienestar de la nación; las personas sobreviven y ya no están atentos a los conflictos de las fuerzas políticas, sino que exigen mejorar su calidad de vida, independientemente de quién sea la fuerza política que lo haga. En los últimos cuatro años, casi siete millones de venezolanos han huido al exterior en condiciones infrahumanas.

En definitiva, estamos en un país cuya población se encuentra económica, intelectual, social y moralmente devastada, en donde las instituciones son inexistentes y el Estado de derecho desapareció: la crisis en todos los ámbitos ha llegado a unos niveles impensables.

Ante tal situación, en donde la conflictividad y la intolerancia política no han servido para resolver los problemas del país sino más bien para profundizarlos, se hace perentorio que las partes con injerencia política, social y económica logren un pacto o acuerdo político nacional que incluya todos los sectores y que nos permita reconstruirnos y allanar el largo camino para el restablecimiento del Estado de derecho y la democracia.

A modo de reflexión y conclusión, me permito hacer propias las interrogantes y reflexiones de PÁNIKER:

¿Se puede conciliar el pluralismo con un cierto fundamento racional de la convivencia? ¿Una cierta Universalidad? Es el tema de nuestro tiempo, un tema de debate, y se trata precisamente de esto, de debatir, encontrarse en el lenguaje, perseguir un mínimo consenso...Y uno cavila que lo aquí lo relevante es que el señor Feyerabend pueda publicar sus opiniones sin que nadie le persiga; que Galileo mire a través del telescopio sin temor de ir a la hoguera; que se contrasten las ideas y que el debate sea permanente...Sólo el permanente ejercicio del pluralismo puede atajar las patologías de la racionalidad...¹⁵. ■

¹⁵ Pániker, ob. cit., p. 86.



**REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO
ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Número 25, Julio – Diciembre 2022
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.cidep.com.ve

www.cidep.online



contacto@cidep.com.ve



[@cidepVE](https://twitter.com/cidepVE)