

ANUARIO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Año 2025



ANUARIO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Año 2025

En memoria de Alicia Monagas

**Coordinación:
Jessica Vivas Roso**

Caracas, 2026

© De la edición: Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

© De los textos: Sus autores.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta obra son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de sus coordinadores ni editores.

Editado por:

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

Correo electrónico: contacto@aveda.org.ve

Sitio web: <https://www.aveda.org.ve>

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

Depósito Legal: DC2022002002

ISSN: 2958-9541

La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA)

Constituida en mayo de 1968, en la sede de la Biblioteca Central de la Universidad Central de Venezuela bajo el nombre de Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración (AVDACA), y desde el año 2000 denominada Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, AVEDA es una asociación civil sin fines de lucro de carácter apolítico, domiciliada en la ciudad de Caracas, cuyo objeto fundamental es agrupar institucionalmente a juristas y otros profesionales universitarios especializados en el área del Derecho Administrativo y las ciencias de la Administración.

Son objetivos de la Asociación la promoción del estudio, investigación, actualización y divulgación de los distintos aspectos que comprenden estas disciplinas; la participación en los procesos de redacción y discusión de instrumentos normativos y otros actos jurídicos por ante las autoridades competentes, brindando su apoyo técnico y científico; y la intervención en procesos judiciales relevantes para el desarrollo del Derecho Administrativo.

El Anuario AVEDA

Como parte de sus actividades de actualización y divulgación, AVEDA ha creado su Anuario, que recopila los diversos eventos (encuentros bimestrales, seminarios, conferencias, charlas y coloquios) realizados durante un año calendario, a excepción de las Jornadas de Derecho Administrativo, cuyas memorias son publicadas en libro aparte.

Cada ponencia se presenta del mismo modo en que fue expuesta oralmente, por lo que carecen de notas. En algunos casos, sin embargo, se publican las ponencias en textos redactados para el Anuario.

**Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2024-2026**

Presidente: Antonio Silva Aranguren

Vicepresidente: María Amparo Grau

Secretaria General: Gabriel Sira Santana

Tesorero: Carlos García Soto

Vocales: Diana Trías Bertorelli, Belén Ramírez Landaeta, Manuel Rojas Pérez

Suplentes: Margarita Escudero, Luis Fraga Pittaluga, Caterina Balasso, Alejandro
Canónico Sarabia, María Elena Toro, Nélida Peña Colmenares, Pier Paolo
Pasceri

**Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2026-2028**

Presidente: María Amparo Grau

Vicepresidente: Flavia Pesci-Feltri

Secretaria General: Alicia Monagas

Tesorero: Maibi Rondón

Vocales: Diana Trías Bertorelli, Pier Paolo Pasceri, Mauricio Pernía

Suplentes: Daniela Urosa Maggi, Carlos García Soto, María Lidia Álvarez, Manuel
Rojas, José Valentín González, Luis Alfonso Herrera, Gabriel Sira Santana

**Comité de Publicaciones de la
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
2026-2028**

Coordinador: Antonio Silva Aranguren

Miembros: Jessica Vivas Roso, Luis Herrera Orellana, Gabriel Sira Santana

ÍNDICE

EL SEXTO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA	9
---	---

ENCUENTROS BIMESTRALES

XXXII ENCUENTRO AVEDA: EL CÓMPUTO DE PLAZOS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS. Serviliano Abache Carvajal	15
---	----

XXXIII ENCUENTRO AVEDA: LOS RETOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. Rafael Chavero y Jorge Kiriakidis	25
--	----

XXXIV ENCUENTRO AVEDA: DERECHO ENERGÉTICO. Juan Carlos Pro-Rísquez	37
--	----

XXXV ENCUENTRO AVEDA: MINERÍA Y AMBIENTE (REGULACIÓN, PROPIEDAD Y SOSTENIBILIDAD). Mauricio Pernía Reyes y Jorge Lozada	49
---	----

XXXVI ENCUENTRO AVEDA: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN VENEZUELA. José Antonio Muci y Alfredo Parés Salas	63
---	----

XXXVII ENCUENTRO AVEDA: PODER CAUTELAR VS. INJUNCTIONS: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS DE DERECHO CIVIL Y COMMON LAW. Gonzalo Pérez Salazar y Luis Ortiz Álvarez	75
---	----

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

SEMINARIO: LA VALIDEZ DEL JUEZ DE ÚNICA INSTANCIA Y LA NECESARIA CASACIÓN. Salvador Yannuzi y José Gregorio Silva Bocaney	89
---	----

SEMINARIO: EL BALANCE SOBRE MEDIDAS CAUTELARES Y AMPAROS CONTRA EL ESTADO. Cosimina Pellegrino y Laura Louza	103
--	-----

SEMINARIO: EL FUTURO DIGITAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS. Nayibe Chacón y Valeria Ronchera	121
--	-----

SEMINARIO: LA TRIBUTACIÓN COMO REGULACIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Daniel Bétantcourt	137
--	-----

DIÁLOGOS IBEROAMERICANOS

DIÁLOGO IBEROAMERICANO CHILE Y VENEZUELA: CONSTITUCIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO. Marisol Peña Torres, Natalia Muñoz Chiu y Cecilia Sosa Gómez153

DIÁLOGO IBEROAMERICANO REPÚBLICA DOMINICANA Y VENEZUELA: VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS. Olivo Rodríguez, Fermin Cabral y Gustavo Urdaneta Troconis175

DIÁLOGO IBEROAMERICANO COLOMBIA Y VENEZUELA: LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sandra Morelli y Rafael Badell Madrid197

DIÁLOGO IBEROAMERICANO ESPAÑA Y VENEZUELA: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO DESDE EL MÉTODO COMPARADO. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Ignacio Hernández.....219

DIÁLOGO IBEROAMERICANO PERÚ Y VENEZUELA: LIBERTAD DE EMPRESA VS INTERVENCIÓN ESTATAL. Pierino Stucchi y Juan Domingo Alfonso Paradisi237

DIÁLOGO IBEROAMERICANO ARGENTINA Y VENEZUELA: LAS ÓRDENES EJECUTIVAS EN ESTADOS UNIDOS. UN ESTUDIO COMPARADO CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE VENEZUELA Y ARGENTINA. Estela Sacristán y Mauricio Pernía Reyes.....255

AÑO CONMEMORATIVO

CELEBRACIÓN DEL AÑO CONMEMORATIVO A TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA. Antonio Silva Aranguren, Gabriel Ruan Santos, Rafael Arraiz Lucca y Tomás Polanco Fernández.....275

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE OTORGA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN 2025) A MARY RAMOS FERNÁNDEZ293

EL SEXTO NÚMERO DEL ANUARIO AVEDA

El año 2025 constituyó para la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA) una nueva etapa de consolidación de su misión institucional, promover el estudio, la investigación, el intercambio académico y el desarrollo del Derecho Administrativo venezolano. Fiel a los principios que han orientado su actuación desde su fundación, la Asociación mantuvo una intensa actividad académica, fortaleciendo espacios de reflexión que han permitido preservar una comunidad jurídica comprometida con el análisis crítico de los problemas del derecho público y con la defensa de los valores propios del Estado de derecho.

La utilización permanente de las tecnologías de la información y la comunicación ha permitido que las actividades de AVEDA continúen llegando a profesores, investigadores, profesionales y estudiantes dentro y fuera de Venezuela, consolidando una red académica caracterizada por el intercambio plural de ideas, la cooperación entre especialistas y la difusión del conocimiento jurídico. Esa continuidad institucional constituye uno de los principales activos de la Asociación y reafirma su vocación de servicio a la comunidad jurídica venezolana.

En este contexto se publica el sexto número del Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, que reúne las actividades académicas desarrolladas durante el año 2025, junto con los acuerdos y reglamentos aprobados por el Consejo Directivo durante ese período. Como en las ediciones anteriores, el Anuario busca dejar constancia del trabajo desarrollado por la Asociación y preservar la memoria de las discusiones académicas que contribuyen al fortalecimiento de la disciplina administrativa.

La presente edición se organiza en cinco secciones. La primera recoge los tradicionales Encuentros Bimestrales, espacio permanente de discusión doctrinal que continúa siendo uno de los pilares de la actividad académica de AVEDA. En estos encuentros participaron los profesores y especialistas, Serviliano Abache Carvajal, Jorge Kiriakidis, Rafael Chavero, Juan Carlos Pro-Rísquez, Mauricio Pernía Reyes, Jorge Luis Lozada, José Antonio Muci, Alfredo Parés Salas, Luis Ortiz Álvarez y Gonzalo Pérez Salazar, quienes analizaron problemas actuales del derecho administrativo venezolano desde perspectivas diversas, manteniendo vivo un diálogo académico que constituye una de las características distintivas de la Asociación.

La segunda sección corresponde a los Seminarios, organizados por iniciativa de AVEDA con la participación de destacados especialistas en

distintas áreas del derecho público. Durante el año 2025 se desarrollaron cuatro seminarios dedicados a temas de especial actualidad jurídica. Los profesores Salvador Yannuzi y José Gregorio Silva, abordaron la validez del juez de única instancia y la necesaria casación; las profesoras Cosimina Pellegrino y Laura Louza presentaron un análisis sobre el balance de las medidas cautelares y los amparos contra el Estado; Nayibe Chacón y Valeria Ronchera examinaron el futuro digital de los Registros y Notarías; y los profesores Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Daniel Betancourt desarrollaron el seminario “La tributación como regulación y limitación de derechos fundamentales”. Estas actividades ofrecieron un espacio para el estudio y la discusión de cuestiones relevantes para la evolución del derecho público venezolano, favoreciendo el intercambio entre la academia y el ejercicio profesional.

Como principal innovación de esta edición se incorpora la sección dedicada a los Diálogos Iberoamericanos, iniciativa creada por AVEDA con el propósito de establecer un espacio permanente de intercambio académico entre juristas de distintos países, a partir del análisis comparado de problemas comunes del derecho público. Estos espacios permitieron confrontar experiencias nacionales, identificar convergencias y diferencias entre diversos ordenamientos jurídicos y enriquecer la reflexión sobre instituciones fundamentales del derecho administrativo y constitucional iberoamericano. Durante el año 2025 se celebraron seis diálogos: Chile-Venezuela, dedicado a la Constitución y el Derecho Administrativo, con la participación de Natalia Muñoz Chiu y Cecilia Sosa Gómez; República Dominicana-Venezuela, sobre la validez de los actos administrativos y los recursos administrativos, con Olivo Rodríguez y Gustavo Urdaneta; Colombia-Venezuela, referido a los medios de impugnación en el contencioso administrativo, con Sandra Morelli y Rafael Badell; España-Venezuela, centrado en la importancia del Derecho Administrativo iberoamericano desde el método comparado, con Jaime Rodríguez-Arana y José Ignacio Hernández; Perú-Venezuela, sobre la libertad de empresa y la intervención estatal, con Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Pierino Stucchi; y Argentina-Venezuela, dedicado al estudio comparado de las órdenes ejecutivas en los sistemas jurídicos de Estados Unidos, Argentina y Venezuela, con Estela Sacristán y Mauricio Pernía Reyes. Con esta iniciativa, AVEDA amplía el alcance de su actividad académica, fortalece la cooperación con la comunidad jurídica iberoamericana y consolida el derecho comparado como una herramienta para comprender y afrontar los desafíos contemporáneos del derecho público.

La cuarta sección está dedicada al Año Conmemorativo, que durante 2025 rindió homenaje al doctor Tomás Polanco Alcántara, una de las figuras más relevantes del derecho administrativo venezolano y, al mismo tiempo, un extraordinario historiador, diplomático y escritor. Las conferencias reunidas en este volumen permiten apreciar la amplitud de su

legado intelectual y humano, resaltando tanto sus aportes al desarrollo del derecho público como la profundidad de su obra histórica y biográfica. Con esta conmemoración, AVEDA continúa una tradición orientada a preservar la memoria de quienes han contribuido decisivamente a la formación del pensamiento jurídico venezolano.

La quinta y última sección reúne los Acuerdos y Reglamentos de AVEDA correspondientes al año 2025, reflejo del trabajo institucional desarrollado por el Consejo Directivo para fortalecer la organización interna de la Asociación y garantizar la continuidad de sus actividades académicas.

La publicación de este volumen no habría sido posible sin el generoso aporte de los profesores, conferencistas, aliados institucionales y miembros de AVEDA que participaron en las distintas actividades desarrolladas durante el año. A todos ellos corresponde un especial reconocimiento por mantener vivo un proyecto académico que continúa creciendo gracias al esfuerzo colectivo y al compromiso permanente con la excelencia.

De manera particular, expresamos nuestro agradecimiento al abogado Daniel Alejandro León, cuya dedicación en la recopilación, organización y transcripción de las ponencias hizo posible la preparación de este Anuario y contribuyó significativamente a la preservación de la memoria académica de la Asociación.

Esta edición merece, además, una mención particular. Durante el año 2026, en medio de las difíciles circunstancias que atravesó Venezuela tras los terremotos ocurridos en el mes de junio, falleció la profesora Alicia Monagas, quien formó parte del Comité de Eventos de AVEDA durante 2025 y ejercía la Secretaría General del Consejo Directivo para el año 2026. Su trabajo silencioso, constante y generoso contribuyó de manera decisiva a la organización de las actividades académicas de la Asociación y al fortalecimiento de su vida institucional. Quienes compartimos con ella estos años de trabajo recordaremos siempre su profesionalismo, su entusiasmo y su permanente disposición para colaborar con los proyectos de AVEDA.

Por ello, hemos querido dedicar este sexto Anuario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo a la memoria de la profesora Alicia Monagas, como testimonio de gratitud por su entrega a la Asociación y como reconocimiento a una trayectoria que dejó una huella perdurable entre quienes tuvimos el privilegio de trabajar a su lado.

El sexto Anuario AVEDA constituye, así, una expresión del compromiso permanente de la Asociación con la investigación, la formación y la difusión del Derecho Administrativo. Sus páginas reflejan no solo las actividades desarrolladas durante 2025, sino también la convicción de que el estudio del derecho público, el intercambio académico y la

preservación de la memoria institucional continúan siendo instrumentos indispensables para contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas y del Estado de derecho en Venezuela.

Jessica Vivas Roso
Coordinadora del Anuario

ENCUENTROS BIMESTRALES

XXXII ENCUENTRO AVEDA: EL CÁMPUTO DE PLAZOS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS

Serviliano Abache Carvajal

Fecha: 24 de enero de 2025

Cuando hablaba con Antonio [Silva Aranguren, Presidente de AVEDA] sobre la charla y sobre el tema a abordar, una de las ideas que surgió fue aprovechar la reciente publicación en la REDAV (Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano) de mi trabajo titulado “El derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles”. Ese trabajo, a su vez, encuentra su génesis en una investigación que llevé a cabo sobre algunos aspectos tributarios en el contexto de la pandemia. Si bien es cierto que en su momento se dictaron algunas normas especiales para atender esa situación, siempre me pareció que, en el caso tributario venezolano, el COT ya contenía algunas respuestas frente a esa situación. El Código no solo regula situaciones ordinarias, sino que también contiene regulaciones perfectamente aplicables a situaciones excepcionales, como la pandemia, dentro de lo que se conoce como la tributación de excepción. De manera que, en esa línea y con especial importancia práctica, existen varias regulaciones sobre el tratamiento del cómputo de los plazos en los procedimientos administrativos tributarios.

Pero, además, sería válido preguntarse por qué revisitar ese tema en la actualidad. Lo cierto es que, como lo hemos podido apreciar en la práctica profesional, todavía, a estas alturas, las fiscalizaciones y verificaciones tributarias que versan sobre ejercicios fiscales coincidentes con los tiempos de la pandemia siguen produciéndose. Teniendo en cuenta que se trata de períodos no prescritos, las administraciones tributarias continúan investigando el cumplimiento de las obligaciones tributarias de fondo y de forma correspondientes a los ejercicios de 2020 y 2021. Esto ha dado lugar a una intensa conflictividad y a reparos de cuantías muy significativas. Estamos hablando de reparos de millones de dólares, todo ello por no tenerse en cuenta de manera plena las disposiciones que trae el propio Código Orgánico Tributario para regular esta situación y sobre las cuales, entonces, vamos a hablar el día de hoy.

Luego de esta breve introducción y del planteamiento del problema, vamos a abordar, de manera muy sintética, el tema del procedimiento de

determinación de la obligación tributaria, explicando en qué consiste dicho procedimiento y cuáles son sus modalidades subjetivas, con la finalidad de precisar el alcance o el ámbito procedimental de los comentarios que luego vamos a hacer.

Una vez atendido el tema del procedimiento de determinación, vamos a entrar en el análisis del cómputo de los plazos en los procedimientos tributarios. En esta parte revisaremos, precisamente, el artículo 162 y el artículo 10 del Código Orgánico Tributario. Los analizaremos en ese orden para formular, posteriormente, algunas consideraciones sobre estos enunciados y proponer que disciplinan el derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, lo que, a su vez, permitirá comprender cómo deben computarse los plazos en los procedimientos administrativos tributarios. Finalmente, ofrecemos, a modo de conclusión, cuáles son los supuestos de prórroga automática de plazos y términos en los procedimientos determinativos. Ese será el objeto de la exposición de esta tarde.

El procedimiento administrativo tributario por antonomasia es, precisamente, el procedimiento de determinación de la obligación tributaria. Este procedimiento tiene dos grandes aspectos y está dirigido a declarar la existencia o inexistencia de la obligación tributaria y, en caso de existir, fijar su cuantía. Así, puede observarse que los dos grandes aspectos son el cualitativo, referido a la existencia o no de la obligación, y el cuantitativo, relativo a su monto. Estas son las dos propiedades definitorias, los elementos sin los cuales no puede hablarse de obligación tributaria.

En cuanto a las modalidades subjetivas, es decir, aquellas determinadas por el sujeto que realiza la determinación, puede destacarse que existen tres modalidades que habitualmente se comentan. No obstante, debe advertirse que existe una cuarta modalidad, que podría calificarse como una especie de “hermano pobre”, pues no suele comentarse con frecuencia y, para los fines que hoy nos ocupan, al tratarse de procedimientos administrativos, tampoco tiene especial relevancia. En cualquier caso, ¿cuáles son esas cuatro modalidades?

1. *La autodeterminación o determinación por el sujeto pasivo.* Es aquella en la que el propio sujeto pasivo, es decir, el contribuyente, con sus propios medios, determina si existe o no obligación tributaria y, de existir, cuál es su monto. Ejemplos paradigmáticos de tributos autodeterminables son el Impuesto sobre la Renta y el Impuesto al Valor Agregado. Son tributos en los que es el propio contribuyente quien toma en consideración los elementos relevantes, interpreta la ley, califica los hechos, determina si existe o no obligación tributaria y, de existir, fija su cuantía.

2. *La determinación mixta o por ambos sujetos.* En este caso, el proceso determinativo se lleva a cabo a partir de insumos informativos que, por un lado, suministra el contribuyente a la Administración y, por otro,

utiliza la Administración para cuantificar la obligación tributaria. Es decir, el contribuyente proporciona la información exigida por la ley y la Administración, con base en ella, aplica la alícuota correspondiente y determina el monto de la obligación tributaria. Existe, por tanto, una actividad conjunta entre el sujeto pasivo y el sujeto activo para determinar la obligación.

3. *La determinación oficiosa o determinación por el sujeto activo.* En esta modalidad ya no existe una actuación conjunta, ni mucho menos una determinación realizada por el sujeto pasivo, sino que es la propia Administración tributaria la que desarrolla su actividad de investigación para obtener la información necesaria y concluir si existe o no obligación tributaria y, en caso afirmativo, cuál es su monto. La Administración lleva a cabo el proceso de determinación y el contribuyente será requerido para aportar los elementos o insumos informativos que aquella considere necesarios.

4. *La determinación judicial o por el órgano jurisdiccional.* No voy a detenerme en esta modalidad porque no tiene aplicación en el contexto de los procedimientos administrativos tributarios. Basta señalar que el juez tributario, en su condición de juez de plena jurisdicción, puede concluir que no existe obligación tributaria o, por el contrario, que sí existe, pudiendo coincidir con la posición determinativa del contribuyente, con la de la Administración o con ninguna de ellas.

Vamos ahora con el tema del artículo 162 del Código Orgánico Tributario. Haré, en primer lugar, una explicación preliminar sobre su contenido y, posteriormente, entraremos en su desarrollo normativo para formular algunas consideraciones adicionales. Este artículo constituye un enunciado de carácter práctico, regulador de este derecho subjetivo del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles. Además, a partir de este enunciado también se infiere la correlación de deberes y derechos que supone la determinación de una obligación tributaria, como lo veremos al abordar la naturaleza bifronte de este derecho.

Cuando afirmo que el artículo 162 regula un enunciado práctico, quisiera abrir un breve paréntesis desde la teoría general del derecho para precisar a qué me refiero con esa expresión. Dentro de la clasificación de los enunciados jurídicos, los enunciados prácticos son aquellas normas que guían la conducta, por oposición a los enunciados no prácticos, que establecen definiciones legales. Ahora bien, reviste especial importancia la relación dinámica entre ambos tipos de enunciados porque, aunque los enunciados no prácticos no dirigen conductas –y las conductas típicamente reguladas por el derecho son los permisos, las obligaciones y las prohibiciones–, sí establecen las definiciones que hacen posible la aplicación de los enunciados prácticos.

Entonces, ¿qué disciplina el artículo 162 del Código? Establece una obligación a cargo de la Administración tributaria, consistente en practicar sus actuaciones y atender aquellas que se realicen ante ella en días y horas hábiles. Aquí aparece el elemento de la correlación entre deber y derecho. Al imponerse esa obligación a la Administración, correlativamente se reconoce que los sujetos pasivos tienen el derecho subjetivo a no atender, comparecer, recibir ni realizar actuaciones determinativas en días y horas inhábiles. Si sobre la Administración recae la obligación de desarrollar sus actuaciones y atender las que se lleven a cabo ante ella en días y horas hábiles, necesariamente el contribuyente posee el derecho correlativo a no atender ni realizar actuaciones determinativas en días y horas inhábiles.

Así, el artículo 162 establece lo siguiente: "Las actuaciones de la Administración Tributaria y las que se realicen ante ella, deberán practicarse en días y horas hábiles, sin perjuicio de las habilitaciones que autorice la Administración Tributaria de conformidad con las leyes y reglamentos".

En este contexto resulta importante precisar que, si el contribuyente tiene el derecho a que toda actuación determinativa se lleve a cabo en días y horas hábiles, con mayor razón tiene el derecho a realizar sus propias determinaciones, es decir, sus autodeterminaciones, en días y horas hábiles. Ello se desprende del propio artículo 162 cuando hace referencia no solo a las actuaciones de la Administración, sino también a las que se realizan ante ella. Por argumento a contrario, ello permite entender que el contribuyente tiene el derecho a no materializar actuaciones determinativas en días y horas inhábiles, como ocurre con la presentación de declaraciones del Impuesto sobre la Renta, del Impuesto al Valor Agregado, entre otras.

Esta norma, que regula el derecho subjetivo que estamos comentando, ofrece un panorama general de ese enunciado práctico y del derecho reconocido al contribuyente, así como de la obligación correlativa impuesta a la Administración. Ahora bien, ¿qué se requiere para aplicar efectivamente este derecho y determinar su alcance? Es indispensable precisar qué debe entenderse por días hábiles y por días inhábiles. Si bien las normas no prácticas que establecen definiciones legales no guían directamente la conducta, sí hacen posible la aplicación de las normas prácticas que sí la regulan. En el caso que nos ocupa, esa interacción dinámica se manifiesta entre el artículo 162, como norma práctica ya analizada, y el artículo 10 del Código Orgánico Tributario, que incorpora definiciones legales en su parágrafo único, aunque su primera parte también contiene reglas prácticas que orientan la conducta.

Pasemos, entonces, al artículo 10 del Código. Este dispone lo siguiente:

Artículo 10: Los plazos legales y reglamentarios se contarán de la siguiente manera:

1. Los plazos por años o meses serán continuos y terminarán el día equivalente del año o mes respectivo. El lapso que se cumpla en un día que carezca el mes, se entenderá vencido el último día de ese mes.
2. Los plazos establecidos por días se contarán por días hábiles, salvo que la ley disponga que sean continuos.
3. En todos los casos los términos y plazos que vencieran en día inhábil para la Administración Tributaria, se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.
4. En todos los casos los plazos establecidos en días hábiles se entenderán como días hábiles de la Administración Tributaria.

Eso en cuanto a la primera parte del artículo, que contiene las reglas prácticas. Ahora bien, ¿qué establece el párrafo único? Es allí donde encontramos las definiciones legales. Su tenor literal dispone lo siguiente:

Parágrafo Único. Se consideran inhábiles tanto los días declarados feriados conforme a disposiciones legales, como aquéllos en los cuales la respectiva oficina administrativa no hubiere estado abierta al público, lo que deberá comprobar el contribuyente o responsable por los medios que determine la ley. Igualmente se consideran inhábiles, a los solos efectos de la declaración y pago de las obligaciones tributarias, los días en que las instituciones financieras autorizadas para actuar como oficinas receptoras de fondos nacionales no estuvieren abiertas al público, conforme lo determine su calendario anual de actividades.

Entonces, de esta manera tenemos los siguientes supuestos: 1. Días feriados. 2. Días en que la Administración tributaria está cerrada al público. 3. Días en que los bancos están cerrados al público.

Ahora, para ir relacionando el artículo 162 con el artículo 10 del Código, vamos a hacer un primer análisis sobre la primera parte del artículo 10, referida al cómputo de los plazos, a las guías de conducta que establece esa primera parte del artículo 10, para luego encontrarnos con mayor detalle ante el párrafo único y las definiciones legales sobre días inhábiles, de las cuales, como podemos inferir, extraemos, por contraposición, la definición de días hábiles.

Entonces, en cuanto a la primera parte del artículo 10, ¿qué merece especial atención? El numeral tercero, en donde se establece que, en todos los casos, los términos y plazos que vencieran en día inhábil para la Administración Tributaria se entienden prorrogados hasta el primer día hábil siguiente. Nada hay aquí extraordinario, es algo bastante elemental.

Cuando estamos hablando de plazos anuales o de plazos mensuales continuos, lo que se está diciendo es que el vencimiento de estos plazos se prorroga hasta el primer día hábil siguiente, pero no el transcurso de

los mismos durante días inhábiles, precisamente porque, como se computan de manera continua (los lapsos anuales o mensuales), el transcurso no se interrumpe. Sin embargo, si cuando va a vencer ese día es un día inhábil, eso es lo que se prorroga hasta el próximo día hábil siguiente. Mientras que, en el caso de plazos y términos contados por días hábiles, evidentemente, no solo su vencimiento en un día inhábil es el que se prorroga hasta el primer día hábil siguiente, sino que el lapso como tal no puede correr durante días inhábiles consecutivos, precisamente porque, ¿cómo se computan los lapsos por días hábiles? Pues a través de una medida unitaria temporal de cómputo, que es el día hábil.

Esto es particularmente importante porque ya empezamos a ver y entender la relevancia de esta norma y la diferencia en el cómputo de los plazos anuales y mensuales. Por un lado, transcurren, pero no vencen sino hasta el próximo día hábil siguiente; y, por otro lado, los plazos contados por días hábiles no vencen, pero, además, tampoco transcurren. Como se puede apreciar, a propósito de esta importante diferencia, se trata de regulaciones y consecuencias bien distintas, sobre todo para fines prácticos de cómputo de estos lapsos.

Vamos a entrar ahora en un análisis particular del párrafo único del artículo 10 sobre las definiciones legales de días inhábiles. ¿Qué vamos a hacer? Vamos a enlazar las distintas modalidades determinativas que ya habíamos visto, las subjetivas; inclusive, vamos a agregar una adicional, con las tipologías de días inhábiles; o, lo que es igual, vamos a ver qué tipo de día inhábil aplica para qué modalidades de determinación, de acuerdo con el sujeto que lleva a cabo la determinación de la obligación tributaria.

Empezamos por los días declarados feriados. Pues, de entrada, no parece exigir mayor análisis. Los días declarados feriados son feriados para Raimundo y todo el mundo. ¿Qué significa esto? Que comprenden todas las modalidades determinativas por el sujeto que vimos: autodeterminación, que no puede realizarse en días feriados; determinaciones mixtas; determinaciones oficiosas; y, además, vamos a agregar aquí las determinaciones recursivas, las que se hacen a través de recursos jerárquicos, teniendo en cuenta que seguimos estando en instancia administrativa.

Como se observa en este primer supuesto de días inhábiles, ya decía que no amerita mayor comentario, precisamente porque se trata de días feriados, lo cual se traduce en que comprende todas las modalidades determinativas por el sujeto que vimos, además de la modalidad determinativa recursiva, es decir, los cómputos a efectos de recursos jerárquicos, debido a que, en días feriados, la Administración Pública y el sector privado, por igual, simplemente no trabajan.

¿Qué significa esto? Que los plazos y términos establecidos en días no corren ni vencen, como será evidente, por computarse por días hábiles,

mientras que los cómputos fijados en años o en meses, si bien transcurren, en la medida en que son continuos, no vencen hasta el primer día hábil siguiente. Esto es lo que tiene que ver con esta primera definición legal de día inhábil, que se identifica con los días feriados.

Segundo supuesto de día inhábil: los días en que la Administración Tributaria está cerrada al público. ¿Cuáles serían las modalidades determinativas que, en este caso, están comprendidas? Todas las anteriores, salvo la autodeterminación: determinaciones mixtas, determinaciones oficiosas y determinaciones recursivas o, por la vía del recurso jerárquico. Y, precisamente, porque la autodeterminación se puede hacer indistintamente de que esté o no la oficina de la Administración Tributaria abierta al público.

Este segundo supuesto permite entender que, salvo que se pretendiera llevar a cabo un procedimiento de determinación mixta, en la parte que corresponde a la Administración, cuando la Administración está cerrada; o una determinación oficiosa cuando la Administración está cerrada; o sustanciar un recurso jerárquico durante días inhábiles, también porque la Administración está cerrada, ello no es conceptualmente posible, salvo que se lleve a cabo alguna actuación de esta naturaleza a espaldas del contribuyente. Entonces, nuevamente, ¿qué es lo que ocurre acá? Que, en ninguno de estos supuestos de determinación mixta, determinación de oficio o determinación recursiva se pueden llevar a cabo actuaciones cuando la oficina de la Administración está cerrada, razón por la cual los plazos y términos procedimentales no están transcurriendo, salvo los anuales o mensuales –como ya lo dijimos–. Y esto, entonces, sienta las bases para llegar al tercer supuesto, a la tercera definición de días inhábiles.

Tercer supuesto de día inhábil. Este se identifica con los días en que las instituciones financieras receptoras de fondos no estuvieren abiertas al público. Así como ya vimos que, en el caso de los días feriados, comprende cualquier modalidad determinativa y, en el caso de que la Administración esté cerrada, comprende todas menos la modalidad de autodeterminación, acá, más bien, los supuestos de días inhábiles por estar cerrada la banca, la única modalidad determinativa que comprende es, precisamente, la autodeterminación.

Y, en cuanto a la mención que hace referencia al pago, si bien es cierto que el pago de las obligaciones fiscales no forma parte del procedimiento determinativo, su inclusión en la norma –cuando hace referencia a declaración y pago en esta definición legal de día inhábil– permite entender, en un sentido contextual de la primera parte de la expresión “declaración”, que se está refiriendo a esta declaración en una acepción equivalente al sinónimo de autodeterminación tributaria, porque, precisamente, la modalidad determinativa que lleva a cabo el sujeto pasivo es la única

modalidad que puede estar acompañada de un posterior pago de los tributos declarados y liquidados por el propio contribuyente, de manera inmediata.

Esta definición también permite entender que se refiere a la presentación de la declaración, como concreción documental de la autodeterminación, y al subsiguiente pago de las obligaciones tributarias. Con lo cual, la vinculación entre las declaraciones fiscales documentales, como tal, con la autodeterminación, supone que estamos hablando, *grosso modo*, de dos caras de una misma moneda. Entonces, en este supuesto me refiero a la autodeterminación tributaria, o la determinación llevada a cabo por el sujeto pasivo. Los plazos y términos distintos a los fijados por días (los mensuales y los anuales), si bien transcurren, no vencen hasta el primer día hábil siguiente, mientras que los que están indicados por días, como ya lo hemos dicho, no corren ni vencen, precisamente porque se computan por días hábiles.

Con todo lo anterior, ya tenemos la foto completa de cómo se interrelacionan los artículos 162 y 10 del Código Orgánico Tributario, a los fines del ejercicio efectivo de ese derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles, por un lado, y, por el otro, a los fines del cómputo de los plazos en los procedimientos administrativos tributarios porque, entendiendo la fórmula de cómputo de estos plazos, a su vez se entiende, por consecuencia, cuándo se materializa el ejercicio del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles.

Ahora bien, sin entrar en mayores profundidades, en esta oportunidad, sobre algunas particularidades de lo que ocurrió durante la pandemia, basta recordar que, en cumplimiento del decreto de estado de alarma, la banca estuvo, al principio, totalmente cerrada al público y, paulatinamente, implementó lo que se conoció como el “5 por 10” y el “10 por 10”, lo cual implementó a través de varias circulares que dictó la SUDEBAN.

En esta línea, ¿qué es lo único que nos interesa rescatar de esas circulares y esos cierres de la banca para el público, a los fines de cómo se computan los plazos en materia tributaria? Que, mientras la banca se encontraba cerrada, y cuando en la actualidad se encuentra cerrada al público, aquí viene la clave del asunto. Esos días, en aquel momento de pandemia, debían, y siguen debiendo entenderse así, si ello ocurre en la actualidad, como días inhábiles a los efectos del parágrafo único del artículo 10 del Código y, con ello, inhábiles a efectos de autodeterminación tributaria; nuevamente, declaraciones de Impuesto Sobre la Renta, IVA, etc.

Y es, precisamente, ese correcto entendimiento de los supuestos que acabamos de ver, de sus alcances y de sus aplicaciones en la actualidad, lo que ha dado lugar a que se sigan levantando reparos sobre esos

ejercicios fiscales, con cálculos sobre supuestas presentaciones extemporáneas de declaraciones impositivas por larguísimos períodos o, si acaso, en efecto, hubo algún tema de extemporaneidad, no llegaría a ser como ha sido determinado, dando lugar a unas multas altísimas, millonarias, con todo lo que ello supone.

A modo de conclusión y, también, como lo refería en la introducción, voy a abordar muy sintéticamente el tema de la extensión procedimental de los ámbitos de ejercicio del derecho del contribuyente a que toda actuación determinativa se realice en días y horas hábiles y su corolario lógico, que es la suspensión o los supuestos de prórrogas automáticas de estos plazos en el contexto de procedimientos determinativos, a efectos del cómputo de dichos plazos.

Teniendo en cuenta lo planteado, todos los vencimientos de plazos y términos, así como los transcurso de los que estén establecidos en días, de los procedimientos de determinación mixta y determinación oficiosa, por un lado, y los procedimientos de determinación recursiva, por el otro, se deben entender automáticamente prorrogados hasta el primer día hábil siguiente, en la medida en que la oficina de la Administración Tributaria correspondiente se encuentra cerrada al público.

Por su lado, todos los vencimientos de plazos y términos, y los transcurso que estén establecidos por días, de los procedimientos de autodeterminación (declaraciones y liquidaciones), Impuesto Sobre la Renta, IVA, etc., se deben entender automáticamente prorrogados durante el tiempo en que los bancos estén cerrados al público. En el primer supuesto, cuando la Administración está cerrada al público; en este segundo supuesto, cuando los bancos estén cerrados. Y ¿qué se puede inferir, por vía de consecuencia, de lo anterior? Que tampoco se causan intereses moratorios ni son aplicables sanciones, por razón de que se está ante la inexistencia de falta o inexistencia de retardo en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, como consecuencia del estado de prórroga automática de plazos y términos en los procedimientos de determinación.

XXXIII ENCUENTRO AVEDA: LOS RETOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Rafael Chavero y Jorge Kiriakidis

Fecha: 26 de marzo de 2025

Rafael Chavero

En la presente exposición se tratarán los temas nodales o principales que, a mi juicio, aquejan a nuestra jurisdicción contencioso-administrativa. Es una jurisdicción relativamente reciente que adquirió rango constitucional en la Constitución de 1961. Pasamos aproximadamente cincuenta años sin una ley especial que regulara la jurisdicción. En ese período, la jurisprudencia fue la encargada de ir aportando aquellas herramientas para hacer más efectiva la justicia del ciudadano frente al gobierno. Creo que fue una época en la que hubo avances importantes, a veces no con el ritmo deseado, pero con poca legislación los jueces fueron dándole al ciudadano algunas herramientas efectivas.

Luego, en el año 1976, se aprovechó el momento de la reforma de la Ley del máximo tribunal para incorporar, en sus disposiciones transitorias, algunas normas procesales del contencioso-administrativo. Se creó la Corte Primera y se le otorgaron competencias contencioso-administrativas a los juzgados superiores, descentralizándose así un poco la justicia administrativa.

Seguidamente vino la Constitución de 1999, donde, de alguna manera, se consagraron nuevos paradigmas para la administración de justicia. Y así comenzamos estas últimas dos décadas con una Constitución nueva que anunciaba importantes reformas en el sistema judicial. Y yo creo que –no sé si con ingenuidad o con el compromiso electoral del momento– se comenzaron a implementar algunas de las disposiciones constitucionales referidas al saneamiento de la administración de justicia. Comenzaron algunos concursos públicos de oposición a través de unos programas con el Banco Mundial, y se trató de ir modernizando el sistema de justicia.

Sin embargo, muy temprano ocurrió un incidente político-social, un paro nacional, un grave descontento social que terminó derivando en lo sucedido en los meses de abril de 2002, y eso generó una crisis política aún más intensa. Se generaron diversas formas para tratar de salir de esa

crisis; entre ellas, terminó consolidándose la vía del referéndum revocatorio como manera de conciliar los distintos intereses y conflictos.

Menciono esto porque es a raíz de ese problema –al menos a mi criterio– que hubo un cambio de rumbo nodal en el sistema de justicia venezolano, a raíz de los problemas que se generaron alrededor del referéndum revocatorio, que implicó una confrontación entre la Sala Constitucional, la Sala Electoral y el gobierno, con la intención de que no se realizara de manera oportuna el referéndum, y los factores o partidos de oposición, que impulsaban esa contienda electoral. Ello derivó en que el gobierno se percatara de la necesidad de controlar el sistema de justicia y, para eso, rápidamente decidió modificar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aumentar el número de magistrados y asegurarse del compromiso político de los magistrados. Y es ese caso, a mi criterio, el que terminó de acabar con los espacios de autonomía e independencia del sistema de justicia.

El gobierno aprendió que la autonomía e independencia podían implicar decisiones adversas para quienes detentan el poder. A partir de ese momento surgió esa clara intención de controlar el Poder Judicial por parte del gobierno, y eso es un secreto a voces; las estadísticas judiciales, además, lo hacen muy palpable. Basta ver esos estudios de los profesores Canova, Herrera y otros, que nos demostraron con datos la terrible situación estadística de la justicia administrativa, donde sencillamente los particulares no ganan cuando litigan contra el gobierno.

Esta posición se fue consolidando primero con el control de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y luego, por ese efecto en cascada, del resto de los tribunales de justicia, entre ellos los de esta jurisdicción, quienes terminan siendo jueces de libre nombramiento y remoción, sin estabilidad, sin carrera judicial, claramente al servicio de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Esto es de suma importancia porque es una jurisdicción muy sensible, la encargada de enjuiciar al poder, y cuando se está en ese rol se requiere de una necesaria autonomía e independencia para poder resistir las presiones de la política, las presiones del poder. Sin eso es, sencillamente, cualquier otra cosa menos administración de justicia, y esa es una realidad que hemos vivido palpablemente en los últimos años. La jurisdicción contencioso-administrativa no está en capacidad de juzgar al gobierno de manera frontal, objetiva e imparcial. Creo que no me equivoco si digo que no hay ni una sola decisión que haya cuestionado o atacado los intereses gubernamentales en las últimas dos décadas. Es decir, ha habido decisiones favorables al ciudadano, pero, de alguna manera, han sido victorias pírricas o que no han representado compromisos para el gobierno.

Por eso, hoy en día creo que el problema de la justicia administrativa no está en la ley. Tenemos una ley relativamente buena, relativamente sensata, donde se recogieron todos esos principios jurisprudenciales de las últimas décadas. Creo que el problema no está allí; el problema está en que no tenemos a quien, de alguna u otra manera, haga que el gobierno se someta al derecho. Y yo creo que ese es el principal reto que tiene nuestro sistema de justicia y, sobre todo, nuestra justicia administrativa. Debemos rescatar la idea de que el gobierno está y debe estar sometido al derecho y, para eso, se requiere de quien lo ajuste al derecho. Para eso se requiere de una jurisdicción, de un grupo de jueces que pueda tener las condiciones necesarias para poder confrontar el poder. Esas condiciones son estabilidad en el cargo, autonomía e independencia; es decir, la posibilidad de que sus cargos no dependan de una decisión política, como en efecto ha pasado.

Entonces, ese es el primer gran reto que tiene nuestro sistema de justicia: rescatar la autonomía e independencia de todo el Poder Judicial y, sobre todo, de esta especial jurisdicción. Eso requiere probablemente algunas reformas constitucionales, algunas reformas legales, pero, sobre todo, un compromiso democrático sincero, donde se comprenda que, para que pueda existir una democracia, tiene que haber un equilibrio de poderes y tiene que haber quien someta al derecho a quienes detentan el poder. Para mí ese es el punto nodal de los retos de la justicia administrativa. Requerimos de jueces con las condiciones necesarias para poder impartir justicia de manera imparcial y poder someter al derecho a quien gobierna. Eso sencillamente no lo tenemos hoy en día a ningún nivel. No creo que haya nadie que pueda cuestionar esta afirmación categórica.

Por supuesto, aquí, en este punto, nos pudiéramos quedar y pudiéramos profundizar en qué es lo que hay que hacer, cómo hacerlo, cómo volver a un sistema democrático de gobierno, cómo rescatar ese pilar elemental del sistema de justicia, pero creo que no es la idea en estos breves minutos y, por eso, me voy a permitir referirme a otros tres aspectos que creo que pudieran optimizar nuestro sistema de justicia, sobre todo si vamos hacia una profundización de la autonomía e independencia de esta especial jurisdicción.

Montados en un sistema donde estemos conscientes de la necesidad de someter el poder al derecho, habría entonces que retomar toda esa enorme cantidad de privilegios que tiene el Estado cuando es confrontado en juicio. Creo que la mayoría de estos privilegios son sencillamente insostenibles, injustificables, exagerados, desproporcionados y hacen que los litigios contra el Estado sean, muchas veces, una verdadera batalla de David contra Goliath, donde el particular tiene que, básicamente, arrastrarse para poder exigir justicia.

Es que hasta en los aspectos más sencillos, como el llamado a juicio al abogado de la República –la Procuraduría General de la República–, eso pasa porque el alguacil del tribunal tiene que dejar la boleta y luego esperar que la Procuraduría quiera devolverla. Y cuando digo esto, y lo digo con datos, pueden pasar un mes, dos meses, tres meses o incluso más, sin que la Procuraduría devuelva la notificación. Es decir, el demandado es el que decide cuándo se va a notificar, lo cual es sencillamente aberrante, y los jueces, sencillamente, no tienen el valor para confrontar esa posición. Para notificar a la República hay que ir a llevar un oficio y esperar, entonces, que lo devuelvan, cuando hoy en día un sistema moderno debería, simple y llanamente, implicar el envío de un correo electrónico con los anexos que sean necesarios, y eso debería ser suficiente. Pero parte de ese temor de juzgar a la Administración pública es que, hasta para citar a su abogado, se requiere, básicamente, que sea la propia Procuraduría la que decida cuándo va a ir a juicio.

Luego está el tema de las medidas preventivas. Existe un desequilibrio gigantesco. Todas las medidas que pide el Estado son acordadas cuando demanda a un particular, pero al revés no se puede; el particular no puede obtener medidas preventivas contra el Estado. Basta ver, si ustedes se meten en la página web del TSJ, todos los casos de las empresas del Estado que demandan a particulares: se acuerdan medidas cautelares de embargo, hasta levantamiento de velos corporativos, y una serie de medidas cautelares agresivas para que las instituciones financieras del Estado puedan cobrar o satisfacer sus intereses. Pero, a la inversa, eso es algo sencillamente impensable.

El tema de la exoneración de costas también implica un efecto disuasivo para que los ciudadanos puedan demandar, porque tienen que asumir todos los costos del litigio incluso cuando vencen en el proceso.

Y ni hablar del tema de la ejecución forzosa de decisiones o de sentencias, que es probablemente el –como decía García de Enterría– talón de Aquiles de la justicia administrativa, porque aquí ya nos salimos de lo jurídico y pasamos prácticamente a los temas de favores. Es imposible lograr, a través del derecho y con este sistema de justicia, que la Administración cumpla con sus decisiones; básicamente depende de su sola voluntad. Si no tiene la voluntad de cumplir una decisión, prácticamente es imposible que ello suceda. Y eso desmorona todo el sistema de justicia, porque si tenemos juicios largos, engorrosos, con privilegios procesales exorbitantes, pero que al final producen una decisión, y las pocas veces que esta es favorable al ciudadano ni siquiera la puede ejecutar, entonces todo el sistema de justicia se convierte en una verdadera farsa.

Entonces, creo que el otro gran reto que tiene la justicia administrativa es desmontar esta serie de privilegios exorbitantes y hacer que sean más equilibrados los litigios contra la Administración pública. Habrá

algunas ventajas, algunas de estas prerrogativas, que puedan tener sentido, siempre y cuando no sean desproporcionadas; pero la mayoría de ellas, al menos como están concebidas, hacen que los litigios del ciudadano frente al Estado sean sencillamente demasiado desiguales. Este es uno de los grandes retos que tenemos para mejorar nuestro sistema de justicia.

El segundo gran reto al que quiero referirme tiene que ver con la activación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que tan buenos resultados han dado en otras jurisdicciones y que no hay razón para excluirlos del sistema contencioso-administrativo. Creo que el Estado puede evitarse una enorme cantidad de procesos judiciales si lograse establecer sistemas de mediación o conciliaciones prejudiciales antes de ir a juicio, así como, por ejemplo, sucede en la jurisdicción laboral, donde se arranca con un juez de mediación. ¿Por qué no hacer eso también en el contencioso-administrativo, donde la Procuraduría o los representantes de los órganos administrativos demandados puedan sentarse con el ciudadano y buscar soluciones rápidas y efectivas a sus problemas?

Creo que la bondad de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos es incuestionable y no tiene por qué quedar excluida del sistema de justicia administrativa. Es perfectamente posible, con las garantías que se exijan para evitar temas de corrupción o que puedan comprometer el erario, encontrar fórmulas equilibradas que permitan el funcionamiento de estos mecanismos, sobre todo en el tema de la conciliación y la mediación antes de los procesos judiciales.

Y, por último, el otro gran reto al que me quiero referir es salir de la prehistoria judicial. Es insostenible que no hayamos entrado en la era de la digitalización de la justicia, que tanto nos sirve para muchos otros aspectos de nuestra cotidianidad, pero que, a la hora de los sistemas de litigio, estemos en una etapa arcaica, donde los abogados tienen que hacer enormes colas, subir doscientos pisos caminando y presentar todos sus escritos en una taquilla. Todo ese sistema hay que desmontarlo y, sencillamente, actualizarlo para que puedan existir expedientes digitales, para que pueda haber interacción a través de distintos mecanismos electrónicos y para que los juicios puedan ser llevados de una manera más eficiente, de modo que las visitas a los tribunales sean para las audiencias orales o para algunos actos procesales que así lo requieran. Pero no tiene ningún sentido que nos hayamos alejado de la digitalización de la justicia. Esto pasa también por mejorar la infraestructura de los tribunales a todo lo largo y ancho del país. Todavía muchos tribunales, muchos jueces de esta jurisdicción y de otras, trabajan con las uñas, con escasos recursos, porque, simple y llanamente, el sistema de justicia no es relevante para el Estado.

No hemos podido hacerle entender a nuestros ciudadanos lo importante que es el sistema de justicia para el ciudadano común, y lo importante que sería, además, un sistema de justicia efectivo del ciudadano contra quien detenta el poder. Creo que los beneficios que pudiéramos obtener si, por ejemplo, los reclamos por el mal funcionamiento de los servicios públicos pudieran realmente resolverse con alguna oportunidad en los juzgados, como, por ejemplo, existe en otras jurisdicciones, donde la Corte Constitucional colombiana ha ordenado la construcción de estanques, autopistas, carreteras u operaciones quirúrgicas cuando ha sido necesario, serían enormes. Aquí nada de eso ha sido posible, no por falta de ley, sino por falta de autonomía e independencia del juez.

Y a este atraso tecnológico hay que sumarle también la precariedad de los sueldos de los operadores de justicia, donde, básicamente, un juez gana menos de cien dólares, lo que constituye una invitación al rebusque. Y por eso creo que ese es otro de los temas que tenemos que sincerar; necesitamos que ese juez que va a confrontar a quien detenta el poder tenga no solamente estabilidad, sino que tenga los recursos suficientes como para evitar las tentaciones que puedan suscitarse.

Entonces, este tercer gran reto de la justicia administrativa tiene que ver con la modernización necesaria de todo el sistema de justicia y, sobre todo, del sistema de justicia administrativa, donde, sencillamente, estamos en una etapa arcaica y necesitamos tratar de entrar al siglo XXI.

Para recapitular, el principal reto de la justicia administrativa es recuperar la autonomía e independencia del sistema judicial y, sobre todo, del juez de esta jurisdicción, que es la más sensible porque es la que se encarga de enjuiciar a quien detenta el poder. Ese es el principal reto, sin el cual todo lo demás se desmorona, sin el cual todo lo demás no tiene mayor sentido. Que se pueda rescatar, al menos, algunos estándares mínimos de autonomía e independencia del sistema judicial y así podremos avanzar en el desmontaje de los desproporcionados privilegios del Estado en los procesos judiciales. Así como también es importante activar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos para hacer la justicia mucho más efectiva. Por último, debemos acceder a la digitalización y salir de este estado arcaico en que se encuentra la forma como se llevan adelante los litigios en esta jurisdicción.

Bueno, esa es mi presentación sobre este tema de los retos de la justicia administrativa. Nuevamente, muchísimas gracias a todos los organizadores.

Jorge Kiriakidis

Quiero arrancar diciendo que cuando le pedí a Pier que insistiera en que yo soy larense fue para denotar, además, que estoy familiarizado no solamente con la realidad de las cosas que nos ocurren aquí en la capital,

sino también con las cosas que ocurren a todo lo largo y ancho del país, o por lo menos en mi tierra, el estado Lara y, concretamente, la ciudad de Barquisimeto, donde Pier nos comentaba que estuvo sin electricidad hasta hace muy pocos minutos. Y esto, que parece una reflexión ridícula para el inicio de una charla académica, no es una cuestión de poca importancia, porque los retos de la justicia administrativa deben tener en cuenta los avances científicos y tecnológicos del mundo entero, pero además también las realidades coyunturales y estructurales que tenemos en nuestro país.

Y es verdad que podríamos conversar del maravilloso futuro que nos depara la inteligencia artificial, que, en mi opinión, marca el principio del final de la actividad de los abogados, jueces y tribunales tal como los conocemos; cosas que ayer parecían impensables hoy en día resultan muy fáciles de prever con un poquito más de avances. En muy poco tiempo no vamos a necesitar ni jueces ni abogados, por lo menos para resolver controversias entre partes.

Y ese es un reto que en algún momento tendrá que asumir la justicia administrativa, pero digamos que estas son doce jugadas más adelante en el ajedrez que tenemos enfrente. La verdad es que tenemos que preocuparnos primero por conseguir la mesa donde poner el tablero de ajedrez. Nuestras necesidades son más próximas a esas que les acabo de describir, no a la jugada número quince, sino a de dónde sacamos la mesa y dónde prendemos la luz para poner el tablero. No es que sean más modestas, es que son más propias de nuestra realidad.

Estoy, por supuesto, encantado con el diagnóstico que ha hecho Chavero, porque así me ahorra a mí un buen rato en mi exposición para referirme a algunas cuestiones que son propias de lo que ocurre, en general, con el sistema de administración de justicia y, en particular, con la justicia administrativa en Venezuela. Y respecto de la charla de Chavero, yo solamente expresaría una diferencia de apreciación, y es en cuanto a la afirmación de que nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está bien. Yo diría que está bien en contraste con la Ley del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, que era uno de los ejemplos más espantosos de legislación en el mundo y, claro, teniendo eso como contraste, casi cualquier cosa está bien. Pero, utilizándola como un referente de lo que sería lo idóneo desde el punto de vista de lo que establece la Constitución, pues deja mucho que desear.

En mi aproximación a todo este asunto de cuáles son los retos de la justicia administrativa en Venezuela, yo me fijaría unos estándares mucho más modestos, mucho más próximos, resumiéndolos en una sola frase; ajustar la justicia administrativa a los estándares de la Constitución.

La Constitución es, entre otras muchas cosas, la carta del poder limitado. Es el manual de instrucciones de cómo limitar al poder. Ella tiene

unas instrucciones en las que, teóricamente, todos nos pusimos de acuerdo. Entonces, es verdad que podemos hacer muchos diagnósticos, pero en su momento esos diagnósticos se hicieron, se discutieron, se aprobaron, se votaron y allí están. Esos principios de lo que es la sociedad, el Estado y el ordenamiento jurídico que queremos están en la Constitución. Lo menos que a mí me parece necesario es que, tras veinticinco años de vigencia, se tome la decisión de concentrarnos en tratar de asumir los estándares que establece la Constitución, porque por lo menos ellos suponen un acuerdo previo.

Así que, desde mi punto de vista, el reto primordial de la justicia administrativa en Venezuela es ajustarse a lo que dice la Constitución. Esto de que la justicia administrativa tenga retos y tenga que ajustarse y adaptarse no es una cosa que tenga que escandalizar absolutamente a nadie. La historia del derecho administrativo y del contencioso-administrativo es una historia de crisis y crecimiento, de agotamiento de los modelos e impulso hacia adelante. Esto tiene que ver, además, con la realidad histórica de sus orígenes.

Me concentro en esta idea de que creo que el reto de la justicia es ajustarse a la Constitución, y eso supone, en primer lugar, darle una revisada a la Constitución. Parte de recordar un par de cosas muy sencillas: que la justicia administrativa no es sino un servicio. Filosóficamente hablando, es un objeto cultural; es decir, es algo que idearon las personas para prestar un servicio, para que les sirva. ¿Por qué? Porque la justicia administrativa no está en la naturaleza; uno no sale a la calle y la ve caminando. La justicia administrativa es una invención humana, es una institución –si queremos citar a Hauriou– para que sirva a la sociedad y que permanece en la historia porque es considerada buena. Sirve a la sociedad para dar satisfacción a unas necesidades determinadas; no sirve para cualquier cosa, sirve para resolver unos asuntos determinados. Y esos asuntos determinados son: 1) dar respuesta al derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, hacer justicia de modo general; 2) responder a la necesidad de control del Estado, es decir, al control del poder limitado.

La justicia administrativa, a diferencia de la justicia en general, sirve a un propósito adicional, que es controlar al Estado, controlar a la Administración. Entonces, los ajustes que hagamos a la justicia administrativa no pueden sino recordar que para esto es para lo que sirve, pues la justicia administrativa no sirve para darle un fuero especial a la Administración, no sirve para tratar bonito a la Administración, no sirve para asegurar que las ejecutorias del Ejecutivo, aunque sean muy buenas y aunque tengamos un Ejecutivo maravilloso, se cumplan irremediamente. No es para eso que sirve la justicia administrativa. No porque lo diga yo, sino porque lo dice la Constitución.

Y, de cara a eso, diría que, dentro de los contenidos constitucionales, hay algunos que son especialmente importantes a tener en cuenta al hablar de los retos de la justicia administrativa. Y el primero tiene que ver con la igualdad. La igualdad es un postulado constitucional que es tanto un principio fundamental del Estado como un principio fundamental del ordenamiento jurídico y, además, es un derecho. Es un derecho que supone el trato igual ante la ley, supone la prohibición de cualquier discriminación, la abolición de los privilegios y, además, la adopción de medidas especiales para tratar de poner en una situación equilibrada a quienes se encuentran en una situación de debilidad.

Hablando de la igualdad, no puedo sino, irremediablemente, señalar que este derecho, este principio de la Constitución, hace imposibles los privilegios procesales de la Administración. ¿Cómo es posible que, afirmada la igualdad como derecho, proscritas las discriminaciones, proscritos los privilegios y ordenadas medidas positivas para igualar a quien está en una situación de desventaja, nosotros sigamos entendiendo que es correcto que una norma procesal otorgue privilegios procesales a una de las partes porque es la Administración pública?

Si ya tiene suficientes privilegios de otro tipo la Administración pública, ¿va a tener, además, una serie de privilegios procesales? ¿Qué es lo que justifica que tengamos que suspender el proceso, que tengamos que esperar a que el procurador decida si se da o no por notificado? ¿Qué es lo que justifica que tengamos que darle una ejecución deferente, que, en definitiva, significa una no ejecución de las condenas contra la Administración, donde la Administración decide cómo y cuándo se ejecutan? ¿Qué justifica que la Administración no pueda ser embargada? ¿Por qué no se pueden dictar medidas cautelares de embargo o de prohibición de enajenar y gravar? ¿Por qué no, si la Constitución establece el principio de la igualdad? Todos estos privilegios tenían sentido cuando estábamos hablando de la Corona del rey de Francia, pero muchas cabezas han rodado, mucha sangre pasó por la Plaza de la Concordia y muchas revoluciones hemos tenido para que sigamos tratando a la Administración como se la trataba en tiempo de Luis XIV. Va siendo hora de que leamos la Constitución y nos demos cuenta de que los privilegios procesales de la Administración no tienen sustento constitucional; de hecho, son absoluta y radicalmente inconstitucionales.

Lo siguiente es darle una revisada a los contenidos del debido proceso del artículo 49, y que nos leamos, de paso, también el artículo 257 de la Constitución. Y entonces revisemos los procesos o los juicios para realizar la justicia administrativa que tenemos previstos, no solamente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino también en la enorme cantidad de textos adjetivos administrativos, así como el montón de procedimientos judiciales administrativos especiales que tenemos.

Hecho lo anterior, debemos hacernos la pregunta de si esto cumple con el mandato de simplificación y uniformidad al que se refiere el artículo 257, o con la oralidad, porque, si han tenido que tramitar alguno de los juicios previstos en el proceso ordinario establecido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estarán de acuerdo conmigo en que es un juicio que tiene audiencia, pero no es un juicio por audiencias. La Constitución ordena, desde el año 99, que las leyes procesales vayan hacia la oralidad, hacia la uniformidad, hacia la simplificación, hacia la eliminación de las formalidades no esenciales. Y cada vez que nos toca ir a una audiencia en un juicio contencioso-administrativo, nos tenemos que terciar una toga negra. Ustedes me dirán qué tipo de formalismo esencial es ese. Así que tenemos que comenzar por revisar eso. Debemos tener una ley, una regulación que establezca un procedimiento ordinario para los asuntos administrativos que pueda ser abreviado, que tenga medidas cautelares que sean eficaces.

La otra cuestión, ahora de cara a la tutela judicial efectiva y al mismo artículo 49, es la siguiente ¿hasta cuándo vamos a despreciar la tutela cautelar del modo en que se la ha despreciado? En lugar de facilitar el acceso a la tutela cautelar, ya no hablando de cuestiones casuísticas sino de cuestiones normativas, ocurre que la Ley de la Jurisdicción no solamente reproduce los extremos de procedencia de las medidas cautelares, sino que además agrega uno más que hace virtualmente imposible, desde el punto de vista argumental, la obtención de medidas cautelares contra la Administración, porque la última y tercera causal de procedencia de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es –palabras más, palabras menos– la ponderación de los intereses en juego, donde la Administración actúa, en principio, investida de interés general, con lo cual ese interés será siempre considerado mejor que el interés particular del que recurre en contra de ella. Así que este último está condenado a no recibir tutela cautelar jamás. Y esto es una cosa terrible.

Deberíamos darle una revisada a la antigua suspensión de efectos que establecía la Ley de la Corte Suprema de Justicia, que, de todas formas, fue mal interpretada por la jurisprudencia y a la que se agregaron los requisitos normales de la procedencia de las medidas cautelares, cuando el único requisito para proceder era la irreparabilidad del daño.

Pero, bueno, también hay otras cuestiones como esta: el problema de la segunda instancia, la falta de casación en el contencioso-administrativo, el enorme problema que supone la ejecución. ¿Cuáles son los retos? Bueno, acabar con todas estas desviaciones de lo que es el texto de la Constitución respecto del debido proceso y del artículo 257.

Paseemos ahora por la norma que se refiere concretamente al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva. Frente a esa norma, que va a facilitar el acceso a los ciudadanos para hacer sus reclamaciones ante los

tribunales, ¿qué sentido tiene el antejuicio? ¿Por qué la ejecución preferente a la Administración pública? ¿Por qué la Administración pública puede decidir cuándo se ejecuta una sentencia en su contra, cuándo paga después de haber sido condenada? ¿Por qué la Administración pública no puede ser fácilmente sometida al embargo? ¿Por qué agravar, de manera general, el proceso cautelar cuando quien solicita las cautelas es un particular?

Por último, para concluir, no solamente me parece que hay que revisar los estándares que establece la Constitución respecto del proceso; es que hay que revisar los estándares que establece la Constitución respecto de la organización, porque la Constitución tiene unos mandatos muy claros sobre independencia y autonomía, lo cual supone que los jueces no teman por la toma de sus decisiones, que tengan estabilidad en su cargo, que reciban remuneraciones que les permitan tener una vida digna, que reciban equipamiento, que tengan computadoras, pero que también tengan papel, impresoras, que tengan un baño con agua corriente y papel higiénico. Es que son seres humanos, ¿cómo van a ejercer su función si no tienen unas condiciones mínimas?

Y la Constitución se ocupa de esto. La Constitución dice que el Poder Judicial debe tener un presupuesto que le permita funcionar correctamente, que los jueces deben ser de carrera. Tenemos veinticinco años desde que se estrenó la Constitución; hace falta respetar la carrera judicial.

Otra cosa muy importante es que, además, la independencia de los jueces supone la afirmación de que los jueces no están sometidos a una jerarquía. Los jueces no tienen jefe. La organización judicial se diferencia esencialmente de la organización administrativa en que en la organización judicial no rige el principio de jerarquía, y eso lo reconoce así la Constitución cuando les reconoce autonomía e independencia tanto a los jueces como al Tribunal Supremo.

Entonces, no se trata de discutir si hay que crear o no un Consejo de la Judicatura, parte del Poder Judicial, y cómo tienen que funcionar los tribunales disciplinarios; se trata de entender el sistema que está establecido en la Constitución, según el cual los jueces, en todo caso, deben ser autónomos e independientes y no deben temer por el ejercicio de su función, y que las sanciones que se les pueden imponer son esas que están establecidas en el artículo 255 de la Constitución y no más allá, y no por separarse de una línea o por separarse de una instrucción, porque es que los jueces no deben estar sometidos al principio de jerarquía, según el diseño de nuestra Constitución.

Todo eso me lleva a decir que nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en general las leyes adjetivas sobre justicia administrativa, deberían ser ajustadas a los estándares y parámetros que ya

tenemos y que no tenemos que discutir; esa discusión ya la adelantamos hace veinticinco años. Entonces, el reto que tiene ahora la justicia es tratar de ajustarse a esos estándares para ver si sirven; y, si no sirven, entonces cambiarlos. Pero la otra cosa es que, si seguimos cambiando cosas, normas, y nunca las terminamos de aplicar, nunca sabremos si las ideas que tuvimos funcionaban o no funcionaban. Entonces, por lo menos teniendo este estándar, vamos a tratar de darle cumplimiento para ver si las cosas sirven. Y después, entonces sí, una vez que tengamos electricidad, vamos a comprar computadoras y, una vez que tengamos computadoras, vamos a poner la inteligencia artificial y vamos a comenzar a trabajar en el futuro, en lo que viene después. Pero ahora vamos a ocuparnos de encender la luz, poner la mesa y tener dónde poner el tablero de ajedrez sobre el cual vamos a jugar la partida.

XXXIV ENCUENTRO AVEDA: DERECHO ENERGÉTICO

Juan Carlos Pro-Rísquez

Fecha: 28 de mayo de 2025

Vamos a hacer unos comentarios sobre la aproximación a una modernización regulatoria de la industria petrolera en Venezuela. Obviamente, el derecho energético es mucho más que el petróleo, pero en Venezuela, donde este siempre ha sido la fuente principal de ingresos durante los últimos cien años, queremos hablar sobre qué se puede hacer con el marco regulatorio actual y cómo se puede modificar con pequeñas enmiendas, no necesariamente a nivel constitucional.

En este sentido, hablaremos primero del régimen petrolero venezolano, cómo está previsto en la Constitución y en la legislación, a través de diferentes leyes que regulan el manejo de la industria petrolera en Venezuela. Luego veremos qué proponemos específicamente para actualizar estas normas regulatorias que hoy en día constituyen una especie de camisa de fuerza para la forma en que se maneja el negocio petrolero. Y, por supuesto, ofreceremos algunas sugerencias y conclusiones finales.

Este es un tema que realmente nos atañe desde hace muchos años, y su base constitucional ha cambiado con el tiempo. Recordarán que, desde el siglo XIX, todo el tema de las minas e hidrocarburos se manejaba a través de leyes de minas y se otorgaban concesiones. A principios del siglo XX, tras un bloqueo contra el gobierno de Castro, se tomaron varias medidas para tratar de reactivar las industrias y el país. Estos códigos de minas, que fueron varios y se dictaron sobre el tema durante muchos años, dieron paso a la primera Ley de Hidrocarburos, que empieza a regular el tema petrolero venezolano propiamente dicho en 1920. Esa primera ley, al igual que el sistema anterior de minas, establecía un sistema de concesiones. Este sistema se mantuvo y la Ley de Hidrocarburos de 1920 empezó a regular la materia. Fue modificada en 1936 y 1938, y luego, después de la Ley de Hidrocarburos de 1943, nuevamente en 1965 y 1967, hasta que se promulgó la primera ley venezolana propia en la materia: la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, la llamada “LORAGH” o “Ley de Nacionalización” de 1975. Allí se empezó a establecer el sistema petrolero moderno en Venezuela.

Básicamente, a partir de la apertura petrolera en el año 1994, durante el segundo gobierno de Rafael Caldera, se dictaron las leyes y los

regímenes jurídicos bajo los cuales se establecería la explotación petrolera. Es decir, se advirtió que, después de la nacionalización, las empresas venezolanas nacionalizadas (Lagoven, Maraven, Corpoven, etc.), que tenían el monopolio de la producción, exploración, comercialización y venta de hidrocarburos, no contaban con los recursos suficientes para hacer las enormes inversiones que hacían falta en Venezuela. Por eso, el presidente Caldera, en el llamado “régimen de apertura petrolera”, creó en Venezuela principalmente los convenios de asociación (para la Faja Petrolífera del Orinoco) y los contratos operativos. Aunque estos últimos fueron concebidos y puestos en práctica a partir de la apertura, fue justamente el gobierno de Chávez el que les dio más fundamento y forma operativa.

Esto funcionó como un reconocimiento real de que las empresas venezolanas no tenían los recursos necesarios para atraer a los socios o “mejoradores” que ayudaban a la explotación, principalmente del petróleo pesado en la Faja. Con base en esos convenios de asociación se crearon varios proyectos importantes en Venezuela, como el Convenio MACA, Petrozuata y otros, estableciendo la regulación para ese tipo de convenios. Así fue hasta que se creó la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos, a principios del siglo XXI. Esta nueva ley eliminó los convenios de asociación, y los contratos operativos fueron, de alguna manera, eliminados mediante un sistema del que conversaremos más adelante.

Para conversar sobre esto, quisiera basarme en la Constitución actual, la del año 1999. La base constitucional está principalmente en el artículo 12, que establece lo siguiente:

Artículo 12: Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional (...) pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles...

Quizás esto es algo que deba revisarse en algún momento. No me refiero a la propiedad del Estado sobre los hidrocarburos, sino al carácter inalienable de estos recursos. Si algún día en Venezuela se llegase a eliminar el bloqueo financiero o las sanciones, y se necesitara algún tipo de refinanciamiento de la deuda externa, pública o privada, quizás haría falta poder ofrecer algún tipo de garantías con los inmensos recursos petroleros para hacer esos financiamientos viables. Independientemente del monto de la deuda (aunque no es público todavía, se habla de entre 160.000 y 200.000 millones de dólares), Venezuela, con los recursos que tiene, sería de los pocos países que podría cumplir con base en las garantías que pudiera ofrecer. En cualquier caso, el artículo 12 es uno que debería revisarse eventualmente.

Pero yo quería hablar particularmente de los artículos 302 y 303. En ellos se preceptúa lo siguiente:

Artículo 302: El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico...

Artículo 303: Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera...

Básicamente, el artículo 302 dice con claridad que el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva (en este caso, la Ley Orgánica de Hidrocarburos), y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. Es decir, esta es materia de reserva legal en Venezuela y corresponde exclusivamente al Estado.

Sin embargo, el tema va un poco más allá. El artículo 303 de la Constitución actual permite y, de alguna manera, reconoce que puede haber algo distinto a Petróleos de Venezuela (PDVSA) para el manejo de la industria petrolera venezolana. Se establece expresamente que, por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela o del ente creado para el manejo de la industria petrolera. ¿Qué quiere decir esto? Que, aunque sea un tema que no se conversa con frecuencia, la propia Constitución venezolana reconoce que pueden crearse entes distintos de PDVSA para manejar la industria petrolera venezolana. Esto es importante porque la situación financiera de PDVSA no es óptima, no solamente por su manejo, sino también por las sanciones internacionales que pesan sobre la industria, además de que la deuda de PDVSA no es muy clara en cuanto a su monto interno, pero la externa es inmensa (bonos emitidos y laudos arbitrales derivados de la eliminación del régimen de apertura petrolera y de los convenios de asociación). Hay montos altísimos que la industria adeuda según laudos arbitrales ya firmes que existen contra la industria petrolera venezolana.

Entonces, aquí la pregunta es: ¿valdría la pena crear una compañía distinta de PDVSA? Es una pregunta válida porque el marco regulatorio lo permite. En varios países, cuando una empresa estatal está quebrada o en crisis, se han creado compañías distintas para manejar el sector. Quizás es algo que se debería explorar, y para eso no hace falta una reforma constitucional, puesto que el artículo 303 expresamente lo permite.

De la misma manera, el artículo 113 de la Constitución dice claramente lo siguiente:

Artículo 113: ...Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza

pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado...

El tiempo de las concesiones parecía haber quedado atrás. De hecho, aunque la LORAGH estableció el régimen de nacionalización del petróleo, antes todas las leyes de hidrocarburos y la Ley de Minas establecían un régimen de concesiones. Incluso hay personas que piensan que, con base en este artículo 113, no hace falta modificar la Constitución, sino simplemente aplicarlo para volver a un régimen de concesiones, si quien administra las finanzas públicas lo considerara conveniente. Otras personas pensamos que eso realmente no es así, puesto que el artículo 302 habla claramente de una ley orgánica específica. Pero el artículo 113 quizás es una reminiscencia de la historia de las concesiones y está ahí. Algunos piensan que podría aplicarse de esa manera. Yo realmente considero que lo que hace falta hoy en día es, básicamente, adaptar ciertas disposiciones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Si hoy en día el sistema petrolero venezolano se rige principalmente por la Ley Orgánica de Hidrocarburos, tenemos que ver cómo está establecido su articulado y qué sugerimos adaptar o cambiar para actualizarlo conforme a un sistema necesario y útil.

Así, encontramos que, en el primer artículo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos vigente, se encuentra lo siguiente:

Artículo 1: Todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización, conservación de los hidrocarburos, así como lo referente a los productos refinados y a las obras que la realización de estas actividades requiera...

Es decir, desde el primer artículo se establece que todo lo relativo a la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento y comercialización de los hidrocarburos será regido por esta ley, y esta le da el monopolio al Estado para manejarlas. A esto se le suele llamar “actividades primarias”: principalmente la exploración, explotación, producción, transporte y comercialización de hidrocarburos. Esa actividad primaria la tienen reservada las empresas del Estado. La pregunta es: ¿es conveniente esa reserva? ¿Se puede permitir su desarrollo por otras personas o por otro ente que se cree, o inclusive por privados, nacionales o internacionales, que tengan el capital suficiente para hacer las inversiones necesarias, junto con los mejoradores, para la refinación, comercialización y venta de los crudos venezolanos, particularmente del petróleo extrapesado?

La Ley Orgánica de Hidrocarburos establece que esa actividad solo puede ser llevada a cabo directamente por el Estado, a través de empresas de propiedad 100 % estatal, o por medio de una empresa mixta en la cual la participación del Estado sea superior al 50 %. Además, regula la forma en que los ingresos son distribuidos. La sugerencia es que se

modifique este artículo. No hay ninguna razón fundamental para que una empresa mixta tenga que ser mayoritariamente propiedad del Estado. Como saben, es una empresa de tercera categoría: el Estado es dueño del ministerio, que maneja a PDVSA, que a su vez es dueña de la Corporación Venezolana del Petróleo (CVP), que suele ser el socio principal en todas las empresas mixtas, junto con PDVSA. La gran mayoría de estas empresas mixtas reservan hasta un 60 % del capital social para el Estado. Esto trae problemas porque, cada vez que hay que hacer aportes de capital o inversiones en mejoradores, la empresa estatal venezolana no tiene el capital para hacerlo. Termina haciéndolo el privado minoritario, en vez de la empresa estatal, que es la accionista mayoritaria.

Cuando se modificó el llamado “modelo petrolero novedoso” que se implementó bajo la licencia que tuvo una compañía hace un par de años, se permitió que, en algunos casos, la producción, exploración y explotación fueran realizadas por la empresa extranjera. ¿Por qué es importante esto? Porque quien tiene el capital para hacerlo no son las finanzas venezolanas, sino las compañías extranjeras y la banca internacional, que pueden aportar el financiamiento necesario para proyectos de esta envergadura.

Sobre esta ley, una vez dictada la Ley Orgánica de Hidrocarburos, se dictaron una serie de leyes que hoy parecen no ser necesarias para la reforma que hay que hacer, como la Ley de Regularización de la Participación Privada en las Actividades previstas en el Decreto N° 1510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos; la Ley de Contrataciones Públicas; la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos; la Ley Orgánica de la Administración Pública; la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; la Ley Orgánica de la Comisión Central de Planificación; un régimen impositivo más costoso que el régimen impositivo que aplica en el resto del mundo; y una resolución sobre requerimiento de validación de contratos (la Resolución N° 164).

Hay otras leyes aplicables que quizás hoy ya no resulten aplicables, pero que el ordenamiento sigue manteniendo vigentes, como la Ley de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios Operativos (puesto que esos convenios ya migraron, no tendría sentido que continuara vigente); la Ley Orgánica sobre los Efectos del Proceso de Migración a Empresas Mixtas de los Convenios de Asociación de la Faja Petrolífera del Orinoco; la Ley Orgánica de Reorganización del Mercado Interno de Combustibles Líquidos; y la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos. Ese es, en definitiva, el marco normativo que tenemos hoy.

Bajo este marco, y sin necesidad de cambiar la Constitución, sino simplemente de modificar algunas leyes, la pregunta es: ¿qué sugerimos que se adapte? ¿Qué proponemos modificar para que la industria petrolera pueda ser productiva y eficiente? Más allá del tema de PDVSA, del monopolio estatal o del carácter imprescriptible e indisponible de los recursos naturales, sin cambiar la Constitución, ¿qué tendríamos que cambiar regulatoriamente para que este régimen fuese efectivo? Sobre eso planteamos unas reformas puntuales.

En relación con la Ley Orgánica de Hidrocarburos, proponemos básicamente reformar los artículos 9 y 22. ¿Por qué? Realmente han sido muchas las leyes reformadas desde 2013, y muchas de las creadas a principios de siglo quizás han perdido su finalidad. Lo que tenemos que hacer es adaptarlas al régimen económico actual del país. ¿Qué sugerimos cambiar? Básicamente, los artículos 9 y 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que reservan las actividades primarias –exploración, producción, transporte, almacenamiento y comercialización– al Estado o a empresas de su exclusiva propiedad. Yo no creo que este sea un tema de soberanía nacional. El Estado puede tener las facultades necesarias para que, si se cambia esta ley, cualquier empresa mixta que se cree tenga el “voto dorado” o la acción de mayor peso para controlar el financiamiento y el destino de los recursos, a través de impuestos, regalías y participación.

¿Cuál es la razón? Las empresas venezolanas, o la misma empresa del Estado, no tienen los recursos suficientes para realizar la exploración y producción necesarias, particularmente en la Faja del Orinoco. Eso requiere mejoradores cuyos costos son altísimos –de miles de millones de dólares– para convertir ese petróleo pesado en un producto comercializable. Quien tiene ese capital no son las empresas venezolanas, públicas o privadas, sino que se requiere capital internacional, como pasó en la apertura petrolera del presidente Caldera.

Esa apertura fue debatida y una sentencia famosa de la Sala Político-Administrativa, dictada en agosto de 1999, dijo que era válida. Por supuesto, el tema volvió a debatirse después y, cuando llegó el presidente Chávez, se redactó una nueva Constitución y el sistema regulatorio cambió. Pero, más allá de los deseos, la pregunta es: ¿puede Venezuela o pueden sus empresas invertir hoy los recursos suficientes para la exploración, producción, transporte, almacenamiento y comercialización? De hecho, lo está haciendo a través de empresas que no son mixtas, ahora que se suspendió la exención de sanciones.

La pregunta es: ¿puede producir? Claro que puede, pero la producción no se incrementa porque, entre otras razones, cualquier ganancia de los proyectos petroleros generalmente se reinvierte, no en el mismo proyecto, sino en educación, alimentos, salud, etc., por mandato constitucional. Lo ideal sería tener una industria petrolera altamente productiva. En

vez de producir cerca del millón de barriles diarios que producimos hoy, podríamos producir cinco, seis, siete, ocho, nueve o hasta diez millones de barriles diarios en un par de años. De manera que esa compañía reinvierta, por supuesto, en impuestos, regalías y bienestar social, pero que la actividad petrolera sea netamente petrolera; que la gente dedicada a este negocio se dedique a él y no que sus ganancias tengan que invertirse necesariamente en otras cosas por mandato constitucional, cuando, en la práctica, esto no se ha hecho de manera eficiente.

Básicamente, reformando los artículos 9 y 22 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, se permitiría que los privados pudieran actuar en exploración, producción, transporte, almacenamiento e, inclusive, comercialización. Claro, esto habla de un régimen distinto al actual. Hoy, como saben, Venezuela está sujeta a sanciones internacionales, principalmente estadounidenses, que prohíben negociar con empresas propiedad del Estado o donde el Estado tenga más del 50 % del capital.

La pregunta es; si tuviéramos una industria donde el capital estatal fuera menor al 50 %, ¿no entraría bajo el régimen de sanciones actual? No digo que no se puedan modificar las sanciones; me refiero a las sanciones de Estados Unidos, porque hay diferentes tipos de sanciones. Las sanciones de Estados Unidos son peculiares: sancionan al BCV, a PDVSA y a sus filiales, y a cualquier empresa con más del 50 % de capital estatal, que es el caso de todas las empresas mixtas. Mientras tanto, podemos ver el caso de Nicaragua, que es un país con un sistema de manejo político algo peculiar, pero cuyo Banco Central no está sancionado. Uno va a ese país y encuentra ciertos recursos naturales y cierto bienestar que, a veces, no se consiguen en Venezuela. ¿Por qué? Porque las sanciones estadounidenses no solamente alcanzan a las empresas que son propiedad del Estado venezolano, sino principalmente a PDVSA y sus filiales, y a cualquier empresa con más del 50 % de capital estatal, que es el caso de todas las empresas mixtas.

Estas sanciones internacionales estadounidenses, en Venezuela, se conocen como “medidas coercitivas unilaterales” y son diferentes de las sanciones canadienses o europeas, las cuales recaen principalmente sobre personas determinadas y no sobre la industria. Entonces, si tuviéramos un régimen flexible de sanciones o de licencias y, además, contáramos con empresas cuya exploración, explotación, producción y comercialización estuvieran en manos de sociedades con una participación estatal inferior al 50 %, ello ayudaría mucho, no solo a incrementar la producción, sino también a manejar la industria dentro de un sistema que funcionara.

Claro, esto va más allá de cambiar la regulación. Pero, olvidándonos por un segundo de las sanciones, ¿qué debería hacerse para tener una industria óptima? Pensamos que debe darse espacio a la empresa privada,

principalmente internacional, pues las nacionales no cuentan con ese capital, para que explore, produzca, transporte, almacene y venda el principal producto venezolano, que es el petróleo. En esto también, por supuesto, no solamente habría que modificar la Ley Orgánica de Hidrocarburos, sino que también habría que derogar la Ley de Regularización de la Participación Privada en las actividades previstas en el Decreto N.º 1510 con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, que exige mayoría de capital estatal. Asimismo, habría que redactar contratos de participación productiva en cada proyecto, como se viene haciendo. El cambio regulatorio necesario es pequeño, pero daría un vuelco económico a la forma como se maneja la industria petrolera venezolana.

Si hacemos esto, quizás habría que hacer alguna otra cosa más allá del tema político. Yo quisiera centrar esta conversación en el tema netamente jurídico. Políticamente, cada quien tiene su forma de pensar. Pero, en la práctica, la producción, explotación y comercialización petrolera en el mundo se manejan principalmente de forma privada. Hay otros modelos, como el de Brasil, donde Petrobras tenía el monopolio, la producción bajó y tuvieron que modificar la ley para dar cabida al mercado privado. El Estado sigue siendo dueño de los recursos, pero la actividad privada suele ser más eficiente.

Fíjense que no hay que cambiar la Constitución, solo la Ley Orgánica de Hidrocarburos, invitando a todas las empresas del mundo a participar. ¿Por qué es importante? Porque todo depende del socio que se tenga. Si se quiere atraer inversión extranjera y se le dice al inversionista que el Estado será el socio mayoritario y que solo él puede explorar, producir, transportar, almacenar y vender, la historia demuestra que, en los últimos quince o veinte años, hemos sido bastante ineficientes. De hecho, los casos de corrupción más grandes en la industria petrolera venezolana se han presentado en los procesos de exploración y producción, básicamente en la procura y compra de bienes. Cuando esto lo manejan los privados, suele hacerse de forma más eficiente y puede ser controlado eficazmente por el Estado, si así lo desea. Cambiar la Ley Orgánica de Hidrocarburos es relativamente sencillo y permitiría una mejor participación de empresas en Venezuela.

¿Qué otra cosa se podría cambiar? El sistema actual es tan formalista que establece que todas las empresas mixtas requieren la aprobación de la Asamblea Nacional para su constitución y funcionamiento. Realmente eso no hace falta. Simplemente se crea el marco jurídico y las empresas se constituyen con los controles necesarios –Procuraduría, entre otros–, sin necesidad de llevar cada caso a la Asamblea. Hoy, ese control de la Asamblea Nacional es relativo porque, si el partido de gobierno controla el Ministerio y la Asamblea, se convierte en un doble chequeo innecesario. Nosotros pensamos que no hace falta ningún acuerdo de la Asamblea para crear empresas mixtas venezolanas. De hecho, el artículo 27 de la

Ley Orgánica de Hidrocarburos ya permite al Ejecutivo crear nuevas empresas del Estado. Sería fácil crear una “PDVSA 2” para manejar la industria petrolera con base en el marco constitucional y legal.

Para el tema de la comercialización, habría que modificar los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos para permitir la por parte de empresas privadas. Es un cambio sumamente sencillo.

El régimen de contrataciones públicas en Venezuela, que en teoría no debería aplicar a empresas de tercer nivel –es decir, no directamente a PDVSA o a la CVP–, le impone una camisa de fuerza innecesaria a la actividad. En otros países productores de petróleo, como Estados Unidos, Canadá o varios países árabes, existen sistemas de control que funcionan de forma tal que no es necesario aplicar el régimen de contrataciones públicas a actividades que son netamente privadas, como sería la producción petrolera en este caso.

De la misma manera, hoy se requiere la validación por parte de PDVSA de todos los contratos en la industria petrolera. Eliminar ese requisito, o limitarlo únicamente a ciertos contratos, mediante la derogación o modificación de la Resolución N.º 164 eliminaría una burocracia innecesaria.

Además, hay un tema muy propio de los últimos tiempos. La Resolución N.º 19 requiere autorización previa del Ministerio de Petróleo para la constitución de sociedades mercantiles cuyo objeto sean los hidrocarburos y para el registro de ciertas actas de asamblea. La pregunta es: ¿para qué se exige esto, si ya existe un Registro Mercantil que regula todos esos cambios? Se trata de una traba burocrática adicional: antes de acudir al registro, con el tiempo que ya toma la aprobación de cualquier acta, hay que ir primero al ministerio para que la apruebe. Es una doble alcabala que retrasa todo.

Por eso, cuando vemos el reporte Doing Business del Banco Mundial, Venezuela presenta una cantidad de requisitos para constituir una empresa que no existe en ninguna otra parte. Claro que no se puede comparar con Singapur, donde es posible crear una empresa en apenas unas horas; pero, para constituir una empresa petrolera en Venezuela, hay que acudir al Centro Internacional de Inversión Productiva (CIIP), creado con la Ley Antibloqueo; luego a PDVSA; después al Ministerio de Petróleo para aprobar los estatutos; y, finalmente, al Registro Mercantil. Algo que en otros países tarda uno, dos o tres días, aquí puede demorar meses o incluso años.

El tema de la carga impositiva venezolana no es poca cosa. En la mayoría de los países productores de hidrocarburos, la carga ronda el 34 %; en Venezuela tenemos una carga cercana al 50 %, además de un sistema de regalías complejo, el cual proponemos reformar para hacerlo atractivo

y acorde con las prácticas internacionales. No se trata de eliminar los impuestos o las regalías, sino de establecer un régimen similar al de los demás países productores de petróleo.

Por último, está el tema de las instalaciones y obras. Básicamente, el artículo 10 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos reserva al sector público las operaciones relacionadas con los activos de refinación y transporte. No hay ninguna razón para ello. Esas actividades también podrían ser desarrolladas por el sector privado, con los controles necesarios. Obviamente, habría que derogar la Ley Orgánica que Reserva al Estado los Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos. Hoy no tiene sentido que la inyección de agua, vapor o gas para el recobro de energía tenga que ser manejada exclusivamente por una empresa estatal.

La Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público tampoco debería aplicar si se trata de empresas con capital mayoritariamente privado. No habría razón para imponer ese control adicional.

Esto es un tema curioso. Hace poco, para conseguir permisos para la exploración de gas en áreas limítrofes con Trinidad y Tobago, en Venezuela hacían falta diecisiete permisos. En Trinidad, hacían falta dos o tres. Obtener diecisiete permisos, con la burocracia venezolana, es tremendamente complicado y lento.

Hay un tema que no es principalmente de hidrocarburos, pero que también aplica: los beneficios laborales. Toda la gente que trabaja en el sector privado venezolano, incluyendo PDVSA y las empresas mixtas, está sujeta al régimen de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) de 2012. Esta ley establece beneficios, prestaciones sociales y utilidades que generan un régimen tan costoso y complicado –porque los pasivos laborales aumentan con el salario– que el mismo sistema de gobierno lo reconoce: lleva años sin aumentar el salario mínimo y ha optado por otorgar bonificaciones “no salariales” para no incrementar esos pasivos.

Si queremos una industria petrolera moderna y eficiente, también es necesario modificar la legislación laboral para poder pagar mejor a las personas sin generar cargas y pasivos insostenibles, porque estos pasivos constituyen un ahorro forzoso que debería servir como garantía frente a la desocupación; es decir, responden a finalidades propias de la seguridad social. La gente debe ganar más mensualmente, mediante un paquete anual integral. No es que yo no crea en la legislación laboral; todo lo contrario. Lo que planteo es adaptarla, como han hecho otros países –por ejemplo, Colombia con la Ley 50 de 1990–, estableciendo un “salario integral” para quienes perciban ingresos superiores a determinado monto, algo que, incluso, la jurisprudencia venezolana ha reconocido en algunas oportunidades.

Y, por supuesto, también habría que revisar la Ley Orgánica de la Comisión Central de Planificación, cuyos artículos 3 y 4 establecen una cantidad de potestades de control y coordinación que generan una burocracia adicional e innecesaria.

Reconozco que, bajo el régimen de sanciones actual, habría que hacer algo más que modificar estas normas. Pero, si algún día esta situación cambia o se flexibiliza, lo que proponemos es realizar ciertas reformas para atraer una inversión importante; un plan serio que invite a empresas internacionales a producir en Venezuela. Una mayor producción traerá mayor bienestar y mayor tranquilidad para los mercados venezolano y mundial.

Y eso es lo que proponemos. De hecho, el trabajo que nos pidió el Dr. Badell era proponer cosas para mejorar el país. Más allá de las críticas, que son frecuentes, la pregunta es: ¿qué se puede hacer de manera proactiva? ¿Cuál es la crítica constructiva que podemos aportar para que el Estado cuente con un sistema moderno, actualizado, vigente, atractivo y eficiente?

XXXV ENCUENTRO AVEDA: MINERÍA Y AMBIENTE (REGULACIÓN, PROPIEDAD Y SOSTENIBILIDAD)

Mauricio Pernía Reyes y Jorge Lozada

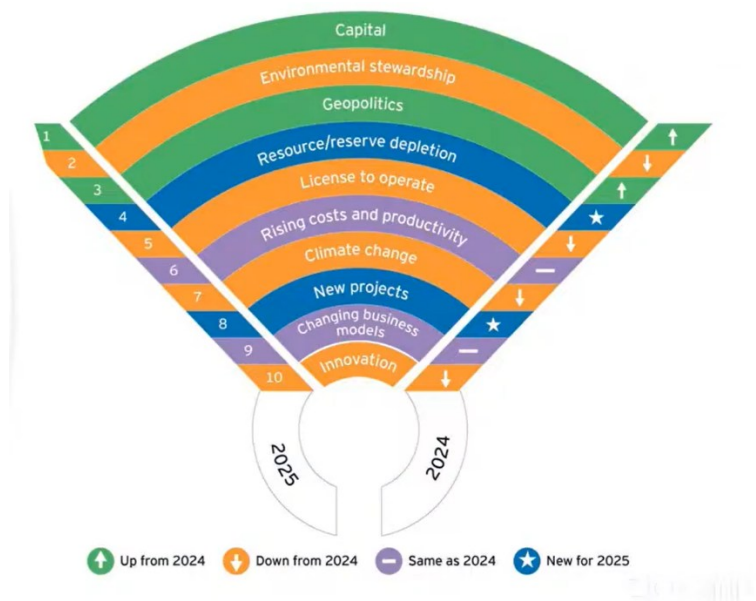
Fecha: 23 de julio de 2025

Mauricio Pernía Reyes

En primer lugar, lo que nos ha motivado a conversar es una visión cenital, una visión de dron, de la actividad minera y de cómo está claramente está presente en todo nuestro entorno. Solemos decir que todo lo que gira a nuestro alrededor, el modo de vida tal y como lo conocemos y que hemos disfrutado en los últimos cien años, está directamente relacionado con la actividad minera. Además, la minería ha acompañado al ser humano desde sus inicios. De hecho, cuando dividimos la prehistoria en la Edad de Piedra, la Edad de Bronce y la Edad de Hierro, hacemos referencia a la forma en que clasificamos al ser humano conforme empezó a utilizar diversos materiales mineros. De modo que la actividad minera, para nosotros, es trascendental.

Como sumario de esta breve exposición tenemos, primero, unos datos clave que nos ponen en un contexto actual, especialmente de cara a las próximas décadas. Segundo, las instituciones fundamentales del derecho minero en casi todo el orbe. Luego, unos breves comentarios sobre el régimen legal de la actividad minera en Venezuela. También, lo que hemos aportado desde la doctrina sobre lo que debe comprender el derecho minero contemporáneo y, finalmente, unas consideraciones finales.

Dicho esto, les presento el siguiente gráfico:



Este gráfico contiene los diez riesgos más importantes para la actividad minera, comparando los años 2025 y 2024. Cada año, la consultora global Ernst & Young presenta esta información de manera pública, acompañada de un informe detallado que analiza cada uno de estos elementos. Como podemos ver, por ejemplo, el capital es un riesgo para este año 2025 en la industria minera. Así vemos no solamente los riesgos clasificados del uno al diez, sino también el comparativo de cómo ha cambiado cada uno respecto al año pasado.

Ahora bien, fíjense también en el siguiente dato, proveniente igualmente de la consultora Ernst & Young: “En los próximos 30 años, la industria necesitará extraer más minerales de los que los humanos han extraído en los últimos 70.000 años, para satisfacer la demanda exponencial de minerales críticos para la transición energética”. Esto tiene un impacto inmediato. Si nos imaginamos que, de aquí al año 2050, estaremos ejerciendo una presión de esta magnitud sobre la corteza terrestre y, además, miramos un mapa mundi y nos damos cuenta de que, al mismo tiempo, existen más de 400.000 yacimientos mineros en actividad, un igual o mayor número de empresas trabajando en ello y un encadenamiento industrial muchísimo más grande, comprendemos que se trata de una actividad global del mayor interés, plenamente vigente, y cuyo comportamiento proyecta un incremento sostenido.

Si esto lo vemos en cifras más detalladas, la demanda de minerales críticos para las tecnologías de energía limpia se espera que casi se triplique para el año 2030 y se cuadruplique para 2040, en los escenarios alineados con los objetivos de emisiones netas cero. Es decir, si el mundo

mantiene el ritmo que muchas organizaciones, Estados y bloques económicos han señalado como metas ambientales, estos son los números.

Si lo vemos para tres minerales en concreto, los datos son los siguientes. La demanda de litio podría crecer hasta cuarenta y dos veces para 2040 en un escenario de cero emisiones netas. La demanda de cobalto podría incrementarse entre seis y treinta veces para 2040, dependiendo de la evolución de la química de las baterías, principalmente para los vehículos eléctricos. La demanda de cobre se proyecta como susceptible de casi duplicarse para 2040; algunos informes indican que podría alcanzar los cincuenta millones de toneladas métricas para 2035, casi el doble de los niveles actuales. Pensemos, por ejemplo, en países como Chile y Perú, que son dos de los grandes productores de estos recursos. Estos datos nos ponen en el contexto de esta exposición; permiten darnos cuenta de que estamos ante un enorme auge de la actividad minera en todo el planeta.

Esto nos lleva a revisar las instituciones fundamentales del derecho minero. Es decir, cuando nos referimos al derecho minero, vamos a hallar estas instituciones de manera casi universal. Por ejemplo, la declaratoria de los yacimientos mineros como bienes de dominio público. En esto hay una discusión doctrinaria. Muchas veces se ha hablado del dominio público, particularmente de los bienes demaniales, como son los yacimientos de minas, entendido como un modo de expresión de la propiedad administrativa; sin embargo, lo que mejor ha sido admitido es que constituye un título de intervención del que el Estado dispone para controlar el acceso a bienes y actividades específicas. En este caso, la consideración de las minas como bienes de dominio público es una característica propia del derecho minero. En consecuencia, la concesión minera viene a ser el paradigma del instrumento por el cual se permite al sector privado, a particulares o incluso a empresas del Estado, acceder al yacimiento. La concesión minera tiene aparejada una naturaleza que le permite al Estado otorgar un contrato de explotación al concesionario minero. De modo que la concesión minera, al ser –en Venezuela– un derecho real inmueble, tiene como consecuencia la posibilidad de ser arrendada, subarrendada, hipotecada y de ser objeto de subcontratación para la explotación.

Esto deriva, si se fijan, en lo que se puede denominar “las instituciones fundamentales del derecho minero”. Primero, el dominio público; segundo, la concesión minera; tercero, los contratos de explotación. Ello hace surgir, además, un conjunto de derechos mineros en cabeza del titular de una concesión, orientados principalmente a que pueda conservar el título minero por el tiempo otorgado, cumpliendo sus obligaciones y, además, efectuando el pago de regalías o de impuestos en general, siendo esta la cuarta institución.

En Venezuela, el régimen legal de la actividad minera tiene las siguientes características. Tuvimos nuestro primer instrumento legal minero en el Código de Minas de 1854, una inspiración –por no decir una copia– de la ley francesa de 1810, el cual tuvo como mérito crear las instituciones acordes con la República. Consideremos, pues, que desde 1830 hasta 1854 estuvieron vigentes las Ordenanzas de Nueva España, creadas por Carlos III. Desde 1854 hasta hoy, hemos tenido dieciocho códigos y leyes de minas, incluyendo las vigentes de 1999 y de 2015. Así que nuestra tradición en legislación minera no es poca.

La Constitución, en su artículo 12, declara los yacimientos mineros y de hidrocarburos como bienes de dominio público y, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Esto define el modo en que nos relacionamos con los yacimientos mineros, porque ha sido tradición en Venezuela atribuirles esta naturaleza jurídica.

Estos son los dos instrumentos que mantienen vigencia y que son, básicamente, los que vamos a comentar; el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas de 1999, que vino a derogar la Ley de Minas de 1945, la cual tuvo una larga vigencia y fue la que estuvo en vigor durante la nacionalización de la industria del hierro.

Por otro lado, la ley de 1999 simplifica un conjunto de instituciones y elimina otras que ya no se utilizaban. Las modalidades que esta ley de 1999 señala para acceder al mineral son: directamente por el Ejecutivo Nacional, mediante una única concesión de exploración y subsiguiente explotación; autorizaciones para la explotación; mancomunidades mineras; y autorizaciones para la pequeña minería.

Pero, desde 2011 hasta 2015 –normativa que es la que se mantiene vigente– surge el decreto que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos. Este trae consigo otras instituciones para acceder al mineral, relacionadas con la declaratoria de reserva, no solamente del oro, sino de todos aquellos minerales que, desde su vigencia, han sido declarados como estratégicos. Las modalidades son: directamente por la República; por sus entes públicos; empresas creadas especialmente con ese fin; empresas mixtas; alianzas estratégicas; y, más recientemente, brigadas mineras, cuya regulación fue incorporada posteriormente.

Una vez entrada en vigencia esta legislación, producto de la reserva del oro, las empresas mixtas cobraron una importancia relevante. Pero tenemos que señalar que la alianza estratégica es el paradigma vigente para la relación con los particulares en diversas actividades mineras. Una alianza estratégica puede comprender la realización de actividades en todo el arco de posibilidades de la industria: prospección geológica, exploración, explotación, transformación, industrialización, transporte, acopio y comercio. Es decir, las alianzas estratégicas tienen una

elasticidad que puede albergar, mediante este contrato del Estado, diversas actividades en zonas muy amplias del territorio, y resultan aplicables para los minerales declarados estratégicos. No solamente estamos hablando del oro, sino también del diamante, coltán, carbón, etcétera.

De modo tal que nos encontramos en la siguiente realidad: tenemos dos regímenes para el desarrollo de la industria extractiva. Para los minerales no declarados estratégicos mantiene vigencia la Ley de Minas de 1999; es decir, se explotan bajo el régimen de concesión minera. Para los minerales declarados estratégicos, rige la Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro de 2015. Más adelante intentaremos señalar a qué nos referimos con el concepto de mineral “estratégico”.

Asimismo, desde la doctrina hemos querido proponer la formulación de un nuevo derecho minero, también denominado derecho minero contemporáneo o cosmopolita. Se trata de un derecho que se hace cargo no solo de las instituciones tradicionales y fundamentales, sino también de un conjunto de elementos que hoy se aplican, de manera ineludible, en la industria minera global, tales como la transición energética y tecnológica, la contratación internacional, la generación de valor agregado, la protección del ambiente y la participación ciudadana, la geopolítica de las materias primas y la transparencia en el manejo y destino de la renta minera, todo lo cual se desarrollará en las siguientes líneas.

Respecto de la transición energética y tecnológica, hemos de considerar lo siguiente. A veces tenemos en mente que la transición energética, por la referencia a energías limpias y renovables, supone que no va a haber una mayor intervención sobre el suelo. Por el contrario, como vimos con los datos iniciales, la transición energética y tecnológica supone multiplicar la industria extractiva en todo el planeta.

Esta presión que se ejercerá sobre la corteza terrestre exige que el derecho minero, además de las instituciones básicas ya señaladas, sea capaz de incorporar instrumentos que ya existen en otras legislaciones. Por ejemplo, la industria minera, por ser una actividad de uso intensivo de capital –sobre todo en las etapas iniciales, dado que descubrir y explotar un yacimiento no es un proceso inmediato–, hace que el derecho internacional minero-energético sea clave para comprenderlo dentro del derecho minero tradicional. Es decir, al tratarse de una actividad intensiva en capital y regulada frecuentemente mediante normativa o acuerdos redactados en lengua inglesa, la contratación internacional resulta fundamental para la industria minera.

En cuanto a la generación de valor agregado, la industria minera se preocupa hoy, y lo hará aún más en el futuro inmediato. Dentro de poco tendrán lugar diversos eventos globales en los que la gran apuesta será

precisamente la generación de valor agregado, es decir, la industrialización en los propios sitios de explotación.

La protección del ambiente y la participación ciudadana resultan indispensables. La implementación de estándares globales como la EITI (Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas) exige que la contratación, las concesiones, el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades –rurales o indígenas–, el destino de la renta minera y el cumplimiento de los estudios de impacto ambiental y sociocultural estén disponibles al público y puedan ser objeto de un seguimiento claro, principalmente por parte de la sociedad civil organizada.

Y no podemos olvidar la geopolítica de las materias primas. Por ejemplo, cuando observamos el denominado “triángulo del litio”, compartido por Chile, Argentina y Bolivia, advertimos que el derecho minero de estos tres Estados ha tenido presente la necesidad de fortalecer la gestión de ese yacimiento compartido.

Por último, la transparencia y el destino de la renta minera. Parte de la legitimación social de la actividad minera consiste en reconocer y conocer cuál es el destino de toda la riqueza que puede provenir de ella. Para muchos países, la actividad minera constituye la principal fuente de atracción de inversión extranjera directa. Y las personas pueden comprender mejor esta actividad si logran identificar qué tipo de bienes o servicios proporciona el Estado vinculados directamente con la minería.

Estas son las consideraciones finales. Visto lo anterior, no podemos ignorar que nos encontramos en pleno auge de la actividad minera. No estamos, ni de cerca, ante una etapa de descenso. Lo que vamos a ver en las próximas décadas es un uso intensivo de capitales globales dirigido a la actividad minera, no solamente respecto de minerales tradicionales, sino también de las denominadas “tierras raras”, que, como sabemos, no son ni tierras ni raras, sino minerales conocidos que hoy poseen un valor estratégico, especialmente para la industria tecnológica y militar.

Segundo, el derecho minero contemporáneo debe contemplar las categorías aplicables a la industria. Por eso hablamos de un derecho contemporáneo, moderno o cosmopolita, en tanto que a esta industria le resultan aplicables instituciones vinculadas con la protección ambiental, la participación ciudadana, los derechos humanos, el derecho internacional y el *soft law*. Todo ello comprende, además, las grandes recomendaciones o buenas prácticas que la propia industria ha desarrollado en esta materia.

Por ello, el siguiente punto, relativo a la unificación y racionalización de la legislación minera venezolana, busca establecer un marco claro de habilitaciones administrativas como mecanismo de acceso al yacimiento, acompañado de una participación ciudadana efectiva que permita una

licencia social y ambiental clara, palpable y verificable, concepto que comprende también la rendición de cuentas.

Para Venezuela, la publicidad de los actos es esencial. Con el decreto de 2015 se perdió una garantía que sí contemplaba la ley de 1999: la publicación en la Gaceta Oficial de los avisos correspondientes a cada etapa del procedimiento de solicitud de concesión minera. En la legislación de 2015 ya no contamos con ningún mecanismo equivalente de publicidad de los actos.

La distinción entre minerales estratégicos, críticos y fundamentales resulta relevante para poder establecer incluso diferentes regímenes o mecanismos de captación de la renta minera. Un mineral estratégico es aquel del cual somos poseedores de importantes recursos; en cambio, los minerales críticos son aquellos de los que no disponemos y que nuestra industria necesita. Esta diferenciación debería estar prevista expresamente en la ley, ya que, a nivel global, estos términos suelen utilizarse indistintamente, lo que puede generar confusión.

Por último, si reconocemos que una parte importante de la deuda actual de la República ha tenido su origen en la resolución de controversias en materia minera, ese aspecto también debe estar regulado, asumiendo el derecho minero-energético internacional como parte integrante del marco jurídico aplicable.

Y este espacio que AVEDA ha otorgado hoy a la actividad minera y ambiental forma parte precisamente de ese último punto. La formación en derecho minero y en la industria extractiva es fundamental. Los datos indican que la presión que se ejercerá sobre la corteza terrestre no tiene antecedentes históricos. Vamos a presenciar un crecimiento extraordinario de esta actividad. Por tanto, formarse en ella constituye, a mi juicio, la mejor recomendación.

Jorge Lozada

Para comenzar, voy a hablar sobre una perspectiva de cómo veo el abordaje del país ante los desafíos que presenta el desarrollo de la minería, con base en lo que estamos viendo en los momentos actuales. ¿Cómo podemos asumir esa transición hacia nuevas formas de energía? ¿Cómo se va a compaginar con las instituciones que tenemos? Esa es la pregunta que voy a dejar como reflexión esta tarde: ¿podrá Venezuela asumir la transición energética con estas instituciones?

Naturalmente, partimos de una Constitución que es de avanzada a nivel mundial, una Constitución que consagra el derecho al ambiente, los estudios de impacto ambiental y la protección de los pueblos indígenas. Es una Constitución que confiere el máximo rango a estos derechos ambientales, profundizando las nuevas tendencias del derecho ambiental y constitucional latinoamericano e hispanoamericano presentes en la

Constitución española de 1978, la Constitución de Brasil y la Constitución de Colombia, así como en los convenios, tratados y protocolos internacionales de las Naciones Unidas aprobados en las cumbres de la Tierra de Estocolmo y Río de Janeiro.

Nuestra Constitución promueve e incorpora el nuevo paradigma ambiental holístico y sistémico del desarrollo sustentable, que supera el anterior paradigma del conservacionismo clásico que acompañó a casi todos los textos constitucionales, desde la Constitución de Querétaro, en México, hasta el texto constitucional venezolano de 1961 y la Constitución de 1947. Asimismo, se inscribe dentro de una concepción que asume la conservación de estos recursos como parte de los derechos económicos y sociales. En este sentido, esta nueva Constitución es realmente extraordinaria.

Tenemos un compendio de leyes sobre las cuales vamos a hablar para asumir los nuevos retos de la minería y de la transición energética. Tenemos un decreto, el famoso Decreto del Arco Minero del Orinoco. Obviamente, eso está ampliamente diagnosticado. No les voy a repetir más sobre este asunto. Está reseñado en prensa seria; las academias se han pronunciado; las organizaciones no gubernamentales, las fotografías satelitales de Google y la NASA, las instituciones, las universidades, en fin, sabemos qué es lo que está ocurriendo ahí. Lamentablemente, estos diagnósticos cada día no son alentadores; por el contrario, la situación empeora.

Se vulneran múltiples leyes y múltiples convenios internacionales. No voy a entrar en el detalle de mencionarlos, pues ya los hemos trabajado todos los que estamos inmersos en esta área. Realmente, hasta Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, también se pronunció. La preocupación es mundial. Eso que veíamos tan lejano del Arco Minero, de la Amazonía, ahora es un problema del mundo. Y nosotros estamos enmarcados dentro de lo que es la Amazonía, que ocupa varios países de Latinoamérica. Entonces, ese es un problema del pulmón del mundo, un problema de la humanidad, y el cambio climático es el gran desafío de este tiempo. Si no conservamos ni mejoramos los bosques, y si continúa ocurriendo esta tragedia, no solamente aquí sino en todo el contexto de Latinoamérica, obviamente el caos va a persistir.

Obviamente, pasar de una economía monorrentista, como la venezolana petrolera, a una economía diversificada será uno de los grandes desafíos de los próximos años. Los nuevos minerales y el agotamiento de los combustibles fósiles, que contaminan con CO₂, forman parte de ese proceso, pero ese paso no puede ocurrir pagando un precio muy alto. El precio demasiado alto es la destrucción.

Tenemos un decreto realmente nefasto que ignora leyes y simplifica los trámites administrativos, al punto de que se creó una especie de taquilla única para agilizar todos esos procesos ambientales, autorizaciones, entre otros. Inclusive, si realmente estuviéramos en un Estado de Derecho, la nulidad de ese decreto debería ser declarada por cualquier juez de la República en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 334 de la Constitución. Pero sabemos la triste realidad venezolana, la triste realidad del sistema de justicia. Sabemos que es un supuesto realmente nugatorio, difícil. Se ha pedido la nulidad ante el Tribunal Supremo de Justicia y la solicitud se ha rechazado por formalismos incluso inútiles.

¿Cómo acometer esta realidad con unas instituciones débiles? La idea es que ahí está ocurriendo un crimen, un ecocidio. Esto debería ser incluido como el quinto crimen contra la paz en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A nivel regional ya se ha avanzado mediante la creación, dentro de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA), de instituciones tales como una Defensoría de la Amazonía y un Tribunal de Derechos Humanos para los pueblos amazónicos, llegándose incluso a plantear la construcción de un derecho amazónico, por la importancia y la cantidad de normas que convergen sobre la protección de esta área: deforestación, malaria, enfermedades, presencia de fuerzas irregulares, trabajo forzado, violación de leyes, presencia de minerales estratégicos como el coltán, aluminio, litio y uranio –sobre todo el uranio, cuyas potencialidades ya conocemos–, además de la presencia de las llamadas tierras raras, que ni son tierras ni son raras; siempre han existido esos elementos químicos, aunque hoy revisten un especial carácter estratégico.

Pero acometer esa explotación en los momentos actuales va a implicar, a la luz de esta experiencia, una nefasta destrucción de la naturaleza como consecuencia de la explotación de esos recursos, que van a ser indispensables para generar renta para el país y para las nuevas fuentes de energía, como los vehículos eléctricos o la conducción de electricidad mediante el cobre, entre otros usos.

¿Qué me preocupa en este momento? Me preocupa, fundamentalmente, que en el Plan de la Patria aprobado hace poco se insista en el desarrollo de la zona del Arco Minero del Orinoco y también de la Faja Petrolífera. Podemos entender que hay que buscar nuevos polos de desarrollo, pero realmente a veces se dictan esas normativas y, en la práctica, está ocurriendo lo que está ocurriendo: no hay controles, no hay vigilancia. El Plan constituye un dechado de buenas intenciones al señalar que se actuará con máxima eficiencia, que se exportarán minerales, que se incrementará la producción petrolera, que se consolidará la defensa y la soberanía y que se garantizará el control del Estado sobre esas empresas; pero realmente vemos que el panorama no se presenta claro.

Yo pienso que el derecho ambiental, y quienes trabajamos en esta área, podemos servir de puente de encuentro para que los gobiernos y la sociedad civil puedan sentarse a alcanzar metas comunes y soluciones, además de poner freno a los problemas ambientales. Ese es un tema dramático. Aquí, cuando hay una tragedia ambiental, afecta a los de un partido y a los de otro. No hay religión, no hay sexo. Aquí nos vemos afectados todos ante una tragedia ambiental. Entonces, estas observaciones no responden a ningún sesgo; incluso, el daño puede ser transnacional, como lo estamos viendo.

Lo grave de esto es que en Venezuela hay muy pocas estadísticas; hay poco acceso a la información. Allí no se sabe en este momento cuánto se extrae, qué se extrae o si se pagan impuestos. Actualmente, esto está en manos de una compañía anónima militar llamada CAMIMPEG, que fue creada catorce días antes del Decreto del Arco Minero del Orinoco. Es una empresa militar, al punto de que su único accionista es el Ministerio del Poder Popular para la Defensa. En nuestro criterio, no es el ente idóneo; eso tiene que ser manejado por técnicos. Creo que no es lo más sensato, independientemente de que puedan o no gerenciarlo, pues debe ser administrado con criterios técnicos.

Los permisos los va a otorgar un coordinador; el decreto no habla de ordenación del territorio. Entonces nos preguntamos, con estas instituciones débiles y con la dispersión legislativa que existe, ¿cómo vamos a encarar ese futuro? Para empezar, tenemos tres ministerios: el Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, el Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas y el Ministerio del Poder Popular para el Desarrollo Minero Ecológico. Existe un solapamiento de competencias y atribuciones, que ya sabemos, para nosotros los administrativistas, lo que ello trae consigo.

También existen empresas estatales en la misma zona. Podemos mencionar a Carbozulia, Minerven y la Corporación Venezolana de la Minería, además de otros organismos creados para esta zona. Aparte de eso, hay solapamiento de competencias con gobernaciones, alcaldías, entre otros entes, como ocurre con las gobernaciones respecto de los minerales no metálicos. No nos imaginamos a la Guardia Nacional Bolivariana ejerciendo funciones de guardería ambiental y fiscalizando al propio CAMIMPEG, ni que el SENIAT o los organismos tributarios vayan hasta esa zona a verificar qué se está haciendo.

Entonces, existen múltiples leyes; la Ley de Minas; también la llamada Ley del Oro, que yo prefiero denominar Ley del Oro y Minerales Estratégicos. Es evidente que se van a afectar recursos. Acudir a la minería, obviamente, va a traer beneficios si se explota racionalmente, pero también va a generar un impacto sobre el medio ambiente. Las aguas son uno de esos recursos, al igual que los bosques. Además, tenemos una gran

cantidad de delitos previstos tanto en nuestra legislación penal ambiental como en las normas técnicas. Hay instituciones, pero fallan los controles, fallan los mecanismos para hacer valer estas leyes.

Existen competencias atribuidas al Ministerio Público, aunque no se ha creado la jurisdicción ambiental en Venezuela, y a la justicia penal, cuyo funcionamiento ya todos conocemos y constituye un drama en Venezuela. Inclusive, observamos fenómenos particulares, se están creando delitos por ley habilitante. Si leemos la Ley del Oro, en el artículo 44 encontramos un delito creado por ley habilitante, como ocurre en muchas otras leyes. El Código Orgánico Procesal Penal también fue reformado mediante leyes habilitantes. Asimismo, observamos no solamente problemas en materia penal, sino también en materia tributaria, como la invasión de la reserva legal, resoluciones que crean impuestos, impuestos confiscatorios y dobles sanciones.

Fíjense en todo el bagaje con el que pretendemos encarar el futuro de la minería y de nuestros recursos naturales, contando con estas instituciones que, en una coyuntura tan difícil como la que vive el país, van a tener que afrontar esos desafíos.

Se han desarticulado muchas normas del Código Penal; hay delitos derogados o inconexos y existe una verdadera maraña de delitos. Se observa una gran hiperinflación legislativa y, concretamente en materia ambiental, una marcada dispersión normativa. Si les digo, por ejemplo, que en la Ley de Aguas también se contemplan procedimientos sancionatorios, ello evidencia que existen sanciones distribuidas en diversas leyes, lo que obliga al intérprete y al abogado en ejercicio a analizar cuidadosamente el escenario en el que se va a mover antes de recurrir o ejercer alguna acción. A ello se suman resoluciones ministeriales, normas COVENIN, entre muchas otras disposiciones.

Ese es el comentario que quería hacer sobre cómo encarar esta realidad. Aparte de eso, nos encontramos con páginas web que no funcionan, *vacatio legis*, leyes respecto de las cuales uno no sabe finalmente si fueron derogadas. Siempre recuerdo, por ejemplo, una ley, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que fue derogada por otra ley a los pocos días de su entrada en vigencia; eso fue un misterio que se repite en muchas de estas materias. Sin olvidar, además, que en esta materia –en este realismo mágico, como lo llamo yo en Venezuela– hay códigos en desuso, normas derogadas y, además, las sentencias vinculantes de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Hay que encarar todo esto con esta legislación débil, fragmentada y de difícil aplicación. En muchas de estas materias vemos una huida al derecho penal para sancionar conductas. Incluso, el principio de “quien contamina paga” ha llegado a ser cuestionado a nivel doctrinario. Más bien, serviría como una especie de patente de corso. Los especialistas dicen que

“quien contamina paga”, pero debería leerse como “quien contamina, la paga”. Entonces, ¿cómo abordamos eso? ¿Cómo abordamos ese futuro?

En Venezuela, obviamente, la actividad está sujeta al derecho administrativo, a través de la ordenación del territorio, la planificación y la evaluación del control previo mediante autorizaciones, permisos para ocupar el territorio, estudios de impacto ambiental, controles, concesiones y asignaciones, así como al control posterior, que debería ejercer la Guardia Nacional Bolivariana mediante funciones de guardería ambiental, auditorías, mediciones, cronogramas de ejecución, entre otros mecanismos.

Entonces, ese es el gran desafío del futuro. Hay normas que no se cumplen. ¿El ingreso minero se destina realmente a la educación? ¿Se consulta a las comunidades cuando se van a otorgar estas concesiones o cuando se van a dictar leyes? ¿Se realizan efectivamente los estudios de impacto ambiental? Incluso, en este Decreto del Arco Minero del Orinoco, hasta los derechos laborales quedan minimizados, en mi criterio, por la declaratoria de zona estratégica. No me imagino un sindicato en huelga, porque inmediatamente, al tratarse de una zona estratégica militar, esos derechos van a verse muy mermados para poder ejercer las garantías laborales.

Concretamente, en esta última parte de la exposición me voy a dedicar al tema del mercurio. El mercurio es un neurotóxico. El mercurio es el mejor amigo del minero, pero al final termina matándolo. Hay un homicidio claro: el mejor amigo termina matando al mejor amigo. Venezuela no produce mercurio; posiblemente hay algunas reservas en Lara. Este mineral se importa y no hay estadísticas. Tiene un uso legal, no solamente en la minería, sino también en la petroquímica de El Tablazo, en Morón, y en la industria militar para la fabricación de explosivos. Pero también hay contrabando de mercurio y emisiones a la atmósfera provenientes de la industria petroquímica, la industria cementera y otras actividades industriales. Asimismo, tiene usos beneficiosos, como las amalgamas odontológicas, ciertos usos en tensiómetros, entre otros. Y ustedes recordarán aquellos famosos bombillos ahorradores que Venezuela promovió durante algún tiempo. También allí había contaminación. Obviamente, la justificación fue un plan de ahorro energético, pero realmente, cuando uno utilizaba esos bombillos y los iba a desechar, de acuerdo con las normas ambientales, debía llevarlos a un sitio especial y no arrojarlos al basurero común.

Existe una ley para regular el uso del mercurio, la Ley sobre Sustancias, Materiales y Desechos Peligrosos, que establece el marco jurídico correspondiente. Venezuela no ha firmado el llamado Convenio de Minamata, relativo al mercurio. En muchos de estos textos normativos, como el Reglamento de las Condiciones de Higiene y Seguridad en el Trabajo,

no se cumplen, en el ámbito minero, las disposiciones relativas al uso de equipos de protección frente a enfermedades respiratorias. Lo mismo ocurre con numerosas normas técnicas derivadas de la Ley Penal del Ambiente, como la Norma Venezolana COVENIN 638 sobre vertidos y la Norma Venezolana COVENIN 883 sobre emisiones atmosféricas, así como con otros instrumentos del Ministerio de Sanidad relacionados con el uso del mercurio y diversos convenios internacionales. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, del cual Venezuela es Estado Parte, lo que obliga a dar cumplimiento a las disposiciones aplicables a esos desechos que se envían al exterior para su disposición final, así como el Convenio de Rotterdam en materia de plaguicidas.

Y realmente, el corolario de todo esto es la firma pendiente que tiene Venezuela del Acuerdo de Escazú, el cual encuentra un antecedente importante en el Convenio de Aarhus, adoptado en Dinamarca, sobre acceso a la información ambiental. Necesitamos información porque no la hay; está vedada, no hay acceso, no existen estadísticas. Como consecuencia, encontramos un manejo marcado por fuerzas criminales y por un oscurantismo sumamente peligroso para el país. Y esto lo digo con el mejor sentido ambientalista. Esta crítica, repito, no responde al ego; responde a la necesidad de advertir sobre una realidad. Y el derecho ambiental puede ser el puente, la bisagra, para generar espacios de diálogo y construir soluciones.

Escuché una frase muy dura “Juntar geología con ideología”. Bueno, estoy de acuerdo. Son materiales estratégicos. Las tierras raras representan realmente una enorme riqueza mineral y un gran atractivo, pero hace falta institucionalidad en Venezuela. Con esta cantidad de instituciones, ¿podremos afrontar el futuro? Hace falta voluntad política y conocimiento. Hace falta justicia ambiental en Venezuela. Con un Poder Judicial como el que actualmente tenemos, obviamente es difícil afrontar los nuevos retos cuando no hay separación de poderes, cuando lo que vemos allí es extractivismo, es pillaje; eso no se llama minería. Es extracción ilícita. ¿Por qué? Porque incumple la legislación laboral, ambiental y minera; no contempla el derecho de participación; viola convenios internacionales; existe corrupción; no se suministra información; y se vulneran instrumentos como el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La finalidad debe ser una minería verde, con sensibilización de la industria, mayor participación de la ciudadanía para auditar esa transparencia y, sobre todo, con la aplicación de los principios contenidos en el Acuerdo de Escazú –instrumento que Venezuela aún no ha firmado–, especialmente en materia de acceso a la información pública sobre todo lo que allí ocurre, bajo criterios de transparencia.

El Papa ya se ha pronunciado. El nuevo Papa ha hecho referencia a la justicia ambiental en sus pocas intervenciones públicas y va en la misma línea del Papa Francisco y de la encíclica Laudato sí. Esperamos que esta justicia climática permanezca en el corazón de los dirigentes políticos, en el de quienes estudiamos esta materia y en las futuras generaciones, para no destruir nuestro ambiente en Venezuela y en el mundo.

XXXVI ENCUENTRO AVEDA: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN VENEZUELA

José Antonio Muci y Alfredo Parés Salas

Fecha: 24 de septiembre de 2025

Alfredo Parés Salas

Pretendo iniciar mi breve exposición, en primer lugar, refiriéndome al nacimiento del principio y a la paradoja de su fundamentación jurídica. Luego, me referiré brevemente a la temporalidad como un elemento integrante del mismo. En tercer lugar, abordaré de manera sucinta la distinción entre la idea amplia y general de la confianza, por un lado, y lo que es realmente el principio de protección de la confianza como tal, por el otro. Finalmente, concluiré compartiendo un par de extractos del texto original del fallo en el caso de la “Viuda de Berlín”, el cual nos demuestra cómo, hace casi setenta años, la justicia administrativa alemana había reconocido que un acto administrativo cuya nulidad fue declarada por el propio fallo puede perfectamente dar nacimiento a una situación de confianza digna de protección judicial.

Pues bien, todo aquel que haya leído alguna vez sobre el principio de protección de la confianza seguramente se habrá topado con la decisión más ampliamente conocida y citada en prácticamente todos los trabajos dedicados al tema. Me refiero a la decisión del Tribunal Superior Administrativo de Berlín, del 14 de noviembre de 1956, conocida como el “caso de la Viuda de Berlín”, o, en Alemania, como el “caso de la pensión de viudez”.

En el derecho público comparado se sostiene, casi unánimemente, que esta decisión constituye el nacimiento formal del principio. Esto quiere decir que, en Alemania, cuna del principio, su nacimiento fue una creación jurisprudencial, tal y como también sucedió en países como España y Venezuela.

Solo décadas más adelante –y me refiero ahora únicamente a España y Alemania– los respectivos parlamentos de esos países le dieron reconocimiento legal al principio. En Venezuela se hizo, aunque sin pena ni gloria, en el año 2001, en la primera versión de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pero duró poco, pues se eliminó en la subsiguiente reforma del año 2008. Es decir, hoy en día el principio no está reconocido

expresamente en el ordenamiento jurídico venezolano a nivel legal. A nivel constitucional tampoco lo está de manera expresa en ninguno de estos tres países que estoy tomando como referencia.

No obstante esa ausencia inicial de regulación expresa, paradójicamente los tribunales de los tres países –cada uno en su momento y en épocas distintas– empezaron a reconocer la existencia del principio. Y no solo reconocieron esa existencia, sino que además comenzaron a aplicarlo para controlar la actividad administrativa e incluso para anular actos.

Entonces surge naturalmente la pregunta: ¿cómo se creó ex nihilo un principio jurídico que no está reconocido expresamente por el ordenamiento? ¿Y cómo se empezó a usar este principio para anular actos y censurar la actividad administrativa? Es decir, admitimos que el principio existe, lo aplicamos, lo usamos para anular actos, pero, a la vez, paradójicamente, no sabemos a ciencia cierta de dónde deriva, dónde está su fundamento jurídico o normativo, o de dónde salió.

Esta paradoja inicial, producto precisamente de su nacimiento jurisprudencial, empujó a la doctrina comparada a intentar encontrarle un fundamento jurídico positivo. Dicho en otras palabras, lo que durante muchos años se hizo fue buscar dónde y cómo conectarlo al ordenamiento jurídico. Esta tarea de ubicar el fundamento normativo del principio constituye, en definitiva, lo que hemos llamado una suerte de ejercicio de taxonomía jurídica. Probablemente algunos ya se pregunten qué tiene que ver la biología con el derecho. Lo que ocurre es que, para poder ubicar el fundamento jurídico del principio de protección de la confianza, lo que, en el fondo, aunque sin decirlo expresamente, se ha venido haciendo es entenderlo o concebirlo como una suerte de especie sin género conocido, intentando determinar en cuál de los posibles géneros conceptuales ya reconocidos por el ordenamiento jurídico –principios generales, normas, aforismos– puede encuadrarse. Se trata, en síntesis, de descifrar acertadamente cuál es la verdadera relación entre el género y la especie, es decir, entre el principio y su fundamento normativo.

La verdad es que la doctrina comparada dedicó décadas al tema de la fundamentación jurídica. Al menos una decena de tesis diferentes han sido propuestas a lo largo del tiempo para buscarle un puerto seguro al cual poder anclar el principio, como ocurre, por ejemplo, con la doctrina de los actos propios o con la prohibición de contradecir la propia conducta, entre otras, hasta llegar finalmente a las dos tesis principales que se erigieron, por decirlo así, como las finalistas del certamen.

Por un lado, la tesis de la fundamentación en el principio de la buena fe; es decir, la idea de que el principio de protección de la confianza deriva del principio de la buena fe o es parte integrante de él. Por el otro, la tesis de la fundamentación en el principio de seguridad jurídica, entendido

este último como integrante de otro principio más amplio, el Estado de derecho. Esta última tesis es la que hoy predomina en la doctrina iuspublicista comparada. Mención aparte, por ejemplo, habría que hacer de una variante bastante interesante sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, que además incorpora los derechos fundamentales. Pero, básicamente, la tesis de la seguridad jurídica, entendida como parte del principio de Estado de derecho, es la tesis predominante en la doctrina.

Para resumir y concluir este punto, quiero hacer referencia al siguiente símil desarrollado en Francia, donde suele decirse que el principio de protección de la confianza se presenta como una especie de matryoska, una muñeca integrada por otras tres. La protección de la confianza sería, en ese símil, la muñeca más pequeña, que se encuentra dentro de otra un poco más grande, que es la seguridad jurídica, la cual, a su vez, se encuentra dentro de una tercera, que representa el Estado de derecho. Es decir, la solución consiste en una construcción en tres niveles o escalones, y es así como se ha encontrado el fundamento jurídico o normativo del principio.

En Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia y, en general, los tribunales contencioso-administrativos no se han pronunciado de manera tajante y definitiva sobre el tema de la fundamentación jurídica. Ni siquiera en la conocida sentencia “Club Campestre Paracotos” el Tribunal tomó una posición al respecto. Sí abordó el tema parcialmente, haciendo referencia a lo desarrollado por el derecho comparado, pero sin fijar una posición definitiva. Sin embargo, y nuevamente ante otra paradoja, lo que sí debemos admitir es que prácticamente todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia no solo han reconocido que el principio existe, sino que además han admitido que tiene rango constitucional.

Ahora bien, uno de los elementos inherentes al funcionamiento estructural del principio de protección de la confianza –dejando ya de lado el tema de su fundamentación jurídica– es lo que hemos denominado el componente temporal. ¿Qué significa esto? A diferencia de lo que puede suceder en la aplicación de otros principios o técnicas de control de la actividad estatal, en los que el elemento temporal no constituye un requisito lógico-estructural, el principio de protección de la confianza no puede concebirse fuera de una proyección temporal que supone siempre un contraste entre, al menos, dos momentos diferentes.

Un primer momento está constituido por el nacimiento de la expectativa jurídicamente tutelable; es decir, por el momento en el que nace la confianza. Ese momento puede estar integrado por una única actuación puntual, por una serie de actuaciones o incluso por un período de inactividad. Estas actuaciones no se limitan a las de carácter formal, sino que pueden comprender incluso comunicaciones informales, ofrecimientos o información suministrada por la Administración a los particulares. El

concepto debe entenderse en un sentido amplio. Todas ellas pueden, bajo determinadas circunstancias, dar nacimiento a una expectativa jurídicamente tutelable.

Pero el análisis no termina allí. Es necesario contrastar ese primer momento con un segundo momento, y es precisamente en esa relación donde aparece la dimensión temporal indispensable para la aplicación del principio. Ese segundo momento está constituido por una acción o una inacción que pretende frustrar, frustra o desconoce la expectativa jurídicamente tutelable que había nacido previamente. A su vez, ese segundo momento también puede estar representado por una única actuación, por una omisión o incluso por una serie de actuaciones u omisiones.

En definitiva, para que el principio encuentre aplicación debe alegarse y acreditarse el nacimiento de una expectativa jurídicamente tutelable que posteriormente pretenda ser desconocida mediante una nueva actuación u omisión de la Administración.

Otro aspecto importante para comprender correctamente el principio objeto de estudio, y sobre todo para deslindarlo y diferenciarlo de otros principios e instituciones jurídicas que comparten con él ciertas características comunes, es la distinción entre la idea amplia y general de la protección de la confianza, entendida como un valor que informa todo el ordenamiento jurídico, y lo que realmente constituye el principio de protección de la confianza como tal, concebido como una técnica o herramienta concreta de control de la actividad estatal.

La idea amplia y general de la protección de la confianza se infiltra en todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado. Esa idea general guarda una relación muy estrecha con el principio de seguridad jurídica; me atrevería incluso a afirmar que constituye casi un sinónimo de este último, quizás en su dimensión temporal.

Por el contrario, cuando nos referimos al principio de protección de la confianza ya no estamos hablando de una idea amplia, general, imprecisa o de contornos difusos, sino de una técnica concreta de control de la actividad estatal. Se trata de una herramienta cuyo propósito es proteger la esfera jurídica del particular frente al intento de desconocimiento o frustración de lo que hemos denominado una expectativa jurídicamente tutelable o, simplemente, una situación de confianza de la cual ese particular es titular.

Es curioso que la ausencia de esta distinción haya llevado, en ocasiones, a que tanto la doctrina como la jurisprudencia confundan el principio de protección de la confianza con otros principios o instituciones cercanos, afines y que, en algunos casos, al igual que él, constituyen manifestaciones concretas del principio más amplio de seguridad jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la prohibición de retroactividad.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la postura de buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia que pretende ver en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos un supuesto de protección de la confianza, cuando, en realidad, lo que allí existe es una prohibición de aplicación retroactiva frente a un cambio de criterio administrativo. En efecto, para aplicar la norma contenida en el artículo 11 no es necesario acreditar el nacimiento de una expectativa jurídicamente tutelable ni demostrar la existencia de una situación de confianza; basta con analizar la aplicación temporal de ese nuevo criterio administrativo desfavorable al particular interesado.

A mi juicio, un ejemplo mucho más apropiado, e incluso más ilustrativo, de lo que realmente representa este principio lo constituye la norma contenida en el artículo 77 de esa misma ley, que establece lo siguiente:

Si sobre la base de información errónea contenida en la notificación, el interesado hubiera intentado algún procedimiento improcedente, el tiempo transcurrido no será tomado en cuenta a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le corresponden para interponer el recurso apropiado.

Dicho esto, quisiera ir concluyendo mi intervención compartiendo con ustedes un par de pasajes textuales del caso de la “Viuda de Berlín”, con el propósito de apreciar lo que ya estaba sosteniendo el contencioso administrativo alemán hace casi setenta años acerca de la posibilidad de que un acto administrativo nulo pudiera dar nacimiento a una situación de confianza digna de protección judicial.

Revisemos, entonces, algunas de las afirmaciones más relevantes contenidas en ese fallo. Conviene comenzar recordando brevemente los hechos. La demandante, viuda de un funcionario del Reich, tenía su domicilio en la zona soviética. Recordemos que, para ese momento, Berlín se encontraba dividida entre las potencias aliadas. Sin embargo, en marzo de 1953 la Administración pública le certificó, mediante una comunicación, que tenía derecho a percibir una pensión de viudez siempre que estableciera su domicilio en Berlín Occidental, previa obtención de un permiso de residencia indefinida, permiso que posteriormente le fue concedido.

Con fundamento en esa comunicación, la demandante cambió completamente su proyecto de vida: vendió sus bienes, fijó su residencia en Berlín Occidental y comenzó a percibir la pensión. No obstante, mediante resolución del 10 de octubre de 1954, la Administración le notificó que suspendía el pago de la prestación y, además, le exigía el reintegro de las cantidades ya percibidas, alegando que, en realidad, no cumplía los requisitos legales exigidos para tener derecho a la pensión. En otras palabras, una nueva interpretación de los requisitos legales –distinta de la

sostenida inicialmente por la propia Administración– la excluía ahora del beneficio.

¿Qué plantea entonces el Tribunal Superior Administrativo de Berlín? El tribunal señala lo siguiente:

La cuestión a decidir es si el demandado –la administración pública– estaba facultada para revocar el acto administrativo originalmente defectuoso debido a una aplicación errónea del derecho. La Administración deriva su derecho a la revocación exclusivamente del hecho de que la resolución inicial que concedió la pensión contradice el derecho vigente debido a una aplicación errónea de la ley.

¿Qué analiza y decide el tribunal? Lo siguiente:

La opinión de que la Administración está facultada o incluso obligada a revocar un acto administrativo favorable, contrario a la ley, sin más y sin restricciones, no puede ser aceptada. El derecho ilimitado o incluso la obligación de la autoridad administrativa de revocar el acto administrativo contrario a la ley tampoco puede derivarse del principio de legalidad administrativa. Tampoco se puede deducir una regla general según la cual un acto administrativo favorable pueda ser revocado sin más sobre la base de la constatación y con el argumento de que contradice el derecho vigente.

No se puede aceptar la opinión de la Administración demandada que estaba facultada para revocar la resolución inicial únicamente sobre la base de la constatación de que dicha resolución contradice el derecho vigente.

Y esto es un ejemplo que utiliza el tribunal y que resulta particularmente interesante. Señala lo siguiente:

De manera similar a cómo el particular perjudicado por un acto administrativo contrario a la ley debe aceptar esta carga en caso del vencimiento inútil del plazo para recurrir, también la Administración debe aceptar que un acto administrativo favorable defectuoso permanezca vigente si no puede alegar que la continuación del mismo es incompatible con intereses públicos imperiosos.

El tribunal aclara el alcance de esa afirmación. Los intereses públicos imperiosos no constituyen una mera invocación abstracta de la legalidad objetiva, sino que deben traducirse en un interés público concreto, real y de tal entidad que justifique excepcionar la protección dispensada a la confianza legítimamente generada. Asimismo, añade:

En la medida en que el acto administrativo favorable ha concedido a la parte un derecho o una posición jurídica ventajosa digna de protección, el interés de la autoridad en la anulación de un acto administrativo defectuoso se opone al interés del beneficiario en el mantenimiento de su posición jurídica.

Tal colisión de intereses, en principio de igual valor, crea una relación que hace necesaria una ponderación de los bienes jurídicos contrapuestos.

Con estas consideraciones concluye el fallo y, con él, mi exposición:

El supuesto de hecho a decidir no justifica la constatación de que la revocación de la resolución inicial que concedió la pensión estaba exigida por un interés superior, porque la demandante, confiando en la corrección de la situación jurídica que se le comunicó, tomó medidas que implicaron un cambio radical y duradero de toda su forma de vida.

José Antonio Muci

La hoja de ruta de esta disertación es la siguiente: primero, quisiera volver sobre el fallo conocido como la “Viuda de Berlín”, repasando un par de sus ideas principales. Hecho esto, quisiera, junto con ustedes, tocar estos puntos: primero, hacer una referencia a la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas y a la confianza que de dichas actuaciones cabe derivar en virtud de la presunción de legalidad que las ampara; segundo, referirme a los conceptos de legalidad administrativa, por una parte, y, por la otra, a la apariencia de legalidad, como cosas distintas; luego, repasar el tema de la invalidez y la ineficacia de las actuaciones administrativas a la luz del principio de la confianza legítima. Finalmente, formular un par de conclusiones e invitar a la reflexión sobre un tema que es muy caro para mí.

Entonces, comencemos. En el caso de la “Viuda de Berlín”, la cuestión era decidir si la Administración estaba facultada para revocar un acto administrativo defectuoso por la aplicación errónea del derecho (ese acto administrativo era un acto favorable al particular). Y el segundo gran tema era que la Administración, en el fallo, decía derivar su derecho a la revocación de la contrariedad a derecho de la resolución inicial favorable al particular.

Entonces, desde la perspectiva de la Administración había una actuación contraria a derecho –llamémosla actuación administrativa inicial–. En virtud de ese dato (la contrariedad de la actuación inicial con el derecho), la Administración afirmó contar con poder legal para revocar, y además afirmó hallarse en el deber de revocar lo que previamente había sido decidido *contra legem*; llamemos a esta segunda decisión “actuación administrativa sobrevenida”.

Pero el dato que sigue es importante, la actuación sobrevenida descansaba sobre una interpretación legal distinta de aquella que justificó la actuación inicial. Según la interpretación original de la ley, la actuación administrativa inicial –en el caso, el ofrecimiento de una pensión de viudedad– era conforme a derecho. De acuerdo con la interpretación legal

sucesiva de esos mismos textos, la actuación inicial era contraria a derecho y la viuda perdía su derecho a la pensión.

Ahora, como en todo asunto, hay una segunda perspectiva: la del particular. Desde esta perspectiva, defendida por la viuda, la Administración no podía cambiar su postura y desconocer la confianza creada por la actuación inicial favorable al particular, y tampoco podía contrariar la conducta sucesiva observada por la Administración –en ese caso, los pagos sucesivos de la pensión a lo largo del tiempo–.

Ese es el marco de esta discusión. Entremos ahora a hablar un poco de la presunción de validez o legitimidad de las actuaciones administrativas y del principio de protección de la confianza. Como es bien sabido, los actos administrativos se presumen válidos y se presumen legítimos. En nuestro sistema, esa es una presunción de creación jurisprudencial, porque la presunción solo tiene raíz o fundamento normativo en el ámbito tributario (artículo 132 del Código Orgánico Tributario).

Ahora, esa presunción de validez o de legitimidad, justificadora de la potestad de autotutela ejecutiva, termina desempeñando también otro rol. En principio, genera confianza en el ciudadano, porque el acto –particularmente cuando es favorable– se entiende válido y legítimo.

Nuestra jurisprudencia, más allá de los actos administrativos, ha reconocido que una análoga presunción de validez o de legitimidad ampara a “todo negocio jurídico”, y que lo hace “en beneficio de la seguridad jurídica”. Entonces, si la presunción ampara todo negocio, no solamente ampara los actos administrativos, sino también los contratos celebrados por la Administración pública y, por tanto, los contratos de la Administración también deben, en principio, presumirse válidos y legítimos. Y esto es así porque no existen razones para excluir a los contratos de la Administración pública del ámbito de aplicación de la presunción de validez.

Reflexionemos ahora, así sea muy brevemente, sobre el principio de legalidad y hagámoslo a partir de un par de preguntas. La primera: ¿resulta permisible en derecho que la Administración, en el marco de una misma y única relación jurídica, relea y reinterprete la ley para sostener un criterio jurídico contrario al que sirvió de fundamento a la actuación inicial? ¿Es admisible esa relectura, esa reinterpretación? Y la segunda pregunta: ¿resulta permisible en derecho que la Administración cambie su postura y contradiga las conclusiones a las cuales arribó en la actuación inicial, so pretexto de la defensa del principio de legalidad vulnerado por la actuación inicial, particularmente cuando, al obrar de esa manera, lesiona al particular? ¿Puede cambiar de conclusión?

Pues bien, en principio no basta con invocar la letra de la ley; esto es, no basta con invocar la legalidad objetiva para desdeñarse y desconocer los derechos o intereses que el particular pueda haber derivado de una

actuación inicial, si la actuación inicial –aunque ilícita, aunque contraria a derecho– tenía apariencia de legalidad. En nuestro derecho, la regla general es que la Administración se halla vinculada por sus propios actos y que, por tanto, tiene prohibido obrar de manera incongruente o incoherente con ellos. El aforismo es aquel del *contra factum proprium venire non potest*.

Quizás un ejemplo, más allá del de “La viuda de Berlín”, nos permita clarificar el punto, y vamos a apelar a uno que tenga que ver con contratos y no con actos. En los contratos celebrados de acuerdo con el derecho anglosajón se suelen incluir un conjunto de declaraciones de parte conocidas como *representations and warranties* (en español, declaraciones y garantías). Esto es relevante porque nuestra Administración, en el pasado, ha empleado ese modelo de contratación en más de una oportunidad, particularmente cuando contrata con empresas extranjeras. Pues bien, las declaraciones y garantías no son más que afirmaciones de hecho a través de las cuales cada una de las partes contratantes –en nuestro caso, pongamos el foco sobre la Administración pública– declara, *inter alia*, haber obtenido todas las autorizaciones y todos los permisos que legalmente se hallaba obligada a tramitar antes de celebrar el negocio. Aunque sea una obviedad, esa afirmación de hecho reposa sobre una interpretación de la ley.

Y, una vez realizada una declaración como esa e iniciada la ejecución del contrato –particularmente en los contratos de tracto sucesivo–, la Administración tiene vedado cuestionar la validez de sus obligaciones contractuales so pretexto, por ejemplo, de la omitida obtención de una autorización o permiso que, de manera sobrevenida, pueda estimar necesaria, porque la declaración contractual, constitutiva de una confesión extrajudicial, crea esa apariencia de legalidad, y esa sola apariencia basta para invocar el principio de confianza legítima.

Piensen ustedes en una declaración contractual de acuerdo con la cual una Administración descentralizada asevera haber obtenido todas las autorizaciones y permisos exigidos por la Ley de Arbitraje Comercial para incluir una cláusula arbitral en un contrato. Después de hacer esa afirmación, no puede luego decir: “La cláusula arbitral es inválida, no me obliga, porque no los obtuve”. No; habiendo declarado y habiendo creado confianza, el principio despliega todos sus efectos.

En este sentido, la doctrina comparada invocada en el fallo “Club Campestre Paracotos” es clara. Dice: “La confianza legítima deriva de signos externos producidos por la Administración, signos creadores de una apariencia de legalidad”. Y esos signos –agrega la doctrina citada por el tribunal– deben ser lo suficientemente concluyentes como para inducir racionalmente al particular a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta.

Entonces, una cosa es la legalidad objetiva que habilita a la Administración para revocar un acto suyo contrario a derecho. Pero esa legalidad objetiva no debe confundirse con la apariencia de legalidad que, en un caso concreto, puede inhabilitarla para privar de efecto una decisión previa so pretexto de su inconformidad con el derecho.

Antes dijimos que no basta con invocar la letra de la ley (la legalidad objetiva) para ejercer la potestad de autotutela revisora y desdeirse o desconocer los derechos o intereses que el particular pueda haber derivado de la actuación inicial y de su subsecuente conducta. No basta, porque el principio de legalidad que condiciona la actuación sobrevenida está integrado, entre muchas otras reglas y canes jurídicos, por el principio de confianza. Al desplazar el foco de atención de la legalidad de la actuación inicial favorable para centrarlo en la legalidad de la actuación sobrevenida, nos encontramos con una confianza que forma parte integrante de la legalidad y que, por consiguiente, limita, condiciona o restringe los poderes de revisión –la célebre autotutela revisora– que la ley, en principio, reconoce a la Administración pública.

Hablemos ahora muy brevemente de invalidez y de eficacia. Cuando media confianza legítima porque existe una apariencia de legalidad, una determinada actuación –no obstante, su contrariedad con el derecho– debe continuar produciendo sus efectos; puede y debe continuar desplegando su eficacia, porque la Administración no puede violentar, no puede traicionar dicha confianza. Entonces, al tratar el tema de la confianza legítima, debemos, por tanto, distinguir entre la nulidad de la actuación inicial –el acto puede ser ilícito, puede ser ilegal– y la eficacia de la actuación inicial, que es una cosa totalmente distinta. Hecha esa distinción, debe tenerse presente que la protección brindada por el principio de confianza despliega sus efectos garantistas con el objetivo de asegurar la continuada eficacia de la actuación administrativa inicial; ese es su objetivo. Dicho de otra manera, el principio no procura hacer válido lo que pudo haber sido inválido, ni procura hacer legítimo lo que pudo haber sido ilegítimo; sus consecuencias jurídicas se producen en el plano de la eficacia de las actuaciones administrativas previas, no en el plano de su validez.

Revisado todo lo anterior, podemos tener las siguientes conclusiones:

Primero. El poder para adoptar una actuación administrativa sobrevenida, desfavorable para el particular e inevitablemente lesiva de sus derechos e intereses, no puede determinarse única y exclusivamente a la luz de una norma atributiva de poderes de autotutela revisora y de la ilicitud de la actuación administrativa original. No puede determinarse a partir de esos únicos datos, porque ese poder de revisión puede quedar fuertemente condicionado por la confianza legítima creada por la apariencia de legalidad de la actuación inicial.

Segundo. Como corolario de la anterior conclusión, en determinadas circunstancias creadoras de confianza, la sola letra de la ley –la ley atributiva de poder para revisar los actos contrarios a derecho y revocarlos o reconocer su nulidad absoluta, según la entidad del vicio– no basta para desconocer los efectos favorables al particular que ese particular pueda haber derivado de una actuación administrativa inicial.

Tercero. En esta materia, los poderes del juez contencioso administrativo son amplios. Lo son porque derivan de la frase final del artículo 259 de la Constitución, que faculta a nuestros tribunales para “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídico-subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. Ese es un típico caso de arbitrio judicial, pues el juez, previa ponderación de los intereses en juego, dirime –y cito aquí a Paracotos– “un conflicto entre las exigencias de la legalidad de un acto o actuación inicial y la seguridad jurídica afectada en caso de su anulación, que puede demandar la pervivencia de los efectos del acto”.

Cuarto. Aquí quisiera señalar que, habiendo reconocido que la confianza legítima procura restablecer las situaciones jurídicas lesionadas por la actividad administrativa (por una parte) y teniendo presente (por la otra) que las situaciones jurídicas tutelables, de acuerdo con los artículos 26 y 259 de la Constitución, son derechos subjetivos o intereses, el tema de la confianza debería servir para revisar y cuestionar una de las proposiciones tenidas hasta ahora por ciertas e indiscutibles en nuestro derecho administrativo, a saber, que de un acto viciado de nulidad absoluta no cabe derivar derecho o interés alguno. La confianza legítima obliga a replantearse el problema y, quizá, arribar a conclusiones distintas de las que hasta ahora se han sostenido.

XXXVII ENCUENTRO AVEDA: PODER CAUTELAR VS. INJUNCTIONS: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS SISTEMAS DE DERECHO CIVIL Y COMMON LAW

Gonzalo Pérez Salazar y Luis Ortiz Álvarez

Fecha: 19 de noviembre de 2025

Gonzalo Pérez Salazar

El tema que he escogido es el de las medidas cautelares. Quise tocar este tema porque ha tenido una especial relevancia este año, con un conjunto de decisiones que me han llamado poderosamente la atención y que hicieron que volviera a retomar esa cátedra en la especialización en Derecho Administrativo.

Obviamente, cuando propuse esta charla también quise involucrar al profesor Luis Ortiz Álvarez, por cuanto fue mi profesor en la especialización en Derecho Administrativo en la Universidad Central. Es la persona que escribió de manera más sistemática sobre la jurisprudencia en materia de medidas cautelares en su libro “La protección cautelar en el contencioso-administrativo”, con ocasión de sus estudios realizados en Europa y del famoso caso *Factortame*, que influyó tanto en el derecho administrativo. Casualmente, cuando él se fue a estudiar fuera del país, esa cátedra de medidas cautelares en la especialización me la dieron a mí. De vez en cuando me preguntan qué materia quiero dar, y siempre trato de dar, cada dos años por lo menos, la de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.

Este sería un tema que, en su momento, tuvo una especial relevancia. Obras como las de Víctor Hernández Mendible, Antonio Canova, el profesor Brewer, el propio profesor Luis Ortiz Álvarez, García de Enterría y un conjunto de libros que a todos nos hicieron ver la importancia de este tema. Tan importante fue que la jurisprudencia empezó a desarrollar, sin contar con una legislación completa, una protección cautelar que obligó a la ley a reconocerla, y luego se incorporó a otro conjunto de leyes, como la Ley Orgánica de Amparo, donde salió la sentencia del caso Banbeneiz. La suspensión de efectos tuvo un impacto muy relevante cuando se dictó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, después, han venido este conjunto de leyes del Tribunal Supremo de Justicia y de la Ley

Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que han venido a consagrar lo que estas denominan una potestad cautelar general.

Este tema, para los estudiosos del derecho administrativo y del contencioso administrativo venezolano, tiene muchísimas obras de suma relevancia, donde se recoge toda la evolución del contencioso administrativo y, en particular, de las medidas cautelares. Sin embargo, he querido tocar este tema por varios factores. Primero, después de la pandemia, o durante la pandemia, hubo un exceso de regulación por parte de los Estados –obviamente, protegiendo a sus ciudadanos–. Después de la pandemia han venido sucediendo muchas órdenes ejecutivas, muchas decisiones ejecutivas o actos administrativos que han sido afectados por el ejercicio de medidas cautelares y por temas de si es jurisdicción constitucional o contencioso-administrativa, si son decisiones políticamente no justificables o no. Ese debate entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción constitucional ha llevado también a darle más relevancia al tema de las medidas cautelares y, por eso, se me ocurrió también ligarlo al tema de los *injunctions*. Adicionalmente, a los venezolanos nos afecta mucho el tema de la inmigración y todo lo relativo a las decisiones administrativas de deportación; por ello, obviamente, nos interesan en gran medida cuando se ven afectados los derechos de los ciudadanos y cómo recurrir contra esas medidas.

En mi caso, voy a tocar unos aspectos que he venido percibiendo en la jurisprudencia venezolana y me voy a enfocar en el año 2025 de la Sala Político-Administrativa. Existen 57 casos donde se han solicitado o dictado medidas cautelares. El hallazgo principal es que la tasa de éxito es del 75,4 % de todas esas medidas cautelares. Es decir, de 57, se acordaron 43. El hallazgo principal es que existe una dicotomía casi perfecta: las medidas de carácter patrimonial (embargos y prohibiciones de enajenar y gravar), en las demandas de contenido patrimonial, son aprobadas sistemáticamente, mientras que las medidas de amparo (suspensión de efectos de actos administrativos) son denegadas en su mayoría. Ese es el hallazgo general.

En cuanto a las medidas acordadas y negadas, 14 han sido negadas (25 %) y las acordadas son 43 (75 %). Las medidas más acordadas son las de carácter patrimonial (embargos, prohibiciones de enajenar y gravar): de 38 solicitudes, las 38 fueron acordadas. En los amparos cautelares, de 12 solicitudes, cuatro han sido acordadas, lo que representa una tasa de éxito del 33 %. Y en la suspensión de efectos, de siete solicitudes, una fue acordada, con una tasa de éxito del 14,3 %. Las 14 medidas que fueron negadas en este conjunto de datos pertenecían exclusivamente a la categoría de amparo cautelar o suspensión de efectos. Ninguna medida de embargo o prohibición de enajenar y gravar fue negada.

Cuando son solicitadas por la parte actora, de 55 solicitudes, 41 fueron acordadas. Hay que tener en cuenta que la mayoría de esas medidas acordadas fueron solicitadas este año y también el año pasado por la banca pública. Son medidas del Banco del Tesoro, Banco Digital, SENIAT, Banco de Venezuela y otros ministerios, por demandas de ejecución de fianzas, de cumplimiento de contrato o de créditos impagos. Y en todos esos casos se han dictado el 100 % de las medidas.

Esto tiene una especial relevancia para el tema que estamos tratando porque, en esas medidas que se han dictado, se ha acordado, por vía cautelar, el levantamiento del velo corporativo de la parte demandada. Es decir, se solicita la medida cautelar por un crédito que se le otorgó a una empresa X por parte de un banco del Estado; se admite la demanda, se abre el cuaderno de medidas y se acuerda la medida de prohibición de enajenar y de gravar o embargo, pero, mediante esa cautela, se levanta el velo corporativo y se extiende la medida a todos los socios de la compañía o a las empresas relacionadas, todo ello por vía cautelar.

Esto, por supuesto, tiene especial relevancia para el tema de las medidas cautelares porque, si lo pide un particular, es bastante difícil que se le acuerde. Si eso lo extendemos a los juicios civiles ordinarios, imagínense el caos que significaría, a nivel corporativo, que se levantara el velo corporativo por una medida cautelar. Es un tema especialmente relevante para las inversiones internacionales y para quien venga a Venezuela a desarrollar un negocio. Para eso están las sociedades mercantiles. No digo que el levantamiento del velo corporativo sea un escudo de protección impenetrable; en la jurisprudencia de muchos países ya tiene ciertas limitaciones. Pero la limitación principal es la autonomía de la voluntad y el respeto a que esa inversión sea protegida mediante la responsabilidad limitada de los socios frente a las inversiones que hagan. Esto, lejos de procurar incentivar la inversión, todo lo contrario, la desincentiva porque, si simplemente se admite una medida cautelar de embargo o de prohibición de enajenar y de gravar, se nombra un administrador *ad hoc* y se libran oficios al SENIAT, al SAIME y al SAREN para investigar todos los bienes de los directores o accionistas relacionados con esa empresa o con las empresas relacionadas, eso crea una incertidumbre terrible. Imagínense ustedes que el demandado fuese una empresa que cotiza en bolsa: ese accionista podrá cambiar de manos cada vez que cambie la titularidad de una acción en la bolsa. Entonces, abrir ese abanico es bastante peligroso.

Esto tiene que ver un poco también con el tema de los presupuestos procesales de las medidas cautelares. Discutimos durante muchísimos años, a raíz del libro del profesor García de Enterría y de las sentencias que dictaron los tribunales europeos, si solo con el *fumus boni iuris* podía decretarse una medida cautelar. Bueno, la jurisprudencia, la doctrina y la legislación se inclinaron porque fueran concurrentes el *periculum in*

mora, el *fumus boni iuris* y, además, agregaron la ponderación de intereses. Lo primero que hay que decir es que eso es para los particulares, porque la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que con solo uno de los presupuestos se pueden acordar las medidas cautelares. Entonces, eso es un tema que rompe un poco el equilibrio entre las partes porque, básicamente, con alegarlo, con simplemente repetir los argumentos del libelo de la demanda, la medida puede ser acordada. Pero eso solamente ocurre cuando la solicita la Administración pública; si la pide un particular, obviamente se le exige que cumpla con todos los presupuestos procesales que tradicionalmente hemos estudiado.

Esto quiere decir, entonces, que se crea una desigualdad que la propia realidad pone de manifiesto. Es decir, cuando las medidas las piden los particulares son negadas sistemáticamente; cuando las pide la Administración pública son sistemáticamente acordadas.

Otro caso que me pareció sumamente interesante traer a colación es una demanda de nulidad del SENIAT, donde, en una apelación, el SENIAT pidió una suspensión de efectos y, obviamente, la Sala Político-Administrativa, mediante sentencia n.º 556, de 16 de julio de 2025, acordó la medida cautelar pedida por el SENIAT, mediante la cual suspendió los efectos de un contrato de arrendamiento. Es decir, el SENIAT tenía problemas con su arrendador; el contrato decía que los arreglos mayores tenían que ser aprobados por el propietario, así como los daños mayores, etcétera. Bueno, esa cláusula fue, por esta medida cautelar, suspendida. Es decir, no suspendió los efectos de un acto, sino los efectos de una relación contractual de naturaleza civil.

Y aquí viene algo muy importante. Si ustedes leen la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, verán que el juez tiene una potestad cautelar; puede dictar las medidas que estime pertinentes, aun de oficio; eso lo dice la ley. Ahora, esa palabra “pertinente” tiene que ver con el caso, con la pretensión deducida. Tú no puedes dar más allá de lo que se te pide, ni inventar –como un conejo sacado de un sombrero– una medida que consideres que, de alguna manera, va a contribuir a hacer efectiva la ejecución de un fallo, pero que, en realidad, lo que está haciendo es anticipando los efectos del fallo definitivo. Que te levanten el velo corporativo y extiendan los efectos de una medida de embargo a un conjunto de personas que ni siquiera son parte en el proceso, o que suspendan los efectos de un contrato, pues, obviamente, excede la accesoriedad de las medidas cautelares y, desde mi perspectiva, no es el propósito de la ley permitir que se dicte cualquier medida, incluso ajena a la pretensión deducida.

Es interesante revisar las medidas que se han dictado por parte de nuestros tribunales, que son sistemáticamente negadas cuando las piden los particulares, pero que, cuando las pide la Administración pública, son,

en los casos de demandas de contenido patrimonial, acordadas en el 100 % de los casos y, en algunas medidas cautelares de suspensión de efectos o de amparos cautelares, también son, en su mayoría, acordadas.

Esto, obviamente, nos habla de otro tema interesante: que el problema no es de la ley. Si ustedes leen la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desde el artículo 4, que establece la potestad cautelar, y después cuando esta lo va desarrollando en el capítulo de las medidas cautelares, ustedes dirán: bueno, es un capítulo respecto del cual la ley, obviamente, es perfectible, pero también es una ley que, de ser bien aplicada, conduciría al fin de las medidas cautelares, que, de alguna manera, era enervar ese principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, que hacía que, dentro de los poderes del juez, se equilibraran esos privilegios y prerrogativas del fisco con ese riesgo de que quedara ilusoria la ejecución del fallo, permitiendo, de alguna manera, suspender los efectos o acordar las medidas que fuesen necesarias para garantizar su eficacia.

Entonces, quería llamar la atención sobre estos temas. También quería destacar que hoy en día el derecho administrativo es visto desde una perspectiva totalmente distinta: hoy en día la centralidad del derecho administrativo es la dignidad del ser humano, del ciudadano. Y, en segundo lugar, impera el concepto de buena Administración. No puede entenderse el derecho administrativo –y, por supuesto, el contencioso-administrativo– como un mecanismo de protección del Estado. Es todo lo contrario: se trata de poner al ciudadano como centro de la discusión y de que el derecho administrativo cumpla sus fines en función de ello, que no son otros que garantizar una buena Administración y reconocer la dignidad del ser humano como el eje central de toda esta discusión.

Luis Ortiz Álvarez

Me toca conversar un poco con ustedes sobre las medidas cautelares, especialmente desde la perspectiva del *common law*, y me voy a concentrar en el derecho americano. La verdad es que hay muchos mitos respecto de las diferencias que hay a veces entre el derecho civil y el derecho del *common law*. Cuando uno las estudia con cierto detalle en alguna de esas instituciones, más bien encuentra muchísimas similitudes. Evidentemente, hay diferencias históricas y, en ocasiones, técnicas desde el punto de vista de la legislación y del tema de los precedentes en el *common law*, pero en muchos temas –incluyendo este– las similitudes están más presentes que las diferencias.

Una diferencia práctica, desde el punto de vista procesal, que quiero hacer notar, viendo las interesantes estadísticas que mencionó Gonzalo, es que los jueces aquí, en materia de medidas cautelares, suelen ser más agresivos contra la Administración; los porcentajes de éxito son más altos y no están influidos por el control que pueda tener el Estado sobre ciertos

entes. Debo acotar también que, lamentablemente, en el último año, en particular, se ha visto quizás la existencia de ciertas motivaciones políticas, aparentemente, en lo que se llama el otorgamiento de medidas cautelares. Durante la administración del presidente Biden, por ejemplo, los *injunctions* y las llamadas TRO (*temporary restraining orders*) fueron muy limitados. Cuando llegó Trump al poder, esto se multiplicó considerablemente, al incrementarse los ataques judiciales y, proporcionalmente, el otorgamiento de medidas cautelares.

De manera muy básica, en el derecho americano tenemos dos grandes tipos de medidas de protección cautelar. Tenemos, en primer lugar, las llamadas *temporary restraining orders* (TRO) y las llamadas *injunctions*, que pueden ser temporales y permanentes (aunque las que nos interesan, por sus efectos, son las *preliminary injunctions*).

La TRO es una medida temporal de extrema urgencia que normalmente tiene una duración muy breve. Tanto la TRO como las *injunctions* tienen regulación tanto a nivel federal como a nivel de los estados. A nivel federal, la regulación principal está en la Rule 65 de las Federal Rules of Civil Procedure. En el estado de Florida, por ejemplo, está en la Rule 1.610 de las Florida Rules of Civil Procedure. Ahí se encuentra la base legislativa para el otorgamiento de TRO e *injunctions*.

Las *temporary restraining orders* (TRO) son de corto plazo. A nivel federal pueden durar como máximo 14 días y pueden extenderse por 14 días más, pero la regla es que son muy limitadas en el tiempo y luego se transforman en una *injunction*. La *injunction* no tiene limitación de tiempo, sino que puede durar hasta que se dicte la sentencia definitiva. Esa es la perspectiva federal. Desde el punto de vista estatal, el estado de Florida, por ejemplo, no tiene limitaciones temporales ni para las TRO ni para las *injunctions*.

En ambos casos suele ser obligatoria la exigencia de una caución cuando se otorgan una medida cautelar de esta naturaleza –por lo menos a nivel federal, así lo establece la Rule 65 (c)–, pero a nivel estatal hay excepciones o el régimen es más flexible, como ocurre en el estado de Florida, que la exige de manera obligatoria solo en algunos casos.

La TRO puede ser dictada *ex parte*, es decir, *inaudita parte*. En cambio, las *injunctions* requieren, por ley, la notificación de la otra parte y que haya una audiencia (*hearing*). Esa es una diferenciación importante. En la práctica, muchas medidas que inician con la figura del *temporary restraining order* se transforman luego, una vez vencido su plazo de vigencia, en una petición de *injunction* y en la continuación de la orden inicialmente otorgada.

Respecto de las condiciones de procedencia, en ambos casos (TRO e *injunction*) son las mismas. Aquí, en Estados Unidos, se suelen dividir en

cuatro causales, muy similares a las que nosotros conocemos en el derecho civil venezolano.

En primer lugar, se exige lo que se llama el *prima facie case*, que no es sino la presencia de una probabilidad de éxito en el fondo del caso; es decir, lo que nosotros conocemos como el *fumus boni iuris*. Suele verse en el tema de las *injunctions* como una probabilidad alta o sustancial de éxito, lo que las cortes han dicho que significa un 50 % o más. Cuando te dictan una TRO no te exigen ni siquiera el 50 % si es un caso de extrema urgencia, pero para obtener la *injunction* final (hasta que dure el juicio en su totalidad) se requiere una probabilidad de éxito.

Luego tenemos el daño irreparable o de difícil reparación, que es básicamente lo mismo que nosotros conocemos en Venezuela y que es una condición también indispensable. Si no hay daño irreparable, no hay necesidad de una medida cautelar, y si no hay una probabilidad de éxito, no hay posibilidad de obtenerla.

Adicionalmente a eso, además del daño irreparable que puede sufrir el peticionario, el tribunal pondera lo que se llama en Estados Unidos el *balance of hardships*; la ponderación de intereses en el caso concreto, los intereses del afectado directo (la contraparte), y pondera a quién va a afectar más el otorgamiento de la medida cautelar.

Y, en cuarto lugar, se exige que la medida cautelar sirva al interés público o al interés general. Entonces, aquí ello forma parte de lo que nosotros conocemos como ponderación de intereses, pero no solo de intereses privados, sino también de los intereses públicos. Es decir, si esto va a afectar a los consumidores, puede afectar la salud, puede afectar al medio ambiente, etcétera. Hubo un caso famoso en España –para hacer una comparación– donde se pidió una medida cautelar contra la construcción de un estadio de fútbol (creo que era el Real Madrid en Madrid), y el argumento era que la construcción tenía un impacto ambiental altísimo e iba a destruir una serie de árboles. En la discusión de la medida cautelar, el juez concluyó, tras la ponderación de intereses, que el fútbol era más importante que los árboles y, por tanto, negó la medida y mandó a cortar los árboles.

Bajo la perspectiva del derecho americano, se suele decir que no hay daño irreparable cuando el daño final es susceptible de ser compensado con dinero y puede ser indemnizado. Como regla, no hay irreparabilidad de ese daño, lo cual es a veces difícil de explicar porque, en teoría, casi todo es susceptible de ser reparado con dinero. Entonces, las cortes han hecho distinciones cuando se busca la protección en naturaleza, cuando hay supuestos que no son reparables en dinero o que requieren una protección inmediata y que no pueden esperar (por ejemplo, los daños reputacionales o cuando hay un riesgo de insolvencia de la otra parte).

Esas condiciones aplican por igual a las TRO y a las *injuncti*ons. Para el caso de los TRO, quizás se estudian niveles más bajos de *fumus boni iuris* y se exige un nivel adicional de urgencia. En cambio, las *injuncti*ons se estudian ya con los estándares y parámetros que mencioné anteriormente.

En otros países, cuando se habla del tema monetario, hay tendencias como el caso francés de las llamadas “provisiones económicas” y lo que se llama en Francia el *référé-provision*, donde, al principio del juicio, si tienes un alto nivel de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, te puedes anticipar la totalidad o parte del dinero que estás pidiendo en la demanda. Cuando el caso es incontrovertido y está claro que vas a ganar, la normativa francesa autoriza a los jueces a entregar dinero por adelantado, sujeto a caución (si pierdes después, tienes que devolver el dinero con intereses). Es una tendencia moderna interesante que está presente en algunos países.

Respecto al tema de las medidas cautelares en Europa, siempre está aquella figura o mito del prejuzgamiento. Se dice que, en teoría, la medida cautelar no puede prejuzgar el fondo. En mi opinión, eso es una aproximación incorrecta o un mito, porque la única manera de estudiar adecuadamente la apariencia de buen derecho o el *fumus boni iuris* es prejuzgando el fondo. De hecho, justamente para estudiar la probabilidad de éxito de un caso, no hay manera de hacerlo cerrando los ojos. Tienes que ver las pruebas, tienes que examinar el expediente y hacer un cálculo, una aproximación de probabilidad de éxito, y para eso tienes que ver el fondo.

Lo que se dice técnicamente –y esta es la interpretación correcta de “no prejuzgar el fondo”– es que esa medida cautelar no es irreversible o definitiva, sino que puede ser modificada o alterada durante el juicio con las otras pruebas que vayan surgiendo. Pero lo que no puede hacerse es negar una medida cautelar alegando que va a prejuzgar el fondo porque no quiero tocar el fondo. Tienes que tocar el fondo. De hecho, la única manera de otorgar medidas cautelares adecuadamente es estudiando la apariencia de buen derecho y, de ser posible, estudiándola en profundidad con todas las pruebas que tengas al inicio del proceso, porque, de lo contrario, vas a otorgar medidas cautelares a personas que tienen juicios sin ningún tipo de fundamento, e incluso abusivos.

Entonces, el *fumus boni iuris* es, en mi opinión, una condición indispensable de análisis en todo tipo de proceso, incluidos los procesos civiles en Estados Unidos y también en el arbitraje internacional. Cuando uno ve prácticamente todas las reglas de los centros de arbitraje, advierte que todos tienen provisiones sobre medidas cautelares y, en la gran mayoría de los casos, se habla del daño irreparable, pero también se exige estudiar el tema de la apariencia de buen derecho.

En el tema del arbitraje, además de las medidas cautelares, ahora se ha desarrollado una figura nueva, que es la del árbitro de emergencia, porque a veces la constitución de un tribunal arbitral toma tiempo (muchos meses). Entonces, está la posibilidad de que, mientras todos los árbitros se sientan y se constituye el tribunal, se nombre un árbitro de emergencia para que dicte medidas cautelares.

Ese es un poco el esquema general sustantivo de las medidas cautelares en el derecho americano, las *temporary restraining orders* (TRO) y las *injunctions*.

Analizado todo lo anterior, lo idóneo sería entonces ver este tema con ejemplos. Creo que, para el correcto entendimiento de las medidas, hay que verlo con ejemplos, y quiero concentrarme básicamente en ejemplos de la práctica del derecho americano.

Como dije, desde que inició la administración de Trump ha habido una avalancha de *injunctions* y de TRO contra la administración actual. Uno de los temas principales con los que esto se inició fue una orden ejecutiva (la n.º 13160) que dictó Trump, relacionada con el tema de la ciudadanía por nacimiento, básicamente restringiendo a quiénes podía otorgárseles la ciudadanía por el hecho de haber nacido en Estados Unidos. La intención era eliminar ese derecho para las personas que entraron ilegalmente al país. Esa orden ejecutiva fue impugnada en los tribunales e, inmediatamente, varias cortes dictaron TRO y luego las transformaron en *injunctions*, con lo cual se suspendió esa orden ejecutiva. Pero la administración de Trump apeló y eso llegó a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, dando origen al caso Trump v. CASA y a la sentencia del 27 de junio de 2025, donde, de manera interesante, la Corte Suprema dijo que los jueces federales de cada estado no pueden estar dictando lo que se llama *national injunctions*; es decir, *injunctions* que vayan más allá de las partes y que se apliquen a todo el mundo. Básicamente dijo que el derecho federal no otorga base legal para que los jueces estén dictando *national injunctions* y que, por ende, estas *injunctions*, o medidas cautelares, en principio van a estar limitados a las partes del caso. La Corte Suprema dejó la puerta abierta a ciertas excepciones (las *class actions*), pero la regla es que solamente las partes en un caso concreto pueden ser los sujetos pasivos de una medida cautelar (TRO o *injunction*), con lo cual se apagó un poco esa intensidad de los ataques que había contra toda orden ejecutiva que dictaba Trump, porque ahora no la puedes eliminar a nivel nacional, sino que queda limitada a las partes.

Otro tema práctico que ha generado muchos TRO e *injunctions* es el de las deportaciones. Ha habido muchos casos, incluidos casos de venezolanos, que han impugnado intentos de deportación, y eso ha llevado a múltiples tribunales a dictar medidas temporales de restricción, a dictar *injunctions*, y muchos de esos casos están todavía en curso.

Otro tema importante, de mucho peso político, que estuvo en las noticias fue el caso de las tarifas económicas que dictó Trump contra otros países. El mismo día que Trump llamó el “*Liberation Day*”, en el que dictó todo este bloque de tarifas, también dictó unas órdenes ejecutivas que fueron inmediatamente atacadas en las cortes; sin embargo, en este caso específico, la mayoría de las cortes negaron las medidas cautelares y lo vieron como un tema de discrecionalidad económica y de policy del gobierno. Básicamente, hasta el día de hoy, el caso ha ido favoreciendo a la administración de Trump y uno de esos casos está actualmente en la Corte Suprema de Justicia. Hace poco hubo argumentos y algunos piensan que hay una inclinación a que la Corte lo va a restringir; otros no lo tienen claro, pero es un caso que pronto va a ser decidido por la Corte Suprema de Justicia.

Otro tema interesante, como estábamos discutiendo al principio, es el siguiente: la profesora Grau mencionó si, en el caso de la OFAC y de las sanciones económicas, se ha visto el tema de las medidas cautelares. La respuesta es que sí. Quizás hay dos bloques; las decisiones de la OFAC cuando incluye a alguien en la lista OFAC o designa a alguien como un individuo sujeto a sanciones económicas y a la congelación de sus bienes en Estados Unidos. Muchas de esas decisiones han sido atacadas en los tribunales y, en algunos casos, las cortes han dictado *temporary restraining orders* o *injunctions* para sacar a la persona de la lista o para levantar ciertos bloqueos, pero es algo muy excepcional. Hay mayor discrecionalidad y, por tanto, mayor deferencia respecto del criterio de la OFAC cuando, por ejemplo, te otorgan o te niegan una licencia específica para hacer negocios en otros países (incluyendo Venezuela). En este tipo de casos, prácticamente las cortes casi nunca han levantado o sustituido ese criterio de la OFAC. Hay mucha deferencia hacia la Administración pública.

Después está el tema de los poderes de guerra y de los temas militares. Hubo un caso donde se pidió una medida cautelar contra una famosa lista que tenía el gobierno de Estados Unidos en el pasado, la “lista para matar gente”, que se llama la *kill list*. Habían incluido a una persona, y esa persona dijo que no había justificaciones para que estuviese en la lista de quienes podían ser eliminados. Entonces fue a una corte para que lo sacara de ella, pero, en ese caso específico, la corte no la otorgó; la negó.

Respecto a los ataques recientes de Estados Unidos a los llamados *drug boats* (los botes que llevan droga, tanto en el Caribe como en el Pacífico), hasta el día de hoy no ha habido litigios específicos en los que se hayan solicitado medidas cautelares, quizás porque no ha habido una orden escrita específica del tipo de una *executive order*. Pero no me extrañaría que, en el futuro, si esto continúa y se materializa de manera formal, haya ataques en las cortes, y no me extrañaría ver a cortes dictando *injunctions*; sin embargo, tratándose de temas de guerra y de los poderes

militares, la tradición judicial es, de nuevo, la deferencia y, a nivel de las apelaciones ante la Corte Suprema, lo más probable es que las cortes no puedan revocar este tipo de actuaciones militares adoptadas por la administración de Trump.

Otros casos relacionados. En algún momento hubo múltiples solicitudes de *injunctions* contra la venta de las acciones de CITGO. Al final, más bien la OFAC intervino y fue suspendiendo y alargando el proceso en el tiempo, pero, paralelamente, eso ha ido avanzando muchísimo y es probable que termine materializándose.

Además de este bloque de casos recientes, históricamente el tema de las TRO y de las *injunctions* ha dado lugar a muchos casos famosos, algunos extraños, incluso abusivos o hasta extravagantes. Por ejemplo, un caso famoso, el caso Stambovsky, de 1991, donde, en una demanda para resolver un contrato de compra de una vivienda, el demandante pidió una TRO, diciendo que se había enterado de que, supuestamente, la casa estaba embrujada. Cuando pusieron la casa en venta, la persona puso: “Esta casa está embrujada” (*haunted*). La demanda fue, obviamente, rechazada porque no pudo demostrarse la presencia de los fantasmas.

Otro caso famoso en las noticias fue una TRO que se pidió para evitar que una persona en una vecindad prohibiera a un gallo (que se llamaba Elvis) cantar a las 4 de la mañana. En ese caso concreto fue también negado, y la corte dijo que era un tema de libertad de expresión y que no se probaron las condiciones de procedencia de la TRO.

Hubo un caso famoso en Florida de una persona que fue a una corte para pedir una *temporary restraining order* contra el Sol, porque decía que el Sol en Florida era muy fuerte y causaba radiación. Por supuesto, la jueza dijo expresamente: “El caso se niega por falta de jurisdicción sobre el Sol”.

Ha habido muchos casos de personas que van a las cortes en Estados Unidos; entre ellos, uno de un aficionado de los Dallas Cowboys, pidiendo a las cortes que le prohibieran al equipo de fútbol americano perder el domingo. Imaginen lo mismo con el Caracas o el Magallanes. Evidentemente, ninguno de esos casos ha sido aprobado, pero revela un poco la visión, a veces excesiva, de cómo los americanos dicen: “Mira, tenemos que ganar el juego, vamos a una corte a pedir un TRO”. Algo, obviamente, inaceptable, pero ha pasado.

Un caso donde un vidente demandó a Sylvester Stallone (el actor de *Rocky*) porque dijo que Sylvester Stallone le había robado sus ideas telepáticamente. Evidentemente, la demanda también fue desestimada.

Un caso de una persona que demandó a Google porque Google mantenía una foto de él que, en su criterio, era una foto fea y que no lo presentaba como era (una persona muy humorística y galante). La

conclusión de la corte fue que no estaba presente el requisito del daño irreparable y, por tanto, dejó la foto publicada en Google.

Hubo otro caso contra el Pentágono de Estados Unidos para que el Pentágono dejara de estar poniendo *nanodots* en las nubes (ese caso famoso que está, a veces, en las redes sociales, de que supuestamente están poniendo cosas en las nubes y haciendo aerosol spray a las personas). La Corte rechazó la medida de *injunction*, al considerar que no estaba demostrado ninguno de los elementos que alegaba el demandante.

Eso sirve para ver un poco los casos prácticos de cómo los americanos los ven, y los casos que ya han llegado a niveles importantes, con impacto incluso en una administración. Porque, por ejemplo, se llegó a un nivel en el que prácticamente todas las órdenes ejecutivas que estaba dictando la administración de Trump estaban siendo impugnadas en los tribunales y prácticamente todas estaban siendo suspendidas a través de *temporary restraining orders* o de *injunctions*. Y eso puede llevar a un daño o un temor mayor, que es lo que se llama el “gobierno de los jueces”. O sea, aquí está el artículo 2 de la Constitución, según el cual el Poder Ejecutivo tiene ciertos poderes, y la idea es que tenga cierta flexibilidad para tomar determinadas decisiones, y no todas ellas pueden ser tomadas por los jueces en lugar de la Administración.

Esas son las perspectivas del derecho americano. Tenemos las TRO, las *injunctions*, causales de procedencia similares a las del derecho civil, y se trata de instituciones de uso muy común tanto a nivel federal como a nivel estatal en los Estados Unidos.

SEMINARIOS Y CONFERENCIAS

SEMINARIO: LA VALIDEZ DEL JUEZ DE ÚNICA INSTANCIA Y LA NECESARIA CASACIÓN

Ponentes:

Salvador Yannuzi y José Gregorio Silva Bocaney

Fecha: 26 de febrero de 2025

Moderador. Pier Paolo Pasceri

Para desarrollar este tema tendremos dos ponentes de altura. Antes de cederles la palabra, permítanme introducir el tema con algunos tópicos para luego presentar a cada uno de ellos y dejar que realicen su disertación.

Un primer tópico para enmarcar este seminario. Al hablar del contencioso administrativo y de la casación que pudiera darse dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana, debería analizarse la posibilidad de que existan tribunales que conozcan en última instancia y cuyas sentencias, bien sean definitivas o interlocutorias, sean susceptibles de casación, así como tribunales que conozcan en primera y única instancia cuyas sentencias, también definitivas o interlocutorias, sean igualmente susceptibles de casación. Evidentemente, el tema nos lleva a considerar principalmente los tribunales que conocen en primera y única instancia. No obstante, la casación pudiera abarcar ambos tipos de tribunales y ambos tipos de sentencias.

Bajo ese contexto, surgen algunas preguntas que han llevado a que la doctrina científica más granada venezolana haya tratado el tema. Lo primero es preguntarnos ¿puede haber tribunales o jueces que conozcan en primera y única instancia sin violentar la Constitución ni los pactos internacionales suscritos por Venezuela?

Un segundo tópico, respecto a la casación en la jurisdicción contencioso-administrativa, consiste en preguntarnos si la Sala Político-Administrativa debería desconcentrarse –me refiero al ejercicio de sus competencias– en tribunales de grados inferiores para, desde allí, plantearse la casación. Esta sería una fórmula nomofiláctica excepcional que regularía gran parte de la jurisprudencia y su vinculación en materia de los tribunales contencioso-administrativos.

Un tercer tópico interesante para analizar y enmarcar dentro de la casación es si el recurso especial de juridicidad previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –posteriormente

derogado mediante sentencia de la Sala Constitucional– constituyó una suerte de casación dentro del contencioso administrativo.

Un cuarto tópico. Dada la amplitud constitucional prevista en el artículo 266, numeral 8, de la Constitución, que permite ahora que cualquier Sala del Tribunal Supremo de Justicia conozca del recurso de casación –lo cual era uno de los obstáculos que antes existía–, cabe preguntarse si resulta procedente ahora este recurso o si debe haber una atribución expresa que le otorgue esta facultad a la Sala Político-Administrativa, utilizando, evidentemente, para ello la disposición genérica prevista en la ley de la jurisdicción y la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil. De establecerse la casación en el contencioso administrativo, ¿cuál sería la fórmula que se utilizaría? ¿Sería la que se empleó en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, esto es, una casación sencilla, sin mucho formalismo, que, al parecer, ha sido muy exitosa en el área laboral?

Dicho esto, y existiendo algunas sentencias que serán comentadas por los ponentes, así como planteados estos tópicos, me corresponde presentar a los ponentes del día de hoy. En primer lugar, intervendrá el doctor Salvador Yannuzzi, exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, profesor jubilado tanto de la Universidad Católica Andrés Bello como de la Universidad Central de Venezuela, donde impartió clases de pregrado y posgrado, y autor de diversos trabajos en materia procesal y probatoria.

El segundo profesor que nos acompañará el día de hoy es el doctor José Gregorio Silva Bocaney, abogado especialista en derecho administrativo y gerencia municipal. Cuenta con un doctorado en Derecho y es profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Central de Venezuela.

Enmarcada la exposición y habiendo leído una brevísima síntesis curricular de los ponentes, le damos la palabra al profesor Yannuzzi, deseándole éxito en su exposición. Cuenta con veinte minutos, profesor. Bienvenido.

Salvador Yannuzzi

Muchísimas gracias. Buenas tardes a todos. En primer lugar, saludo a los señores integrantes de la junta directiva de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, promotores de este evento; a las autoridades universitarias presentes; a los doctores José Gregorio Silva y Pier Paolo Pasceri, expositor y moderador de este evento; y a todos los participantes de este programa.

Quiero decirles a los estimados participantes, previamente a entrar en el tema de la casación, que estimo oportuno hacer una referencia al proceso, porque son temas vinculados. Como sabemos, en Venezuela la justicia tiene una base constitucional. La Carta Magna establece, en el

artículo 257, que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y agrega que las leyes procesales establecerán la simplificación, la uniformidad y la eficacia de los trámites, además de adoptar un procedimiento breve, oral y público. Es decir, la normativa constitucional se refiere a políticas legislativas mutables para la tramitación de las causas.

Cabe recordar que, en el artículo 258 constitucional, se dispone como fórmula para dirimir controversias la justicia de paz en las comunidades, cuyo trámite está regulado por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal. Esta ley le atribuye al juez de paz una multiplicidad de competencias, entre otras, para la solución de controversias patrimoniales hasta por un monto de 250 unidades tributarias, así como en materia arrendaticia, violencia de género, divorcios por mutuo consentimiento, disolución amigable de comunidad de bienes, etcétera.

Por otra parte, la misma Constitución, en su artículo 259, instituye que la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, mientras que, en el artículo 261 de la Carta Fundamental, se establece que la ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales, a la competencia, a la organización y al funcionamiento de los tribunales, en cuanto no esté previsto en la Constitución. Así tenemos, por ejemplo, jurisdicciones diversas, como la laboral, la agraria y la de protección de niños, niñas y adolescentes, todas ellas con sus reglas particulares.

Todo lo anterior se debe concatenar con el dispositivo del artículo 49 constitucional, que establece que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. La consecuencia de ello es que la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. A ello debe agregarse que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de procedimiento. Por tanto, la ley debe regular las oportunidades en que los sujetos procesales pueden realizar sus actividades y los lapsos para ello, lo que se traduce en una garantía para la seguridad del proceso. Sin embargo, una vez sustanciado el proceso respetando las garantías establecidas en la normativa adjetiva y en la constitucional, puede suceder que los litigantes, o alguno de ellos, no estén de acuerdo con la decisión del operador de justicia por diversas razones, que podemos resumir de la siguiente manera.

En primer lugar, la ignorancia del juez. Esto no debe tomarse en sentido peyorativo, sino como la ausencia completa de conocimiento del tema que se está tratando. En Venezuela, los tribunales tienen asignadas competencias múltiples que a veces dificultan o impiden abarcar toda la normativa que el operador de justicia debe aplicar. Debemos recordar, entre otras, que, de conformidad con el dispositivo del artículo 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el derecho extranjero será

aplicado de oficio por el juez, aunque las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable. Es decir, el derecho extranjero está incluido en el principio *iura novit curia*. En consecuencia, el juez no solamente debe conocer el derecho nacional, sino también el derecho foráneo. Debemos tener presente que, cuando el abogado presenta el caso, ya ha hecho un estudio adecuado del asunto y, en cambio, a veces el juez simplemente tiene tres días para proveer.

En segundo lugar, tenemos que el juez no entendió la problemática planteada y, por tanto, no puede resolver la controversia de manera justa. El tercer aspecto pudiera ser el error en que incurra el juez. Si bien este supuesto parte de que hay un contenido cognoscitivo por parte del operador de justicia, sin embargo, ello no excluye la posibilidad de error. En cuarto lugar, el juez consideró que no se habían comprobado los alegatos de las partes, en particular los de aquel litigante a quien incumbía la carga de la prueba. Finalmente, tenemos que el juez tenía interés en las resultas del pleito, directa o indirectamente.

Ante dicha circunstancia, la legislación, de manera general, establece el derecho de alzarse en contra del fallo proferido en el juicio mediante el recurso de apelación. Esto está establecido en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que toda sentencia definitiva dictada en primera instancia es apelable, salvo disposición especial en contrario. Mientras que, para las interlocutorias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 289 del mismo código, se admitirá apelación solamente cuando produzcan un gravamen irreparable.

Con respecto a la sentencia de mérito, no hay restricción para interponer la apelación debido a la cuantía. Sin embargo, sí existe limitación para formalizar un recurso de casación por razón de la cuantía.

Antes de aludir a la cuantía, considero oportuno hacer referencia al origen del recurso de casación en Venezuela, que data de la época guzmancista, es decir, de finales del siglo XIX. Debe recordarse que Guzmán Blanco accede al gobierno el 27 de abril de 1870 y comienza el Septenio, que dura hasta febrero de 1877. En esta etapa se ponen en marcha muchos proyectos para modernizar el país. Durante esa época, en 1876, se hizo una reforma legislativa y, el 13 de junio de ese año, se dicta la primera Ley de Casación, surgiendo el recurso como una función nomofiláctica, es decir, como un mecanismo orientado a garantizar la interpretación uniforme de la ley, cuyo fin fundamental es unificar la jurisprudencia nacional o, en otras palabras, preservar el cumplimiento de las normas tal y como han salido de la Asamblea. Con ello se dio cumplimiento a la propuesta que hizo el Libertador Simón Bolívar ante el Congreso de Angostura en 1819 –estamos hablando de más de 70 años después–, que era establecer la casación. Esta normativa posteriormente fue acogida por el Código de Procedimiento Civil de 1897.

La ley a que hemos hecho referencia fue modificada durante el quinquenio guzmancista por la ley del 25 de junio de 1881, que crea la casación de instancia, cuya vigencia fue efímera, ya que fue eliminada mediante la ley del 6 de junio de 1884. La ley de 1881 estableció una limitación del recurso por la cuantía del juicio y circunscribía el recurso a los juicios civiles cuya acción principal no excediera de 2.000 bolívares. Debe recordarse que, desde el año 1879 –dos años antes–, comenzó a circular el bolívar como moneda de curso legal, que sustituyó al venezolano, y derogó la limitación que estableció la ley de 1876, la cual excluía del recurso las decisiones dictadas en juicios de una sola instancia, por ejemplo, los juicios de invalidación y las decisiones judiciales inapelables.

La casación de instancia revive en la ley del 13 de junio de 1891, en la cual se estableció que, para mantener la unidad de la jurisprudencia nacional y de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Federal, se instituyó el recurso de casación ante la Alta Corte Federal. Esta normativa tuvo una existencia fugaz porque fue eliminada por la ley del 5 de abril de 1895, circunstancia que reiteró el Código de Procedimiento Civil de 1897.

Sin embargo, la casación de instancia se vuelve a insertar en la Constitución de 1947, cuyo artículo 220 dispuso, como atribución de la Corte Suprema de Justicia, que esta podía conocer del recurso de casación y de los demás cuya decisión le atribuyera la ley. Continuaba la norma señalando que, al declarar con lugar el recurso de casación por infracción de ley, la Corte decidiría sobre el fondo de la sentencia casada. El artículo 134 de la Constitución de Venezuela de 1953 determinó, como atribución de la Corte de Casación, conocer del recurso de casación y de los demás cuya decisión le atribuyera la ley, eliminando la atribución de pronunciarse sobre el mérito de la causa.

Hoy en día, en materia civil, para acceder a la casación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se señala que la cuantía para el ejercicio del recurso de casación es aquella que exceda de 3.000 veces el tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor establecido por el Banco Central de Venezuela. Esta cuantía también fue establecida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia n° 39, dictada el 22 de marzo de 2024.

Por lo que hemos expresado, debemos indicar que, en materia civil, no había experiencia en la casación de instancia, sino únicamente en la casación de derecho, que es aquella que se funda en un error de interpretación acerca del contenido y alcance de una disposición expresa de la ley, en la falsa aplicación de una norma, o cuando se aplica una norma que no esté vigente o se le niega aplicación a una norma en vigor.

Sin embargo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en diversas sentencias dictadas en 2017, varió sustancialmente la casación civil venezolana en los aspectos siguientes:

En primer lugar, determinó que la Sala podría casar de oficio en cualquier supuesto, sin tener que analizar si se habían afectado el orden público (sentencia n° 432 del 28 de junio de 2017). Con ello se amplió el control de la legalidad de los fallos recurridos, porque siempre podía casar de oficio la sentencia al observar una infracción de la ley.

En segundo lugar, estableció la casación de instancia al suprimir el reenvío (sentencia n° 510 del 28 de julio de 2017). Como verán, las sentencias fueron prácticamente seguidas, con un mes de diferencia. Esta última sentencia, la n° 510, fue objeto de revisión por la Sala Constitucional y, en consecuencia, dicha Sala, el 18 de mayo de 2018, dictó la sentencia n° 1362 con efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro. A partir de su publicación, la Sala Constitucional comulga con las razones de la Sala de Casación Civil para desaplicar las correspondientes disposiciones procesales y, en consecuencia, declaró conforme a derecho la desaplicación, por control difuso de constitucionalidad, de los artículos 320, 322 y 522 del Código de Procedimiento Civil, así como la nulidad del artículo 323 del mismo código. Por ende, también quedó en desuso el artículo 210 de dicho código. Se eliminó la figura del reenvío en el proceso de casación civil como regla y se la dejó solo de forma excepcional, pero la Sala Constitucional estuvo en desacuerdo con el criterio sustentado por la Sala de Casación Civil con respecto al efecto sobre todos los recursos futuros que dio esa Sala a su decisión. Es decir, se modificó sustancialmente el recurso de casación venezolano, que había seguido un modelo francés mestizo – como señalaba el profesor Luis Aquiles Mejías – para aproximarlos al recurso español, sistema existente en la casi totalidad de los países hispanoamericanos.

Ante ello, y para solventar la situación derivada de la decisión de la Sala Constitucional, la Sala de Casación Civil, el 29 de mayo de 2018 –días después de que la Sala Constitucional se pronunciara–, dictó la sentencia n° 254, mediante la cual procedió a fijar su doctrina en aplicación de la nueva redacción de dichas normas por efecto del control difuso de constitucionalidad, declarando aplicables los supuestos escritos en la primera parte del ordinal primero del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil. Dictaminó que la reposición de la causa en casación solo será procedente en los casos siguientes: (i), cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaban el derecho de defensa; (ii), por desequilibrio procesal, al no mantener el juez a las partes en igualdad de condiciones ante la ley, lo que es mandatorio tanto por la Constitución como por el propio código adjetivo; (iii), por petición de principio, cuando se obstruya la admisión de un recurso impugnativo; (iv), cuando sea procedente la denuncia por reposición no

decretada o preterida; y (v), por la violación de los principios constitucionales de expectativa plausible, confianza legítima, seguridad jurídica y estabilidad de criterios que degeneren en indefensión, o por la violación del debido proceso, del derecho a la defensa y del principio de legalidad de las formas procesales, por infracción de los artículos 7, 12, 15, 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, así como del derecho a una tutela judicial eficaz, cuando se observe un vicio grave que afecte de nulidad la sustanciación del proceso, o que la falta sea tan grave que amerite la reposición de la causa al estado de que se verifique el acto o la forma procesal quebrantada, en aplicación de la reiterada doctrina de esa Sala que prohíbe la reposición inútil y la casación inútil.

Salvo dichas situaciones, la Sala debe pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Por tanto, tenemos que los fallos que dicten los jueces de primera instancia son apelables y recurribles en casación, si la cuantía lo permite, debiendo pronunciarse sobre el mérito de la controversia, salvo los casos de excepción que hemos indicado.

Sin embargo, un sector de la doctrina actual, al referirse precisamente a la reforma del Código de Procedimiento Civil en Venezuela –desconocida por la mayoría–, señala que ello genera múltiples opiniones y reflexiones sobre las instituciones propias del derecho adjetivo, tanto desde la perspectiva particular de la realidad venezolana como, en abstracto, desde la teoría general del derecho procesal. Temas como las pruebas, la intermediación, la forma y oportunidad de los actos procesales y los recursos, entre ellos el recurso de casación, son solo algunos de los que se señalan para su revisión. Por ello, el planteamiento es si sería conveniente redimensionarlo o suprimirlo del ordenamiento jurídico.

Moderador

Le damos las gracias al profesor por la excelente disertación y por haberse ajustado de manera rigurosa al tiempo. Acto seguido, le damos la palabra al profesor José Gregorio Silva Bocaney para que desarrolle su ponencia sobre la validez del juez de única instancia y la necesaria casación.

José Gregorio Silva Bocaney

El profesor Armando Rodríguez García establece, en su trabajo “Apuntes sobre la caracterización de lo contencioso administrativo”, retomando una frase de Jesús González Pérez, la diferencia entre “lo contencioso administrativo” y “el contencioso administrativo”, como una suerte de género y especie. Pero lo más importante de lo contencioso administrativo es el respeto a los principios que rigen la materia, principios que han nacido del propio derecho administrativo y que se han adaptado a sus normas procesales y a sus procedimientos.

¿Qué pasa? Eso lo vemos en la actualidad. Tenemos acciones que son propias de lo contencioso administrativo e incorporan unas situaciones particulares que contiene la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero también existe aquello que, por su naturaleza, es ajeno a lo contencioso administrativo. Por eso estoy trabajando con “lo contencioso administrativo”, porque nos tenemos que basar necesariamente en los principios.

Siendo así, debemos discutir cómo fue la distribución de la competencia en el contencioso administrativo conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (hoy derogada) para poder entender qué pasa en la actualidad. Conforme a esta ley, se hablaba de los tribunales superiores civiles y contencioso administrativos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –una corte única de carácter nacional– y la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia. No estamos hablando necesariamente de una jerarquía de tribunales con una alzada natural, sino que todos estos tribunales eran, dependiendo del caso concreto, tribunales de primera instancia. Eventualmente, bajo la ley existía una segunda instancia: las decisiones de los tribunales superiores civiles y contencioso administrativos eran conocidas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. ¿Qué asuntos conocían estos tribunales superiores contencioso administrativos? Los casos contra las actuaciones o situaciones omisivas de las autoridades estatales y municipales, principalmente. La Sala Político-Administrativa se limitaba a las máximas autoridades nacionales, y la Corte Primera tenía una competencia residual sobre aquello que no hubiese sido asignado a la competencia de los superiores ni de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en materia de nulidades.

Pero, en materia de demandas contra la República y sus institutos autónomos, la ley era clara; su competencia se distribuía de acuerdo con la cuantía. Conocían de ellas los tribunales superiores si la cuantía no superaba un millón de bolívares; la Corte Primera, si la cuantía era de entre uno y cinco millones; y la Sala Político-Administrativa, si la cuantía era de más de cinco millones de bolívares. Estamos hablando de las demandas contra la República y sus institutos autónomos –no contra sus entes descentralizados, necesariamente–. Pero también preveía la posibilidad de que se demandara a otros entes descentralizados de derecho privado y también al Estado. La misma Ley Orgánica de la Corte consideraba que eran demandas de derecho ordinario, no propias de lo contencioso administrativo, aun cuando estuvieran reguladas en la Ley Orgánica de la Corte. Lo establecía la ley, pero no formaba parte de lo contencioso administrativo.

Esta situación cambia un poco con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como vemos en esta lámina. Se elimina la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Ya, por

resolución del Tribunal Supremo de Justicia, se había creado en alguna oportunidad la Corte Primera y la Corte Segunda, pero aquella estructura fue sustituida por una nueva figura: los tribunales nacionales de lo contencioso administrativo. Dos en Caracas, según la ley; uno en la región centro-occidental y uno en la región nororiental. ¿Qué pasa con estos tribunales? La ironía es que la ley crea esos tribunales nacionales, pero no fueron creados en la práctica sino tiempo después. En el caso de la región nororiental, tuvieron que transcurrir diez años para que el Tribunal Supremo de Justicia dictara la resolución que los creaba. Los creó mediante resolución, pero no entraron en funcionamiento, por cuanto nunca llegaron a instalarse. Entonces, una disposición señala que se suprime la competencia; sin embargo, estos tribunales nacionales de la región capital seguirán conociendo de la competencia que tenían, aun cuando corresponda a la región nororiental.

La idea era crear tribunales que acercaran la justicia a las diferentes regiones; esa era la intención de la ley, pero no se terminaron de crear en su totalidad. Ya anteriormente, a partir del año 2000, se había dictado una sentencia en la cual esa única instancia de la que conocía la Corte Primera –y, en consecuencia, conocerían luego los tribunales nacionales– fue sustituida, señalándose que necesariamente tenía que preverse la apelación de las decisiones dictadas anteriormente por la Corte Primera y también de las decisiones dictadas en primera instancia por los tribunales nacionales.

Analizado lo anterior, se deben destacar los instrumentos suscritos por Venezuela que señalan la necesidad de la doble instancia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2, señala el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Si bien ese artículo 8 tiene la apariencia de que se refiere a situaciones penales, la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que esa garantía se aplica tanto a situaciones penales como a cualquier proceso judicial e, incluso, a determinados procedimientos administrativos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también habla de un fallo condenatorio y de la pena, susceptibles de ser recurridos ante un tribunal superior, sin ningún tipo de límite.

Nuestra Constitución, que entra en vigencia treinta años después de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y treinta y tres años después del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala de manera categórica la posibilidad de la segunda instancia. Dice, en su artículo 49.1, que toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir el fallo en los términos que establezca la ley. Es decir, nuestra Constitución establece que no es un derecho absoluto, sino que va a depender del desarrollo que el legislador haya hecho acerca de esa segunda instancia. Sin embargo, la jurisprudencia, ya desde el año 2000 (casos ELECENRO y CADELA) y posteriormente a partir del 2002 (caso Thais Gloria Molina

Casanova), señalaba que la posibilidad de primera y única instancia en el contencioso administrativo, tanto de los superiores como de la Corte Primera, debía tener necesaria apelación.

¿Pero qué pasa con aquellas decisiones tomadas por la Sala Político-Administrativa en primera y única instancia? No tienen posibilidad de apelación. No hay un tribunal que pueda considerarse superior jerárquicamente a la Sala Político-Administrativa. Entonces, pese a aquellos instrumentos internacionales que hablan de la posibilidad de ejercer ese derecho, incluso considerado internacionalmente como un derecho constitucional o un derecho humano a la doble instancia, en Venezuela, en el contencioso administrativo, hay casos donde no existe la posibilidad de ejercer ese derecho de apelación. No existe la doble instancia. Con ello estamos, más o menos, delimitando la situación. El problema no solamente es un problema de doble instancia; es un problema de la existencia o no de un recurso de casación.

Nuevamente vamos a ver la distribución de competencia. Si el caso lo conoce en primera instancia el Tribunal Superior Contencioso Administrativo regional, su decisión tiene apelación ante el tribunal nacional correspondiente, de acuerdo con la región capital, nororiental o noroccidental, y ahí muere. Las decisiones tomadas en primera instancia por los tribunales nacionales tienen apelación ante la Sala Político-Administrativa, y ahí también termina el proceso. Las decisiones tomadas en primera instancia por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no tienen posibilidad de casación. A ello se suma un tribunal adicional: el tribunal de municipio de lo contencioso administrativo, cuya única competencia es conocer de la reclamación por servicios públicos, en virtud de una redacción absolutamente cuestionable, y cuya apelación corresponde conocer al Tribunal Superior Contencioso Administrativo regional. También conoce, en primera instancia, de las materias de inquilinato dictadas por los órganos municipales, mientras que la segunda instancia corresponde a los juzgados superiores contencioso administrativos.

Esto tiene una explicación y una justificación. Conforme a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la distribución de los tribunales civiles con competencia contencioso administrativa era bastante irregular: región de los Andes, región Oriente, región Sur. Dependiendo de ese tribunal, la distancia entre el sitio de afectación del derecho y el tribunal que debía conocer del asunto podía ser enorme. Imagínense que una persona de un pueblo como Caborua, donde el alcalde le vulnera un derecho, tuviera que ir hasta Barinas a ejercer su recurso de nulidad –estamos hablando aproximadamente de seis o siete horas de camino– y cuya apelación era conocida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, única y con sede en Caracas. Indudablemente, esa noción de cercanía no se conseguía.

Ahora, a todos los tribunales contencioso administrativos se les quita la competencia civil y, en cada capital de estado –en la mayoría de los estados–, hay un superior contencioso administrativo regional, salvo en el estado Vargas y en el estado Miranda, por la cercanía con la región capital. Ello ocurre porque, por ejemplo, a una persona de Higuerote que necesite recurrir una decisión, le queda mucho más distante la capital del estado Miranda (Los Teques) que presentar la demanda en Caracas. No se ha considerado pertinente abrir un contencioso administrativo regional dada la poca frecuencia de las acciones que se presentan en ese estado en particular. Pero la mayoría de los demás estados tienen su propio contencioso administrativo regional.

Aquí también tomo las palabras del profesor Armando Rodríguez García, quien señala que esa noción de “justiciable”, que ha estado puesta de moda, identifica a quien está sometido a la justicia. Y, en el contencioso administrativo, quien se encuentra sometido a la justicia es el poder.

Ya estamos hablando de la doble instancia. Vamos ahora con la casación en lo contencioso administrativo y, después, vamos a tomar una posición contraria.

La casación en el contencioso administrativo siempre ha sido negada por la jurisprudencia, especialmente a través de un auto de 1993. Además, en la doctrina se ha analizado poco este tema. Existe un trabajo del profesor Duque Corredor que compara la casación con el contencioso administrativo, en el que llega a la conclusión de que lo que se puede conseguir mediante la casación es lo natural del control de la legalidad, la constitucionalidad y la adecuación; es decir, lo normal y ordinario en el contencioso administrativo. Asimismo, el profesor Iribarren Monteverde tiene dos trabajos acerca de la casación. En un trabajo que pudimos elaborar sobre las demandas contra estados y municipios, tocamos el tema de la casación, pero exclusivamente con respecto a las demandas contra los estados y municipios. ¿Por qué, en este último caso, hicimos esa distinción? Cuando vamos a la jurisprudencia en materia de casación, en la sentencia *Rancho Addy*, del año 2000, se ratifica el criterio del auto de 1993, criterio que fue ratificado en varias oportunidades. La Sala de Casación Civil señaló en aquella oportunidad que no existe casación en lo contencioso administrativo por la única razón de que no está prevista como tal. No existe una norma que regule la casación en el contencioso administrativo. En consecuencia, no existiendo esa norma, no existe casación.

Pero otra sentencia posterior hace un cambio de criterio, aplicando el principio de igualdad, y señala que, si en las demandas que no son parte del contencioso administrativo, pero en las que intervienen las mismas partes –el Estado y un particular–, cuando el particular es demandado sí existe casación, entonces en el contencioso administrativo también

debería existir casación. ¿Qué pasa con esta sentencia específica? Trata de dar el mismo trato a situaciones que no son necesariamente iguales y le da el mismo tratamiento al contencioso administrativo cuando no se trata propiamente de esa naturaleza, como ocurre cuando es una demanda del Estado contra el particular. En ese supuesto, es natural que, cuando el demandado es el particular, primero se trate de una demanda ordinaria, como lo señala la Ley Orgánica de la Corte, porque el contencioso administrativo no es el fuero especial de la Administración. El contencioso administrativo es el fuero que se le otorga al particular para luchar contra los abusos y arbitrariedades de la Administración Pública, como señaló en distintas oportunidades el maestro García de Enterría. Entonces, se iguala en el contencioso administrativo la demanda ejercida contra el Estado con la demanda que el Estado ejerce contra los particulares. Asimismo, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa involucra, dentro del catálogo de acciones del contencioso administrativo, las demandas contra empresas, fundaciones y asociaciones que, por naturaleza, son personas jurídicas de derecho privado, independientemente de que sean de carácter público, pues se rigen por las normas del derecho privado. Entre las normas de derecho privado se encuentra que las demandas se siguen por el procedimiento ordinario ante tribunales ordinarios. Se pretende ampliar el cúmulo de acciones cuyo conocimiento corresponde al contencioso administrativo y no solamente se le impide al particular el derecho de apelación cuando la cuantía de la demanda hace que conozca de ella la Sala Político-Administrativa, sino que, además, aparte de privarlo del derecho a la doble instancia, le quita el eventual derecho de ejercer el recurso de casación. Ello ha llevado prácticamente a la indefensión, sin tomar en consideración las sentencias que han buscado favorecer al Estado frente a los derechos de los particulares.

¿Qué ocurre en este punto específico? Existe una necesidad de casación, pero, para poder aplicar la casación en lo contencioso administrativo, no puede ser que la Sala Político-Administrativa sea tribunal de instancia y tribunal de casación. Esto implicaría necesariamente redistribuir las competencias conforme a la ley para que, de instaurarse el recurso de casación, la Sala Político-Administrativa quede exclusivamente con esa finalidad. Como ejemplo, podemos citar lo que sucede en la jurisdicción laboral con la Sala de Casación Social, que es una Sala de casación que no tiene conocimiento en instancia de ninguna materia, sino que actúa exclusivamente para casar las sentencias en esa materia.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa previó el recurso especial de juridicidad, el cual fue anulado por sentencia del 30 de abril de 2014, aunque ya antes una medida cautelar había suspendido los efectos de ese recurso de juridicidad. El profesor Iribarren Monteverde señala en su trabajo publicado en la Academia que este recurso de juridicidad puede operar, en un momento determinado, como la

necesaria casación, con la finalidad no solamente de imponer los máximos criterios de la máxima autoridad en lo contencioso administrativo – esto es, del máximo tribunal en esa materia–, sino también de cumplir una función que constituye una de las virtudes de la casación: unificar criterios.

Con el sistema anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, siendo única, por lo menos tenía la unidad de criterio en todas las decisiones que conocía comoalzada de los superiores contencioso-administrativos regionales y, además, en aquellas que dictaba en primera y única instancia. En todo caso, al otorgar la necesaria doble instancia a las decisiones de la Corte Primera, también se mantenía la unidad de criterio porque terminaba siendo decisión de la Sala Político-Administrativa. Esa unidad de criterio se pierde con la creación de diferentes cortes de lo contencioso administrativo y, más aún, con los diferentes tribunales nacionales. No podemos entender que exista una verdadera unificación de criterios. Por ejemplo, en materia de función pública, la última palabra la tenía la Corte Primera; ahora la tienen los distintos tribunales nacionales, que pueden tener, en un momento determinado, diferentes interpretaciones.

¿Qué dice la sentencia de 2014 por la cual se anuló el recurso especial de juridicidad? En primer lugar, toda vez que la ley establecía que la Sala Político-Administrativa podía revisar la sentencia, la Sala Constitucional señaló que eso era competencia exclusiva de esta última. Hizo mucho hincapié en la noción de lo que implica «revisar» y dijo que la norma estaba invadiendo la competencia de la Sala Constitucional, porque la posibilidad de revisión mediante el recurso de revisión es competencia exclusiva y excluyente de la Sala Constitucional. Pero ello no se refiere necesariamente a la condición constitucional propia de la Sala Constitucional, sino que puede entenderse que esa atribución era sencillamente una unificación de criterios, no necesariamente de principios y normas constitucionales. En segundo lugar, porque no establecía requisitos, formas ni procedimientos, dejando a la exclusiva discreción de la Sala Político-Administrativa determinar en qué caso iba a tramitar o no el recurso especial de juridicidad. Ciertamente, esos requisitos formales son requisitos que orientan, ordenan y delimitan en qué casos procedería la casación o la juridicidad.

El problema que se presenta es el siguiente. ¿Es necesaria esa revisión? ¿Es necesaria esa unificación de criterios en una sala? Sí, es necesaria. ¿Es necesario que exista una casación? Sí, es necesario unificar criterios de tribunales de inferior jerarquía. Es necesario unificar esos criterios. Entonces, es necesario, llámese recurso de casación o llámese recurso de juridicidad.

Lejos de hacerle un favor al Estado de derecho, la sentencia de la Sala Constitucional que anuló de manera absoluta y categórica los artículos referidos –artículos 95 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa– generó un vacío en materia de unificación de criterios. Una solución quizás sea otra. Pero insisto, para que esa solución sea viable, para que se pueda institucionalizar, se necesita una modificación plena de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o, como estábamos hablando antes de comenzar esta jornada, la posibilidad de una codificación de lo contencioso administrativo. Siempre se ha hablado de esta posibilidad desde los años noventa e incluso se venía planteando la necesidad de esa codificación. Puede incorporarse esa solución en dicha codificación. Pero, como dije al principio de esta exposición, debe entenderse lo contencioso administrativo desde el punto de vista de lo que implican sus principios. Entre ellos, que lo contencioso administrativo no es el fuero de la Administración; por el contrario, es el fuero del particular para luchar contra los excesos de la Administración, que fue precisamente lo que dio origen a esta jurisdicción.

SEMINARIO: EL BALANCE SOBRE MEDIDAS CAUTELARES Y AMPAROS CONTRA EL ESTADO

Ponentes:

Cosimina Pellegrino y Laura Louza

Fecha: 23 de abril de 2025

Moderadora. Maibí Rondón

Buenas tardes. En nombre del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, les damos la más cordial bienvenida al seminario número 37 de la Asociación, el segundo de este año 2025. Esta actividad se realiza dentro del marco de la programación preparada con mucho esfuerzo para todos los miembros de nuestra Asociación y para el Foro Jurídico Nacional e Internacional.

El tema que hoy desarrollaremos es el balance sobre medidas cautelares y amparos contra el Estado, a cargo de las profesoras invitadas Laura Louza y Cosimina Pellegrino, quienes, en un tiempo estimado de aproximadamente 20 minutos cada una, disertarán sobre este tópico de tanto interés para todos.

Iniciaremos esta tarde con la profesora Laura Louza y su exposición sobre el tema “Tutela judicial efectiva e independencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en medidas cautelares y amparos contra el Estado”. La profesora Laura Louza es abogada de la Universidad Católica Andrés Bello, especialista en derecho administrativo de la Universidad Panthéon-Assas Paris II, magíster en derecho, economía y políticas públicas del Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Tiene publicaciones como el libro “La revolución judicial en Venezuela”, publicado por FUNEDA en el año 2011, y también ha publicado artículos en revistas reconocidas nacionales e internacionales sobre justicia, Estado de derecho y democracia. Es fundadora y directora ejecutiva de la ONG venezolana “Acceso a la Justicia”. Le damos la más cordial bienvenida. Es un honor para nosotros tenerla.

Laura Louza

Ante todo, quiero explicarles de qué se trata este estudio que hicimos desde Acceso a la Justicia. Analizamos las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia entre 2021 y 2023, dictadas por las Salas Constitucional, Político-Administrativa y Electoral sobre las medidas cautelares

solicitadas, interpuestas junto con un recurso contencioso-administrativo de nulidad, un recurso contencioso electoral o un recurso de revisión constitucional, siempre que fueran contra actos administrativos. Es decir, analizamos las medidas cautelares, o varias, que se solicitaran junto con estos recursos. En el caso de la revisión constitucional –que realmente es respecto de una sentencia–, tomamos en cuenta aquellos casos de revisión constitucional que se refirieran a alguno de los dos recursos anteriores, o sea, sentencias sobre recursos de nulidad contra actos administrativos o recursos contenciosos electorales. Luego analizamos acciones de amparo autónomo que fueran interpuestas por violaciones de derechos humanos o amenazas, siempre que fueran atribuidas a algún agente del Estado. No incluimos el hábeas corpus, que es prácticamente un amparo –podría decirse así, aunque ello también es discutible–. Eso no está en este estudio; sin embargo, tenemos otro estudio que presentaremos en otro momento.

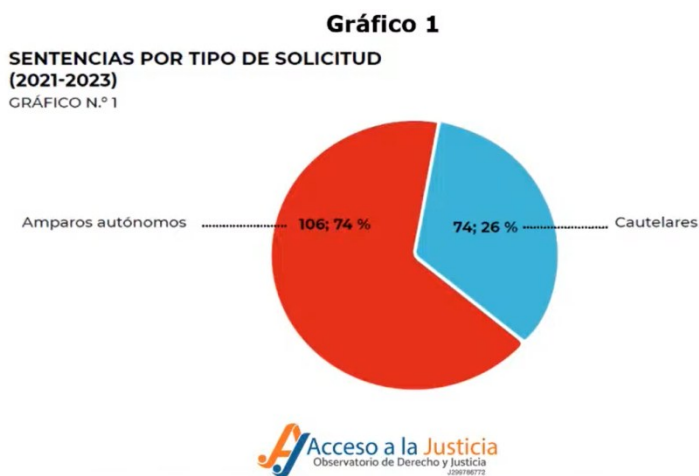
Básicamente, el objeto del estudio que hicimos, y lo que queríamos lograr, era determinar, por un lado, la diligencia del Tribunal Supremo, o sea, su eficiencia. ¿Qué tan rápido responde a estas solicitudes? ¿Cómo responde a las solicitudes de medidas cautelares? ¿Existe una verdadera tutela cautelar efectiva? ¿Cómo responde a los amparos autónomos? Todas estas son solicitudes que se hacen cuando hay una urgencia, una violación o un acto administrativo –en el caso de los recursos de nulidad–, y que se acompañan con medidas cautelares, supuestos en los que realmente se requiere que se tome una decisión rápidamente, para que no haya que esperar hasta que se dicte la sentencia definitiva, porque, si no, el daño ya se habrá producido y no se va a poder revertir. Se requiere la medida o se usa el amparo autónomo justamente porque la violación es importante y se necesita una respuesta rápida.

Eso lo vamos a ver con números. Cuánto dura el Tribunal Supremo en decidir estos casos, y ahí vamos a ver que realmente esa tutela no se logra. También vamos a ver que la mayoría de los casos –por no decir casi todos– no obtienen las medidas cautelares o no logran que los amparos sean admitidos. Vamos a ver que, en definitiva, por lo menos en este aspecto, no existe en Venezuela una tutela judicial efectiva.

Luego, en cuanto a la independencia judicial, lo que se analizó en esta investigación es si realmente las personas que solicitan esto –empresas, grupos empresariales, asociaciones, ciudadanos, etcétera– logran lo que buscan, y en qué porcentaje, porque evidentemente no siempre lo van a lograr por las razones que sea. Pero, como aquí el Estado es quien está del otro lado, quisimos analizar hasta qué punto puede haber casos exitosos contra el Estado. Si el porcentaje de casos exitosos es muy bajo, significa que definitivamente hay un problema con la independencia judicial.

Lo que voy a presentar hoy es el análisis cuantitativo. La doctora Cosimina Pellegrino va a presentar el análisis cualitativo que se hizo. Estos son los indicadores del análisis cuantitativo: número total y porcentaje de sentencias de la Sala Constitucional (SC), Sala Electoral (SE) y Sala Político-Administrativa (SPA) por tipo de solicitud o demanda –medidas cautelares o amparos autónomos–; número total de sentencias por tipo de solicitud concedida o rechazada –medidas cautelares o amparos autónomos–; número total de sentencias por tipo de solicitud –medidas cautelares o amparos autónomos– y por tipo de persona que las solicita –particulares o funcionarios públicos–; número total de sentencias por tipo de solicitud concedida o rechazada a funcionarios públicos o particulares; duración máxima, mínima, promedio y mediana para dictar una sentencia sobre una solicitud cautelar o un amparo autónomo.

¿Cuáles son los resultados de esta investigación en materia cuantitativa? Aquí se encuentra el gráfico.



1

Lo primero es que encontramos 280 sentencias publicadas entre 2021 y 2023. El análisis se hizo sobre la Sala Electoral, la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa. Aquí vemos que son 74 sentencias relativas a medidas cautelares, o sea, sobre medidas cautelares solicitadas con un recurso de revisión constitucional, con un recurso de nulidad contra un acto administrativo o con un recurso contencioso electoral. Así aparece clasificado en la investigación.

¹ Fe de errata: Aunque en la gráfica se señalen 106 sentencias, realmente son 206 sentencias.

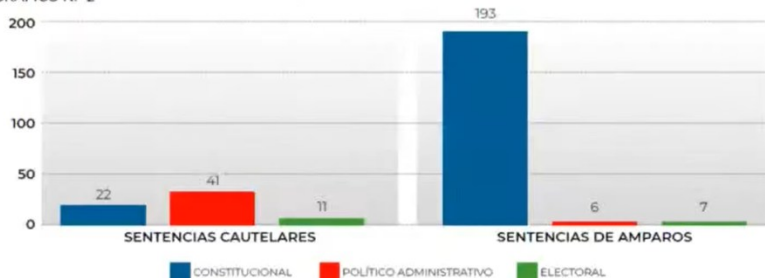
El porcentaje es de 26% de sentencias relativas a medidas cautelares –74 sentencias– y de 74% de sentencias relativas a amparos autónomos –206 sentencias–. No sabemos cuántas solicitudes hubo porque es una data que no proporciona el Tribunal Supremo. Eso sería interesante porque ahí se podría apreciar realmente la eficacia del Tribunal Supremo, pero esa data desagregada de esa manera no se tiene. Se tiene una data general por Sala, que está en la página del Tribunal Supremo, pero no por tipo de solicitud.

Aquí tenemos otra data importante: cuántas sentencias sobre medidas cautelares hubo por Sala y cuántas sentencias de amparo autónomo hubo también por Sala. En la siguiente gráfica se podrán ver los números.

Gráfico 2

**SENTENCIAS SEGÚN EL TIPO DE SOLICITUD Y POR SALA DEL TSJ
(2021-2023)**

GRÁFICO N.º 2



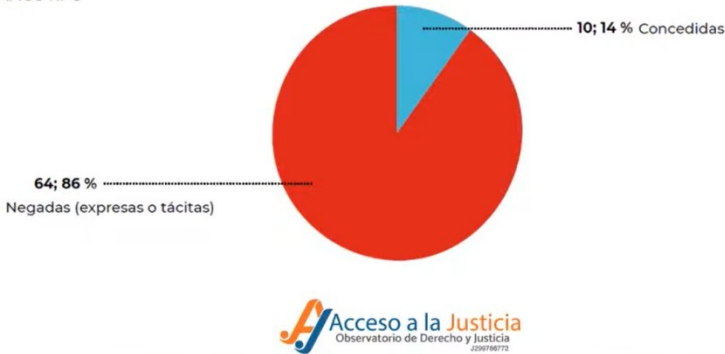
Acceso a la Justicia
Observatorio de Derecho y Justicia
2021/2022

Luego tenemos la siguiente data.

Gráfico 3

**SENTENCIAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS Y NEGADAS
(2021-2023)**

GRÁFICO N.º 3



Sobre las 74 sentencias relativas a medidas cautelares que hubo entre 2021 y 2023, analizamos cuántas se concedieron y cuántas fueron negadas. Fueron negadas 64 –el 86%–. Aquí distinguimos un aspecto muy interesante: si esa negación fue expresa o tácita. Observamos que en muchos casos nunca hubo respuesta, sino que únicamente hay una decisión final del recurso interpuesto, de la acción principal, y no se dice nada sobre las medidas cautelares. Eso implica una denegación de justicia. Luego tenemos que solo fueron concedidas 10, es decir, el 14% del total.

Sin embargo, aquí vemos algo interesante.

Gráfico 4

**SENTENCIAS CAUTELARES CONCEDIDAS A SOLICITUD DE PARTE Y DE OFICIO
(2021- 2023)**

GRAFICO N.º 4

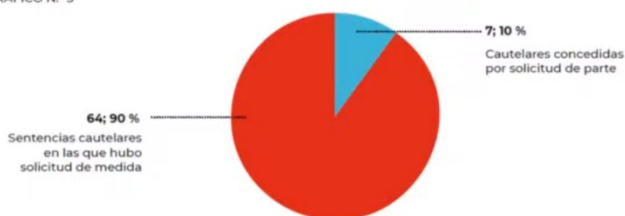


De esas 10 medidas cautelares concedidas, 4 fueron casos acordados de oficio. Esto es muy particular porque, ¿cómo es eso de que el Tribunal Supremo inicia un caso de oficio sin una solicitud de parte? Es una práctica que hemos visto en el Tribunal Supremo y que denota que hay un problema de independencia. Guarnieri y Pederzoli, en su libro, explican que, cuando un órgano judicial actúa de oficio de esta manera para dictar una sentencia y hacer justicia sin que haya algún tipo de solicitud de parte, algo no está bien; probablemente ello obedece a la falta de independencia judicial.

No me voy a extender sobre toda esta teoría de Guarnieri y Pederzoli, que lo explican muy bien y justamente se refieren a esto del “derecho libre”, según el cual el juez es el que hace el derecho, un poco como empezó justamente en la época de Chávez, cuando el Tribunal Supremo, al principio, empezó a decir que realmente el Estado de derecho no existe, que lo que existe es el Estado de justicia y que la justicia es la que hace el derecho. Todo eso ha dado pie a que el Tribunal Supremo, a veces, actúe así.

Gráfico 5

**SENTENCIAS CAUTELARES A SOLICITUD DE PARTE CONCEDIDAS Y NEGADAS
(2021-2023)**
GRÁFICO N.º 5



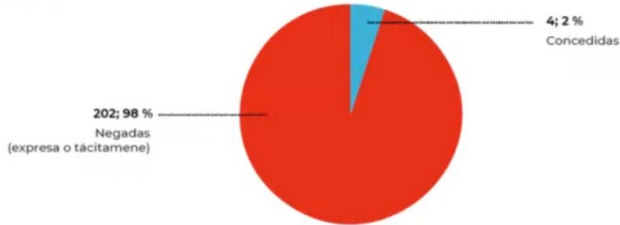
Acceso a la Justicia
Observatorio de Derecho y Justicia
2021-2023

Aquí vemos esta peculiaridad: si analizamos cuántas se dictaron de oficio –que fueron cuatro–, las concedidas a solicitud de parte fueron solo seis. Eso baja muchísimo la estadística que antes les mostré y, al final, no tenemos un 14% de medidas cautelares concedidas sobre las solicitadas, sino, en realidad, un 9,85%; o sea, aproximadamente el 10%, porque cuatro en realidad fueron dictadas de oficio. Vemos que la tasa de éxito es bien baja.

Si nos vamos al amparo autónomo, tenemos una situación incluso peor.

Gráfico 6

**SENTENCIAS DE AMPAROS CONCEDIDOS Y NEGADOS
(2021-2023)**
GRÁFICO N.º 6



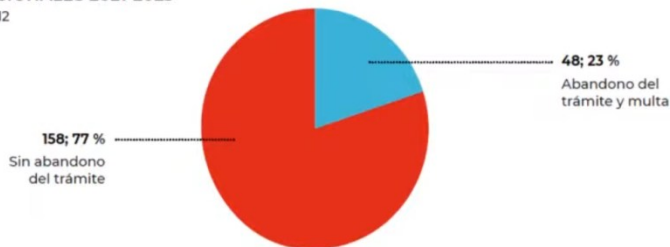
Acceso a la Justicia
Observatorio de Derecho y Justicia
JOSÉFEBETZ

Tenemos 206 sentencias sobre amparo autónomo que se encontraron entre 2021 y 2023, y vemos que 202 de esas 206 fueron negadas. Luego tenemos solamente cuatro que fueron concedidas, es decir, el 2%. Recordemos que en materia de medidas cautelares prácticamente teníamos el 10%; es decir, aquí el porcentaje es todavía más bajo.

De los amparos autónomos hemos visto que hay muchísimos que son desechados por abandono del trámite y con multa. Esto nos llamó la atención y lo pueden ver en la siguiente gráfica.

Gráfico 7

**SC. PRONUNCIAMIENTOS DE ABANDONO DE TRÁMITE Y MULTA EN LOS AMPAROS
CONSTITUCIONALES 2021-2023**
GRÁFICO N.º 12

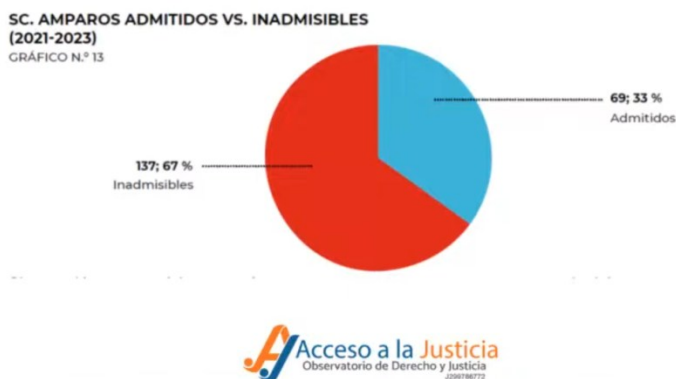


Acceso a la Justicia
Observatorio de Derecho y Justicia
JOSÉFEBETZ

El abandono del trámite es porque, en teoría, la parte no movió el expediente, aunque la ley expresamente no dice que eso sea un problema, ni exige esa actuación. Aun así, el TSJ impone una multa. Sí hay una norma que habla de una multa cuando hay un abandono del trámite malicioso, pero no queda muy claro que aquí eso sea lo que ocurre. Simplemente es el Tribunal Supremo el que no cumple con el lapso para decidir; se toma tiempo, no responde cuando es el momento. Si vemos los lapsos en que debe haber respuesta en un amparo autónomo, vamos a ver que, después, llegado un momento, las partes dicen: «Bueno, hasta aquí llegó», porque eso también tiene costos. Entonces, aquí vemos que no solo no responde a tiempo, no hace lo que debe hacer, sino que además castiga a las partes y, evidentemente, se quita trabajo de esta manera.

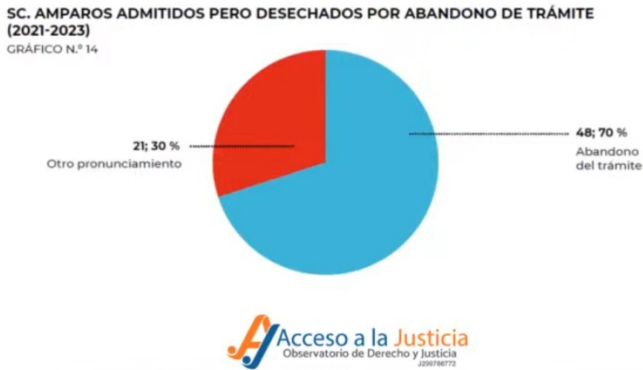
Luego vemos también que hay muchísimos amparos –la mayoría– que en realidad son inadmisibles o son declarados inadmisibles.

Gráfico 8



Tenemos que el 67% son declarados inadmisibles. Es decir, que en la mayoría de los casos ni siquiera se va al fondo; de una vez son declarados inadmisibles. Y si vemos, a su vez, que de los admisibles el 70% son declarados desechados por abandono del trámite, tal como se refleja en la gráfica siguiente.

Gráfico 9



Es decir, que en buena medida el Tribunal Supremo no toma decisiones de fondo sobre los amparos; casi nunca entra a conocer el asunto, sino que de una vez dice: “No es admisible por determinadas razones” y, cuando después lo admite, pues en la mayoría de los casos también dice: “Ah, no, pero es que aquí hubo un abandono del trámite”. O sea, al final hay una denegación de justicia porque no decide, y las partes llegan a un momento en el que ya no pueden impulsar el expediente.

Aquí, si vemos la duración de los casos, se explica un poco lo que vimos anteriormente con el tema del abandono del trámite.

Gráfico 10

DURACION DE LOS CASOS					
	Valor mínimo de duración (días)	Valor máximo de duración (días)	Promedio (días)	Mediana (días)	Plazo máximo legal (días)
Sentencias cautelares	4	8.610	967,82	136	5
Amparos	1 (caso Esequibo) ³⁶	10.935	937,36	613,50	12

Vemos que básicamente tuvimos cuatro casos con un valor mínimo de duración muy bajo respecto de los demás. En el caso del amparo está este caso que introdujo la Asamblea Nacional para pedir un amparo contra Guyana por el tema del Esequibo. También aquí contamos el amparo que se introdujo por la libertad de Álex Saab en Estados Unidos, que realmente, así como ocurre con algún otro caso, no constituye un amparo propiamente dicho; o sea, no es la figura correcta, son improcedentes porque son contra gobiernos extranjeros, no hay jurisdicción, no tiene sentido. Pero los contamos porque así los clasifica el Tribunal Supremo y nos pareció importante; además, en el estudio comentamos esos casos con detalle para demostrar justamente la falta absoluta de independencia, porque la ley no prevé esos supuestos.

Vemos que los días que duran estos casos son muchísimos. Ahí tenemos un promedio. Hicimos una mediana; la mediana es más exacta porque, si hay mucha diferencia entre pocos días –como ocurre en estos casos– y después entre unos que duran poco y otros que duran mucho, el promedio te puede dar un número que no corresponde a la mayoría; en cambio, la mediana te da un número más exacto. Sin embargo, si vemos los plazos legales, advertimos lo absurdo: en el mejor de los casos, si tomamos en cuenta la mediana –que son 136 días para la respuesta a la cautelar–, el plazo legal es de máximo cinco días. Y, en el caso de los amparos, el plazo máximo debe ser de doce días. Ahí vemos la diferencia y se explica un poco todo lo que hemos visto.

Es importante aclarar también que estos casos donde vemos plazos cortos los tomamos como casos de alerta. En el examen cualitativo se analizaron porque justamente presentaban alguna diferencia. Y esos casos donde se concede una medida cautelar o un amparo –que son muy pocos– hay que analizarlos. ¿Por qué se apartan de la tendencia? ¿Porque realmente se hizo justicia o porque existían otros factores? Lo que vimos en estos casos de concesión de medidas o de concesión de amparo es que la mayoría de ellos involucraban intereses políticos subyacentes. Es decir, esto muestra todavía más claramente que aquí no hay tutela judicial efectiva, no hay tutela cautelar y que, prácticamente, estas medidas, recursos y acciones que están previstos en las leyes de manera muy clara, en la práctica no existen. Esa es la realidad. Muchísimas gracias.

Moderadora

Gracias a la profesora Laura Louza por su excelente conferencia. Para continuar con nuestra segunda invitada, la profesora Cosimina Pellegrino continuará este tema. Ella es abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, mención magna cum laude. Es especialista en derecho administrativo y doctora en ciencias, mención derecho. Es profesora agregada de Derecho Administrativo II de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Es profesora del doctorado en derecho en el seminario sobre derecho, arte y poder de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, y profesora de derecho administrativo en la Escuela de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, también de la Universidad Central de Venezuela.

Como lo señaló la profesora Laura Louza, la profesora Cosimina Pellegrino va a dar continuación a este tema, pero ya desde el punto de vista de las estadísticas cualitativas. Bienvenida, profesora.

Cosimina Pellegrino

Hola, buenas tardes. Muchísimas gracias. Agradezco a AVEDA por la invitación y, sobre todo, por compartir con Laura Louza, directora de “Acceso a la Justicia”, esta investigación que permite dar luces de cómo son las tendencias jurisprudenciales en el país en materia de justicia cautelar, entiéndase tanto las medidas cautelares como las acciones de amparo autónomo.

Recapitulando ideas importantes de la doctora Louza en relación con elementos relevantes a los fines de esta investigación, que si bien es documental tiene un gran impacto porque permite revisar las estadísticas que arrojó este estudio. Como señalaba Laura, el objeto de estudio está centrado en las medidas cautelares que fueron ejercidas durante el período de estudio, de 2021 a 2023, las cuales se ejercieron conjuntamente con acciones en materia contencioso-administrativa y en materia contencioso-electoral, así como en las medidas cautelares ejercidas junto con recursos de revisión constitucional de una sentencia relativa a una demanda de nulidad de decisiones administrativas por parte de los órganos del poder público. Y, como tercer objeto de estudio, se analizaron las acciones de amparo autónomo.

Igualmente, recapitulando, las sentencias que se revisaron durante el tiempo de investigación fueron las decisiones que emanaron de la Sala Constitucional, la Sala Electoral y la Sala Político-Administrativa. ¿Por qué? Porque son las salas del máximo juzgado que ejercen el control judicial sobre las decisiones que emanan de los órganos del poder público, sea tanto de la Administración propiamente dicha –es decir, del Ejecutivo Nacional, estatal y municipal, aunque principalmente del Ejecutivo Nacional– como, en el caso de otras instancias del poder público, del Consejo Nacional Electoral o de la Contraloría General de la República y otros entes de la Administración Pública en general.

El objetivo es medir con objetividad la tutela judicial efectiva en cuanto a la protección cautelar y, al mismo tiempo, medir la independencia y la eficiencia del sistema judicial en el país en lo referente a la protección de los derechos humanos. Esto trae como consecuencia que podamos conocer o aproximarnos a conocer las tendencias jurisprudenciales que

existen en el país, tomando en cuenta el período dentro del cual se trazó el trabajo de estudio.

Un dato importante es determinar el número de decisiones favorables en contraposición con el número de sentencias desfavorables o desestimatorias que, como bien lo indicaba Laura, arroja la investigación, según la cual prácticamente cualquiera de estas salas desecha las acciones interpuestas, particularmente por las personas, sean naturales o jurídicas.

¿Cuáles fueron los hallazgos en relación con las medidas cautelares, tomando en cuenta ya la muestra que nos indicaba Laura? En primer lugar, el Tribunal Supremo de Justicia hace ineficaz la tutela judicial efectiva en los juicios que se interpongan contra las actuaciones u omisiones de los órganos del Estado, de los órganos del poder público. Bajando un poco más la lupa, ello ocurre porque hay un escaso número de decisiones favorables para el otorgamiento de medidas cautelares solicitadas por una persona. Entre esos pocos casos hay una decisión que tomó la Sala Político-Administrativa en la sentencia número 234 del año 2022, conocida como el caso de Ana Carolina Morillo, que fue una jueza destituida de su cargo y a quien se le declaró parcialmente con lugar la medida que había interpuesto para que se le reconocieran los derechos sociales que estaba invocando, entre otras cosas, los salarios caídos. Esta es una de las cuatro decisiones, prácticamente, que mencionaba Laura y que fue favorable para el particular.

Pero también hay una tendencia jurisprudencial orientada hacia la protección de los intereses del Estado, donde cabe la tendencia que señalaba Laura anteriormente de la actuación de oficio por parte del tribunal, en este caso a través de la Sala Electoral, al actuar de oficio a la hora de tomar una medida cautelar. Lo curioso de esta decisión que estamos viendo –la número 124 del año 2023, que recayó sobre el Colegio de Abogados del estado Carabobo– es que el accionante planteaba una acción de amparo, pero la Sala Electoral reclasificó, recondujo la acción y la trató como una acción contencioso-electoral, y esto le dio pie a que la propia Sala decretara una junta interventora del Colegio de Abogados de esa entidad del país y, a su vez, suspendiera todas las decisiones que ya se habían tomado por parte del colegio a través de la Comisión Electoral, desconociendo, mediante la suspensión de sus efectos, todas estas decisiones. Esto da para hacer muchos otros análisis críticos en cuanto al actuar del TSJ, planteando de algún modo ese activismo judicial que se contrapone a lo que debería ser realmente un garantismo procesal, que es la protección de los derechos y garantías que tienen las personas.

Ahora bien, hay otra tendencia a negar las medidas cautelares, es decir, hay un marcado índice de sentencias –como veíamos en las estadísticas que presentaba Laura– en donde la Sala Político-Administrativa, la

Sala Electoral o la Sala Constitucional no entran a conocer el fondo del planteamiento de las medidas cautelares. ¿Cuáles son las razones que ha invocado el Tribunal Supremo de Justicia para desechar estas medidas cautelares?

En primer lugar, tenemos que hay un importante número de fallos que declaran inoficioso el pronunciamiento. ¿Por qué? Porque declaran inadmisibile la acción principal. En esos casos no cabe la menor duda de que no podría pronunciarse acerca del planteamiento de la medida cautelar. Pero dentro de este criterio encontramos que hay una marcada orientación de las decisiones del TSJ a desestimar estas medidas porque declara el asunto de mero derecho y lo decide in limine litis. Esto evita que el juzgado –en este caso, la Sala Constitucional– se pronuncie sobre las medidas cautelares. El ejemplo que aquí hemos tomado como muestra es la sentencia número 83 del año 2022, que fue una de las tres impugnaciones de las que fue objeto la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2022, aprobada por la Asamblea Nacional en ese año. En este caso, la acción fue presentada por el profesor y académico Pedro Rondón Haaz. La Sala, valiéndose de sus potestades inquisitivas, declaró el asunto de mero derecho y evitó pronunciarse sobre la suspensión de efectos que estaba solicitando el accionante.

La segunda razón por la cual han sido desechadas o desestimadas estas solicitudes es, prácticamente, la ausencia de una argumentación tanto de hecho como de derecho por parte del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con cualquiera de estas tres salas a las cuales fue circunscrita nuestra investigación. Lamentablemente, hay una práctica reiterada del Tribunal Supremo de Justicia consistente en utilizar fórmulas ambiguas o genéricas y no justificar por qué se está desestimando la solicitud de medidas cautelares. Generalmente, ello ocurre porque los particulares no cumplieron con la comprobación del buen derecho invocado o de la apariencia del buen derecho invocado o del *periculum in mora*. Sin embargo, la Sala no especifica, en la mayoría de las sentencias que fueron revisadas, una motivación más detallada de por qué son desestimadas estas solicitudes. Lamentablemente, esto no solamente se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también con un derecho importantísimo que también está vinculado con la tutela judicial efectiva, como lo es el derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho. Esto causa indefensión porque no le permite conocer al accionante los motivos por los cuales la Sala desestimó su petición.

Luego tenemos la razón sustentada en que son medidas anticipativas. Esto atiende a lo que establece la disposición contenida en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –aprobada en el año 2010–, que ha servido de excusa por parte de la Sala, sobre todo de la Sala Político-Administrativa, para negar medidas porque señala que se están invocando los mismos hechos tanto en la medida

cautelar como en la acción principal y, entonces, la solicitud es desestimada por la Sala. Lo curioso de este caso es que hay sentencias en las cuales, siendo anticipativas, la Sala las admite, y lo comento a título ilustrativo porque, si bien el estudio se centró entre los años 2021 y 2023, no es menos cierto que esta tendencia sigue marcando la pauta en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa. Lo refiero justamente por un caso que tomó la Sala Político-Administrativa el 9 de abril de este año, que recayó en la sentencia número 258, en donde el peticionante era un funcionario público –el superintendente del órgano tributario, el SENIAT– que planteaba como medida cautelar la suspensión de una cláusula contractual de un contrato de arrendamiento, visto que el órgano tributario se estaba viendo impedido de hacer algunas modificaciones de mejora en el inmueble que tenía arrendado. En ese caso, la Sala Político-Administrativa, coincidiendo los motivos de la medida cautelar con los del propio recurso contencioso-administrativo, la admitió. Hay estas tendencias, incluso, en las que el propio Tribunal Supremo de Justicia contradice sus propios criterios y, bueno, va a depender de quién sea el actor que activa el ejercicio de estas medidas cautelares.

Otro punto importante que hallamos es el incumplimiento de los plazos procesales. Sobre todo, es ostensible la dilación o tardanza en las medidas cautelares cuando son requeridas por particulares, por personas naturales o personas jurídicas. Y cuando existe un interés del Estado, lamentablemente esa dilación es invisible, es decir, la Sala actúa con bastante celeridad. En el caso de la decisión 258 que les planteaba, la Sala resolvió en apenas 5 días. En estos casos que tenemos reflejados y que forman parte de nuestra investigación, por ejemplo, el caso del SAIME –una decisión sumamente interesante dado que se había expulsado a un ciudadano británico del país y se le prohibía la entrada–, el ciudadano presentó una medida contra el SAIME, en este caso la Sala solo se tomó 22 días. En otra decisión (Sentencia N° 79 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de 1 de agosto de 2022), tenemos el caso que recayó sobre la suspensión de las elecciones de egresados de la Escuela de Educación de la Facultad de Humanidades y Educación de la Universidad Central de Venezuela. La Sala Electoral acordó la medida cautelar de suspensión de ese proceso electoral apenas seis días después de presentada la solicitud. Entonces, hay una tendencia a actuar con inmediatez por parte del Tribunal Supremo de Justicia cuando hay un interés estatal, a diferencia de cuando son los particulares los accionantes de esas medidas.

En relación con los amparos autónomos, no es muy diferente esta realidad que acabamos de mencionar. Los datos estadísticos son importantes: de los 206 fallos, 202 fueron rechazados. El caso de la Sala Constitucional de José Valentín Torres Ramírez es un caso sumamente interesante jurídicamente hablando, porque se trataba de un juez que había sido destituido y presentó esta acción de amparo solicitando el

restablecimiento de la situación jurídica en la que había sido lesionada su esfera jurídica. Lo particular de este caso es que hubo un voto salvado de un magistrado. Para el magistrado disidente no debió haber sido admitida la acción de amparo porque el accionante había dejado inactiva la acción. Solo que la Sala Constitucional –y es otra tendencia que vale la pena comentar– se ha escudado en el argumento del orden público constitucional, a veces, para saltarse los propios criterios que ha impuesto a la hora de desestimar los fallos o las acciones. Pero cuando existe un interés de índole política o metajurídica, lamentablemente la Sala invoca el orden público constitucional y hace que continúe el juicio hasta tomar una decisión final, pronunciándose sobre el fondo del asunto.

Obviamente, toda esta situación hace imposible tener una protección a través de esta figura para los derechos y garantías constitucionales. De ahí que hemos llamado a esta tendencia jurisprudencial un carácter “in dubio pro Estado”, es decir, en caso de duda siempre se va a favorecer al Estado, independientemente del órgano de que se trate. Dentro de esta tendencia –que, por supuesto, podríamos tildar de un poco pesimista– hay un elemento particular: la desnaturalización de esta figura procesal. De los pocos casos que fueron resueltos por el tribunal, estos no cumplieron con la finalidad restablecedora o restitutoria que implica esta medida judicial. Hay una cierta actividad por parte del TSJ y, de algún modo, tal vez hasta podríamos estar hablando de una desviación de poder porque se utiliza esta figura para fines distintos.

Tenemos estos dos casos (Sentencia N° 79 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, de 29 de noviembre de 2021, caso de la elección del gobernador del estado Barinas; y Sentencias N° 420 y 1470 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ambas de 2023), en los cuales, por una parte, la Sala Electoral y, por la otra, la Sala Constitucional, admiten y resuelven acciones de amparo, pero que realmente en el fondo no son acciones de amparo, porque su naturaleza es restablecer el patrimonio jurídico que fue vulnerado por una acción u omisión de un órgano del poder público. En el primer caso tuvo que ver con las elecciones para el cargo de gobernador del estado Barinas del año 2021, en donde la Sala Electoral anuló todo el proceso que se había llevado a cabo en ese estado y se volvieron a hacer las elecciones prácticamente a partir de la presentación de las postulaciones de los nuevos candidatos. Anular los efectos de una decisión administrativa, en este caso de la propia administración electoral, entiéndase el Consejo Nacional Electoral, es una acción contencioso-electoral, no una acción de amparo.

Lo mismo sucede con estas dos decisiones que tomó la Sala Constitucional, ambas del año 2023. Por una parte, la sentencia número 420, que tiene que ver con el caso del ciudadano Saab, interpuesta contra la decisión que habían tomado los gobiernos de Cabo Verde y de Estados Unidos en relación con la detención del ciudadano, y cuya acción había sido

presentada por su esposa. La Sala Constitucional la trató como un amparo constitucional cuando en el fondo lo que se buscaba era obtener una decisión de índole política, pero con esta vestimenta jurídico-procesal y marcar pauta por parte del gobierno, respaldado a través del Tribunal Supremo de Justicia. Y la otra decisión, la 1470, que tiene que ver con el conflicto limítrofe con la Guayana Esequiba, donde lamentablemente también aquí fue tergiversado el uso del amparo constitucional en búsqueda de una decisión por parte de la Sala Constitucional para fijar posición o respaldar la posición que tomaría el gobierno nacional frente a la Guayana Esequiba y, también, de algún modo respaldar el referendo consultivo que se celebraría meses más tarde.

El retardo también es un hallazgo bastante recurrente en esta parte de la investigación sobre los amparos autónomos, donde lamentablemente el promedio es de dos años y medio. Lo curioso es que también la Sala recuerda la inmediatez con la que deben tomarse las decisiones a la hora de resolver estas medidas en los casos que le conviene. Hay un caso –la decisión 323 del 2024– en donde la Sala Político-Administrativa recordaba que es importante resolver con inmediatez el amparo cautelar dada su naturaleza expedita, por lo que requiere, dice expresamente la Sala, un pronunciamiento inmediato. Esta decisión permitió que se tomara una decisión con la celeridad que le caracteriza a la Sala Político-Administrativa cuando hay un agente del Estado y, sobre todo, cuando puede haber otro interés que no es justamente el de la protección de los derechos y garantías constitucionales.

Para terminar, en cuanto a nuestro diagnóstico de estas tendencias, hay un importante número de fallos –como señalaba Laura– de 48 sentencias que culminan con la declaratoria de abandono del trámite y la imposición de una multa al accionante. Esto es importantísimo porque permite apreciar que ello ha servido también de escudo por parte del juez para no conocer el fondo de las peticiones de este tipo de medida, en este caso los amparos autónomos. ¿Qué ha dicho la Sala textualmente? Sobre todo, porque ha habido un retraso o la falta de actuación del accionante, y como ha superado los seis meses esa inactividad, el juez presume que esa es una voluntad que tiene la persona de que no tiene interés en continuar con la resolución del asunto y, por ende, se entiende que es un abandono del trámite que implica la declaratoria de culminación de ese procedimiento. Igual hay que revisar el alcance del dispositivo que comentaba Laura –el artículo 25, en concreto, de la Ley Orgánica de Amparo–, pero, en todo caso, es una tendencia importante a la hora de analizar los fallos que han sido desestimados por parte del tribunal.

Las conclusiones. La tutela judicial deja ver que es ilusoria y que esa administración de justicia es ineficaz o irrealizable a la hora de proteger los derechos de las personas. La tutela judicial actual es mucho menos efectiva que lo que está contemplado en la Constitución y en las leyes,

particularmente en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley Orgánica de Procesos Electorales, la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley Orgánica de Amparo. Lo grave es que cada día se deteriora más. Les traía este ejemplo del caso 258 de este año, lo que quiere decir que no ha cambiado mucho durante estos meses en que ya no estamos investigando este punto, pero que es importante seguir monitoreando la situación en caso de que haya algún cambio de dirección en esta tendencia.

Es un estudio científico que sistematiza las tendencias del TSJ en estas tres salas y permite, como denotaba Laura y que de algún modo he tratado de compartir con ustedes en mi intervención, visibilizar las tendencias y, de algún modo, tomar los correctivos para paliar los males denunciados. Es una obra que hace un diagnóstico de cómo está la administración de justicia en nuestro país. Es importante enfatizarlo y por eso lo tomo como una idea conclusiva: negar la procedencia de la tutela cautelar es negar la posibilidad de que realmente impere la legalidad. Las medidas cautelares impiden la arbitrariedad de la autoridad y, lamentablemente, por los resultados que obtuvimos pareciera que no se está impidiendo esa arbitrariedad.

En todo caso, es importante destacar que estamos esperanzados de que se puedan tomar nuevas decisiones que influyan en un cambio de las tendencias que actualmente existen en nuestro Tribunal Supremo de Justicia. Es importante que se defienda ese garantismo procesal que busca respetar el texto constitucional y, sobre todo, sostener el respeto a los derechos y garantías que en ella están previstos.

SEMINARIO: EL FUTURO DIGITAL DE LOS REGISTROS Y NOTARÍAS

Ponentes:

Nayibe Chacón y Valeria Ronchera

Fecha: 25 de junio de 2025

Moderadora. Alicia Monagas

Bienvenidos todos a una nueva actividad de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, esta vez con el acompañamiento y el agradecimiento por contar con el talento maravilloso de la doctora Nayibe Chacón Gómez, de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, y de nuestra invitada internacional, Valeria Ronchera, de la Fundación Red Notarial Chilena.

Hoy el futuro es digital y eso no escapa a los registros y las notarías. Para nosotros, en AVEDA, este es un evento clave para transitar hacia la transformación digital y legal, en este caso, de los registros y las notarías.

En el día de hoy nos acompaña la profesora Nayibe Chacón Gómez. Es abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, directora del Instituto de Derecho Privado de la Universidad y, en su desempeño profesional y gremial, es secretaria general de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Es una institución clave en el ámbito del derecho comercial en Venezuela. Su visión desde el derecho mercantil nos va a otorgar una perspectiva única sobre la digitalización y sus implicaciones en los registros y las notarías, y obviamente en las transacciones comerciales. Es una experta en procesos comerciales y sus conocimientos nos van a iluminar en esta tarde, donde estaremos hablando de inteligencia artificial y, por supuesto, de notarías y registros digitales.

Por su parte, tenemos a una invitada internacional, la presidenta de la Fundación Red Notarial Chilena, la profesora, doctora y abogada Valeria Ronchera. Es líder en la promoción de la innovación y la modernización de los servicios notariales en Chile y, desde luego, es una gran promotora que ha impulsado la adopción de tecnologías digitales para una mayor eficiencia y seguridad jurídica, hasta el punto de que es la Notaria Décima de Santiago de Chile, una notaría digital muy conocida allá. Su visión comparativa sobre la transformación digital en las notarías en América Latina y particularmente en Chile nos ayudará a comprender los

grandes desafíos y, por supuesto, a conocer las mejores prácticas en la región.

Obviamente, la profesora Ronchera es una gran amiga, como lo es la profesora Chacón. Esta es una actividad organizada conjuntamente con SOVEDEM. La idea es que AVEDA, SOVEDEM y la Fundación Red Notarial Chilena se unan para hacer actividades conjuntas y, esta vez, nos unió el tema de los registros y las notarías digitales. La profesora Ronchera va a explorar el marco legal y tecnológico de las notarías digitales, incluyendo firmas electrónicas, expedientes digitales e interoperabilidad para un sistema más ágil y más eficiente.

Con esta presentación, le damos la bienvenida a nuestra primera ponente, la doctora Nayibe Chacón, quien hará su presentación. Bienvenida, doctora Chacón.

Nayibe Chacón

Muchísimas gracias. Siempre es un gusto para la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil y para mí acompañarlos en estas actividades tan interesantes. En verdad, los temas que nos han ocupado son temas de actualidad, de interés, necesarios de conversar, más cuando se trata de cuestiones digitales, de tecnología e innovación, y de poder hablar de ellas con personas de afuera de Venezuela, con la trayectoria de la doctora Valeria Ronchera, de Chile, que además las conoce de primera mano porque trabaja con estos temas.

Mi acercamiento siempre es como investigadora, como estudiosa del derecho y, además, como usuaria del servicio aquí en Venezuela. Siempre es bueno conocer, más allá del estudio o de la investigación en derecho comparado, la experiencia de primera mano de las personas que día a día trabajan en esta materia.

Yo tomé para esta exposición el título “El futuro digital de registros y notarías”, que abarca toda la conferencia de la tarde de hoy. Pero el futuro es ya. Lo digital ya está aquí, ya tiene mucho tiempo con nosotros, conviviendo con nosotros. Nos damos cuenta de que cada vez más cosas ocurren en el escenario mundial que tienen que ver con la tecnología.

Hablar de una actividad dentro del quehacer diario, sobre todo para los abogados, sobre todo para los que nos dedicamos a la actividad comercial, al derecho comercial, es hablar de tecnología. No creo que haya ningún espacio en la vida actual que esté exento de tecnología. El futuro, en verdad, es nuestro presente. ¿Cómo nos preparamos para lo que continúa? Porque esto es una bola de nieve que va y va, y apenas muchos de nosotros, sobre todo en Venezuela, estamos viendo la punta del iceberg; no sabemos lo que está bajo el mar.

La invitación que nos hiciera AVEDA para acompañarlos en la tarde de hoy tiene que ver con dos ejes temáticos fundamentales: la innovación y la ciberseguridad, por un lado, y la eficiencia y los desafíos futuros, por el otro. Cuando hablamos de tecnología e innovación, todo lo que es desconocido, todo lo que no se encuentra en el estado del arte, genera dudas, miedo y riesgos. Por eso siempre es comprensible plantearnos: “¿Cómo me garantizo la seguridad del uso del medio electrónico?”. Está muy bien iniciar con unos ejes conceptuales de la innovación, pero siempre de la mano de los elementos de seguridad, además porque a los abogados nos encanta el término “seguridad jurídica”, y a los tecnólogos también les gusta mucho la seguridad tecnológica. Vamos a ver que estos no son conceptos contrapuestos; son conceptos que deben ir obligatoriamente de la mano en este aspecto.

Luego, ¿para qué incorporar la tecnología? ¿Por qué es importante que registros y notarías estén inmersos en los asuntos de la tecnología? Porque desde hace muchísimo tiempo esos libros escritos en tinta manuscrita, que a duras penas se entendían, esos folios escritos en páginas preimpresas sobre las cuales se transcribía, que podían tener errores de transcripción y que demoraban mucho tiempo, hoy, en la actualidad, y ya desde hace algunos años, han sido modificados por el empleo de la tecnología. Sería absurdo desconocer la importancia que tiene el empleo de las bases de datos, la eficiencia que se busca en la Administración.

Recordemos que el principio general de la actividad notarial y registral es que son oficinas públicas, pero para asuntos privados. Yo voy como ciudadano, como persona, como comerciante, a hacer una operación, una compraventa de un vehículo, etcétera. Acudo con un contrato que nace privado y lo convierto en público cuando asisto a estas oficinas administrativas. Tiene que estar, por supuesto, la eficiencia, y esto presenta cada vez más desafíos, porque la tecnología no se detiene y los usos que le podemos dar tampoco, aunque en Venezuela los desafíos también los tenemos hoy en día en cuanto a cómo aplicar tecnología que en muchos otros países ya es de vieja data en su aplicación.

A mí me gusta siempre pensar en estos temas y hablar desde lo que dice la ley, más allá de lo que efectivamente nuestra práctica diaria pueda llevarnos a decir: “Esto debería ser así”. En Venezuela tenemos una robusta legislación en materia digital. Puede haber personas que no estén de acuerdo conmigo; la disidencia siempre es bienvenida, pero, en mi opinión, desde la entrada en vigencia en Venezuela de nuestra Constitución de 1999, que dio cabida a la parte tecnológica y colocó al Estado como garante del uso de la tecnología, la legislación ha procurado garantizar la eficiencia y validez de lo que se hace a través del medio electrónico. Prueba de esto es la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001, ya próxima a cumplir 24 años; la Ley de Registro Público y del Notariado, que por primera vez saca del Código de Comercio la materia

de la publicidad mercantil y la lleva a la ley que regulaba la parte de registro civil. ¿Por qué esto es importante? Porque siempre el registro mercantil se vio separado de la actividad registral, como algo distinto. De hecho, se estudia dentro del programa de derecho mercantil como un tema de las obligaciones del comerciante, junto con la contabilidad mercantil.

Junto a esta Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley de Registro Público y del Notariado, nosotros podemos sacar cuatro conclusiones de la situación actual. ¡Atención! no son las únicas leyes; menciono esas porque son las que directamente influyen en estos cuatro corolarios.

Primero, en Venezuela la actividad registral y notarial busca optimizar procesos, brindar mayor seguridad jurídica y mejorar la calidad del servicio. Fíjense que son nuestros ejes temáticos de esta tarde. Ese ha sido el fundamento de la gran mayoría de la legislación que regula la materia tecnológica aplicada a la actividad registral y notarial, pero también la vemos en temas como la banca electrónica y otros asuntos que utilizan el medio electrónico para optimizar las actividades que tradicionalmente se hacían de manera presencial y demoraban mucho más tiempo. Esta digitalización viene acompañada de importantes desafíos en materia de ciberseguridad.

Segundo, la legislación registral y notarial en Venezuela, a raíz de la Ley de Registro Público y del Notariado –la primera de 2004 y luego las posteriores reformas hasta la última de 2014– establece la implementación del expediente o ficha digital de los asientos registrales. Este punto hay que ponerle un asterisco –todo hay que ponerle, ya lo vamos a ver cuando veamos la parte de los desafíos–, pero en Venezuela esto existe: el expediente y la ficha de los asientos registrales. Incluso se consagra la firma electrónica del registrador y del notario. Cuando concatenamos lo que dice la Ley de Registro Público y del Notariado con lo que dice la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, esa posibilidad de que el registrador y el notario tengan una firma certificada es la firma electrónica certificada a la que hace referencia la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que en sus artículos 4 y 6 establece que cualquier documento respecto del cual la ley establezca una solemnidad podrá estar cubierto si se sigue lo que dice esa ley. Eso no es otra cosa sino la posibilidad de que exista la firma electrónica certificada para aquellos actos que así lo requieran.

Tercero, cuando vemos todo el panorama legislativo y la situación en Venezuela, se busca la digitalización de todos los soportes físicos del sistema registral y notarial actual. Claro, ¿cuál es el problema? No podemos, si iniciamos hoy la digitalización, tomar una fecha hacia atrás porque es humanamente imposible digitalizar todos los archivos que puedan existir desde que existió la primera Constitución. Hubo que tomar un punto de

partida hacia atrás, pero de aquí en adelante comenzar a hacerlo todo en formato digital. Esto hace que el proceso registral y notarial pueda llegar hacia donde se busca: desarrollarse íntegramente a partir del documento electrónico, que es aquel que permanece en el medio electrónico en forma digitalizada.

¿Cómo se lleva esto a la práctica venezolana? El Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), adscrito actualmente a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, ha estado implementando el uso de medios electrónicos y medios biométricos para el procesamiento, registro y otorgamiento de documentos. Esto incluye la digitalización de soportes físicos y la transferencia a bases de datos. Recientemente, en octubre del año pasado, la Providencia Administrativa N° 525 reguló el examen biométrico, la firma electrónica de los otorgantes y la implementación de la identificación biométrica dactilar. Cada vez incorporamos más herramientas tecnológicas, no solo la firma, sino también datos biométricos. La idea es que la tecnología permita ir incorporando la mayor innovación posible para garantizar la mayor seguridad, no solo tecnológica desde el punto de vista digital, sino también la seguridad jurídica.

A su vez, el SAREN, a través de la Ley de Infogobierno, ha logrado una interconexión con el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME) para el cotejo de datos de huellas dactilares, el fortalecimiento de la verificación de identidad. Asimismo, ocurre con el Instituto Nacional de Transporte Terrestre (INTT), sobre todo en las operaciones de venta de vehículos o cuando el gravamen tiene que ver con vehículos.

La tecnología puede llevar a que, en algún momento, la neutralidad tecnológica, que es un principio de la incorporación de las tecnologías al quehacer jurídico diario, nos involucre con una tecnología en particular. Pero la innovación tecnológica, gracias al blockchain –que siempre asociábamos con las criptomonedas–, ofrece un potencial de trazabilidad que nos permite conocer el origen, el recorrido y el destino del mensaje, la inmutabilidad del mensaje –es decir, que no pueda ser alterado– y la transparencia de los registros. Si bien es cierto que no existe vulnerabilidad cero –todo está sometido a un riesgo–, ese riesgo de manipulación se reduce considerablemente cuando se emplean este tipo de intercambios a través de medios como el *blockchain*. Esto permite, a su vez, la certificación de la auditoría y de la autoría de los documentos, que, en definitiva, es lo que se busca cuando uno lleva un documento a la notaría o al registro.

Luego, la inteligencia artificial. Lo que nos dicen los autores es que la inteligencia artificial predictiva y la generativa, además de su componente predictivo, ya pueden indicar cuál es el siguiente paso después de que usted introduce un documento. La inteligencia artificial no supe al

funcionario en su función notarial y registral. Nosotros observamos que la inteligencia artificial permite aminorar los tiempos y, al igual que ocurre con el blockchain, disminuir algunos tipos de errores que se podrían producir por cambios de procedimiento, alteración de etapas de los procesos, etcétera. Fíjense cómo la tecnología ayudaría, principalmente, a disminuir riesgos y a dar celeridad a la actividad dentro de la Administración Pública.

Finalmente, pareciera que hubiese muchos beneficios, pero también hay desafíos. Todo es una cuestión de equilibrio. Entre los beneficios se encuentran la mayor eficiencia y agilidad. Se requiere que cada vez más los registros venezolanos –voy a hablar del registro mercantil– incorporen plenamente la parte digital. Que uno pueda, efectivamente, como ocurre en otros países –la Unión Europea cuenta con ello y existe normativa internacional sobre estándares internacionales–, constituir sociedades mercantiles a través del medio electrónico de forma íntegra, que la presencialidad en la oficina pública sea mínima y que se pueda hacer, sin ningún problema, todo el procedimiento, hasta llegar a la constitución, las modificaciones, etcétera, de las personas jurídicas de derecho mercantil –es decir, las sociedades mercantiles, que son las que más tienen estos recorridos–. También que un documento notariado pueda tramitarse desde el inicio hasta el fin sin necesidad de acudir presencialmente a la oficina, o que esa presencia sea lo mínimo. Eso es lo que se busca dentro de los beneficios.

La mejora, por supuesto, de la seguridad jurídica se logra a través de la incorporación de controles de seguridad tecnológica. Hoy en día los tecnólogos nos hablan del código hash, que va más allá de un simple código QR. Cada vez hay más medios para evitar la vulneración del medio electrónico y garantizar el acceso a la información. Adicionalmente, a través del amparo de los llamados derechos ARCO –derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en materia de protección de datos–, esto traerá para el usuario una reducción de costos y, por supuesto, mayor transparencia. Vista así, la tecnología es un medio que evita la corrupción dentro de las oficinas públicas. ¿Por qué? Porque todo se realiza a través del medio electrónico y, en principio, el ordenador es insobornable.

Luego, por supuesto, dentro de la columna de los desafíos encontramos el marco normativo. Ya les dije desde el inicio que en Venezuela hay un robusto marco normativo, pero nunca es suficiente; siempre faltarán cosas. El tema de la infraestructura tecnológica, de la aplicación de todos estos medios y de mantenerse a la vanguardia genera un costo. Evidentemente, esa infraestructura tecnológica tiene que estar actualizada y tiene que ser revisada. Siempre habrá un tema con los usuarios, la brecha digital. Más allá del operador –que puede ser una persona que no tenga mucho conocimiento tecnológico, pero que puede capacitarse y adquirir

competencias mediante su formación dentro del trabajo de la oficina de registros y notarías para disminuir esa brecha digital–, está el problema de las personas que son los usuarios de las notarías y los registros, que no conocen el medio electrónico o le tienen miedo. Eso siempre estará ahí, latente, como un desafío.

Por supuesto, los riesgos en materia de protección de datos, que incluyo dentro del marco normativo, porque en el caso venezolano no tenemos una ley específica de protección de datos; tenemos dos normas constitucionales y hasta ahí. Finalmente, los riesgos asociados a la comisión de delitos informáticos, que siempre van a existir porque los riesgos de comisión de delitos existen en la vida presencial y también en la vida informática. Tenemos para eso una ley de delitos especiales.

Valeria Ronchera

Muchas gracias a todos los que se encuentran conectados, especialmente a AVEDA, organizadora de este seminario, por permitirme participar representando a nuestro país a través de la Fundación Red Notarial, de la cual efectivamente soy la presidenta, y poder compartir la situación en la que actualmente se encuentra el proyecto de ley que está modificando todo el sistema notarial y registral chileno, en relación con la legislación vigente, así como con la jurisprudencia y la práctica que se está desarrollando

Nosotros, como fundación, nacimos en agosto del año 2022 como consecuencia de la aplicación práctica que venía desarrollándose desde el año 2019, porque ya existía en nuestro país un conjunto de disposiciones legales, entre ellas la Ley N° 19.799 del año 2002, vigente, su reglamento (Decreto N° 181) y, además, otros decretos supremos, decretos con fuerza de ley y otros decretos dictados por diferentes autoridades (Ministerio de Economía y Ministerio de Justicia), que permiten la aplicación práctica, la ejecución, la tramitación, el comercio y la celebración de actos y contratos a través de medios electrónicos, documentos electrónicos y firmas electrónicas. Existe bastante regulación aquí en Chile en diferentes ámbitos, tanto legales como administrativos. Por ejemplo, está también la modificación del sistema de procedimiento de tramitación por plataforma, vigente desde el año 2014, que modifica todo el sistema de tramitación chilena y permite la tramitación a distancia.

Nosotros también contamos con el reconocimiento de una identidad digital a nivel nacional: la Clave Única, a la cual todos los chilenos accedemos. Una vez que vamos a hacer el cambio de la cédula de identidad o simplemente solicitamos esta identidad digital, debemos verificarnos ante el Registro Civil, que es el organismo encargado de otorgar nuestra identidad legal en Chile, y, como consecuencia de eso, podemos acceder a nuestra identidad digital.

La Ley de Firma Electrónica, la Ley N° 19.799, vigente desde el año 2002, reconoce ampliamente dos tipos de firmas electrónicas y varios principios importantes, especialmente el de equivalencia funcional. Existe el reconocimiento de la firma electrónica simple (cualquier sonido, una grabación, un correo electrónico o cualquier elemento que identifique someramente al autor; esa es una de las diferencias con la firma electrónica avanzada) y también reconoce y establece el uso y otorgamiento de firmas electrónicas avanzadas por parte de las empresas certificadoras (también conocidas como prestadoras de servicios de confianza), que son empresas privadas que deben estar acreditadas ante el Ministerio de Economía. El Ministerio de Economía, después de verificar que cumplen todos los requisitos relativos a la publicación de políticas públicas y privadas y al cumplimiento de exigencias tecnológicas, dicta una resolución que les otorga la posibilidad de entregar a todos los chilenos que nos acreditemos ante ellas una firma electrónica avanzada, que pasa a ser nuestra identidad digital legal.

La Corte Suprema entró a regular, desde el año 2006, la posibilidad y los requisitos para que nosotros, como notarios y conservadores, pudiéramos hacer uso de la firma electrónica avanzada. En esa época (2006) esta tecnología estaba recién comenzando; sin embargo, la Corte estableció los requisitos y condiciones para que pudiéramos actuar como funcionarios competentes autorizando documentos electrónicos en calidad de notarios o registradores (conservadores que emiten los certificados). También existe, desde el año 2017, una decisión mediante la cual la Corte Suprema estableció un plazo de un año para que todo el sistema notarial y registral chileno contara al menos con firmas electrónicas avanzadas, a fin de poder otorgar copias de los documentos que nacen en soporte de papel y después son digitalizados, especialmente las escrituras públicas.

Como consecuencia de ello, nosotros avanzamos especialmente en la generación de una plataforma, entendiendo que para poder tramitar de esta manera a nivel internacional ya existían plataformas. Se avanzó hacia la creación de una plataforma que permitiera la interoperabilidad con el resto de las plataformas existentes en Chile, para no pensar en la inversión en blockchain o en crear una plataforma única –los registros únicos a nivel nacional son complejos y potencialmente más vulnerables a ataques informáticos–, y también migrar hacia una tramitación segura, ya no con direcciones IP y conexión VPN, sino trasladándonos definitivamente a la nube, de manera de cumplir determinados requisitos de seguridad tecnológica, que es lo fundamental para la tramitación. Al migrar a la plataforma eliminamos la comunicación vía correo electrónico, que es mucho más fácil de vulnerar.

Seguimos avanzando. Se comenzaron a tramitar en Chile, por ejemplo, circulares de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) que permiten celebrar las juntas de accionistas por plataforma y firmar las

sesiones de directorio con firmas electrónicas. También tenemos resoluciones de la Dirección del Trabajo que permiten celebrar contratos de trabajo con firmas electrónicas y suscribir finiquitos a distancia.

Con base en toda esta amplia legislación, tanto legal como reglamentaria y administrativa, se avanzó hacia la plataforma. Transformé personalmente toda la notaría (la Décima Notaría de Santiago) en el año 2017 para poder acceder a un sistema de tramitación de documento electrónico fiable. Para esta transformación se tomó en consideración, en primer lugar, realizar una gestión del cambio cultural, porque es fundamental pensar primero en las personas para luego enfrentar una transformación tecnológica. ¿Para qué? Para evitar dificultades con las personas, porque, como bien dijo la profesora Nayibe, siempre existe temor frente a lo desconocido y, como consecuencia de ello, efectivamente hay resistencia al cambio.

Avanzamos, ya estábamos completamente tecnificados, llegó la pandemia y la Corte Suprema comenzó a dictar los autos acordados para lograr que el país pudiera acceder a la justicia. Nosotros aquí en Chile somos parte del Poder Judicial como auxiliares de la administración de justicia; por lo tanto, también se nos aplican normas específicas para que pudiésemos facilitar, en ese momento tan particular, que todos pudieran acceder de alguna manera tanto a la justicia como al sistema notarial y registral chileno.

Con base en ello, un tribunal de la República dictó una resolución que ordenó extender una escritura pública de adjudicación en remate como consecuencia de un remate judicial realizado por sistemas electrónicos. Se me notificó esa resolución, los adjudicatarios concurrieron a mi oficio notarial y, como nosotros ya contábamos con la tecnología, emitimos y otorgamos la primera escritura pública electrónica. Hubo numerosos antecedentes administrativos, sumarios y comenzó una problemática que finalmente fue positiva, independientemente de las dificultades de ese momento. Se realizaron varios sumarios; personalmente fui objeto de ellos. Dado que el fundamento jurídico era bastante sólido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en febrero del año 2021, resolvió estos antecedentes administrativos mediante una instrucción. En lugar de dictar simplemente una sentencia para resolver el caso concreto, emitió una instrucción para todos los notarios de la jurisdicción, mediante la cual reconoció la tramitación a distancia. Existía ya la legislación vigente y, además, incorporó un elemento nuevo: todo notario que quisiera autorizar un documento electrónico firmado con firmas electrónicas avanzadas debía verificar dichas firmas en bases de datos oficiales, es decir, de empresas certificadoras autorizadas para ello en Chile. De ese modo, se reconoció la tramitación a distancia y se reconocieron las firmas electrónicas avanzadas como un medio fiable. Sin embargo, también se estableció que nosotros, como notarios, solo podíamos autorizar las firmas que se

hubiesen generado dentro de nuestra jurisdicción territorial física, es decir, mediante geolocalización al momento de la firma.

El grupo del que formábamos parte –que todavía no había culminado el proceso de organización de la fundación– tomó la decisión de que este requisito de la geolocalización resultaba extraño, porque, en definitiva, se supone que estos actos incluso pueden realizarse desde fuera del país. No presentamos ningún recurso porque ya habíamos logrado una jurisprudencia importante –después de todo, provenía de la Corte de Apelaciones de Santiago– que permitía tramitar documentos electrónicos a distancia, sin presencialidad, aunque con esta limitación de la geolocalización. Como consecuencia de ello, tomamos la decisión de constituir la Fundación Red Notarial el 2 de agosto de 2022.

Paralelamente, comenzamos a conectar, a nivel nacional, las empresas certificadoras de manera voluntaria. Aquí existe una importante autorregulación como concepto. Nosotros decidimos autorregularnos, sin necesidad de esperar a que la ley nos obligara a hacer aquello que considerábamos correcto. Seguimos avanzando y comenzamos a tramitar a distancia.

Ya en el año 2024 –hace más de un año– realizamos un lanzamiento público para dar a conocer la Fundación Red Notarial, exponiendo nuestra visión, misión y definiciones estratégicas para los tres primeros años, abordando los desafíos siempre con el ciudadano como eje central, es decir, poniendo en el centro a la persona dentro del proceso de gestión del cambio cultural.

Como consecuencia de ello, la problemática que se produjo en el año 2020 por la escritura pública que fue anulada –que incluso tuvimos que convertir nuevamente a soporte papel y presentar ante el tribunal, con todas las dificultades derivadas de la pandemia– culminó con el reconocimiento de la tramitación a distancia mediante esta instrucción que resolvió aquellos antecedentes administrativos. Por lo tanto, toda la documentación que se firma y se otorga por documento privado –entre ella, numerosos documentos, actos comerciales, contratos, promesas, contratos de arriendo y un sinnúmero de actuaciones, actos y contratos de diversa naturaleza– pudo seguir tramitándose a nivel nacional bajo este criterio de la geolocalización. Como consecuencia de ello, ampliamos la plataforma para que pudiéramos estar conectados de manera sincrónica y un notario pudiera autorizar actos dentro de su jurisdicción. Por ejemplo, si una persona firma en Iquique dentro de su territorio –que comprende varias comunas– y otra persona firma, por ejemplo, en Chillán, ambas pueden firmar a distancia con firmas electrónicas avanzadas –lo que permite generar un documento electrónico fiable– y los notarios pueden participar en la autorización de esas firmas de manera sincrónica, manteniendo toda la documentación en formato electrónico, sin necesidad de

imprimirla para luego digitalizarla nuevamente. Esos documentos impresos y posteriormente digitalizados son los que nosotros denominamos “híbridos”, los cuales pueden dar lugar a un acto nulo o, al menos, a un acto imperfecto. Nosotros, como notarios, no podemos entregar un documento que vaya a perjudicar a quien lo utiliza.

Como consecuencia de ello, actualmente contamos con doce notarios a nivel nacional y alcanzamos una cobertura poblacional bastante importante en relación con el total del país. Asimismo, seguimos avanzando hacia la tramitación de las escrituras públicas electrónicas utilizando el concepto de plataforma segura. La plataforma cumple todos los requisitos de la Ley de Protección de Datos Personales, materia que además cuenta con reconocimiento constitucional. Esa ley fue modificada y su entrada en vigor fue prorrogada debido a la creación de la Agencia Nacional de Protección de Datos Personales. Todas las plataformas de Chile deberán ser revisadas y todos tendremos que realizar esa actualización, a fin de adecuarnos tanto a la actual Ley Marco de Ciberseguridad como a la vigente Ley de Protección de Datos Personales, cuya plena vigencia comenzará en diciembre del año 2026, cuando entre en funcionamiento la Agencia Nacional de Protección de Datos Personales.

Por lo tanto, algunos notarios, como es mi caso, nos hemos certificado y ya contamos con la condición de delegados de protección de datos personales, lo que nos permite participar también en los procesos de certificación de los modelos de protección y en la adecuación de las plataformas.

En el año 2021 se dictó la ley que permitió volver, por así decirlo, a la normalidad, aunque manteniendo determinados estándares de utilización de la tecnología mediante plataformas, especialmente en los tribunales, y se modificaron diversos cuerpos legales. Entre esas modificaciones se incorporó una reforma al Código Orgánico de Tribunales y al Código de Procedimiento Civil en relación con la escritura pública electrónica de adjudicación en remate que otorgué en el año 2020 y que dio origen a toda esta problemática tras haber sido anulada. Se dictó la ley y ya contamos con la posibilidad de otorgar escrituras públicas electrónicas de adjudicación en remate; además, la ley estableció que debía dictarse un reglamento. Ese reglamento fue dictado por el Ministerio de Justicia en septiembre del año 2022. Por lo tanto, a partir de ese momento, Chile cuenta, por disposición legal, con la posibilidad de otorgar este tipo de escrituras públicas y, además, toda la documentación, actos y contratos que se formalizan mediante documento privado. Sin embargo, para ello es indispensable contar con la tecnología adecuada y desarrollar plataformas, porque no podemos tramitar por medios vulnerables o débiles, sino que debemos hacerlo a través de plataformas seguras, con roles propios y perfiles creados de manera independiente, dando cumplimiento a las normas sobre ciberseguridad y protección de datos personales.

Como ya contábamos con la tecnología, avanzamos y el año pasado se otorgó nuevamente la primera escritura pública electrónica. Sin embargo, hay otro aspecto: no todos los notarios estamos en la misma línea y, como ocurre con toda transformación, existe resistencia. Esa escritura está pendiente de inscripción; el registrador no ha querido inscribirla y ello ha generado un conflicto con la jueza, la magistrada que dictó la resolución correspondiente. Estamos todos expectantes para ver qué ocurre, porque el registrador ya se encuentra en una situación de desacato.

Paralelamente, en el año 2018 ingresó un proyecto de ley con el objetivo de modernizar el sistema notarial, aunque actualmente ese proyecto atraviesa una situación crítica. Me referiré concretamente al Boletín N° 12009-07. Ingresó en 2018 y todavía se encuentra en tramitación, ya en el último trámite constitucional. El objetivo era bastante ambicioso: mejorar los nombramientos, otorgar mayor transparencia, aumentar la fiscalización –tal como se expresa en el mensaje del proyecto de ley–, reducir los grados de asimetría de información y aumentar la competencia. Además, se intentó incorporar la figura del fedatario y, en la práctica, avanzar hacia una desnotarización, como consecuencia de la resistencia existente por parte de otro sector del sistema notarial.

Esta tramitación ya lleva más de ocho años. En septiembre de este año cumplirá ocho años de tramitación. Las críticas que quiero formular son las siguientes. En definitiva, aquella ambiciosa propuesta de modernización, de disminución de las asimetrías de información, de aumento de la competencia y de incorporación intensiva de la tecnología mediante el uso de firmas electrónicas avanzadas en la tramitación ha terminado enfrentando problemas derivados de presiones corporativas y de un fuerte lobby que desvió el foco del proyecto. El objetivo pasó a ser mantener el statu quo y concentrar la discusión en la separación del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, que es un conservador de gran tamaño, donde existen importantes intereses económicos vinculados a sus ingresos. En definitiva, seguimos en un escenario de *statu quo*.

Esta problemática permaneció aproximadamente dieciséis meses en la Cámara de Diputados. El proyecto ingresó mediante mensaje presidencial, llegó a la Cámara de Diputados y permaneció allí durante más de un año. Una vez aprobado, pasó al Senado. En el Senado permaneció casi cuatro años en discusión y comenzó a experimentar diversas transformaciones que hoy nos permiten afirmar que ha significado un retroceso. Como surgieron divergencias entre la Cámara de Diputados y el Senado, se constituyó una comisión mixta para resolverlas. El texto emanado de esa comisión fue aprobado por la Cámara de Diputados. Sin embargo, en lo que respecta a la modernización propiamente dicha –que era el fundamento original del proyecto, basado en el análisis realizado por la Fiscalía Nacional Económica en el año 2017– el resultado ha sido un retroceso, incluso con posibles afectaciones a principios constitucionales y con

incompatibilidades entre el proyecto que se pretende aprobar y la legislación actualmente vigente.

Especialmente, ello resulta contrario a la política pública que existe en Chile desde el año 2004, cuando se trazó una línea de transformación tecnológica del país. También contradice esa orientación. Por ejemplo, identificamos diversas situaciones que afectan garantías constitucionales y principios propios del sistema notarial. Una de ellas es el principio de rogación. Además, se crea una función nueva consistente en remitir copias y se vuelve al soporte papel, es decir, al “100 % papel”. Se mantiene la idea de que los actos notariales nazcan en papel para luego ser digitalizados, cuando no es lo mismo hablar de digitalizar, transformar un documento en electrónico o trabajar con un documento que nace electrónicamente. No es necesario ser ingeniero informático, pero sí debemos tener conocimientos jurídicos en derecho informático para poder aplicar correctamente estas herramientas. Todos tenemos que actualizarnos en este punto y comprender que existen funciones y principios que no pueden transgredirse por el solo hecho de modernizar. Toda mejora de procesos solo tiene sentido si produce un impacto positivo para el ciudadano; de lo contrario, carece de sentido desde la perspectiva del Estado. No podemos aplicar la tecnología por aplicarla o porque un ingeniero informático nos diga: “No se puede”, y nosotros simplemente aceptarlo y adaptarnos al código del sistema. Es justamente, al contrario, la tecnología es una herramienta que nos permite mejorar y facilitar los procesos. Como bien señalaba la profesora Chacón, nos ayuda a optimizar los tiempos, mejorar la forma en que trabajamos y reforzar la seguridad, pero ello no significa que podamos apartarnos de la ley o actuar en contra de ella.

Hemos tenido participación. A pesar de que salimos a la vida pública en el año 2024, logramos comparecer ante la Comisión de Constitución del Senado y presentar una propuesta de intervención respecto de la tramitación de este proyecto de ley, con una alternativa real de modernización. Nuestra posición es que este proyecto, que pretende modernizar el sistema notarial y registral, debería dividirse, porque existen actos y contratos que pueden ejecutarse desde ahora. No es necesario que una ley nos obligue, por ejemplo, a contar con una página web. Hay cosas que debemos hacer porque forman parte de nuestras obligaciones como ministros de fe y como integrantes del Estado. Debemos mejorar y prestar un mejor servicio al ciudadano, entendiendo que toda mejora debe tener un propósito y contribuir a una mejor calidad de vida para las personas. En definitiva, se trata de ahorrarles tiempo, además del aspecto económico. El tiempo no tiene precio; no sabemos cómo valorarlo y, una vez perdido, no podemos recuperarlo. Por ello, resulta especialmente importante el beneficio directo que obtiene quien debe pedir permiso en su trabajo para realizar un trámite. No sabemos si ese permiso será descontado de su sueldo o de sus vacaciones, pero esa persona tendrá que salir de su

trabajo, acudir a la notaría y esperar para ser atendida. Todo ello representa un costo muy significativo y debemos tenerlo presente. Lamentablemente, este retroceso que propone el proyecto de ley no está considerando adecuadamente esa realidad.

Nosotros también dijimos que parte de este proyecto debería regularse mediante la potestad reglamentaria. Ya tenemos varios decretos que permiten, por ejemplo, obtener una firma electrónica avanzada a distancia, incluso aquí en Chile, sin vernos. No necesitamos ir físicamente a la empresa certificadora para acreditar que somos nosotros. En el año 2019, el Ministerio de Economía dictó el Decreto N.º 24, que permite a las empresas certificadoras que cumplan los requisitos otorgar firmas electrónicas avanzadas en línea, en la nube y solo para ese acto. Por lo tanto, también permitió abaratar los costos.

Por todas partes vemos que esto es positivo. Sin embargo, estamos en retroceso y el proyecto, que inicia con una propuesta tan ambiciosa, tan poderosa, haría retroceder todas las mejoras. Eso es terrible para todos nosotros. Hemos avanzado y también hemos denunciado las presiones para frenar la modernización e impedir el uso de la firma electrónica por parte de un sector de los notarios. No es otra cosa que eso.

Estamos complicados como consecuencia de la situación en la que se encuentra el proyecto, a puertas de ser votado en el Senado. El Senado se encuentra tramitándolo, y habíamos avanzado porque, como les comenté, ¿qué pasa con el resto de la legislación? No pensemos en los notarios únicamente como notarios, sino en toda la tramitación que existe hoy en día. ¿Qué pasa con las juntas de accionistas? ¿Qué pasa con la CMF? ¿Qué pasa con los contratos de trabajo? Empezamos a sumar, sumar, sumar y hay un sinnúmero de actividades y de normas relacionadas con el sistema electrónico. Como dijo la profesora Chacón, efectivamente ya no es mañana, no es lo que se nos viene, es hoy. Estamos en esto, tenemos que ser actores principales. Sin embargo, el proyecto nos haría retroceder si es aprobado.

Hemos estado muy activos este año como consecuencia de esta situación. Quería contarles, comentarles y compartir con ustedes que, aun a pesar de todos estos problemas que hemos tenido, nosotros seguimos pensando que tiene que existir una plataforma que interopere, no una plataforma única con un registro único, porque eso se rompe y, listo, perdimos todo. Puede ser por *blockchain*, que es una tecnología. Nosotros efectivamente trabajamos con códigos hash. Podemos interoperar y conectarnos ya sea mediante API (enchufe) o mediante web services, y compartir la información de acuerdo con nuestra legislación, con nuestra Constitución, que reconoce la protección de datos personales como garantía constitucional, y, obviamente, con el resto de la legislación que regula esta materia.

Nosotros estamos pensando, como uno de nuestros principales desafíos, que la próxima semana (el martes) el proyecto está en tabla para ser votado en la Sala del Senado y, si se llega a votar favorablemente, pasaría a ser ley de la República. Nosotros estamos estudiando la posibilidad de que, si ello ocurre, solicitemos un veto presidencial modificatorio, porque el contenido del proyecto, en materia de modernización, produce exactamente el efecto contrario. No modernizamos; estaríamos retrocediendo aproximadamente veinte años. Es una situación muy gravitante, muy preocupante para nosotros.

Hemos seguido avanzando con las escrituras públicas. Esperamos que se pueda inscribir esa escritura pública y que no quede ahí en el aire, porque ¿qué va a pasar con el adjudicatario? Hemos estado promoviendo y desarrollando actividades dentro de nuestra propuesta estratégica para los tres primeros años, que dimos a conocer el año pasado, consistentes en seguir avanzando mediante alianzas con organizaciones tanto del ámbito público como del privado para masificar y promover el uso de la firma electrónica avanzada. Porque, efectivamente, la firma electrónica avanzada se conoce en doctrina como la identidad digital legal. Hoy en día es lo más seguro que existe a nivel mundial.

Como toda tecnología, claro, siempre me preguntan: “¿Eso puede ser hackeado?”. Por supuesto, puede ser hackeado el día de mañana, pero tendríamos que utilizar tecnología basada en la física cuántica para vulnerar un documento con firma electrónica. Por supuesto, esa tecnología se está desarrollando. Hay países que ya disponen de tecnologías basadas en física cuántica con mayor nivel de acceso para los usuarios, pero todavía estamos bastante lejos de esa realidad. Por ahora, nosotros buscamos y promovemos el uso del documento electrónico fiable, es decir, del documento electrónico con firma electrónica avanzada.

Eso era lo que les quería compartir. Quiero agradecer nuevamente a AVEDA por este espacio.

SEMINARIO: LA TRIBUTACIÓN COMO REGULACIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ponentes:

Juan Domingo Alfonzo Paradisi y Daniel Betancourt

Fecha: 20 de agosto de 2025

Moderador. Pier Paolo Pasceri

Les damos la bienvenida a este último seminario del año 2025, organizado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, que, en una nueva oportunidad, se lleva a cabo junto con la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Este seminario se denomina “La tributación como regulación y limitación de los derechos fundamentales”.

Esta actividad, junto con los Encuentros, Diálogos Iberoamericanos y las Jornadas Anuales organizados por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, representa un esfuerzo de esta Asociación por difundir el derecho administrativo. Es oportuno recordar que las actividades realizadas durante todo este año 2025 honran la memoria del destacado administrativista, doctor Tomás Polanco Alcántara. Con ellas se busca enaltecer la trayectoria de este excelente profesor. Agradecemos la presencia y les damos la bienvenida a todas las personas que nos acompañan el día de hoy.

Tenemos, en primer lugar, al doctor Juan Domingo Alfonzo. Es socio, director y propietario del escritorio jurídico Torres Plaz & Araujo, especialista en derecho administrativo egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, magíster por el Instituto Nacional de Administración Pública, España, en Estudios Superiores de la Administración Pública, con mención cum laude. Realizó cursos de doctorado en derecho administrativo en la Universidad Complutense de Madrid y cursos de doctorado en la Universidad Católica Andrés Bello, donde culminó la carga académica correspondiente. Sus áreas de especialidad comprenden el derecho público, constitucional, administrativo y tributario. Es profesor de Derecho Administrativo I de la Universidad Central de Venezuela y profesor de la Especialización en Derecho Administrativo y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Además, es expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

El doctor Alfonso realizará una primera disertación y, luego de ella, le dará la palabra al segundo ponente, quien también es un excelente expositor, Daniel Antonio Betancourt Ramírez. Es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con cursos de especialización en derecho financiero y derecho administrativo, doctorando de esa misma universidad, socio de la firma Palacios, Torres y Coroy, profesor de la Universidad Monteávila y miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

Para hacer una pequeña introducción a las exposiciones que estos excelentes ponentes presentarán el día de hoy, desde mi punto de vista existe una articulación entre tres disposiciones constitucionales: el artículo 133 de la Constitución, que, como deber, señala que todos debemos contribuir a los gastos públicos; el artículo 135, que consagra la responsabilidad social; y el artículo 316, que establece el deber de contribuir a las cargas públicas. Estos tres artículos constitucionales se interrelacionan. La primera exposición abordará esta temática a partir del estado de emergencia económica decretado y prorrogado por el Ejecutivo Nacional, mientras que el segundo expositor la analizará desde la perspectiva de la regulación y las cargas públicas.

Juan Domingo Alfonso

Muchísimas gracias, Pier Paolo Pasceri, por tu gentil presentación. Muy buenas tardes para todos los que están aquí en Venezuela y bienvenidos sean todos los miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Agradezco a su presidente, Antonio Silva; a María Amparo y a Alicia Monagas, con quienes estuvimos trabajando en la preparación de este seminario, por su amable invitación. Asimismo, me siento muy gustoso de compartir con todos ustedes y con la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) esta buena iniciativa de intercambiar ideas en relación con los temas que nos unen como disciplinas jurídicas.

Siempre recuerdo la discusión acerca de qué es más importante o si una disciplina subsume a la otra, el derecho administrativo o el derecho tributario. En definitiva, cada una tiene su gran autonomía, sus principios fundamentales y sus normas que la rigen, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista adjetivo. Lo importante es que esta iniciativa que tuvimos hace algunos años bajo la presidencia de AVEDA ha mantenido el entusiasmo, la continuidad y el rigor en todos estos intercambios, no solamente con la AVDT, sino también con otras asociaciones, como expresión de la intensa actividad que desarrolla hoy la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

En el caso de mi ponencia, me referiré al estado de excepción, al régimen de los estados de excepción y a la limitación de los derechos fundamentales.

De acuerdo con nuestra Constitución, estamos en un Estado de derecho, un Estado social de derecho y de justicia, donde aspiramos a que exista una división de poderes –no una división clásica tripartita, sino una división quintopartita, en principio– y donde el Poder Legislativo tiene la función fundamental de legislar. En virtud del derecho de excepción, hay ocasiones en las que se abre una ventana dentro de ese ordenamiento bajo el rigor de la Constitución, y ese derecho excepcional no debe implicar arbitrariedad ni apartarse del propio marco que la Constitución prevé, en nuestro caso, la Constitución de 1999.

Así, el Poder Legislativo, representado por la Asamblea Nacional, tiene la función de legislar y hay una serie de materias sometidas a la reserva legal, entre ellas los derechos y garantías constitucionales, los tributos, los delitos y las penas, los procedimientos y la creación de establecimientos públicos e institucionales, entre otras materias reservadas a la ley por mandato de nuestra norma superior, en virtud del artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La idea es mantener y respetar ese orden constitucional.

Excepcionalmente, la Constitución plantea la posibilidad de que el Poder Ejecutivo entre en ese espacio propio del legislador por distintas vías. En primer lugar, como sabemos, mediante la ley habilitante (artículo 236, ordinal 8, de la Constitución; antiguo artículo 190, ordinal 8, de la Constitución de 1961), para, con fundamento en esa ley habilitante, dictar decretos-leyes. Asimismo, mediante la declaratoria de estado de excepción, con fundamento en el artículo 236, ordinal 7, en concordancia con los artículos 337, 338 y 339, figura que anteriormente se llamaba régimen de emergencia y que ahora denominamos estados de excepción, regulados de manera más detallada. De manera patológica, también la Asamblea Nacional Constituyente ha dictado leyes, por ejemplo, el Código Orgánico Tributario de 2020, la Ley de Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria, la Ley Constitucional de Precios Acordados de 2017 y otras, como la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.

Hay distintos tipos de estados de excepción: el estado de alarma –que ya, desafortunadamente, vivimos con ocasión de la pandemia, incluso a nivel mundial–, el estado de emergencia económica y el estado de conmoción interior o exterior. Cada uno tiene sus supuestos constitucionales. En el estado de alarma, la causa son las catástrofes y calamidades públicas. En el estado de emergencia económica, las circunstancias económicas que afecten gravemente la vida económica de la nación. En el estado de conmoción interior o exterior, la causa dependerá de las circunstancias que lo motiven. Cada uno tiene duraciones diferentes: treinta días prorrogables por treinta días más, sesenta días prorrogables por otros sesenta en el caso de la emergencia económica y noventa días prorrogables por otros noventa en el caso de la conmoción interior o exterior. Estos

estados tienen como circunstancias habilitantes situaciones de orden social, económico, político, natural o ecológico que afecten gravemente la seguridad de la nación, sus instituciones o los ciudadanos y que no puedan resolverse –aspecto muy importante– por medios ordinarios.

Este derecho de excepción no puede ser arbitrario; está regulado por la propia Constitución. Es una ventana que crea la propia Constitución, como, por ejemplo, ha señalado Jesús María Casal. Tiene limitaciones constitucionales, limitaciones internacionales derivadas de los convenios internacionales –como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y también las previstas en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. Por supuesto, tiene controles: el control político, ya que el decreto debe ser presentado ante la Asamblea Nacional, y el control de constitucionalidad, que es un control jurídico. Por ejemplo, respecto del primer decreto de emergencia económica, el 11 de abril se dictó la sentencia n.º 533 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se declaró la constitucionalidad del Decreto n.º 5118 dictado por el presidente de la República que declaró el estado de emergencia económica. Posteriormente, el 8 de agosto se publicó un nuevo decreto, que contiene una serie de medidas que, desde nuestra perspectiva, resultan lesivas y limitan los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Hay una serie de límites a los estados de excepción. Sin embargo, la Constitución no prevé con total precisión las causas y medidas para cada tipo de estado de excepción. Ese aspecto fue discutido por la Asamblea Nacional Constituyente, pues algunas constituciones habían previsto, para los estados de conmoción interior o exterior, medidas específicas, como ocurría en las Constituciones de 1830 y 1864. En cambio, la Constitución de 1961 y la Constitución de 1999 no las precisan de ese modo, sino que establecen una regulación más bien genérica y no determinan medidas específicas. Por supuesto, hay un margen de discrecionalidad; el Ejecutivo goza de ese margen, pero esta no puede ser arbitraria ni violar los principios de la Constitución, los principios establecidos en los pactos internacionales ni lo dispuesto en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana.

¿De qué principios estamos hablando?

En primer lugar, del principio de necesidad. Esos estados de excepción, sus hechos y circunstancias, deben ser tan graves y de tal magnitud que los medios ordinarios resulten insuficientes para hacerles frente y resolver la situación. También debe tratarse de un peligro actual e inminente. Aquí formulo una crítica a la sentencia de la Sala Constitucional, porque pareciera que se trata de un peligro que se viene encima, pero que no es inminente, y que afecte –como ha pasado en algunos estados

límites— parte del territorio nacional o la totalidad del territorio nacional; es decir, que afecte gravemente la seguridad de la nación, las instituciones y los ciudadanos.

También encontramos otro principio relacionado con el control de constitucionalidad de este estado de excepción: el actuar del Estado debe circunscribirse tanto en la medida como en el tiempo a las exigencias de la situación, de acuerdo con el artículo 338 de nuestra Constitución vigente y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27.1 de la Convención Americana. Debe haber una concordancia y una relación lógica entre la crisis y las medidas. Todo exceso en las medidas del Estado las convierte en ilegítimas y lesivas de los derechos de los ciudadanos. Por tanto, se aspira a que haya un mínimo sacrificio. La medida debe ser idónea para resolver el problema.

Otro principio es el límite de la temporalidad, que se refiere a su limitación en el tiempo: 60 + 60 días. Sin embargo, tuvimos, entre 2016 y 2019, una emergencia económica prorrogada de manera excesiva, conforme a las previsiones de la Constitución. Constituye, entonces, una patología en cuanto a la extensión del estado de emergencia económica, pues se prolongó más allá de los límites constitucionales. La propia exposición de motivos de la Constitución vigente establece como principio rector la temporalidad. Asimismo, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción dispone que las medidas deben mantenerse solo por el tiempo estrictamente necesario conforme a las exigencias de la situación temporal, lo que resulta contrario a la permanencia. Es verdad que, si recordamos, con la restricción de la garantía económica en los años 61 y 62, al inicio del gobierno de Betancourt, existió la restricción de la garantía económica y se dictó toda una legislación económica con fundamento en esa restricción de dicha garantía económica (el antiguo artículo 96 de la Constitución del 61). Pero eso no es plausible. Lo plausible es que haya libertad respecto del derecho de propiedad y respeto a las garantías constitucionales, y que la excepción sea temporal, no permanente, pues ello es censurable por afectar la seguridad jurídica y los derechos y libertades individuales.

Constituye un principio básico del Estado de derecho el respeto a las libertades individuales y a la responsabilidad de quienes ejercen el poder público. Si persiste la situación extraordinaria, debe dictarse una ley por la Asamblea Nacional, atendiendo y respetando el principio de la reserva legal como legislación especial. El Ejecutivo, una vez que cesen las medidas económicas, debe asegurar el levantamiento de las restricciones.

Hay otros principios limitantes. Está el principio de proclamación y publicación, según el cual la declaratoria de estado de excepción debe constar en un medio de publicación oficial para permitir determinar su proporcionalidad y alertar a los ciudadanos sobre la emergencia y sus

efectos. Ha habido otra patología en el decreto de emergencia económica: el decreto dictado en abril no fue publicado; solamente fue publicada en Gaceta Oficial la sentencia que declaró su constitucionalidad, con una fundamentación discutible.

También está el principio de notificación, desde el punto de vista de la convencionalidad, como garantía para la seguridad de los derechos de los ciudadanos, que comprende la notificación al secretario general de la ONU o de la OEA, indicando las razones de derecho y las medidas adoptadas.

Asimismo, se encuentran los principios de igualdad y no discriminación, así como el principio de compatibilidad con el derecho internacional.

A través del decreto de abril y del decreto del 8 de agosto ha sucedido lo siguiente. En primer lugar, se ha suspendido con carácter temporal la aplicación de tributos nacionales, estatales y municipales, así como de trámites administrativos relacionados, a fin de proteger el aparato productivo nacional. Los municipios y los estados, conforme a la Constitución de 1999, son autónomos y poseen poder tributario; pueden crear tributos. Ese poder tributario es distinto del poder tributario que tiene el poder nacional. Por tanto, en un Estado descentralizado desde el punto de vista territorial, con autonomías territoriales, eso fue desconocido en el Acuerdo Nacional de Alcaldes Bolivarianos y en las sentencias N° 0078 y 0118, ambas de 7 de julio de 2020. Después se dictó la Ley de Armonización y Coordinación Tributaria, lo que representó un avance; pero ahora ese criterio ha sido nuevamente irrespetado, porque se está vulnerando el poder tributario de los estados y municipios.

De igual manera, se dispone la concentración en el Tesoro Nacional de la recaudación de contribuciones especiales creadas por ley y la redistribución de los recursos de institutos públicos y servicios desconcentrados. Aquí se desconoce igualmente otro principio de descentralización, en este caso ya no la descentralización territorial, sino la descentralización funcional. Se está desconociendo la descentralización funcional de institutos públicos, parte de la reserva legal, en virtud de su competencia tributaria para recaudar tributos, como es el caso del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o del INCES.

También se suspenden las exenciones tributarias previstas en ese conjunto de medidas contenidas en el decreto de estado de excepción por emergencia económica. Las exenciones tributarias son beneficios fiscales otorgados por la ley por razones de justicia tributaria y eficiencia económica. Ahora se debe evaluar su eficiencia, así como el costo-beneficio, en virtud del bloque constitucional y del orden constitucional. Una exención puede estimular las inversiones y, si se suprime, puede desestimularlas y tener efectos contrarios. Son lo que se denominan externalidades

negativas. Lo ideal es respetar el principio de progresividad en beneficio de los ciudadanos y también las medidas ordinarias que pueden ser adoptadas mediante ley o exoneraciones por el Ejecutivo Nacional. Por tanto, tiene que haber una planificación que garantice la seguridad jurídica de los ciudadanos, de conformidad con el principio de progresividad y el principio de certeza tributaria.

Por último, ha habido una suspensión de la reserva legal muy grave a propósito del artículo 3 del decreto de emergencia económica. Se suspende la garantía de la reserva legal en materia económica, financiera y monetaria, y ello invade áreas reservadas al poder legislativo nacional, esto es, a la Asamblea Nacional. Materias como la legislación en materia de derechos y garantías constitucionales están reservadas al poder nacional. Los tributos son elementos que deben estar reservados a la ley: hecho generador, base imponible y alícuotas. Lo contrario es establecer una delegación amplia, sin límites, de los poderes normativos del poder ejecutivo nacional, en un alcance excesivo, lo cual limita o pone en riesgo los derechos constitucionales. La reserva legal es una garantía constitucional sustantiva, un valor constitucional irrenunciable, y, si se diluye o degrada, se afectan los derechos fundamentales y las libertades.

Lo que se debe buscar, en conclusión, es elevar el nivel de vida del pueblo, estimular las inversiones y, para ello, ofrecer seguridad jurídica y respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así puede haber un control constitucional y un respeto a los derechos de propiedad y a la libertad económica.

Moderador

Excelente exposición del profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi. Ha trazado un marco general que constituye una introducción perfecta para la exposición que realizará el doctor Daniel Antonio Betancourt Ramírez, quien, siguiendo la misma línea temática y en el marco de este seminario, presentará su ponencia.

Daniel Betancourt

Muchas gracias, doctor. Para esta ocasión, mi exposición será sobre “Tributación y regulación, derechos fundamentales y el concepto de situación jurídica”, en el que quedará evidenciada la simbiosis entre la tributación y, precisamente, el derecho administrativo.

El planteamiento inicial de lo que les traigo hoy es el entendimiento de la posición del ciudadano frente al poder. Ese poder se asemeja a un sol, es decir, es necesario para la vida y fue una creación de las sociedades para permitir su funcionamiento a través de los Estados. Sin embargo, tiene que permear y llegar a los ciudadanos a través de una serie de filtros o andamiajes que ha construido el derecho, a fin de que ese poder llegue de la manera más racional posible.

En esos filtros se encuentran: 1) los derechos, principios y valores constitucionales, es decir, los derechos fundamentales; 2) la forma de Estado, es decir, la forma de Estado social de derecho, la cláusula del Estado social, el contenido o la función vicarial de la Administración Pública o del Estado, entendiendo que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos, así como el principio de iniciativa económica y la responsabilidad social empresarial; 3) un tercer aspecto constituido por los límites de la actividad administrativa, formales y materiales; entre los primeros, desde el punto de vista tributario, el más importante es el principio de legalidad tributaria y, desde el punto de vista material, los principios que informan la tributación, cuyo eje cardinal es el principio de capacidad económica o capacidad contributiva; y 4), en un cuarto nivel, los derechos subjetivos en la esfera particular de cada ciudadano, complementados por las expectativas de derecho y los intereses legítimos. Es decir, este conjunto de elementos es el que, al final, sirve de contrapeso al inmenso poder estatal y permite una relación armónica entre todo el conjunto de derechos con que está dotado un ciudadano frente a la Administración que representa al Estado como estructura organizativa.

Desde el punto de vista de la actividad administrativa, en los cursos de derecho administrativo siempre se nos ha hablado inicialmente de la famosa tríada de Jordana de Pozas, en donde la Administración Pública se representa en tres funciones fundamentales: la de policía administrativa o regulación, la de servicio público y la de fomento. Actualmente, esa tríada se ha ampliado para incluir la actividad empresarial y la actividad de planificación, según algunos autores, en las cuales, cuando se enseña, no se menciona propiamente la actividad de tributación, entendida como la actividad recaudatoria o la actividad de obtener recursos públicos a través de impuestos, tasas y contribuciones, ni tampoco se menciona del todo la actividad financiera del Estado. Pero, como vemos, para que sea posible la teoría de la actividad administrativa, esta necesita un sustrato material que, en efecto, viene de la tributación y del resto de la actividad financiera del Estado. Desde esta óptica se puede observar que todas las actividades se encuentran en un mismo plano: una quizás constituya el sustrato material, esto es, la actividad administrativa en sí misma, y la otra el sustrato económico que le da las posibilidades materiales para que esa actividad sea posible. Desde esa perspectiva se puede ver que no solo están en el mismo plano, sino que, además, la tributación en sí misma puede comportarse como un mecanismo de regulación. Ya de por sí, la administración tributaria, el acto de tributación o de imposición, se comporta como policía administrativa o regulación; a su vez, la tributación puede tener caracteres o servir como instrumento de servicio público y también puede servir como actividad de fomento. Es decir, dentro de la cláusula del Estado social, de los fines y cometidos del Estado y de la protección de bienes constitucionalizados, dentro del principio conocido en el derecho administrativo como intercambiabilidad de las técnicas de la

Administración, el legislador pudiera elegir cualquiera de las funciones que todos conocemos del derecho administrativo o la tributación para que sirva como fundamento de la actividad administrativa, no solamente desde el punto de vista económico, sino también desde una perspectiva material e, inclusive, axiológica.

La tributación se comporta como una técnica de fomento. En las clases de pregrado y posgrado de derecho administrativo es cuando aparece, sobre todo, el tema de la tributación, específicamente a propósito del tema de exoneraciones y rebajas. Se conoce que las exoneraciones, exenciones y rebajas son una técnica prototípica de fomento; sin embargo, la tributación va mucho más allá. También pueden existir alícuotas diferenciadas, si el legislador prefiere fomentar una determinada actividad a través de una alícuota más baja o, por el contrario, reducirla mediante una alícuota mayor. Para eso sirve la tributación. Recientemente, dentro del campo tributario, ha cobrado relevancia lo que conocemos como “para-fiscalidad”. Se trata de sectores que son estratégicos y representan un bien constitucionalizado. Sobre ellos se establece un tributo para su financiamiento, con lo cual se persigue un fin determinado en la sociedad.

Desde el punto de vista del servicio público, la tributación sirve para el financiamiento del servicio y el aseguramiento de su prestación. Desde el punto de vista de la determinación tributaria, el ordenamiento venezolano –y ello es común en los ordenamientos del impuesto sobre la renta– reconoce los gastos por el acceso al servicio dentro de la determinación tributaria.

El aspecto de la regulación, tomando en cuenta la definición de regulación como esa actividad delimitadora de derechos fundamentales para la protección de un fin público, es decir, una restricción de derechos subjetivos o derechos fundamentales, permite que la tributación sirva para lo siguiente:

1. Desincentivar una actividad. Existe un interés público o un bien constitucional que el Estado quiere proteger frente a una actividad que puede ser perjudicial para ese fin, por lo que intenta desincentivarla.

2. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, quizás una actividad privada genere externalidades o efectos sociales, en muchos casos negativos, que no están considerados en el precio de los bienes y servicios. Eso es lo que se llama “internalizar los costos sociales en el precio”, y se hace a través de la tributación, que es el caso concreto de los tributos ambientales o de la denominada tributación verde.

3. También puede haber una limitación, por vía de tasas, al acceso a bienes públicos o a bienes finitos, la cual se instrumenta mediante la tributación.

Estos tres escenarios, inicialmente, son escenarios generales en los que la tributación puede servir de regulación. Insistimos, no hablamos de la Administración tributaria como actividad de policía administrativa, sino de que el mismo acto material de imposición genera efectos regulatorios, dependiendo de la técnica que ha adoptado el legislador para generar un efecto concreto.

Recordemos que la regulación económica se refiere al escenario de intervención pública. Esa intervención pública, con respeto de todas las garantías formales y materiales, persigue ordenar los factores de producción, es decir, que esos factores de producción que se consideran relevantes en una actividad produzcan o eviten determinados efectos sociales, y busca corregir las fallas del mercado. Y aquí se va aparejando con los fines fiscales de la tributación, pues busca: 1) corregir fallos del mercado (externalidades); 2) asignar derechos, no solo derechos de propiedad, sino, en general, todo tipo de derechos. Un ejemplo prototípico del análisis económico del derecho es, por ejemplo, la luz verde del semáforo: representa una asignación de derechos de paso en una determinada vía; y 3) la regulación económica busca la protección de bienes constitucionales, lo que conocemos normalmente como protección del interés público, es decir, la protección de un bien constitucional o de otro derecho o principio que informe el sistema, la cual se puede hacer a través de la regulación económica.

Toda regulación económica tiene una tríada fácilmente identificable: 1) un sistema normativo especial que es aplicado a un sector; 2) una Administración especial sectorial especializada, es decir, un aparato administrativo (en palabras de Max Weber, burocrático) con competencia material, un nivel de especialización y potestades, especialmente la potestad reglamentaria para generar ese sistema normativo especial, además de las de supervisión, fiscalización y control; y 3) unos sujetos regulados, que son quienes realizan esa actividad.

¿Para qué ha servido esta breve enunciación? En primer lugar, porque la Administración tributaria, aunque parezca increíble, en algunos casos realiza funciones de autoridad de vértice, es decir, de Administración especializada. Les doy básicamente dos ejemplos que todos conocemos: los licores o bebidas alcohólicas, por una parte, y los cigarrillos, por otra. Estos no tienen propiamente, fuera del Ministerio de Salud y de los permisos que este genera, una Administración sectorial que regule la actividad, y la carga de la vigilancia y control de esta actividad termina siendo asumida por la Administración tributaria. En estos casos, la Administración tributaria tiene una función fiscal, evidentemente la recaudación, el interés del Estado de recaudar a través de estas actividades, pero también tiene una función extrafiscal relacionada o justificada por la protección del derecho a la salud. En este caso, la Administración tributaria reúne las tres características de la regulación económica: un sistema normativo

especial con varias potestades, entre ellas las de control fiscal y, además, la potestad de crear nuevas normas de rango sublegal (potestad reglamentaria) que ordenan el sector; se configura como una autoridad de vértice, siendo una Administración especializada para estos sectores; y tiene potestades de investigación, control y sanción.

En otras palabras, el primer lugar de encuentro o hecho concreto en el que confluyen la regulación económica y la tributación es, propiamente, la Administración tributaria ejerciendo funciones de autoridad de vértice.

Y, al revés, también es muy válido. Muchos entes administrativos especializados o servicios desconcentrados que tienen competencias materiales especializadas y son autoridades de vértice de un sector terminan ejerciendo función tributaria. El ejemplo más común es CONATEL, que es una autoridad de vértice, un ente rector en materia de telecomunicaciones, pero que, a su vez, tiene asignada la recaudación de determinados tributos. Está dotada de técnicas de control fiscal e inicia la sustanciación de procedimientos especiales tributarios.

Ojalá todo fuera una simple simbiosis. Sin embargo, existen ámbitos de conflicto. Los conflictos son más frecuentes entre áreas de especialidad o parcelas del derecho que las coincidencias. Recordemos que el sometimiento al ordenamiento jurídico es un deber de todos los ciudadanos; el sometimiento al ordenamiento tributario, igualmente, y habrá mayor o menor sometimiento de acuerdo con la actividad, sin perjuicio de que exista, a su vez, un ordenamiento especial del sector.

El ordenamiento tributario, en algunas ocasiones, no considera las especialidades del ordenamiento sectorial de la regulación económica de un determinado sector. El ejemplo prototípico es el de las instituciones del sector bancario. Lo mismo sucede con las empresas de la actividad aseguradora y, en menor medida, con las del mercado de valores. Las normas regulatorias propias del sector regulado al cual pertenecen, es decir, el sistema normativo especial, ordenan su patrimonio. Recordemos la imperatividad y obligatoriedad que ha reconocido el Tribunal Supremo de Justicia respecto de la doctrina de las normas prudenciales de la autoridad regulatoria, en este caso de la SUDEBAN, que, además, no solo ordena la contabilidad, sino también el patrimonio; obliga a establecer provisiones obligatorias, en muchos casos provisiones técnicas y reservas, y señala qué bienes pueden tener y cuáles no. En muchos casos, este ordenamiento, e incluso la propia jurisprudencia, pareciera que no tiene incidencia en el derecho tributario.

Como hemos señalado, el principio cardinal del derecho tributario es, por una parte, el principio de capacidad económica, pero también el de la realidad económica. En muchos casos, lamentablemente, sobre todo a nivel del impuesto sobre la renta y del impuesto a los grandes patrimonios,

específicamente en materia de tributación directa, esta ordenación patrimonial que dispone la ley y que impone una autoridad administrativa no tiene asidero desde el punto de vista del derecho tributario. Es decir, la relación de poder que estos contribuyentes, en su condición de administrados, mantienen con el Estado no parece tener sincronía con la relación jurídico-tributaria, lo cual, desde el punto de vista del derecho tributario, genera escenarios y resultados realmente injustos.

Esto, en mayor o menor medida, sucede con otras expresiones de regulación. Pongo un ejemplo en materia de telecomunicaciones: las normas de telecomunicaciones, específicamente el Reglamento de Protección de los Derechos de los Usuarios, establecen determinadas pautas de facturación, de retiro del servicio y de reintegros en caso de falta de cobertura. Desde las perspectivas del impuesto sobre la renta y de la tributación indirecta, muchas veces estos aspectos regulatorios no tienen una solución desde el conocimiento de la Administración tributaria, lo cual genera también escenarios de tributación irracional.

Otro punto de diferencia es el tratamiento de las sanciones. Ojalá en el derecho tributario pudiéramos extrapolar completamente las técnicas de ponderación de sanciones, como el principio de unidad, el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, que al final son comunes al derecho sancionador, independientemente de que sea tributario o regulatorio. Sin embargo, desde el punto de vista de su aplicación, al menos en nuestro país, estos principios no han terminado de permear plenamente la actividad administrativa de la Administración tributaria.

Para culminar, la manera en que se unen o existe una total correspondencia entre el derecho administrativo y el derecho tributario, o entre la regulación económica y el derecho tributario, es a través del concepto de situación jurídica, es decir, dejar de ver de manera aislada la relación de poder y la relación jurídico-tributaria. Recordemos que la relación de poder es una relación de subordinación y la relación jurídico-tributaria es una relación de igualdad. Debemos considerar, primero, que la Administración está al servicio de los ciudadanos, pero también que la capacidad contributiva y la esfera jurídica de los ciudadanos son una sola y están incididas por múltiples relaciones jurídicas en las que se encuentran: primero, frente a varias administraciones tributarias y, segundo, quizás frente a varias administraciones sectoriales e, inclusive, frente a una serie de órganos y entes del Estado. Es decir, considerar en su totalidad el conjunto de relaciones jurídicas sobre el cual deben permear todas las garantías, la forma de Estado y los derechos fundamentales, como forma no solo de protección, sino también de armonización de las relaciones entre el poder –que es uno solo– y la persona, cuya esfera jurídica también es una sola.

Este es el punto que traigo a colación. A pesar de que, desde la práctica y de situaciones concretas, pueda haber algún divorcio entre lo preceptuado por la regulación económica y la tributación, este no debe existir. Siempre se debe tener presente que el ciudadano es el centro de imputación de toda actividad estatal y que debe ser respetada su situación jurídica, entendida como un conjunto de relaciones jurídicas y de los derechos que sobre ella recaen.

DIÁLOGOS IBEROAMERICANOS

DIÁLOGO IBEROAMERICANO CHILE Y VENEZUELA: CONSTITUCIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Ponentes:

Marisol Peña Torres, Natalia Muñoz Chiu y Cecilia Sosa Gómez

Fecha: 14 de enero de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Muy buenas tardes a todos. En nombre de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, les damos la bienvenida a esta nueva actividad que ha implementado la institución con el objeto de establecer un diálogo iberoamericano. El día de hoy, concretamente, lo vamos a hacer con Chile, y la idea es conversar sobre materias atinentes al derecho administrativo entre profesores de uno y otro país.

Nos acompaña, además del presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el doctor Antonio Silva Aranguren, la profesora Cecilia Sosa Gómez, por Venezuela, y, por Chile, dos importantes juristas, la doctora Marisol Peña Torres y la doctora Natalia Muñoz.

Hago una muy breve presentación. La profesora Cecilia Sosa Gómez es miembro de nuestra Asociación, fue presidenta de la Corte Suprema de Justicia, es individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y directora del posgrado de derecho constitucional de la Universidad Central de Venezuela. La profesora Marisol Peña Torres es también profesora de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad del Desarrollo. Fue expresidenta del Tribunal Constitucional de Chile e individuo de número correspondiente extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de la cual la doctora Sosa es también miembro de la junta directiva. Por Chile nos va a ilustrar sobre cómo se trata en ese país la materia acerca de la cual vamos a conversar el día de hoy. La profesora Natalia Muñoz es profesora en el área de derecho público de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y es directora del Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

Tenemos, pues, especialistas en derecho constitucional y en derecho administrativo para tratar este tema que es, precisamente, “Constitución y Administración Pública”. Como hemos adelantado, se trata de un diálogo. Para dar inicio, vamos a partir del comentario de lo que es una tendencia, la constitucionalización del derecho administrativo. Cómo se ha pasado de sustituir la importancia de la ley por la importancia de la

Constitución para el derecho administrativo y cómo se explica o aplica esta tendencia en cada uno de nuestros países. Doy la palabra a la doctora Cecilia Sosa para iniciar el diálogo.

Cecilia Sosa Gómez

La verdad es que esta iniciativa de AVEDA, de diálogos iberoamericanos, me parece una propuesta muy novedosa porque supone cambiar la conferencia por reflexiones, por presentar algunos postulados e, inclusive, interrogantes sobre qué debemos hacer con ciertos aspectos que las constituciones han consagrado. También para presentar algunas dudas o afirmaciones producto de la experiencia que cualquiera de nosotros tenga.

Nos vamos a referir, en este encuentro, a las ideas que vinculan y relacionan la Constitución y el derecho administrativo. Yo quisiera comenzar diciendo que la constitucionalización de las especialidades del derecho, y en particular la presencia del derecho administrativo en la Constitución, nos lleva a preguntarnos por qué ocurre y qué significa. Sea que el derecho administrativo esté expresamente o implícitamente en el texto constitucional, no necesariamente va a decir que esa actividad la va a ejercer el derecho administrativo, pero las constituciones, directa o indirectamente, por tratados incorporados en el ordenamiento interno, han hecho suya la mundialización de los derechos humanos.

Es muy importante focalizarnos en esa evolución de cómo fue ampliándose la cobertura de los derechos humanos. De alguna forma, las constituciones están girando en torno a ellos. La clásica separación entre la estructura de los derechos y la estructura política de los órganos del poder siempre la habíamos visto como dos bloques separados. Hoy en día resulta que las constituciones empiezan a decir que no solo valen los derechos que están escritos, sino también los que no están escritos, los que están más allá de la persona humana, los que protegen la dignidad. Esto ha producido una vinculación entre Estado y garantía de los derechos humanos que, aun siendo exagerado, nos lleva a preguntarnos si realmente corresponde al Estado garantizar todos los derechos humanos. En la Constitución venezolana, materialmente, el Estado aparece garantizándolos. Ahí cambió el tema de la reserva legal. Yo antes sabía que, si consagraba el derecho al amparo, decía “toda persona tiene derecho a ser amparada en los términos que la ley establezca”. Hoy en día, por lo menos en la Constitución venezolana, ni siquiera es una reserva legal. Dice: “toda persona tiene derecho a ser amparada”. El procedimiento, qué voy a proteger, cómo lo voy a proteger, cómo debe ser el expediente... la reserva legal está condicionada a una normativa constitucional que limita el desarrollo legislativo que antes era el cenáculo de la protección de los derechos humanos.

Esta evolución comenzó con los derechos fundamentales. Luego los ampliamos hacia los derechos económicos, que abarcan no solo la propiedad y el libre ejercicio de la actividad lucrativa, sino también la protección al consumidor. Después nos abrimos hacia los derechos sociales y culturales. No hay ninguna duda de que la concepción de la reserva legal, al menos en la Constitución venezolana, quedó sometida a la Constitución en términos expresos. Es algo nuevo, no comprendido, que no está en ejecución en el caso venezolano. Esto afecta el principio de que los actos administrativos inferiores deben respetar los actos de rango superior. En el caso venezolano, el artículo 7 constitucional, al consagrar la primacía constitucional, determina que cualquier especialidad del derecho –derecho de familia, derecho de menores, derecho tributario o derecho administrativo– tiene inmediatamente que ver con la Constitución para saber dónde se ubica. La constitucionalización también ha invadido otras especialidades. El tema de los derechos humanos, de su promoción, protección y garantía, cubre buena parte del derecho administrativo, vinculándolo al tema constitucional.

Marisol Peña Torres

Muchas gracias. Muy buenas tardes a todos quienes están conectados y muchas gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por esta invitación. Me encanta compartir este panel con la profesora Natalia Muñoz, quien es la presidenta de nuestro Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

La primera pregunta que quisiera responder junto a ustedes es qué entendemos por constitucionalización del derecho. Aquí me quisiera basar en la tesis famosa de Luis Favoreu, el tradicional jurista francés, quien decía que la constitucionalización del derecho no es otra cosa que la impregnación de los principios y valores que fluyen de la Constitución al resto de las ramas del derecho. Por lo tanto, se produce con la constitucionalización del derecho una reafirmación indiscutible del principio de supremacía constitucional, pero, al mismo tiempo, la claridad de que situaciones que tienen que ver con el devenir de las disciplinas más comunes del derecho –el derecho privado, el mismo derecho administrativo, los derechos especiales como el urbanístico– tienen que remitirse a esos principios y valores para solucionar los problemas que produzca su aplicación.

En el caso de Chile, es muy importante tener presente que la Constitución, en su capítulo primero, consagra las bases de la institucionalidad, este conjunto de principios y valores que ayudan a interpretar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico derivado. Su inciso cuarto señala que el Estado está al servicio de la persona humana. Hay una concepción personalista en nuestra carta fundamental, que se apoya, a su vez, en el valor superior de la dignidad humana, recogido en el inciso primero de

esa misma norma, el artículo primero. Luego de decir que el Estado está al servicio de la persona humana, señala que su finalidad es proveer el bien común. Para que no queden interpretaciones acerca de qué es el bien común como fin del Estado, la Constitución lo define expresamente como “el conjunto de condiciones sociales que permitan a todos y cada uno alcanzar su mayor realización espiritual y material posible”. Pero ahí viene una coma que es muy importante, y agrega: “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Dicho en otras palabras, el bien común se construye a partir de una visión donde la persona está en el centro del quehacer de la Administración del Estado, pero, además, al mismo tiempo, va señalando un límite muy claro. La Administración, al desplegar su actividad de satisfacer las necesidades de los gobernados, debe hacerlo siempre con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

En Chile no hemos tenido tantos problemas con la ampliación, vía jurisprudencial, de los derechos, aun cuando no tenemos la cláusula que otras constituciones contienen en el sentido de que la enunciación de derechos y garantías de la Constitución no impide que se reconozcan otras que derivan de la dignidad humana. ¿Por qué no hemos tenido mayor dificultad para actuar pretorianamente? Porque, a partir del artículo 6, inciso segundo, se reconoce lo que llamamos la eficacia normativa directa de la Constitución. Esto es muy importante. Cuando la Constitución dice “los preceptos de esta Constitución obligan no solo a los titulares de los órganos del Estado, sino a toda persona, institución o grupo”, entonces, definitivamente, los derechos ya no están supeditados a la ley para su adecuada implementación y garantía. Una segunda consecuencia es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha podido desarrollar ciertos derechos implícitos que fluyen de derechos expresamente consagrados, pero que van adquiriendo visibilidad especial en un momento histórico determinado. Solo cito dos ejemplos recogidos en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. En primer lugar, el derecho de acceso a la información pública, que fue el primer derecho reconocido implícitamente antes de que se recogiera el principio de publicidad en la Constitución. En segundo lugar, se ha desarrollado una jurisprudencia muy interesante que reconoce el derecho a la identidad de toda persona a partir del artículo 19, número 4, que garantiza la protección de la vida privada y de la honra de la persona y de su familia.

Natalia Muñoz Chiu

En primer lugar, quiero agradecer la invitación a participar en estos diálogos iberoamericanos, dar las gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, en la persona de su presidente, Antonio Silva, y agradecer, por supuesto, a la doctora María Amparo Grau, y también a quienes comparten conmigo este panel el día de hoy.

Como decía la profesora Marisol Peña, en Chile tenemos, desde un tiempo ya relativamente largo –tanto a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de la Excelentísima Corte Suprema–, una tendencia a que los principios, y sobre todo aquel conjunto de principios que se van a aplicar a los procedimientos administrativos y a todo lo que dice relación con la elaboración de los actos administrativos, tengan dentro de este marco normativo aquellos principios y elementos que reconoce principalmente la Constitución, a propósito del principio de supremacía constitucional y también de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados, conforme al artículo 5 de nuestra Constitución, que establece la aplicación de aquellos referidos a derechos que han sido ratificados por Chile. Por lo tanto, se aplica todo este marco normativo en la protección de los derechos humanos, que está dada por el derecho de los derechos humanos, que se plasma en el sistema interamericano, en el sistema de la Corte Interamericana, con su jurisprudencia, entre otros elementos.

En ese sentido, tal como decía la profesora, la primacía constitucional es un elemento fundamental que tiene una gran trascendencia, porque todas las leyes y toda la actuación administrativa –de la cual vamos a hablar a propósito de los decretos y de las atribuciones que tiene el gobierno y el presidente de la República– deben atenerse o estar conformes a la normativa constitucional. Eso va a regir tanto en materia de organización como de procedimientos y competencias de los distintos órganos públicos. Como decía la profesora, son dos normas constitucionales muy relevantes: los artículos 6 y 7 de la Constitución, que reconocen el principio de juridicidad.

El otro elemento primordial, tal como se ha señalado, es la protección de los derechos fundamentales, teniendo siempre como centro, sobre la base de nuestras normas que ya citó la profesora, la dignidad de la persona humana, que debe ser tomada en cuenta en toda la actuación administrativa. Por ejemplo, en el ejercicio de distintas potestades administrativas –expropiaciones, sanciones administrativas– debe haber una tutela efectiva de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos; entre ellos, el derecho a un procedimiento racional y justo, reconocido en la Constitución, que en otros ordenamientos se manifiesta en el debido proceso. Este derecho tiene distintas expresiones que dan cuenta de esta garantía.

Si bien es cierto que tenemos normas que regulan o complementan esta idea de procedimiento racional y justo en el ámbito de la Administración, como la Ley N.º 18.575 (con texto refundido en el DFL 1) o la Ley N.º 19.880, de Procedimientos Administrativos, además de estas normas y de las normas estatutarias contenidas en el DFL 29 (texto refundido del Estatuto Administrativo), todas estas normas legales tienen que estar acordes con la Constitución y con el procedimiento racional y justo que

en ella se consagra. Hay toda una discusión en esta materia. Actualmente, hay sentencias del Tribunal Constitucional que dan cuenta de las dos posturas. Algunos consideran que solo se aplican las normas que hemos reseñado como normas especiales de derecho administrativo, y otros opinamos que el procedimiento racional y justo se integra desde la Constitución hacia todos los procedimientos administrativos.

Hay otros elementos muy relevantes que permiten hablar de esta constitucionalización, como todos los mecanismos de control judicial y también el control constitucional que se realiza a través de la acción de inaplicabilidad, cuando, en un caso concreto, hay una norma que va a ser decisiva y, al ser aplicada, produce un efecto inconstitucional. Como decía la profesora Marisol, el Tribunal Constitucional, en muchas de sus sentencias, ha reconocido la aplicación de los derechos fundamentales y de los derechos constitucionales, que son precisamente los que permiten sustentar la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma en un caso concreto. Por ejemplo, ha habido muchas normas en Chile que son de antigua data, como aquellas que permiten cambiarse el nombre en una sola oportunidad, y hay muchos niños a los que se les cambió el nombre cuando eran niños, pero, cuando llegan a la edad adulta, se dan cuenta de que también quieren cambiar su nombre. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha dicho que existe el derecho a la identidad y que esa norma, aplicada al caso concreto, produce una afectación a ese derecho. Hay muchos otros ejemplos. Un caso muy paradigmático es el siguiente: hace más de setenta u ochenta años, había una norma que solo permitía que un hijo nacido fuera del matrimonio fuera reconocido por el papá y también por la mamá. Hubo muchos casos en que solo lo reconoció el papá. Entonces, una persona fallece, su mamá va al Registro Civil, pide la herencia y le dicen: “Usted no es heredera porque su mamá no la reconoció”, a través de un mecanismo que era oneroso y difícil para la época.

En todos esos casos se ha hecho prevalecer estos principios constitucionales, que tienen que ver con el control, la responsabilidad, la publicidad, la transparencia y la probidad. Hay un conjunto de principios que han permitido tanto a la Corte Suprema como al Tribunal Constitucional resolver casos con fundamento en ciertos principios que no están expresamente previstos en la Constitución, tal como decía la profesora. Por ejemplo, toda la temática relacionada con la proporcionalidad, especialmente en relación con las sanciones administrativas y con el ejercicio de las potestades disciplinarias por parte de la Administración, ha generado un baremo de constitucionalidad en relación con estas materias. El principio de igualdad y no discriminación ha sido el origen de tantas reformas legislativas. Todo esto permite que el ciudadano tenga mayores herramientas.

Moderadora

Vale, una cosa que me gustaría señalar. Fíjense que la profesora Natalia empieza hablando de la constitucionalización y se va de una vez a los principios de buena administración, que es un tema que teníamos previsto para conversar. Pero ella también ha indicado la importancia y relevancia –como lo hicieron la profesora Peña y la doctora Sosa– de los derechos humanos dentro de esta tendencia de constitucionalización del derecho. Sin embargo, también se ha referido al tema de la regulación constitucional de la organización de los poderes públicos, al que pareciera restársele importancia, pero que reviste una importancia fundamental, porque de eso depende que el Estado de derecho sea un Estado de derecho. Un Estado que respete los derechos humanos tiene que ser un Estado de derecho.

Entonces, la doctora Sosa nos iba a hablar de la separación de los poderes. El principio de separación de los poderes se enseña como una de las bases constitucionales del derecho administrativo. ¿Hay una crisis del principio de separación de los poderes en Venezuela?

Cecilia Sosa Gómez

Antes me gustaría dejar claro, pues no quiero que se piense que en la Constitución venezolana no tenemos los mismos principios que tiene la Constitución chilena, ni tampoco que el centro de la Constitución no sea la dignidad de la persona. La diferencia está en que yo me he referido más bien al incumplimiento de la legislación en relación con el cumplimiento de los principios; es decir, no hay una realidad legislativa ni ejecutiva que vaya en la línea de cumplir con esos principios y valores superiores que están en el artículo 2 y en el artículo 4. La supremacía constitucional está también en el artículo 7 como norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, y todas las personas y todos los órganos del Estado tienen que estar sometidos a ella. Tenemos una normativa alterada en la realidad política. Es bueno dejarlo sentado, el funcionamiento del tema de los poderes públicos está alterado en relación con el texto constitucional.

Ahora bien, directamente con el tema de la separación de poderes, me voy a arriesgar, seguramente por la realidad que está viviendo Venezuela, y veo, inclusive, los contrastes en la manera en que ustedes hablan y yo hablo; hay un desnivel. Ustedes están exponiendo cuáles son las normas y los principios que rigen en Chile, pero, cuando los están exponiendo, es porque en Chile rigen; yo estoy exponiendo los principios bajo una situación en la que esos principios no rigen. Pero eso es lo interesante de este encuentro, porque nos deja bastante claro que, a veces, tener una Constitución que tiene todos estos elementos no necesariamente implica el funcionamiento adecuado de la estructura de los poderes públicos, que son, en definitiva, quienes mueven todo el sistema. Fíjense que ustedes se

han referido a la Corte Constitucional, al poder ejecutivo, etcétera. Yo no me puedo referir a nada de eso desde el texto mismo constitucional.

A mí me parece, y me encantaría que pudiéramos discutir este punto, que, en el caso venezolano, cuando uno revisa las competencias de los poderes públicos –ahora tenemos cinco: poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial, poder ciudadano y poder electoral–, esas competencias, sobre todo las de los tres clásicos, las hemos venido repitiendo casi sin cambios en las 26 constituciones que hemos tenido. Yo creo que esas competencias necesitan ajustarse para efectivamente evitar la intervención de un poder sobre otro. Es un análisis que debemos hacer los constitucionalistas venezolanos, los administrativistas, todos los que están en el área del derecho público. ¿Por qué lo digo? Porque, si revisamos las constituciones del continente, yo diría que la diferenciación de sus tareas tiene un poco más de claridad y diferenciación entre ellas. Por ejemplo, en el caso chileno, uno ve la Constitución y ve el régimen del poder legislativo, y ustedes llegan a un nivel de detalle que para nosotros correspondería al reglamento que hace la Asamblea Nacional para funcionar. Ellos quedan en libertad de hacer lo que quieran. En cambio, como ustedes tienen –es un país unitario– un contrapeso en el poder legislativo que es cuestionado porque es lento, no porque sea muy rápido, independientemente de eso, en el caso de Venezuela es patético porque no tenemos separación de poderes. Esto me lleva a –no sé si estoy haciendo lo correcto– decir que la separación de poderes tiene que ver en Venezuela con la crisis de que el poder ejecutivo legisla, el poder legislativo legisla, el poder judicial legisla y el poder extraordinario legisla. En el caso del poder judicial, pues, interpreta normas de la Constitución sin referencia a nada. Usted puede ir al tribunal y pedir la interpretación del artículo 5, y este interpreta el artículo 5 como quiere, sin relacionarlo ni contrastarlo con nada.

Esa crisis de representatividad –no sé si es el momento de expresarlo– del poder político más importante, que es el poder legislativo, se traduce en que en Venezuela no funciona. Es un poder punitivo. Yo nunca he visto en Venezuela, o pocas veces, una ley promotora que estimule las garantías de un derecho. Si yo tengo la ley del primer empleo –que lo dice expresamente, como una reserva legal, la Constitución–, ¿dónde está la ley del primer empleo? Si yo tengo una ley del primer empleo, primero tengo que reunirme con el sector privado y negociar cómo podemos hacer para que el sector privado y el sector público promuevan ese primer empleo...

Moderadora

Cecilia, una pregunta que voy a hacer para el tema de la conversación: ¿uno puede decir que hay una crisis del principio de separación de los poderes, que originariamente se plantea en atención a la identificación de

las funciones del Estado atribuidas a estructuras orgánicas independientes entre sí? Porque, al final de cuentas, la legislación no solo es función del legislativo, el juzgamiento no solamente es función del poder judicial, y la administración no solamente es función del poder ejecutivo. ¿Cómo incide eso en el Estado de derecho?

Cecilia Sosa Gómez

Exactamente, esa es la realidad. Cuando tú tienes un poder moral integrado por tres órganos –Contraloría, Defensoría y Fiscalía–, tiene unas atribuciones que se parecen a las de la Contraloría, pero no llega a la sanción directamente. Tengo una Contraloría que, a su vez, forma parte del poder ciudadano, pero no hace lo que tiene que hacer. Muchas veces lo deseable es que sus expedientes pasen al Ministerio Público, pero no pasan. El Ministerio Público actúa más bien por su propia iniciativa. A veces uno dice: “Es que no se conoce la Constitución”. No, yo creo que la realidad es otra: es un tema de concentración del poder. Ningún órgano aquí logra el objetivo establecido. Aparte de que, insisto, las competencias tienen que ser revisadas para poder evitar la invasión de un poder sobre el otro.

Marisol Peña

Primero, para que Cecilia –porque tengo un cariño enorme hacia ella y una admiración aún más grande por el destacado papel que ha tenido en la cátedra en Venezuela y en el mundo jurídico– no se sienta mal. Cecilia, sí, nosotros sí tenemos, igual que ustedes, el principio de separación de poderes. Pero creo que Natalia va a estar de acuerdo conmigo en que eso no significa que automáticamente el principio de separación de poderes sea de cumplimiento automático o que siempre funcione así. ¿Por qué? Porque la evolución que ha tenido nuestro país desde el punto de vista institucional –donde también tenemos crisis de las instituciones; todas las últimas encuestas revelan que instituciones claves de la democracia como el Congreso Nacional y los partidos políticos están ubicados en el último lugar, castigados desde el punto de vista del control ciudadano (*accountability*)– ha puesto de manifiesto diversas dificultades. Pero ¿qué ha ocurrido en Chile que, de alguna manera, ha mitigado la natural tendencia –que, por lo demás, no la inventamos ninguno de nosotros, sino Montesquieu, que fue el primero que dijo: “El poder tiende a abusar del poder”–? A mí me parece que eso hace reforzar, aquí, en este importante foro, la idea de que la separación de poderes tiene que funcionar con un sistema de pesos y contrapesos, de *checks and balances*.

Algunos ejemplos de esto para que puedan apreciar cómo funciona el tema en Chile. Cuando han existido invasiones del poder legislativo (del Congreso Nacional) en competencias que son exclusivas del presidente de la República en materia de iniciativa de ley –porque el artículo 65 constitucional contiene un listado de materias que son de iniciativa exclusiva del presidente–, ha ocurrido en la práctica que los parlamentarios, por vía

de mociones o por vía de indicaciones a un proyecto de ley, pretenden invadir esas competencias, infringiendo el principio de separación de poderes. En esos casos ha habido inmediatamente requerimientos que se han activado ante el Tribunal Constitucional. Acaba de pasar el día 9 de enero: el Tribunal Constitucional dictó una sentencia que acoge un requerimiento del ejecutivo frente a la infracción producida por una serie de indicaciones parlamentarias tanto a las normas de la Ley de Presupuesto de 2025 como a las glosas incluidas dentro de la ley, estimando que allí se invadían competencias exclusivas del poder ejecutivo. Entonces, ¿qué vemos? Que funcionan los contrapesos, y el Tribunal Constitucional no actúa de oficio, sino que hay una conciencia jurídica que, afortunadamente, todavía se mantiene en nuestro país, donde los órganos legitimados activan el mecanismo correspondiente.

Un segundo ejemplo. Nosotros experimentamos un golpe muy duro desde el punto de vista de la credibilidad del poder judicial en octubre del año pasado, cuando el Senado destituyó a dos ministros de la Corte Suprema, a los cuales, en síntesis, se les atribuyó haber incurrido en conflictos de intereses y haber faltado al principio de imparcialidad y también al principio de probidad que mencionaba Natalia hace un momento. Esto puede parecer aberrante, que el Senado destituya a ministros del máximo tribunal, pero allí se desarrolló un proceso constitucional. Con lo que nos quedamos es que ahí funcionó un importante contrapeso, al punto de que los magistrados del más alto tribunal que caen en contravenciones a la Constitución –por las razones que sean, no las vamos a examinar aquí– tienen este mecanismo, tienen esta espada de Damocles que es capaz de hacerse efectiva.

A ustedes les consta que personalmente me he solidarizado públicamente con la situación dramática que ustedes viven en Venezuela; incluso he firmado documentos junto con otros juristas en ese sentido desde la postura académica. Pero nosotros, afortunadamente, todavía tenemos un sentido de conciencia acerca del valor de los *checks and balances* para evitar, precisamente, que esos intentos de vulneración del principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 6, inciso segundo, de la Constitución, se consoliden.

Natalia Muñoz

Efectivamente, hay dos elementos que deben considerarse. Uno es la letra de las constituciones, que desde antiguo consagran la separación de poderes, reconociendo generalmente la estructura tripartita del poder y estableciendo mecanismos mediante los cuales esos poderes participan principalmente en dos ámbitos. Por una parte, mediante competencias directamente fijadas por la Constitución, competencias excluyentes y exclusivas que no necesariamente están relacionadas con la función. En efecto, hay ciertas competencias que tiene la Administración Pública, y

que tiene el gobierno, que son de carácter normativo, pero eso, para mí, no representa en principio ningún problema, siempre que esas atribuciones se ejerzan conforme a lo que ha determinado la Constitución y las normas infraconstitucionales.

Por una parte, está la regulación normativa clara respecto de las competencias, las atribuciones y la orgánica de cada uno de los órganos que integran esos distintos poderes. Por otra parte, está la relevancia que tiene la forma de designar a quienes integran esos poderes, porque ese es otro elemento que puede afectar efectivamente la separación de poderes. También están las garantías que tengan los jueces, por ejemplo, en materia de inamovilidad; si no hay inamovilidad, no hay independencia. Ahí hay toda una temática muy compleja respecto de las facultades de remoción o, al revés, de la inamovilidad que se pueda tener mientras haya un desempeño probo del cargo y no sea contrario al ordenamiento.

Luego están las atribuciones cruzadas, que permiten que, si un órgano actúa al margen del ordenamiento –una autoridad pública, un juez, un ministro– de esas atribuciones y competencias, o actúa con infracción a los principios y al marco normativo, sea finalmente destituido, sancionado o removido del cargo, conforme a estos sistemas que están normativamente reconocidos y que permiten asegurar este sistema de pesos y contrapesos para evitar el ejercicio del poder despótico, del poder absoluto, del poder fuera del marco normativo. También sirven para evitar que ciertos sectores –ya sean minoritarios o mayoritarios, da lo mismo– pasen a llevar o vulneren los derechos fundamentales. De ahí la importancia que tiene la Constitución, incluso para limitar, en su caso, a las mayorías que puedan pretender pasar a llevar estos derechos constitucionales consagrados y reconocidos, que permiten sustentar el Estado de derecho.

Si no hay estos sistemas de poderes que se entrecruzan, que tienen competencias para fiscalizar unos a otros, también hay autonomías constitucionales con algunas atribuciones, por ejemplo, las que tiene la Contraloría General de la República, que permiten controlar al poder. El origen de nuestra área del derecho público, del derecho administrativo, ha sido justamente darle instrumentos a las personas, a los órganos y a los grupos de interés para poderse defender de aquellas actuaciones de cualquier órgano público que sean ilegales, arbitrarias, que vulneren derechos o que emanen de los tratados, según corresponda. La idea es que esta estructura administrativa y política de los distintos órganos respete los principios fundamentales que permiten hablar de un Estado democrático. Los órganos tienen que ser independientes en todo sentido. Más allá de que estén sometidos a controles, estos tienen que existir para evitar una eventual actuación al margen del ordenamiento jurídico. En ese sentido, esta separación de poderes, en el caso chileno, pretende evitar la concentración excesiva del poder, no solamente en la letra, sino que el

sistema de pesos y contrapesos trate de garantizar la independencia de los distintos órganos, porque, si un órgano está intervenido, por ejemplo, en el nombramiento de sus integrantes, pierde independencia. En el caso chileno tenemos algunos ejemplos que se criticaron en algún momento de órganos que actuaban dentro de sus competencias, pero en los que se denotaba que no había una verdadera independencia de sus integrantes. Se criticó mucho la elección de la Alta Dirección Pública, del ente que tenía competencias en la materia en algún momento, porque los órganos pueden perder la independencia con la que tienen que actuar.

Por ejemplo, si la Contraloría General de la República estuviera dirigida sin independencia respecto del ejercicio de sus atribuciones, no ejercería realmente el rol que el ordenamiento le está otorgando. Por eso, generalmente, en el nombramiento de las autoridades públicas de los diferentes poderes hay también sistemas que permiten generar nombramientos en los que participan varios poderes del Estado para tratar de que se nombre a las personas que tienen la mayor experticia y no a personas que tengan ciertas afinidades que permitan manipular, finalmente, lo que esos órganos van a resolver. En ese sentido, los órganos pierden la independencia, que es fundamental para que este sistema de pesos y contrapesos opere. Esto tiene que ver también con las personas, no solamente con las garantías de la Constitución, sino con que los sistemas efectivamente funcionen en la forma que el ordenamiento ha determinado.

En Chile, tal como dice la profesora, ha habido algunos fenómenos, especialmente con la iniciativa exclusiva que tiene el presidente de la República en algunas materias que impliquen gasto público, etcétera. En el caso chileno tuvimos también un claro ejemplo con el retiro de parte de los fondos previsionales, cuya tramitación se inició por quienes no correspondía. Hay una permanente lucha, un intento de vulnerar las atribuciones y competencias que el ordenamiento asigna. Eso tiene que ver también, a veces, con la presión pública. Se observan autoridades que, a veces, están más enfocadas en otros objetivos que en funcionar conforme a las competencias que el ordenamiento les da. Hay también un elemento relacionado con ser reelecto en el cargo, etcétera, que debilita el llamado que hace la Constitución y el ordenamiento jurídico de actuar siempre dentro de las competencias y conforme a los principios y normas constitucionales. Hay siempre una necesidad de fortalecer la Constitución, fortalecer el ordenamiento y el respeto a las normas, porque, si no, se debilita no solo la separación de poderes, sino también el sistema democrático, que es lo que todos queremos, al menos, proteger y fortalecer.

Moderadora

Sin embargo, pareciera, por lo que ustedes dicen, que la tendencia del poder sigue siendo sobrepasarse. Y pareciera que el poder más importante es el poder judicial. Aquí tenemos dos expresidentas de la Corte

Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia –la primera presidenta mujer del continente, que fue la doctora Cecilia Sosa–. ¿Ustedes creen que, si el poder judicial se mantiene fuerte, no habría este exceso de los otros poderes? Porque, en definitiva, el que pone el orden al final de todo es el poder judicial.

Marisol Peña

Nosotros, en Chile, estamos viviendo un periodo en el que estamos repensando el sistema de nombramiento de los magistrados, de los jueces. Entonces, me gustaría agregar a lo que te plantea María Amparo, Cecilia: si desde Venezuela y la experiencia que ustedes han tenido nos pueden hacer alguna recomendación, ¿qué hay que mirar particularmente, ¿qué hay que impedir, atendido lo que ustedes han vivido, que nos sirviera para considerar esta revisión en la que estamos empeñados como país?

El sistema actual –me voy a referir básicamente a los ministros de la Corte Suprema– es el siguiente: en la propia Corte Suprema se confecciona una quina, es decir, cinco nombres que se proponen al presidente de la República. El presidente de la República a veces se tarda mucho tiempo. Esta es una de las novedades del proyecto, que ahora le viene acortando el tiempo, no puede tener esto guardado en el cajón del escritorio, sino que va a tener un periodo breve para indicar: “este es el que yo estoy proponiendo”. Esa propuesta del presidente de la República va al Senado para que la ratifique por los dos tercios. Y es aquí donde se ha producido el problema, básicamente porque se han producido conflictos de intereses: “Ah, el último nombrado era de tu sector; ahora nos corresponde a nosotros”. Entonces empieza una suerte de gallito permanente. Por lo tanto, si uno tuviera que resumir el gran objetivo de la reforma que ha emprendido el gobierno, diría que es evitar la politización de los nombramientos. Eso te lo doy como contexto para añadir a la pregunta.

Cecilia Sosa Gómez

Bueno, yo te podría decir que la Constitución venezolana creó todo un procedimiento para la elección de los magistrados y de los altos cargos, también de la fiscal, el defensor, etcétera. Pero la cuota política sigue estando presente porque la comisión que estableció la Constitución no era una comisión de diputados, sino una comisión de la sociedad civil, de las diferentes instancias, de las universidades, de los colegios profesionales, de las organizaciones no gubernamentales. Resulta que, mayoritariamente, ellos crearon la comisión con diputados. Entonces, los que terminan haciendo la quina para presentarla a la Asamblea Nacional siguen siendo los diputados, que también votan por los candidatos que ellos mismos han propuesto.

Ahora, si tú quieres una recomendación –no sé si el procedimiento va a seguir siendo el mismo o si el procedimiento pretende enmendarlo–, yo creo que la única forma de ganar espacio para la independencia y la autonomía es que la quina sea impecable. Es decir, que, independientemente de cuál sea la persona que elijan, todos reúnan las condiciones para desempeñarse como magistrado o como lo llaman ustedes, ministro. Esa es mi sugerencia, porque la política también está cuando nombras magistrados en Estados Unidos. Con solo preguntarle si están de acuerdo o no con el aborto, ya sabes cuál es la tendencia política de la persona que va a ser designada. Pero tú escoges lo mejor. Se presume que el presidente de la República escoge lo mejor para hacer la proposición.

Fíjate cuál es la tragedia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en este momento: es una Corte que controla Trump, desde el punto de vista del pensamiento ideológico republicano. El tema es sumamente complejo porque el control de los partidos políticos en la Asamblea o en el Congreso sigue siendo problemático. Yo, que viví tres integraciones de la Corte –digo de integración, en mis once años que tuve allí; viví tres cortes porque se fueron incorporando por tercios–, puedo decirte que, cuando entré, no digo que la política no haya determinado a los que estaban, e incluso a los que entramos, pero escogían lo mejor o lo mejorcito. El tema es que, cuando tú ya escoges a quien no pasa ningún cedazo de capacidad porque simplemente es una ficha política, ahí ya no tenemos absolutamente nada que hacer.

De manera que yo pienso que lo mejor es mejorar la quina. Estoy segura de que la independencia no está en el órgano; la independencia está en los integrantes. Uno dice “la independencia judicial”, sí, pero la independencia judicial es un principio; quienes son independientes son los jueces. Entonces, yo te daría esa recomendación por la experiencia que viví: lograr que, inclusive por influencia política, se busquen los mejores. Va a haber una negociación política al final. Bueno, que escojan entre cinco personas que sean igual de buenas, y haces una cuota de mujeres para que no se queden afuera. Puedes mejorar la independencia interna, que es lo más importante: la independencia para funcionar, para decidir. Yo creo en eso.

Moderadora

¿Cuánto duran los magistrados en Chile?

Marisol Peña

Bueno, duran mientras no renuncien a su cargo, o, como dice la Constitución, “mientras no sean depuestos por causa legalmente sentenciada” en un procedimiento de remoción. En todo caso, cesan en todo evento al cumplir los 75 años de edad. Ahí se tienen que ir, sí o sí.

Ahora, no sé si Natalia quisiera agregar algo sobre esto que estábamos conversando, porque es un punto muy clave, sin duda, para el funcionamiento del Estado de derecho. Ella ya lo había dicho anteriormente: el rol de los jueces como defensores, como guardianes de los derechos de las personas.

Cecilia Sosa Gómez

Y una pregunta también para Natalia: ¿aceptarías decir que la Constitución es el instrumento que garantiza los derechos humanos? ¿que está hecho para eso?

Natalia Muñoz

Yo creo que no es el único elemento, pero sí, una de sus funciones principales es, efectivamente, establecer un marco de derecho. Como decía la profesora Peña, el servicio a la persona humana, la centralidad de la persona dentro del ordenamiento y un conjunto de principios que son muy relevantes. En nuestro caso tenemos el artículo 19, que señala cuáles son los derechos, sin perjuicio de que eventualmente se puedan reconocer otros, por ejemplo, en virtud del artículo quinto. Sí creo que es uno de los elementos principales de la Constitución, además de hacer toda esta configuración orgánica y de competencia de los distintos entes públicos, que es la parte orgánica. La primera parte es la base de la institucionalidad y se relaciona directamente con los derechos.

Cecilia Sosa Gómez

Te hacía la pregunta porque, como hay una crisis de representatividad tan marcada, hay un sentimiento generalizado en nuestra población de América Latina de que, aunque se le diga que vive en democracia, todo funcionario público es corrupto, todo funcionario público hace lo que quiere, no presenta las cuentas debidamente, no tiene una transparencia suficiente, no hay satisfacción en los servicios públicos, y la igualdad es algo muy relativo. Es lo que hace crecer un poco el populismo, esas carencias que tiene gran parte de la sociedad por la mala gestión gubernamental. La sociedad prefiere las fórmulas mágicas a retomar la senda de la democracia.

Otro aspecto a tener en cuenta: cuando uno da clase de derecho administrativo, uno se pregunta cómo es posible que uno, en tercer año de derecho, le esté enseñando a un alumno cuál es la estructura del Estado. Yo creo que nosotros tenemos una falla en el origen de nuestra educación. Lo que tenemos que hacer en el derecho administrativo es enseñar cómo se litiga, cómo se es un buen juez, cómo se es un buen funcionario. Pero tener que enseñar la estructura del Estado, los derechos humanos, casi que enseñar la Constitución, me parece algo que es un tratamiento bastante infantil. Nos lleva al tema de la educación. Fallamos, somos más legalistas porque la educación incorpora eso.

Moderadora

Por ahí pregunta Manuel Moreno si se debería implantar la separación de los cargos de jefe del Ejecutivo y de jefe de Gobierno o de la Administración.

Cecilia Sosa Gómez

Creo que el tema no es de concentración, el tema es de ejercicio. El tema es tener una persona que sepa diferenciar las dos cosas. Estamos ante la ignorancia, por lo menos en el caso venezolano. Yo creo que si tú le preguntas a Nicolás Maduro cuál es la diferencia en el ejercicio de esas dos funciones, no tiene la menor idea. No puede identificarlas. Cree que es la misma cosa, que recaen en la misma persona, y no puede distinguir una cosa de la otra.

Moderadora

Mira, les voy a contar una anécdota. El presidente Chávez, en una oportunidad, en una rueda de prensa, habló de la importancia del triángulo de Kelsen. No tenía ni idea de lo que estaba hablando. Es muy triste cuando hay un desconocimiento tan básico de las instituciones. Y, como dice Cecilia, voy a decir algo más grave aún: ni siquiera los estudiantes de tercer año, incluso a nivel de posgrado, conocen esos aspectos.

Cecilia Sosa Gómez

No sé cómo ustedes manejan eso a nivel de la formación de jueces. Se ha hablado de una universidad para los jueces. ¿Ustedes tienen alguna área de especialización, algún curso? Porque ser juez es tan diferente de los elementos del ejercicio de otras funciones; es como si fueran monedas distintas respecto de la función pública. Yo siempre pensé que el juez no es una función pública en el sentido clásico, sino que es una función pública porque está al servicio de quien necesita su conocimiento. Cuéntenme cómo maneja Chile la educación y la formación de los jueces.

Natalia Muñoz

Sí, tenemos una Academia Judicial que los forma. Me ha tocado –me imagino que a Marisol también– hacer clases en la Academia, hacer cursos, interrogar y tomar exámenes de término. Hay requisitos de ingreso a la Academia, se rinden pruebas, se ponderan una serie de elementos para las personas que ingresan a la carrera judicial. Primero se forman y luego, conforme a ello, van ingresando a esta carrera hasta eventualmente terminar en la Corte Suprema. Además, esa misma Academia se encarga de que los jueces y los funcionarios reciban permanentemente cursos de capacitación que organiza ella misma. Tienen que aprobarlos y ello es parte de sus calificaciones. Hay un sistema de formación permanente de los jueces con motivo del ejercicio de sus funciones. Ha sido muy interesante

porque la Academia, en sus cursos, está permanentemente poniendo sobre el tapete los temas más desafiantes para la judicatura.

En el ámbito de la Administración Pública no hay un equivalente que forme a los funcionarios. Cada órgano público contrata o licita sus capacitaciones. No hay un sistema unificado como sí lo hay en el Poder Judicial.

Moderadora

En Venezuela es igual. Nosotros tenemos la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que tiene cursos de formación para los jueces. Sí existen; que los cursos de formación sean buenos es otra cosa, pero sí existen programas de formación y actualización.

Marisol Peña

Voy a contar una anécdota. Sucede que cuando yo ingresé al Tribunal Constitucional como ministra –fui nominada por la Corte Suprema; esto fue en el año 2006–, a poco andar me encontré con uno de los ministros de la Corte Suprema cuando yo ya había asumido el cargo. Nos pusimos a conversar. Era un gran profesor de derecho procesal, don Ricardo Gálvez, lamentablemente ya fallecido. Entonces me dijo algo que yo no capté en toda su profundidad en ese momento, pero que después de los 12 años que estuve en la judicatura constitucional cobró mucho sentido. Me dijo: “Mire, de partida, cualquier persona que aspire a ser juez en un tribunal colegiado, aun cuando ya venga con una experiencia previa en un tribunal unipersonal, debiera recibir cierto entrenamiento acerca de cómo trabajar en un órgano colegiado”, porque sabemos que la naturaleza humana – así como también lo describió Montesquieu en relación con el poder– supera la capacidad prescriptiva de las normas, que siempre son generales y obligatorias y están imaginando situaciones futuras de aplicación.

Sucede que esto no es solo aplicable a Chile, sino que yo creo que a todas partes del mundo. En los tribunales colegiados suelen reinar los personalismos, y eso dificulta la adopción de acuerdos.

Una de las habilidades que menciona la Comisión de Venecia, cuando dice “si vamos a hablar de independencia judicial, preocupémonos del sistema de nombramiento, que sean los mejores en la quina sobre la base de sistemas de calificaciones”, es precisamente la referida a las habilidades. No cualquier persona tiene la habilidad para trabajar en un tribunal colegiado porque hay que saber callar cuando uno debe callar, hay que saber intervenir con respeto, hay que saber reconocer el punto de quien piensa diferente.

Una anécdota muy personal que me pasó en el Tribunal Constitucional fue la siguiente. Yo empecé siendo un voto disidente en una jurisprudencia que posteriormente se repitió en otros fallos de inaplicabilidad (control concreto) en un asunto de desafuero de un parlamentario. Sin

embargo, fue cambiando la composición del tribunal y entonces volví a exponer mis argumentos. Pasé de ser un voto totalmente solitario, perdido en el desierto, a captar la adhesión de otros magistrados. No digo que hayamos cambiado la jurisprudencia –eso habría sido demasiado ambicioso, ni tampoco lo pretendía–, pero sí encontré personas que eran abiertas, que se iban incorporando al tribunal y que me decían: “Tienes un punto ahí”. Cuento esta anécdota porque creo que tiene mucho que ver con lo que dice Cecilia: hay ciertas habilidades que tienen que ver con el criterio, con saber callar. Hay personas a las que les ponen un micrófono y parece que no se pueden resistir; casi le arrebatan el micrófono al periodista para hablar. “El juez habla por su fallo” es una máxima que compartimos todos los países del mundo, pero no necesariamente se respeta. Esto de la naturaleza humana a veces nos vence y caemos en prácticas inadecuadas.

Esta intervención solo tenía por objeto reafirmar los dichos de Cecilia acerca de que la formación, y las competencias que entrega –en nuestro caso, la Academia Judicial; en Venezuela, el órgano pertinente– ciertamente son competencias técnicas, pero falta, creo yo –hay que reconocerlo en todos los países–, algún tipo de adiestramiento que nos prepare a quienes nos toca enfrentar esta responsabilidad para desempeñar plenamente, con integridad, lo que supone el ejercicio de la judicatura.

Moderadora

Muy bien, yo quisiera, para terminar, que cada una de ustedes nos diga qué es lo más importante que ha aportado la constitucionalización del derecho administrativo a la existencia de un verdadero Estado de derecho.

Cecilia Sosa Gómez

Bueno, yo creo que lo que más aporta la constitucionalización del derecho administrativo es circunscribir las funciones ejecutivas a un ámbito mucho más amplio del que originariamente tenían, partiendo del principio de que están para garantizar los derechos humanos. Para mí, ese es el centro de la función de los poderes públicos y, particularmente, del derecho administrativo.

Si uno ve, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –con sus fallas o no–, la misma trayectoria de la Sala Político-Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, hoy en día, frente a los derechos humanos que consagra la Constitución y sus garantías, tienen una gran deuda. La deuda en Venezuela respecto de la garantía de los derechos humanos es demasiado pesada. El derecho administrativo tiene que asumir un compromiso de clarificar dónde está y cuál es su rol en cada uno de esos derechos.

Cuando uno dice “el Estado garantizará...”, ¿el Estado quién? Vamos a ver de una vez: ¿quién lo va a garantizar? ¿La ley? ¿El juez contencioso? ¿El funcionario administrativo? Por primera vez, la Constitución venezolana incorpora el debido proceso a los procedimientos administrativos. Yo creo que todavía no sabemos exactamente cuál es el mecanismo para aplicar ese debido proceso en la vía administrativa.

Resumiendo, hay que trabajar un poco más qué vamos a hacer con las competencias de los poderes públicos y su vínculo con el derecho administrativo para poder clarificar que exista el balance de poderes y cuáles son las limitaciones que cada poder tiene frente a otro. En ese sentido, el poder ejecutivo tiene un rol de iniciativa fundamental frente a la garantía de los derechos humanos.

Natalia Muñoz

Completamente de acuerdo con la doctora Cecilia. Efectivamente, la constitucionalización no es un fin en sí misma, sino un complemento. Porque la Constitución –por lo menos en el caso chileno– establece principios tan importantes como el de igualdad, y eso ha permitido sustentar y generar una serie de leyes para evitar comportamientos arbitrarios que eran discriminatorios. Muchas regulaciones han sido modificadas en torno a este principio de igualdad, por mencionar uno.

Encuentro muy importante lo que usted mencionaba a propósito de la formación en derecho, porque esta protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de las personas frente al poder estatal –que ciertamente puede ser arbitrario y vulnerar esos derechos– tiene que ver con qué mecanismos institucionales generamos para la protección de los mismos. Esos mecanismos también están en la Constitución. Para evitar el exceso de poder, para evitar la arbitrariedad en la actuación administrativa, necesitamos fortalecer los mecanismos de litigación. Me imagino que en el caso de ustedes es igual: el acceso a la justicia, que es un paradigma muy importante a propósito de la protección de los derechos humanos, está fuertemente limitado por las capacidades económicas. Por eso yo encuentro tan importante el recurso de protección, la acción cautelar de los derechos que está en nuestra Constitución, que es la que ha permitido, por ejemplo, a los funcionarios públicos litigar cuando hay vulneración de sus derechos, a las personas que están atendiéndose en los sistemas públicos de salud o que participan en el sistema privado de Isapres. Ha sido la acción cautelar la que ha permitido litigar.

A propósito de esa formación en litigación, la función pública que usted también mencionaba tiene que conocer cuáles son estos elementos constitucionales que son parte integrante del derecho administrativo: el principio de juridicidad, el principio de control, la probidad administrativa y la transparencia. Qué importante ha sido en Chile –yo imagino que la profesora Peña está de acuerdo– la transparencia para el control de los

distintos poderes públicos, la posibilidad de que las personas tengan un mayor acceso a la información respecto del actuar de los órganos, mayores facultades de control a través del conocimiento. Todo lo que se ha generado en Chile también en políticas de gobierno abierto se relaciona justamente con estos principios constitucionales. La lucha contra la corrupción: qué importante es el principio de probidad y todo lo que de él ha emanado, así como la regulación que tenemos en esta materia, que se ha ido fortaleciendo año a año.

Como usted dice, la función de los jueces: no nos preparan en la universidad –ni en derecho administrativo, quizás algo en derecho constitucional– para un eventual ejercicio de la judicatura, ni tampoco para el ejercicio de la función pública, que también es un aspecto bastante limitado en la formación universitaria.

El principal aporte consiste en fortalecer todos los mecanismos que permitan limitar el poder, controlarlo y defender los derechos de las personas frente a un eventual poder despótico. Ahí el derecho administrativo tiene un rol muy importante, con sus principios y en la prestación de los servicios públicos. Acá en Chile vemos, por ejemplo –no es una anécdota, sino un ejemplo lamentable–, que hemos aumentado enormemente nuestro gasto en salud pública y, sin embargo, la prestación del servicio hacia los usuarios es cada vez peor. Hay un problema de manejo de recursos y de aplicación de los principios de eficacia y eficiencia, que también están en la ley, pero que emanan justamente de la Constitución.

A la Constitución yo creo que deberíamos agregar el principio de buena administración pública, entendido en un sentido integral, como un buen ejercicio de la función pública, para finalmente lograr proteger a las personas y otorgarles un mayor bienestar por parte del Estado.

Como hablaban la profesora Peña y la profesora Cecilia Sosa, el tema verdaderamente importante es que nuestros pueblos, nuestra ciudadanía y las personas están cada vez más desilusionados de la gestión pública, justamente porque no logramos cumplir con esos principios constitucionales que, por supuesto, tienen expresión legal y que son los que nos permitirían fortalecer la confianza en lo público. Yo creo que se ha perdido la confianza en las instituciones. Fortalecer la democracia a partir de que las personas vean resultados, eso es lo que no estamos logrando y, de allí, que enarbolar estos principios sea tan relevante.

Marisol Peña

Simplemente voy a reforzar la idea de que la constitucionalización del derecho administrativo, en mi opinión, ha caminado de la mano con lo que Luis Prieto Sanchís llama “la era de la constitucionalización de los derechos”. La convergencia de estas dos corrientes es lo que ha producido

para las personas, en casos puntuales, un sentido y un valor de la eficacia normativa directa de la Constitución.

Esta es mi segunda consideración con la que terminaría la reflexión. Esto se aprecia con mucha claridad en el plano de la tutela judicial y del derecho al debido proceso. La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido conteste en el sentido de que los principios del *ius puniendi* estatal – es decir, aquellos que se aplican al derecho penal *stricto sensu*– pueden aplicarse, aunque con los matices correspondientes, especialmente en el caso del derecho administrativo sancionador. Eso es muy importante cuando pensamos en derechos específicos como el derecho a la defensa, el derecho a la prueba y el derecho al recurso de quien es afectado por un acto de la Administración.

Termino con una consideración complementaria a lo anterior. Yo siempre eché de menos que la Constitución chilena no hubiera reconocido –como sí lo hace la Constitución española– la tutela judicial efectiva respecto de derechos e intereses legítimos. ¿Por qué? Porque me convencí de que, en el actuar de la Administración, muchas veces no se lesionan derechos subjetivos, pero sí intereses que son dignos de protección por el derecho. Esta omisión fue cubierta por nuestra Ley N.º 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que contempla expresamente la figura del interesado, reconociéndole la posibilidad de actuar en el procedimiento administrativo en tutela, no de un derecho subjetivo *stricto sensu*, sino de un interés que igualmente resulta valioso para el derecho.

DIÁLOGO IBEROAMERICANO REPÚBLICA DOMINICANA Y VENEZUELA: VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Ponentes:

Olivo Rodríguez, Fermin Cabral y Gustavo Urdaneta Troconis

Fecha: 10 de marzo de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Les damos la bienvenida a este segundo diálogo iberoamericano de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Nuestro segundo diálogo iberoamericano de AVEDA es entre, por una parte, el profesor Gustavo Urdaneta Troconis, expresidente de nuestra Asociación y un muy reconocido profesor de Derecho Administrativo en las universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. Es director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Tiene una trayectoria de más de 40 años. Es exmagistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Por la otra parte, tenemos a un muy distinguido y querido profesor de República Dominicana, concretamente de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, el doctor Olivo Rodríguez Huertas, a quien le agradecemos altamente que haya aceptado esta invitación a participar en este diálogo. Lamentablemente, el profesor Manuel Fermín Cabral se acaba de excusar, pero con estos dos extraordinarios profesores de la materia, con abundante obra escrita sobre estos temas, vamos a tener, creo yo, un muy interesante diálogo iberoamericano sobre el acto administrativo: invalidez, régimen de revisión y recursos.

Quiero comenzar comentando que la Ley de Procedimientos Administrativos de la República Dominicana es la Ley núm. 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, del 8 de agosto de 2013. Quiero comenzar comparándola con nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada el 1.º de julio de 1981 y que entró en vigencia en enero de 1982. Es decir, hay una diferencia de alrededor de 32 años. Creo que va a ser muy interesante ver las diferencias y similitudes entre ambas normativas.

Por ejemplo, cuando se dicta la ley dominicana ya se conocía la doctrina de la buena Administración y el tema constitucional de la buena

Administración como derecho fundamental. Al muy poco tiempo se aprueba la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública por parte del Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas, en octubre de 2013, y fue adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la ciudad de Panamá en octubre de 2013.

La Ley de Procedimientos Administrativos dominicana –como la vamos a identificar– contiene muchas normas de buena Administración y hace especial referencia a la centralidad de la persona humana y su dignidad. De manera que está muy vinculada con este tema de la buena Administración y con el hecho de que, como se dice en la ley, los ciudadanos ya no son súbditos ni ciudadanos mudos –estoy citando textualmente–, sino personas dotadas de dignidad que dejan de ser sujetos inertes, meros destinatarios de actos y disposiciones administrativas, así como de bienes y servicios públicos, para adquirir una posición central en el análisis y evaluación de las políticas públicas y las decisiones administrativas. Esto, que está en la Carta, también está en el considerando cuarto de la ley dominicana.

De manera que la ley de la República Dominicana está plena de principios, derechos y deberes derivados de la buena Administración. Mientras que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos apenas, en el artículo 30, dispone unos principios establecidos más bien en relación con la eficacia de la actuación de la Administración, al señalar que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo a los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad. Pero lo cierto es que nuestra ley, sin embargo, sí tiene, en muchas de sus disposiciones, todos esos principios de la buena Administración desarrollados a través de normas procedimentales y normas sustantivas que consagran esos derechos, deberes y principios de buena Administración.

Entonces, vamos a empezar por compartir esa experiencia. Vamos a dar la palabra al profesor Olivo para que nos explique un poco cómo surge la ley de procedimientos dominicana y, después, el profesor Gustavo nos hablará de cómo se adapta la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a esta normativa o a esta consideración de la buena Administración como derecho fundamental.

Olivo Rodríguez Huertas

A los dominicanos nos une un vínculo muy especial de cariño, de afecto y de gratitud patriótica con el pueblo de Venezuela, donde sirvió nuestro padre de la patria y donde murió, además de los lazos que existen con familias venezolanas. De manera que, históricamente, siempre hemos estado muy comprometidos con Venezuela.

En este campo del Derecho Administrativo también ha habido mucha cercanía. En principio, a través del profesor Allan Brewer Carías, pero luego ha existido un intercambio amplio entre profesores dominicanos y venezolanos, y allí hemos tenido la oportunidad de manifestar ese cariño.

Como bien señalas, María Amparo, nosotros tuvimos que esperar hasta pleno siglo XXI para contar con una ley que regulara los procedimientos administrativos. Esta ley, la núm. 107-13, es mucho más que una ley de procedimiento administrativo; regula la actividad administrativa y muchos otros temas sustantivos de esta disciplina del Derecho Público. Entre ellos, por ejemplo, el germen de la responsabilidad administrativa, aspectos sustanciales del régimen administrativo sancionador y principios de actuación que son comunes a actividades que van más allá del acto administrativo, como los reglamentos, pero también a cualquier otra forma de actuación administrativa.

Hay un punto importante. Por el momento en que surgió la ley, ya se hablaba del derecho fundamental a la buena Administración. Nuestro proyecto –que así fue acogido por el Congreso– plasmó ese derecho de los ciudadanos a una buena Administración como un derecho fundamental que se subdivide en 31 derechos. Es decir, hace un desglose de qué se entiende por el derecho a la buena Administración en los diferentes momentos de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública.

La idea de esta ley surgió durante los trabajos preparatorios del anteproyecto, que luego se convirtió en proyecto y, finalmente, en el año 2013, en ley. Comenzamos a trabajarlo por los años 2008 y 2009 en la Universidad de Salamanca junto con el profesor Ricardo Rivero –que posteriormente fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y, hasta hace no mucho, rector de esa universidad–, el profesor Javier Barnés, el profesor Jaime Rodríguez Arana y también don Enrique Rivero Ysern (que en paz descanse), padre de Ricardo Rivero. Por ello se trató de elaborar una ley que comprendiera lo que el profesor Javier Barnés ha destacado como la “generación de procedimientos administrativos”, es decir, que cubriera las diferentes etapas y manifestaciones que, por agregación, han surgido en las relaciones de los ciudadanos con la Administración a propósito del ejercicio de las potestades administrativas o del cumplimiento de cometidos públicos en sentido general.

En la parte relativa precisamente al derecho a la buena Administración, fue un trabajo que surgió por iniciativa del profesor Jaime Rodríguez Arana. Todos sabemos que es un apasionado de este asunto. Desde que en el ámbito europeo comenzó a hablarse de esta materia, el profesor Rodríguez Arana ha escrito abundantemente y, desde el Instituto Nacional de Administración Pública de España, impulsó decididamente este tema. El texto que figura en la ley dominicana nació de esa iniciativa.

Posteriormente, a petición de un compañero administrativista dominicano, el profesor Gregorio Montero –quien vivió varios años en Venezuela como secretario general del CLAD–, y gracias a ese vínculo que existe entre profesores y entre amigos de esta comunidad iberoamericana iuspublicista, don Jaime también vino y colaboró con esa directiva del CLAD que recoge justamente todos estos lineamientos de la ley dominicana. Ese fue un punto clave que tiene que ver precisamente con el momento tardío en que llegamos, aunque, como suele decirse, más vale tarde que nunca.

Un último aspecto. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en el año 2015, estableció, a través de una sentencia, que, aunque el derecho a la buena Administración no figura expresamente como un derecho fundamental en el título correspondiente de la Constitución dominicana de 2010, existe una cláusula abierta conforme a la cual los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no tienen carácter limitativo y pueden extenderse a otros derechos de igual naturaleza. Con base en ello, el Tribunal Constitucional sostuvo que la buena Administración a la que hace referencia la Ley núm. 107-13 constituye un derecho fundamental y que encuentra fundamento en un conjunto de disposiciones de la Constitución de la República. De manera que, más o menos, esa es la historia. Hoy en día, ese derecho a la buena Administración, con todo ese amplio contenido, tiene categoría constitucional.

Gustavo Urdaneta Troconis

Me parece muy interesante esto que has puesto de relieve como primer punto, de primera impresión, sobre el derecho a la buena Administración. Es una cuestión de la que se habla mucho y que pareciera muy novedosa, pero cuando revisamos su contenido sabemos que nosotros ya la hemos tenido. Es decir, desde la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aunque no utiliza esa terminología –porque no era la que estaba en uso en ese momento–, muchos de sus elementos ya estaban orientados a dar preeminencia a la persona y a ofrecer soluciones a aquellos obstáculos que se sabía que eran ordinarios en las relaciones entre el ciudadano y la Administración: el silencio administrativo, la responsabilidad del funcionario, el derecho de petición. Son principios que hoy forman parte de lo que se entiende por el derecho a la buena Administración. Qué bueno que se les haya dado un ropaje conceptual que les otorgue coherencia como conjunto, en lugar de permanecer como principios o elementos dispersos.

Yo no sabía –estoy conociendo la ley de la República Dominicana ahora con motivo de este evento– que existe una especie de elenco de subderechos o microderechos que integran el derecho a la buena Administración. Me imagino que prácticamente todos los que están allí, de alguna manera, han sido recogidos en nuestro derecho positivo

venezolano, ya sea en la propia LOPA o incluso desarrollados posteriormente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que también contienen mecanismos de protección y de auxilio al administrado frente a la tradicional posición de supremacía de la Administración.

Llegará un momento, probablemente, en que todo ello se recoja mediante una consagración expresa en el texto constitucional. Sin embargo, ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico constitucional por la vía que ha señalado el profesor Olivo. Nuestra Constitución contiene esa cláusula residual conforme a la cual todo derecho inherente a la persona integra el orden constitucional. Como consecuencia del proceso de constitucionalización y de convencionalización que ha experimentado el Derecho Administrativo, tanto a nivel universal como particularmente en Venezuela, todas estas garantías ya forman parte, afortunadamente, de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Moderadora

Muy acertada tu intervención, Gustavo, porque, efectivamente, nosotros también contamos con esa cláusula constitucional que nos ha permitido sostener que el derecho a la buena Administración forma parte de nuestro ordenamiento. En efecto, ello no solo se desprende de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino que además se complementa con la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos y muchas otras normas que desarrollan esos principios.

Pero, para mí, la importancia fundamental del derecho a la buena Administración consiste en pasar de la concepción clásica de una relación jurídico-subjetiva, de un derecho público subjetivo en la relación Administración-administrado, a considerar hoy todos esos aspectos como un verdadero derecho fundamental, porque, evidentemente, el nivel de protección que ello supone es mucho mayor.

Ya entrando en la materia de la invalidez del acto administrativo, observamos que la Ley de Procedimientos Administrativos dominicana distingue, al igual que nuestra ley, entre los vicios de nulidad absoluta y relativa, así como entre nulidad total y parcial, aunque con algunas diferencias. Por ejemplo, al referirse a la nulidad absoluta dispone que “son nulos de pleno derecho los actos que subviertan el orden constitucional o vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”. Nuestra ley, en cambio, simplemente señala que son nulos “cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal”.

Me parece que la fórmula dominicana es mejor, porque considera nulos de pleno derecho tanto los actos que vulneren la Constitución como

aquellos que lesionen derechos fundamentales. En nuestro caso, la nulidad absoluta depende de que la propia norma constitucional o legal la establezca expresamente. Sin embargo, como el artículo 25 de la Constitución dispone que todo acto que viole o menoscabe los derechos fundamentales reconocidos en ella es nulo, por esa vía también llegamos a la conclusión de que tales actos están afectados por nulidad absoluta.

Olivo Rodríguez Huertas

Sí, es muy importante la precisión que usted hace. En el caso dominicano, ello ocurre por imperativo constitucional. La Constitución establece directamente que es nula de pleno derecho toda ley, decreto, reglamento o acto contrario a la Constitución. Es decir, se trata de una nulidad que deriva directamente del texto constitucional y que ha venido siendo recogida en las distintas constituciones dominicanas, especialmente desde la Constitución de 1966. Esa previsión se mantuvo, en esencia, en la Constitución de 1994, cuyas reformas fueron muy puntuales; igualmente en la de 2002, que solo modificó un aspecto específico; y también en la amplia reforma constitucional de 2010.

Esta última reforma fue extraordinariamente completa porque, por primera vez, incorporó las bases constitucionales del Derecho Administrativo. Es decir, las principales categorías jurídicas de esta disciplina encontraron un fundamento expreso en disposiciones constitucionales.

Como le señalaba, es la propia Constitución la que determina que es nulo de pleno derecho cualquier acto que la contradiga. Por ello resulta tan importante que el texto legal haga referencia a los actos que vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, porque esos derechos tienen precisamente rango constitucional. Además, como ya indiqué, nuestro sistema responde a una cláusula abierta y no limitativa. Gracias a ello fue posible reconocer constitucionalmente el derecho fundamental a la buena Administración y, más aún, constitucionalizar esos 31 derechos específicos que se entienden comprendidos dentro de ese derecho.

Todo ello constituye, sin duda, una manifestación de una protección mucho más intensa. El derecho a la buena Administración y todo lo que implica deja de ser una mera declaración de principios –porque ciertamente resulta muy atractivo verlo desarrollado de esa manera– para producir consecuencias jurídicas concretas. Desde la perspectiva del régimen de invalidez, la vulneración de esos derechos, en cuanto integran el derecho a la buena Administración, determina la aplicación de la nulidad de pleno derecho prevista en la ley, pero cuyo fundamento inmediato se encuentra en la Constitución.

Moderadora

Claro, pero yo me haría una pregunta y quisiera agregar esta reflexión para su consideración. Cuando un juez conoce de la impugnación de un acto administrativo, prácticamente cualquier vicio que se alegue podría terminar calificándose como una violación de derechos fundamentales. Incluso las infracciones del procedimiento podrían encuadrarse dentro del derecho al debido proceso. Allí surge precisamente la dificultad de distinguir, en la práctica, entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta.

Gustavo Urdaneta Troconis

Efectivamente. Por un lado, hay que decir que, aun cuando nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no contemplaba que cualquier inconstitucionalidad fuera causante de nulidad absoluta, sino únicamente cuando esa fuera la sanción expresamente prevista en el texto de la Constitución –y, efectivamente, había varios supuestos tanto bajo la Constitución de 1961 como los hay ahora–, ciertos derechos constitucionales establecían expresamente que su violación acarrearba la nulidad absoluta. Sin embargo, creo que la jurisprudencia ya había avanzado en el sentido de entender que todo derecho constitucional es materia de orden público y que su vulneración reviste tal gravedad que produce la nulidad absoluta. Esa evolución quedó finalmente consagrada de manera expresa en la Constitución de 1999, cuyo artículo 25 dispone: “Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos serán responsables...”. Ahora el panorama está claro, toda violación de un derecho constitucional produce la nulidad absoluta del acto.

Pero, por otro lado, comparto la preocupación planteada por la profesora María Amparo. En definitiva, cualquier infracción del ordenamiento jurídico podría reconducirse a una vulneración constitucional. Por ello, no puede tratarse de la violación de cualquier norma constitucional –porque las hay de muy distinta naturaleza–; considero que únicamente cuando exista una verdadera lesión de un derecho constitucional debería aplicarse la grave sanción de la nulidad absoluta.

Olivo Rodríguez Huertas

Muy interesante ese planteamiento, porque realmente le corresponde a la jurisprudencia moderar un poco el alcance literal de una disposición como esa. De hecho, la jurisprudencia dominicana ya ha introducido algunos matices al distinguir en qué casos determinadas transgresiones tienen la entidad suficiente para justificar una nulidad por contradicción con la Constitución.

En un tema como este, donde el contenido del derecho fundamental a la buena Administración es tan amplio –31 derechos–, una interpretación estrictamente literal conduciría a que prácticamente todo fuera

absolutamente nulo, lo que generaría una evidente situación de injusticia. Por ello, la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional –que comenzó a funcionar a partir del año 2012 como creación de la Constitución de 2010–, ya ha abordado esta cuestión. Por ejemplo, respecto del procedimiento de elaboración de reglamentos y de la consulta pública, cuando se han inobservado determinados aspectos o formalidades, el Tribunal ha distinguido cuándo el vicio tiene la gravedad suficiente para afectar directamente la Constitución y cuándo, por el contrario, se trata de una cuestión que no puede ser perseguida mediante una acción directa de inconstitucionalidad, sino a través del control de legalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A nosotros también nos ocurrió algo parecido con el régimen de responsabilidad, lo que generó bastante preocupación. Nuestra Constitución establece, respecto de la responsabilidad de los funcionarios –concebida como una responsabilidad de carácter subjetivo–, la responsabilidad solidaria del ente público con el funcionario. Es decir, toda actuación, omisión o conducta antijurídica genera responsabilidad solidaria. Precisamente por esa amplitud, al redactar la Ley núm. 107-13 sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, que también regula la responsabilidad administrativa, procuramos moderar el alcance del texto constitucional. La ley dispone que esa responsabilidad solidaria procede cuando la conducta antijurídica se produce en un contexto de imprudencia grave o de dolo. Fuera de esos supuestos, no toda transgresión ni toda conducta antijurídica debe generar esa consecuencia, porque, de lo contrario, nadie podría desempeñar un cargo público.

Ese criterio quedó incorporado en la Ley núm. 107-13. Posteriormente, la jurisprudencia, especialmente la de la Suprema Corte de Justicia –muy activa en los últimos años–, ha rechazado diversas acciones al considerar que, aunque el acto fue consecuencia de una conducta antijurídica, esta no obedeció a una imprudencia grave ni a una actuación dolosa. Ese papel moderador frente al carácter tan amplio de este tipo de normas corresponde, precisamente, a la jurisprudencia. Al fin y al cabo, nuestros Estados, fundados en la dignidad humana y proclamados como Estados sociales y democráticos de derecho, son también Estados de justicia. Por ello, es necesario interpretar estas disposiciones dentro de ese contexto y realizar las modulaciones necesarias para evitar situaciones de injusticia extrema.

Moderadora

Claro, pero hay una cuestión que me llama la atención y aprecio mucho su intervención porque me abrió una perspectiva que no había considerado. Yo lo analizaba, por ejemplo, desde el derecho al debido proceso. Cuando existe un vicio procedimental –que, salvo el supuesto de

ausencia absoluta de procedimiento, normalmente genera nulidad relativa–, pensaba que también se trataba de una violación del derecho constitucional al debido proceso y que, por tanto, debería producir nulidad absoluta y no relativa.

Pero usted introduce un elemento todavía más relevante: la buena Administración como derecho fundamental. Entonces, por esa vía, cualquier vulneración del derecho a la buena Administración podría conducir a sostener que todo vicio constituye una causal de nulidad absoluta, si se interpreta que toda lesión de un derecho fundamental genera necesariamente ese tipo de nulidad.

Sin embargo, como antigua juez contencioso-administrativa, me preocupa cuando las normas están redactadas con un grado de amplitud tan elevado que termina siendo únicamente el juez quien debe determinar cuándo procede o no la nulidad absoluta. Indudablemente, ello permite que la jurisprudencia oscile entre una interpretación muy amplia o muy restrictiva de esa figura. A mi juicio, la seguridad jurídica resulta afectada y considero, modestamente, que estos conceptos deberían estar definidos con mayor precisión.

Otro numeral que me parece interesante para conversar es el numeral 6 de la ley dominicana y el numeral 3 de la ley venezolana, ambos relativos al contenido del acto administrativo. La ley dominicana habla de cuando “el acto sea de contenido imposible”, mientras que la ley venezolana se refiere a actos de “imposible o ilegal ejecución”. Entonces, profesor Olivo, ¿en la legislación dominicana se contempla únicamente el contenido imposible? ¿El contenido ilegal quedaría comprendido en otra causal de nulidad absoluta, sería un supuesto de nulidad relativa o constituiría simplemente una violación del ordenamiento jurídico?

Olivo Rodríguez Huertas

Al momento no se han suscitado casos porque la ley todavía es más reciente. La mayor parte de las veces, es ahora que la jurisprudencia comienza a pronunciarse y comenzamos a tener una jurisprudencia más constante. Nosotros llegamos al siglo XXI prácticamente con una jurisprudencia muy limitada, con un ordenamiento jurídico administrativo que se basaba, básicamente, en principios generales del derecho administrativo no escritos, porque no teníamos incorporada la legislación positiva suficiente. Esa ha sido una tarea de este cuarto de siglo. Por ello, también el desarrollo de la jurisprudencia ha venido a propósito de la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional y, luego, de una etapa interesante a partir del año 2019, con la llegada de una generación que ya sí se formó hablando de esta perspectiva del derecho administrativo fundado en la dignidad de las personas –y no del derecho administrativo como equivalente a legislación administrativa, etcétera–, lo que ha comenzado

una transformación enorme. A partir del año 2019 comenzamos a tener jurisprudencia.

Este es uno de los temas donde justamente no ha habido desarrollo. El contenido imposible, en principio, no se refiere necesariamente a la ilegalidad. La clasificación de la ilegalidad va en función de si es una causal de nulidad absoluta o de nulidad relativa. Porque ahí sí, en la nulidad relativa, hay una cláusula abierta “cualquier violación del ordenamiento jurídico”. Entonces, queda sujeto a eso, y ello tiene un impacto posterior sobre el régimen de revisión, del que seguramente hablaremos más adelante. Pero, en principio, el texto es como usted literalmente lo entendió y aún no ha sido objeto de desarrollo por parte de nuestra jurisprudencia ni de la doctrina.

Gustavo Urdaneta Troconis

Ese numeral, en una oportunidad, yo hice un trabajo fuerte, que fue revisar muchas sentencias durante diez años para ver cómo la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –el tribunal fundamental del contencioso administrativo venezolano– y de la Sala Político-Administrativa habían ido aplicando estas disposiciones en relación con los vicios de los actos. Sorprendentemente para mí, de las doscientas y tantas sentencias que revisé, cuatro nada más se referían a este numeral, a pesar de que el contenido es como la médula del acto administrativo. Sin embargo, pocos recurrentes alegan la nulidad por el contenido del acto administrativo; prefieren vicios mucho más evidentes, más fáciles de determinar, como vicios de forma o de incompetencia, por ejemplo. En cambio, el contenido era un poco más difícil.

Sin embargo, la jurisprudencia nuestra hizo esfuerzos por determinar exactamente qué se entiende por contenido de ilegal ejecución. Un problema de la ejecución del acto es el siguiente ¿es la ejecución la que es ilegal o es el contenido el que es ilegal? Por ahí hubo cosas interesantes. Ciertamente, el contenido de imposible o ilegal ejecución significa que el acto ha permitido hacer algo que está prohibido, y eso es imposible que sea subsanado ni convalidado. Así que, incluso en el caso de que se dijera que es un vicio de nulidad relativa, la convalidación no es factible, pues uno de los efectos propios de la anulabilidad –que es la convalidación– sería imposible de hacer por razón de que se estaría violando el ordenamiento jurídico. Eso repugnaría a cualquier solución por parte de un juez.

De todas maneras, pienso que la jurisprudencia es la que nos puede ir delineando cómo entender este asunto. Después diré otra cosa que tiene que ver con eso de los efectos de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, que a mí me preocupa un poco.

Moderadora

Pero ustedes también tienen como causal de nulidad absoluta los actos dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, como nosotros, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, como nosotros. Ahora bien, en nuestra ley no se contempla la falta de motivación como un vicio de nulidad absoluta, aunque su ausencia pudiera ser vista como una violación del derecho a la buena Administración o del derecho a la defensa. Pero la ley de República Dominicana sanciona la falta de motivación con nulidad absoluta solo en el caso de los actos discrecionales. La pregunta es la siguiente: en el caso de los actos reglados, ¿sería de nulidad relativa? ¿Cómo queda el tema del derecho a la defensa en ese caso?

Olivo Rodríguez Huertas

Sí, correctamente, maestra, como usted señala. Se puso mucho hincapié en la distinción entre los actos dictados en ejercicio de potestades regladas y los dictados en ejercicio de una potestad discrecional. La consecuencia más dura, que es la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, aplica cuando se trate de esa zona que el ordenamiento jurídico positivo le permite al administrador público en ejercicio de una potestad que le deja un amplio margen de disposición. Entonces, la exigencia de la motivación se extrema, a diferencia de si el acto es reglado, donde queda predeterminado desde el principio que el legislador determina qué es lo que ha de decidir la Administración. En el caso de las potestades discrecionales, existe ese ámbito que permite escoger entre varias opciones. Entonces, debe decantarse, y el administrador público debe indicar esas razones.

Ese es un tema que con mucha frecuencia ahora se invoca en los tribunales, y se invoca porque, dentro de los derechos que integran el derecho a la buena Administración, figura el derecho que se tiene a obtener una decisión no solamente justa, sino también una resolución que esté debidamente motivada. Yo creo que ahí hay una matización de la importancia de cuándo la tipología del acto se corresponde con un tipo u otro de potestad para establecer la sanción más dura. La ausencia de motivación se equipara prácticamente a la misma categoría del vicio absoluto cuando se prescinde totalmente del procedimiento, es decir, de aquellos actos que se dictan de plano. Obviamente, si el acto se dicta de plano, tampoco tiene motivación porque, de plano, lo único que existe es la decisión y punto: “Yo tengo esta potestad y me olvido del resto”.

Ese es un tema que se invoca mucho y de manera permanente. El legislador nuestro ha establecido que sea una nulidad absoluta solamente cuando el acto obedece al ejercicio de una potestad discrecional. Si es reglada, entonces se interpretaría que puede ser objeto de una revisión, pero sabemos que la revisión no opera con reglas iguales, sobre todo en

términos de plazo, cuando se trata de vicios de nulidad absoluta y de nulidad relativa. Así lo contempla también nuestra legislación.

Moderadora

Me gustaría complementar esta discusión con la consideración de que quizás lo que termina siendo inadecuado es el listado de vicios de nulidad absoluta y relativa, porque al final conseguimos vicios de nulidad que no pueden ser relativos por la gravedad, pero que no están consagrados en el listado. Entonces ponen a los magistrados a tratar de reconducir algo para encuadrarlo en uno que no está, como es el caso del falso supuesto de hecho y de derecho. Entre nosotros, incluso la desviación de poder, porque para nosotros la nulidad relativa es residual, pero ustedes tienen el vicio de desviación de poder, igual que los españoles, como un vicio de nulidad relativa. Y yo no entiendo cómo una desviación de poder puede ser un vicio de nulidad relativa.

Gustavo Urdaneta Troconis

Justamente yo señalaba hace rato mi preocupación por la nulidad relativa y la nulidad absoluta. La nulidad absoluta sanciona las violaciones más graves y la anulabilidad, las infracciones menos graves. Siempre me ha preocupado eso de: “¿Y quién mide? ¿Dónde está el gravómetro para saber cuán grave es una violación?”.

Una autora española me abrió los ojos cuando dijo lo siguiente. Nosotros hemos importado al derecho administrativo una categorización que es del derecho privado: nulidad absoluta y nulidad relativa, porque la nulidad absoluta protege intereses difusos, colectivos, públicos, mientras que la nulidad relativa protege intereses individuales. Por eso solo la puede alegar el interesado, por eso tiene un plazo de prescripción o de caducidad para intentarlo. Cuando importamos eso al derecho administrativo, resulta que todo el derecho administrativo es de interés público. ¿Cuál es el interés privado que se protege en el derecho administrativo? Todo lo que se hace es por el interés público. Que, coincidentalmente, haya un interés privado que está siendo protegido –ya lo explicaba el profesor Moles Caubet–, ese es un interés legítimo y, perfecto, también se le protege ese interés legítimo del individuo. Pero, fundamentalmente, ¿qué hace una norma de derecho administrativo protegiendo solo derechos individuales? De tal manera que, ¿cuál es la razón para que toda norma violada en derecho administrativo no pueda ser impugnada por cualquier persona, en cualquier momento, incluso hasta de oficio, etcétera, si es verdad que eso debe ser así? Esas son las consecuencias de la nulidad absoluta.

En cambio, yo creo que, si uno se pone a revisar las consecuencias que tiene la nulidad absoluta y la diferencia con la nulidad relativa en Venezuela, la diferencia es solamente la potestad revisoria, es lo único. Lo

demás es falso. No es cierto que de ella dependan ni la solicitud de medidas cautelares ni la nulidad total o parcial del acto. Es decir, todas las otras cosas que aparentemente aparecen en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en realidad no son verdaderamente diferenciales entre uno y otro tipo de nulidad. Solo la potestad de revisión; solo se puede convalidar lo que es anulable y solo se puede declarar de oficio la nulidad absoluta. Eso es lo único.

Olivo Rodríguez Huertas

Quería hacer una pequeña precisión, profesora María Amparo, en el sentido de que usted señalaba cuando introdujo este tema. Ahí se nota, en gran parte, la influencia de quienes fueron nuestros consultores fundamentales. Yo recuerdo que mi gran amigo, el profesor Alejandro Nieto, siempre me insistía –yo asistía a sus seminarios cuando iba de vacaciones a España; luego, cuando estuve de embajador y viví tres años y medio allá, me incorporé y, durante esos tres años, iba al seminario en la Complutense– y me decía: “Ustedes, cuando lean las instituciones, adapten, hagan ustedes las instituciones, tomen esto del derecho español, del derecho alemán, del derecho francés, tómelo como mera referencia, construyan ustedes un sistema. Pónganse en la cabeza...”.

En gran parte, estas legislaciones, por muchísimas razones, por prisa –nosotros, que tuvimos ese déficit de desarrollo de esta disciplina–, también teníamos más dificultades para ponernos a discutir de tú a tú en ese momento, y uno cae preso de esos modelos. Como señala Gustavo, la desviación de poder es un acto gravísimo, en el sentido de que supone la utilización de una facultad con un motivo totalmente ajeno a las razones de interés público que justifican la asignación de un poder de esa naturaleza a una instancia de la Administración. Eso es muy grave, es una de las cosas más terribles que podría haber porque es la desnaturalización del principio de juridicidad, es hacer una adaptación del principio de juridicidad al gusto personal. Es terriblemente grave.

Moderadora

Una cosa que me gustaría que nos comentara, porque no la tenemos en la ley venezolana, o yo no la he identificado, es el parágrafo 3 del artículo 14, que dice que “los actos anulables podrán ser convalidados subsanando sus defectos de competencia o procedimiento, con efectos desde su fecha o con retroactividad para el caso de ser favorables y cumplir los requisitos del artículo 9”. Y el artículo 13 también nos habla de la retroactividad de los actos favorables: “Podrá concederse motivadamente efecto retroactivo a los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables y sus presupuestos de hecho y de derecho se hubieran dado ya en la fecha a la que se retrotrae la eficacia del acto”. Nosotros tenemos la imposibilidad de aplicar criterios desfavorables retroactivamente, pero

aquí estamos hablando de la retroactividad del acto administrativo. Cuéntenos sobre eso.

Olivo Rodríguez Huertas

Bueno, eso fue parte de las discusiones y de la conexión también de cuando se trabajaba el anteproyecto, a fin de enmarcar todo esto dentro de los criterios de la buena Administración y de un ejercicio de potestades y sus consecuencias que estuviera centrado en la persona. Por ello, todo lo que viniera a facilitar y ensanchar la esfera –en este caso, del restablecimiento de la legalidad vulnerada– gozó de una andadura y de unos textos de esta naturaleza. Hasta el momento no hemos tenido grandes discusiones a nivel de la jurisprudencia, pero en su momento las habrá, porque hay muchas situaciones que, desde luego, se producen, sobre todo en una Administración que no está domesticada; es decir, una Administración respecto de la cual hay que hacer un trabajo de construcción de cultura jurídica. Nosotros estamos construyendo, tratando de implantar una cultura de juridicidad en la Administración

Yo recuerdo que hace veinte años fui un día, no sé si fue a la Superintendencia de Bancos, y yo había hecho una crítica contra una decisión en un programa de TV, y me dicen: “Profesor, yo no sé cómo usted dice eso, porque es cierto que la ley no nos facultaba a hacer eso, pero tampoco lo prohíbe”. Bueno, estamos partiendo de una lógica distinta. Por eso existe esta disciplina, que tiene su propio régimen, ese espacio de mayor grado de libertad respecto de atribuciones concretas y específicas que están más orientadas, sobre todo, a aquellos supuestos en los que la capacidad de la actuación administrativa puede restringir, afectar o limitar derechos. Hay otros casos en los que, en el contexto de un Estado social, la Administración no solamente cumple una función de limitación; hay una actividad prestacional, unos derechos de los que son acreedores los ciudadanos y, en consecuencia, cuando la Constitución atribuye que la Administración debe cumplir tales roles, pues, obviamente, allí la exhaustividad del texto tiene que ser vista de una manera mucho más amplia y, a lo sumo, la exigencia fundamental es la de la legalidad presupuestaria, pero debe cumplir esa finalidad. Por ello, esa posibilidad de retrotraer, cuando se trata de actos desfavorables, se enmarca dentro de ese criterio.

Moderadora

Como usted dice, eso de tratar de llevar a la Administración a respetar la juridicidad está también en la buena Administración; el reclamo del ciudadano para crear la conciencia jurídica, porque sólo de allí vendrá un cambio sustancial.

Gustavo Urdaneta Troconis

Nosotros no tenemos una norma como esa. Teníamos en la Ley de la Corte Suprema de Justicia una norma para facultar al juez a determinar

los efectos en el tiempo. Yo siempre he pensado que esa norma es muy sabia porque los efectos en el tiempo no deben depender de la mayor o menor gravedad del vicio; eso tiene que depender de las circunstancias fácticas. Si con una nulidad *ex tunc* yo creo un caos, no debo crearlo. El recurso está hecho y las nulidades están hechas para la persona y para la sociedad. Entonces, no puede ser que por remediar una ilegalidad yo genere un caos. Como el señor fue designado indebidamente a través de un reglamento que no se cumplió, es nulo el acto que dictó y, por lo tanto, es nulo desde el comienzo porque existía incompetencia. Entonces, ¿qué vamos a hacer con todas las relaciones y las consecuencias jurídicas que se produjeron con base en esa designación? ¿No será más prudente que se diga que los efectos son *ex nunc*? ¿Por qué? Porque todo el mundo tenía la apariencia de que ese acto era válido. Es una situación de hecho la que me conduce a fijar los efectos en el tiempo de la decisión de nulidad, más que la gravedad del vicio. Será muy grave, pero más grave aún va a ser la decisión que voy a tomar.

Moderadora

Otra cosa que vamos a comentar son los recursos. Como los dominicanos van adelante, nosotros estamos en una ley del 83; teníamos los recursos imperativos y en la ley dominicana ya se contempla el carácter optativo de los recursos. Yo sobre esto simplemente quiero decir que se puso en Venezuela a raíz de la aplicación de una exhortación que hacía la exposición de motivos de la nueva Constitución del 99, pero siempre quedó la duda de qué pasaba si el particular optaba por ejercer los recursos.

Lo único que me gustaría que se comentara aquí es que veo en la ley dominicana que dice que la elección de la vía jurisdiccional hará perder la administrativa, pero la interposición del recurso administrativo no impedirá desistir del mismo en cualquier estado, a fin de promover el contencioso. Porque eso se planteó entre nosotros y entiendo que la jurisprudencia, en un principio –no sé si eso ha cambiado–, decía que, si usted optó por la vía, pues optó y tiene que esperar que se cumpla el plazo de respuesta. Aquí vemos que la ley dominicana no impide desistir. Entonces, yo le preguntaría ¿ese desistimiento tiene que ser expreso o el solo ejercicio del recurso contencioso implica un desistimiento de los recursos administrativos?

Olivo Rodríguez Huertas

Dentro de ese contexto de apartamiento y de falta de una cultura de derecho administrativo que nos acompañó hasta los últimos dos años del siglo pasado y que ha encontrado un proceso de desarrollo en este siglo, como he señalado en varias ocasiones, uno de los aspectos fundamentales era que prácticamente no teníamos justicia administrativa. La justicia administrativa estaba a cargo de la Cámara de Cuentas, órgano de control

financiero externo del Estado, al que se le habían añadido esas funciones. Se le llamaba la “Cámara de Cuentas de Cuentos” porque no era ni cámara de cuentas y mucho menos jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, además, la ley originaria establecía la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para poder recurrir a la jurisdicción administrativa. Y cuando se tratara de actos administrativos que determinaran obligaciones de pagar sumas de dinero frente al Estado, adicionalmente regía el *solve et repete*, el pago previo. Eso comenzó a ser desmontado en el año 1999 por un tribunal que, para temas específicos de la Administración tributaria, había sido creado en el Código Tributario de 1991. Era el único tribunal con atribuciones en materia contencioso-administrativa, en este caso contencioso-tributaria, que estaba dentro del Poder Judicial.

El Tribunal Superior Administrativo –mi padre lo presidía, fue el primer presidente–, yo le decía: “¿Y usted no siente vergüenza de estar en un tribunal dedicado a declarar inadmisibles los recursos porque el afectado no pudo pagar el impuesto?”. El tribunal declaró, por vía de excepción, la inaplicabilidad del *solve et repete* y, luego, la Suprema Corte de Justicia –que tenía entonces atribución como tribunal constitucional–, en el año 2002, declaró nulo el *solve et repete*. Pero se mantenía la obligatoriedad de los recursos.

En el año 2007 hicimos algo. Como en el año 2001 se comenzó a promover aquí una ley de la jurisdicción administrativa y de procedimiento también, pero no había ánimo para ello, se llegó incluso a trabajar un anteproyecto. Como no había ánimo, en el año 2007 se promovió, a través de un senador amigo, una ley que llamamos, con un nombre muy largo, “Ley de Transición hacia un Control Jurisdiccional de la Administración”, que pasó todas las atribuciones contencioso-administrativas que tenía la Cámara de Cuentas al tribunal contencioso-tributario que estaba en el seno del Poder Judicial y, por eso, se comenzó a llamar Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

Entre los aspectos que se crearon para dinamizar esa jurisdicción –por primera vez– estuvo, como regla principal, el carácter optativo de los recursos. Fue en esa ley, la Ley núm. 13-07, donde esto se estableció por primera vez. Además, se estableció la oralidad para las medidas cautelares, se le dio facultad al presidente del tribunal para adoptar ese tipo de medidas, facultad que no se tenía en el régimen anterior. Ese es el punto de partida para que se comenzara a dar importancia a la existencia, en un Estado de derecho, de una jurisdicción contencioso-administrativa fuera de ámbitos que fueran permeables al poder que adopta decisiones.

Respecto de la pregunta realizada, el criterio que ha interpretado la jurisprudencia es que se entiende como desistimiento tácito la interposición del recurso en vía contencioso-administrativa, por ser incompatible con la continuación del recurso administrativo. Lo que se ha querido es

que el que quiera se quede en la Administración. Eso no va a tener efecto. Incluso, desde la Ley núm. 13-07, se estableció que, aun cuando tú te quedaras e interpusieras el recurso administrativo, podías ir y pedir la medida cautelar –porque sabemos que la medida cautelar quien la dicta no va a querer otorgarla–. Entonces, tú podías pedir una medida cautelar anticipada mientras la Administración resolvía el recurso administrativo. Esto queda trasladado al marco de esta ley con ese tipo de finalidad.

Siempre he pensado en los antiguos administrados, a quienes yo llamo “personas”, personas que tienen una relación con la Administración, que se encontraban en un total y absoluto estado de indefensión porque, por la manera en que había operado, aparte de ese concepto de superioridad con que se cree que se tiene por ejercer potestades públicas asignadas por una ley, había que romper eso. A lo mejor nunca se hizo. Algunas decisiones tienen mucho que ver con cuestiones casuísticas. Pero valió la pena porque hoy día, donde más casos hay, de todas las salas que llegan a la Suprema Corte de Justicia –que no da abasto–, es en los temas contencioso-administrativos. Ha tomado veinticinco años, pero ya hemos creado una cultura donde la gente enfrenta al poder y acude, en las distintas manifestaciones de su ejercicio, a la jurisdicción.

Esta regla también está en ese camino de favorabilidad. Así lo ha dicho la Suprema Corte “todo lo que venga a favorecer a la persona”. Entonces, no se exige ese desistimiento expreso, sino que el simple acudir a la jurisdicción tácitamente deja sin efecto esa decisión.

Moderadora

Profesor Gustavo Urdaneta, brevemente. Si usted fuera magistrado hoy, ¿qué criterio aplicaría? ¿El de que, si ejerce los recursos, tiene que esperar la decisión, o aplicaría esta interpretación que hace la ley de procedimientos dominicana?

Gustavo Urdaneta Troconis

Mi natural –probablemente por esos años que pasé ahí de juez– es que nadie acude a una vía de defensa si no siente que tiene la razón o que está en una situación indebida. De tal forma que cualquier mecanismo de protección debe ser aplicado favorablemente hacia la persona. Esas cosas de que primero vaya a la Administración o pague primero, etcétera, eso suena a trampa, simplemente a desequilibrar la situación, y no me parece que debería aceptarlo. Otra cosa es que después se le dé la razón; ese es otro problema, todavía más importante. Pero, mientras tanto, que entre y que plantee su pretensión.

Moderadora

Una cosa que me parece muy interesante y no podemos dejar pasar es que ustedes, cuando hablan de los recursos en el artículo 47, hablan de

la posibilidad de ejercer el arbitraje o la función arbitral como un medio de impugnación. Eso me llama la atención. ¿Qué nos puede decir de esto?

Olivo Rodríguez Huertas

En muchas ocasiones a la Administración se le están asignando funciones realmente dirimientes de conflictos entre particulares. Primero pasó aquí con la Ley General de las Telecomunicaciones. Cuando se abrió la liberalización en el sector, se crearon lo que llamaban “los cuerpos colegiados”, que realmente resuelven y conocen los conflictos de consumo entre las empresas. Luego pasa con los temas de protección en el ámbito de los consumidores del sector eléctrico y así se ha ido extendiendo. En muchos sectores regulados, una de las potestades que se le asigna son estas potestades dirimientes. Quizás la palabra “arbitral” no sea la más precisa, porque muchos de estos casos son verdaderas potestades administrativas; pero lo que quiere decir es que se resuelven, en algunos casos, controversias que son entre partes privadas. Entonces, aquí se establece, dentro de la ley, un régimen específico para los actos administrativos de naturaleza arbitral.

Moderadora

Entre nosotros, la nulidad absoluta y la nulidad relativa tienen la importancia de que usted puede revocar en cualquier caso los actos de nulidad absoluta; en cambio, los de nulidad relativa, solo si no han creado derechos o intereses subjetivos. Ustedes no lo enfocan desde ese punto de vista, lo cual es muy interesante; ustedes lo enfocan desde el punto de vista de si el acto es favorable o desfavorable. Y, si el acto es desfavorable, ustedes pueden revocarlo; pero, si el acto es favorable, la Administración tiene que ir a un procedimiento de lesividad para que se pueda producir la revocatoria del acto. Entonces, empecemos con el profesor Urdaneta para que nos termine de hablar sobre este aspecto de la revocabilidad de los actos.

Gustavo Urdaneta Troconis

Lo que me suena indebido, desde el punto de vista jurídico, es que en el derecho público, donde todo lo que se regula es de interés público, se haga depender la nulidad absoluta o la nulidad relativa de la mayor o menor gravedad del vicio, cuando eso no tiene mayor relevancia. Todas las violaciones son graves, no hay ninguna duda. Entonces, me parece mucho más adecuado que tomemos en cuenta otro tipo de elementos para la revocabilidad o para la convalidabilidad. Más bien, primero, debe determinarse si es factible que se convalide o no, atendiendo a la convalidabilidad fáctica, es decir, a que hay cosas que se pueden convalidar y cosas que no se pueden convalidar. Esto no depende de la voluntad de la Administración. El falso supuesto no depende de la Administración; los hechos son los hechos y no los puede cambiar la Administración. Y lo mismo ocurre

con la finalidad o la desviación de poder: eso no es convalidable. ¿Cómo cambia la finalidad con la que se dictó el acto? Eso ya es historia pasada. De tal manera que eso no es fácticamente convalidable. Entonces, eso se debería decir, probablemente, en la ley y no hacer depender la solución de la mayor o menor gravedad del vicio.

Otra cosa que me parece delicada es que pueda el juez, en cualquier momento, revisar de oficio un vicio porque considere que es muy grave. Resulta que nadie lo denunció, ni el recurrente, con el mejor abogado, lo denunció; el tribunal de primera instancia no lo advirtió, nadie lo determinó, y en su última decisión el juez dice: “Ah, caramba, pero aquí hay un vicio de nulidad absoluta”, y anula el acto. Eso nos pasó en la Corte muchas veces. Nadie se había dado cuenta, pero decían que había una incompetencia manifiesta. ¿Cómo va a ser manifiesta esa incompetencia que nadie había observado? ¿Y por qué la incompetencia manifiesta produce nulidad y la otra no? Primero hay que decir que la no manifiesta es relativa. Las dos producen nulidad si se determina que el órgano era incompetente; la nulidad es la decisión. El tema está en quién puede alegarla, en qué momento puede alegarla y si lo puede hacer el tribunal. Esa es la única diferencia que genera el que la nulidad sea relativa o absoluta. Yo creo que cualquier incompetencia produce nulidad del acto administrativo; el tema está en cuándo se puede alegar y si el tribunal lo puede hacer de oficio.

Debe depender, más bien, del efecto. En el caso de la Administración, como lo dicen en República Dominicana, si se está protegiendo a favor de la persona, si el acto produjo un beneficio a la persona, la Administración no puede revocar ese acto. Pero, ¿si es verdaderamente nulo ese acto, se queda inerte la Administración? No. Ahí está el recurso de lesividad para que sea un tribunal el que lo diga. Me parece una norma sabia.

Moderadora

Me parece estupenda la ley dominicana, es mucho más garantista. Como decíamos al principio, si al final muchos vicios de nulidad absoluta van a ser objeto de interpretación, pues la Administración también se puede poner creativa y sostener que existe una nulidad absoluta, para pasar a revocar aunque se hayan creado intereses. En cambio, la ley dominicana tiene ese límite.

Olivo Rodríguez Huertas

En eso tuvimos un pleito con los amigos consultores españoles, porque, como ustedes saben, en España, respecto de los actos afectados por nulidad absoluta, la Administración siempre retiene la competencia para revocarlos por razones de ilegalidad, obviamente previo dictamen del Consejo de Estado, etcétera. Nosotros aquí no tenemos Consejo de Estado ni tenemos una clase desarrollada de derecho público, ni mucho menos.

De hecho, antes de que entrara en vigencia la Ley 107-13, el Tribunal Constitucional, en un caso que le llegó antes de su entrada en vigor, dijo que la Administración, cuando se trataba de actos favorables, si estos habían sido dictados en contravención del ordenamiento jurídico, tenía que acudir a la vía judicial para impugnarlos, y ya citaba las disposiciones de la Ley 107-13, que aún no estaban en vigencia porque era el período de la *vacatio legis*.

El texto es muy lacónico y le ha correspondido a la jurisprudencia delimitar que la ausencia de un procedimiento específico para el ejercicio de todo este procedimiento de lesividad y el ulterior apoderamiento de la jurisdicción administrativa se suple con la normativa ordinaria de procedimiento para el dictado de los actos administrativos. La jurisprudencia ha dicho: “No, tiene que hacer un debido proceso para llegar a la declaración de lesividad”. La declaración de lesividad tiene una naturaleza muy sui generis, porque su función básica es habilitar a la Administración para acudir a la jurisdicción y que pueda haber un control también, porque hay una serie de situaciones que, dentro de ese concepto del Estado de justicia, determinan que no siempre, aun existiendo una nulidad absoluta, proceda su declaración. Hay una serie de circunstancias que, por ejemplo, cuando resultan contrarias a la equidad, o cuando se produce la prescripción de acciones, o media la buena fe, hacen que, aun transcurrido el tiempo, el acto adquiera firmeza y no pueda seguirse su declaración de nulidad.

Ahí hay un tema, y eso se ha recurrido mucho. Es uno de los aspectos donde cada vez más ha habido un desarrollo de la jurisprudencia, la cual ha ido perfeccionando ese régimen porque se estaban dictando actos sin hacer el procedimiento de lesividad, a pesar de que la ley es del año 2013. Se produjeron muchos actos entre 2018, 2019 y 2020, y todo ha llegado a los tribunales porque la gente está litigando; la gente va a los tribunales administrativos ahora. Aquello de que había una jurisdicción administrativa para proteger a los ciudadanos del poder, que era una mera declaración, realmente se ha puesto en práctica. La gente está litigando y peleando sus derechos.

Moderadora

Como último comentario que voy a hacer, porque me pareció interesante, tanto la ley dominicana como la ley venezolana establecen como una de las causales para la suspensión de efectos que la parte alegue la nulidad absoluta. A mí siempre me pareció un absurdo, porque, obviamente, alegar es muy fácil: yo simplemente alego, así sea por los cabellos, y ya cumplo la causal y me pueden considerar la solicitud de suspensión por nulidad absoluta. Con la diferencia de que, en nuestro caso, por lo menos, al funcionario se le obliga a pedir caución, no es optativo. En cambio, en República Dominicana es optativo. Me llama la atención que esta sería

otra de las situaciones a las que el profesor Urdaneta se refiere cuando afirma que “no es verdad que afecte”. Claro que no es verdad que afecte porque, en definitiva, como yo digo, alegar es muy fácil.

Profesor Urdaneta, ¿unas palabras finales?

Gustavo Urdaneta Troconis

Simplemente quiero manifestar mi agradecimiento a la profesora María Amparo por esta idea que me parece excelente: los diálogos iberoamericanos, donde podamos compartir. Hoy tuvimos el placer de establecer contacto con el amigo Olivo y me pondré a conocer con detenimiento la ley dominicana. Cualquier duda que me genere se la haré saber. Me parece que son de una gran utilidad y que estos diálogos son muy fructíferos.

Moderadora

Así es. Muchas gracias. Pues gracias a ustedes por la participación. Profesor Olivo, le pido que usted despida el evento.

Olivo Rodríguez Huertas

Muchísimas gracias, profesora. Es un muchísimo gusto compartir de nuevo con usted. Siento una profunda admiración por ustedes. Hemos recibido mucho y, en este campo del derecho administrativo, ha existido un gran intercambio. Las obras de ustedes son muy conocidas aquí, en República Dominicana, y han sido de muchísima utilidad. Además, hay que admirar que ustedes, dentro de una situación muy sui generis en estas dos décadas y media que van de este siglo, sin embargo, han mantenido abierto este espíritu por el derecho administrativo; han seguido publicando, han seguido estudiando, aun dentro de las condiciones más adversas. Ustedes han seguido hacia adelante. Yo creo que eso es un ejemplo para toda América Latina, la persistencia en el derecho administrativo, un derecho que es un instrumento básico para la realización del principio de dignidad humana que proclaman las constituciones de los países civilizados. Así que muchísimas gracias y estoy muy contento de este conversatorio.

Moderadora

Gracias a usted. En nombre del comité de eventos y sus integrantes, que están aquí presentes, la doctora Alicia Monagas, la doctora Rondón, el doctor Pier Paolo Pasceri y, sobre todo, en nombre de nuestro presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el doctor Antonio Silva Aranguren, les reiteramos nuestro agradecimiento y esperamos que existan nuevas oportunidades para compartir.

DIÁLOGO IBEROAMERICANO COLOMBIA Y VENEZUELA: LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ponentes:

Sandra Morelli y Rafael Badell Madrid

Fecha: 19 de mayo de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Les damos la bienvenida a esta nueva sesión de Diálogos Iberoamericanos, actividad que ha sido programada por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo con el objetivo de establecer una conversación entre Venezuela y otros países de Iberoamérica sobre temas de interés de la Asociación, particularmente temas de derecho administrativo.

Para el día de hoy, el diálogo iberoamericano se realiza entre nosotros y la hermana República de Colombia, a través de una figura muy significativa para nosotros, no solo en Colombia sino también entre los venezolanos, una profesora muy querida, la profesora Sandra Morelli. La profesora Sandra Morelli es una persona muy conocida en el mundo del derecho administrativo colombiano, venezolano e internacional. Ha sido Contralora General de la República de Colombia, es y fue profesora de muchas universidades, entre ellas la prestigiosa Universidad Externado de Colombia. Es miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y, como dije, es una persona muy cercana a nosotros. Estábamos conversando antes de comenzar el evento, precisamente recordando aquellos tiempos en los que había una estrecha conexión entre Venezuela y Colombia para este tipo de eventos, en los que se organizaban incluso unas jornadas Colombo-venezolanas a las que la profesora Morelli dice que asistió siendo estudiante y que eran eventos muy ricos. Luego coincidimos en varias oportunidades en las Jornadas Internacionales Allan Brewer Carías. Así que es un extraordinario placer tenerla con nosotros, profesora Sandra Morelli.

Para conversar con ella, nos acompaña el profesor Rafael Badell, quien es también individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, actualmente presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Es miembro correspondiente extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y es profesor de la materia.

Ambos tienen una extraordinaria obra escrita en estos temas del derecho administrativo.

Sin más, para comenzar nuestra actividad, vamos a dar la palabra a la profesora Sandra Morelli para que nos haga una introducción sobre los medios de impugnación en el contencioso-administrativo en Colombia. Adelante, profesora Morelli.

Sandra Morelli

Muchísimas gracias, mi querida María Amparo. Saludo muy especialmente al doctor Rafael Badell, quien, además, es miembro de nuestra Academia Colombiana de Jurisprudencia, nombramiento que permitió que nos volviéramos a reencontrar recientemente.

Hago expreso mi más profundo sentimiento de gratitud a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por darme esta oportunidad de renovar este diálogo después de casi 40 años. Pero, como dice el tango, sentir que 40 años no es nada. Aquí volvemos y aquí estamos con el mismo entusiasmo y compromiso de siempre por la ciencia del derecho administrativo y por toda esta evolución que finalmente permite garantizar canales democráticos de diálogo entre la Administración y el administrado.

Sin más preámbulos, inicio esta conferencia sobre los medios de impugnación en el contencioso-administrativo. Empiezo con una aclaración terminológica que pone en evidencia la necesidad de que, efectivamente, reiniciemos estos diálogos. Este título de la intervención que se me ha pedido exige una aclaración. En Colombia, con la Ley 1437 de 2011, ya no hablamos de medios de impugnación en el contencioso-administrativo, ni hablamos de acciones contencioso-administrativas, sino de medios de control. Hasta el punto de que, cuando preparé esta intervención, yo había puesto inicialmente más énfasis en lo que entendía como medios de impugnación en el seno del contencioso-administrativo, es decir, todo lo que tiene que ver con los recursos dentro del proceso judicial.

Fíjense cómo es muy importante que renovemos esta conversación que habíamos interrumpido para tener claras las equivalencias terminológicas y hacer mucho más fructífero el diálogo, incluso de cara a las influencias recíprocas que tradicionalmente han tenido nuestros regímenes jurídicos.

Una brevísima introducción respecto de la Ley 1437 de 2011. El año 2011 fue muy fructífero en términos normativos en Colombia. Se promulgó el Estatuto Anticorrupción y se promulgó un nuevo Código de lo Contencioso Administrativo que reemplazó totalmente el decreto que regía desde 1984. Fue realmente una modernización tanto de los procedimientos al interior de la Administración Pública para producir un acto administrativo como una sistematización de ese procedimiento

administrativo al interior de la Administración, donde se adoptaron todos los mecanismos modernos para fortalecer la Administración Pública. Particularmente, se reguló el importantísimo derecho de petición, que ha sido una herramienta democrática con mucha tradición en Colombia para hablar con el Estado y para pedir que se garanticen los derechos. Se trató de estandarizar el procedimiento administrativo en general.

Una vez producidas las decisiones u ocasionados los daños como consecuencia de una actuación, una operación, una vía de hecho de la Administración, dictado un decreto reglamentario de carácter general o terminado un proceso electoral, tenemos una multiplicidad de mecanismos que hoy se llaman medios de control, denominación muy acertada que se adoptó en este nuevo Código, respecto de los cuales me quiero detener, aunque sea en su enunciación. Porque aquí sí que hay un importante esfuerzo de sistematización de las garantías que tiene el ciudadano para impugnar las decisiones de la Administración, para obtener la reparación del perjuicio causado o para garantizar la legalidad y la constitucionalidad de los actos normativos de carácter general, e incluso muchas otras vicisitudes.

Hay una clara evolución en cuanto a superar la formalidad del derecho de acción que tiene todo ciudadano, en el sentido de que no hay una carga particularmente formalista frente a quien quiere reclamar sus derechos en cuanto a la denominación del tipo de acción que debe incoar. Además, puede acumular varias acciones en una misma cuerda procesal, circunstancia que antaño generaba el rechazo, la inadmisión de la demanda, la obligación de corregir y, si no se procedía en ese sentido, luego venía la inadmisión, además de la necesidad de fragmentar hechos profundamente concatenados en distintas cuerdas procesales, generando riesgos de incertidumbre jurídica y decisiones contradictorias.

¿Qué teníamos hasta entonces? A grandes rasgos, teníamos las acciones de nulidad simple contra los actos de carácter general. Luego teníamos la nulidad y el restablecimiento del derecho contra un acto administrativo de carácter particular, cuando además se buscaba la indemnización o la reparación de un perjuicio. Teníamos las acciones electorales y la nulidad y el restablecimiento del derecho.

Ahora tenemos una multiplicidad de mecanismos que me voy a permitir leer para no omitir la mención de ninguno y que están contenidos en el artículo 135 del CPACA, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La sigla CPACA no es muy sonora, pero es como en la jerga jurídica se le conoce a este Código, que recoge todas las normas que regulan el procedimiento administrativo y el contencioso-administrativo, es decir, todo lo que tiene que ver con la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo.

Tenemos una nulidad por inconstitucionalidad que menciona el primer párrafo de este artículo 135, que le permite a cualquier ciudadano – igual que una acción de inconstitucionalidad contra las leyes ante la Corte Constitucional– incoar esta demanda de nulidad contra los actos que son contrarios a la Constitución, para preservar la intangibilidad del ordenamiento jurídico. Esta es una acción de nulidad simple, pero por motivos de inconstitucionalidad, por violación de la Constitución Política de Colombia. Se puede pedir contra los actos de carácter general y contra los decretos de carácter general cuyo control no le corresponda a la Corte Constitucional, la cual tiene unas competencias taxativas en estas materias. En todo caso, el Consejo de Estado tiene una relativa facultad oficiosa para integrar lo que los juristas llamamos la “proposición jurídica completa”, al demostrar que se ha violado la Constitución y, probablemente, otras normas, como leyes o decretos, que tienen que ver precisamente con la proposición jurídica completa. Esto no es exclusivamente carga del ciudadano, lo cual ayuda notablemente a permitir el acceso a una acción pública. Recuerden que aquí no necesitamos abogados y, en eso, tanto Venezuela como Colombia han sido ejemplo en el mundo de estas acciones públicas para preservar la constitucionalidad y la legalidad.

Dentro de esa lógica –como ya les dije– puede tratarse de actos administrativos o de decretos de carácter general, y el control es automático. Procede de manera inmediata cuando hay decretos que reglamentan los decretos proferidos con ocasión de la declaratoria de conmoción interior. Hay unas competencias respecto del decreto de declaratoria de conmoción interior o de emergencia económica que le corresponden a la Corte Constitucional, pero después, en lo relativo al desarrollo normativo, también existe la posibilidad de que el Consejo de Estado intervenga para preservar precisamente esa legalidad.

Por otro lado, tenemos lo que ya existía, la nulidad simple contra los actos administrativos de carácter general, tal como existía antes de la Ley 1437 de 2011. Allí también se ejerce de cara a preservar el ordenamiento jurídico. Esta acción es muy importante y recoge un tema jurisprudencial que era la teoría de los móviles y los fines. Cuando a la gente se le pasaba el tiempo para incoar la nulidad y el restablecimiento del derecho –que es de cuatro meses–, lo que hacían era plantear una nulidad simple contra un acto administrativo de carácter particular. Este Código, muy moderno, nos dice: “Mire, señores, si usted no está buscando la reparación de un perjuicio individual, yo le acepto la nulidad simple y la nulidad genérica”. Con lo cual también se da un paso muy importante en términos de garantía efectiva de preservación del ordenamiento jurídico, evitando esas estrategias judiciales que a veces utilizan los abogados para enmendar sus errores por la puerta de atrás, lo cual obviamente no es de recibo.

También tenemos la nulidad y el restablecimiento del derecho. Mire, con este acto administrativo de carácter particular usted fue declarado

insubsistente. Es un acto ilegal porque había una falsa motivación, una desviación de poder, etcétera. Entonces viene la nulidad y el restablecimiento, que es esta acción clásica que ya existía, con la aclaración de la teoría de los fines y los móviles que ya les había comentado.

Aquí voy a abrir un pequeño paréntesis. Miren cómo es importante ese diálogo colombo-venezolano. Ustedes obtuvieron una decisión de la Corte Interamericana con ocasión del alcalde de Caracas, donde la Corte dijo: “Mire, no se puede separar o destituir de su cargo a un funcionario de elección popular, salvo que haya cometido un delito y así lo establezca un juez penal”. Esto, en Colombia, ha abierto un capítulo infinito porque ha afectado las competencias de la Procuraduría General y de la Contraloría, que son autoridades de tipo administrativo que, por razón de ocasionar un daño fiscal o faltar a las normas disciplinarias, así sean funcionarios de elección popular –alcalde, gobernador, concejal o parlamentario–, pueden separarlo de su cargo. Resulta que, con ocasión de que esto le sucedió al alcalde Petro cuando presidía Bogotá, la Corte Interamericana le restableció sus derechos utilizando el precedente que ustedes tuvieron en el caso del alcalde de Caracas, que creo que fue precisamente el señor López.

Esto ha generado un conflicto interno porque aquí hay muchas autoridades administrativas que pueden separar de su cargo, no solamente la Contraloría y la Procuraduría, sino también incluso autoridades jurisdiccionales, incluyendo el Consejo de Estado, mediante la pérdida de investidura. Y, con la interpretación de la Corte Interamericana, ni siquiera podría hacerlo el Consejo de Estado porque tendría que ser una autoridad penal. Ha habido proyectos de ley, ha habido pronunciamientos de la Corte. Aquí vamos y volvemos. Solamente menciono el tema para decirles que, dentro de la función de controlar por parte del Consejo de Estado las decisiones de la Contraloría General de la República, cuando además estas conciernen a funcionarios de elección popular, al interior del Consejo de Estado hay dos posiciones. La Corte Constitucional intentó conciliar el tema y la Corte Interamericana nos lo ha dicho claramente: “No se ha cumplido nuestra decisión”. Obviamente, el gobierno apoya la tesis de la Corte Interamericana y, cada vez que hay algún juicio de destitución frente a alguna actuación de un funcionario de elección popular y la orden de separarlo o suspenderlo del cargo, se arma aquí un gran lío jurídico respecto del cual debemos dedicar otro encuentro y otro diálogo.

Menciono otras acciones rápidamente, la nulidad electoral; la reparación directa, cuando se causa un daño –todo el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado–; las controversias contractuales –además, se aclara que también procede esta acción frente a los antecedentes, los actos concomitantes, las liquidaciones; o sea, se aclaran muchos temas que en la doctrina se discutían en su momento–; la acción de repetición –se condena al Estado y el Estado luego repite contra el funcionario que ha

actuado con dolo o culpa grave–; la pérdida de investidura, que básicamente procede contra los parlamentarios a nivel nacional, en cuanto a la competencia del Consejo de Estado, y, a nivel local, le corresponde a los tribunales contencioso-administrativos frente a concejales y diputados.

Una novedad muy importante son las acciones para proteger los derechos e intereses colectivos –por ejemplo, el medio ambiente, la moralidad administrativa o la legalidad–, o las acciones de grupo, cuando un grupo grande de personas se ve afectado de manera colectiva en sus derechos e intereses por una actuación de la Administración o incluso de un particular o de un grupo de particulares.

Finalmente, está la acción de cumplimiento de las normas. Existe una acción de cumplimiento. Esto es muy interesante. Ustedes saben que, en el mundo contemporáneo, más que un tema de validez de la norma está la eficiencia. Ya hubo una ley que estableció un derecho, ya hay un acto administrativo y usted, funcionario, no lo quiere cumplir. Entonces tenemos esta acción de cumplimiento.

Dentro de estos mecanismos de control también se incluyó el control por la vía de excepción, que sería la excepción de inconstitucionalidad, respecto de la cual los venezolanos tienen mucho que aportar al derecho comparado. Así que, frente a esto, tampoco me voy a detener

Moderadora

Muchas gracias. Yo diría que, para dar inicio al diálogo, le preguntaría al profesor Badell, porque la profesora Sandra Morelli comenzó cuestionando el título y tiene toda la razón. De hecho, para nosotros ese mismo cuestionamiento aplicaría. ¿Se puede seguir hablando de medios de impugnación con la evolución del contencioso-administrativo en el caso de Venezuela?

Rafael Badell Madrid

Buenos días. Muchísimas gracias a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, a su Junta Directiva, por haberme invitado a este diálogo, que es particularmente relevante para mí por la presencia de la profesora, doctora y académica Sandra Morelli.

Yo también iba a hacer una pequeña introducción respecto de la expresión “medios de impugnación”. Siempre la hago porque, en muchas ocasiones, he dicho, normalmente en mis clases, que la justicia administrativa puede estudiarse desde tres puntos de vista: desde el punto de vista material o sustantivo, para referirse a esto como una garantía, como un derecho que tenemos a que haya una jurisdicción contencioso-administrativa que someta a derecho el ejercicio del poder público; en segundo lugar, se puede hablar de la justicia administrativa en su aspecto orgánico, esto es, la jurisdicción contencioso-administrativa; y, en tercer

lugar, desde el punto de vista procesal, es decir, el derecho procesal administrativo. Y aquí, desde el punto de vista procesal, precisamente es donde ubicamos los distintos medios de impugnación, considerando que, como lo dice Moles Caubet en Venezuela, cada derecho sustantivo –y el derecho a la justicia administrativa es un derecho sustantivo– genera su propio derecho adjetivo.

Para poner en contexto, en Venezuela, a partir de la Constitución de 1961 y luego con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977, se distinguía entre una acción de nulidad contra actos de efectos generales y una acción de nulidad contra actos de efectos particulares, en un procedimiento totalmente insuficiente, inacabado y hasta provisional, como decía la misma ley. La jurisprudencia fue acuñando el término “medios de impugnación” y fue delineando el recurso de nulidad por ilegalidad, el recurso de abstención, el recurso de interpretación –que aparecía mencionado en varias leyes– y la acción de cumplimiento por responsabilidad extracontractual y por responsabilidad contractual. Diversas normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se referían a esas expresiones, como medios de impugnación, recurso de abstención y recursos de interpretación, pero no había procedimientos respecto de ello.

Luego, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 16 de junio del año 2010 pone orden en el asunto y delinea de manera más clara tres medios de impugnación bien definidos, aunque mal regulados.

En primer lugar, los artículos 56 al 64 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regulan las demandas de contenido patrimonial. En estas demandas de contenido patrimonial, los motivos pueden ser la responsabilidad extracontractual –la típica responsabilidad extracontractual del Estado– e incorporan también la responsabilidad contractual. De manera que en Venezuela –y creo que este diálogo, en este aspecto, tiene una importancia fundamental– ya no es importante la noción de contratos administrativos; ya no hay que verificar si un contrato es administrativo o no para que su conocimiento quede atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa. Todos los contratos que suscriba la Administración Pública –nacional, estatal, municipal, centralizada o descentralizada, con forma de derecho público o de derecho privado– van a ser revisados por la jurisdicción administrativa. Ese es el principal medio de impugnación: las demandas de contenido patrimonial.

En segundo lugar, hay otro medio de impugnación que se aplica a tres circunstancias distintas. Son los llamados reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de servicio público (primero); demandas contra las vías de hecho de la Administración (segundo); y demandas por abstención (tercero). En estos tres casos se aplica el procedimiento establecido en los artículos 65 al 75 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa. Es un procedimiento denominado “procedimiento breve”, en el cual se tramita de manera muy expedita y hay que comprobar que se conminó a la Administración a la prestación del servicio público y no lo hizo; que se conminó a la Administración a que cesara la abstención y no ocurrió; y que se conminó a la Administración a que cesara las vías de hecho y persiste esa conducta.

El tercer medio de impugnación, es la demanda de nulidad por ilegalidad contra los actos administrativos. Aquí cambia la ley. Ya no se distingue un procedimiento para los actos administrativos de efectos generales y uno para los de efectos particulares, sino que hay un procedimiento común: una demanda por ilegalidad contra los actos de efectos generales o particulares. La ilegalidad o la inconstitucionalidad pueden ser el motivo. Esto está regulado en los artículos 76 al 86 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero, curiosamente, este procedimiento de las demandas de nulidad por ilegalidad se aplica también a las demandas por interpretación de leyes y a las demandas de controversias administrativas. De manera que, cuando hay conflictos respecto de la interpretación de leyes, o cuando hay controversias administrativas, ya sea en razón del territorio –entre distintas autoridades territoriales– o en relación con las funciones –entre distintas autoridades de una misma entidad territorial–, se aplica este mismo medio de impugnación.

En conclusión, hay tres medios de impugnación generales que establece la ley. El de las demandas de contenido patrimonial, que busca el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la actuación de la Administración que la lleva a incumplir un contrato, o las demandas de contenido patrimonial por responsabilidad extracontractual. Un asunto curioso es que, en este procedimiento, el legitimado activo puede ser el ente público cocontratante demandando a su cocontratado, al particular contratado. De manera que llevamos a la jurisdicción contencioso-administrativa al contratista de la Administración que incumple cualquier contrato.

En los reclamos por omisión, demora o deficiente prestación de servicio público, por vías de hecho o por abstención, el requisito es que no se reclamen sumas de dinero. Es inadmisibles si se pide la compensación de sumas de dinero.

En las demandas de nulidad por ilegalidad contra actos de efectos generales o particulares –como es tradicional en el contencioso administrativo general– puede solicitarse la nulidad del acto, puede solicitarse el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración y pueden solicitarse también la indemnización de los daños y perjuicios que provoca la ilegalidad del acto administrativo. Lo curioso es que este procedimiento –que es un procedimiento subjetivo, en

el que hay una actividad probatoria que tienen que llevar adelante las partes para demostrar no solamente la nulidad del acto, sino también los derechos subjetivos y los daños y perjuicios causados– se haya acumulado para las demandas de interpretación de leyes –que son asuntos más o menos objetivos, en los que al juez le corresponde precisar el alcance y la inteligencia de la ley y su aplicación a un caso concreto– y para las demandas de controversias administrativas, que también constituyen asuntos más o menos objetivos.

Yo creo que la comparación de estos dos sistemas –el colombiano y el venezolano– y la posibilidad de ir estudiando un poco más en profundidad estos distintos medios de impugnación, nos puede ir acercando más a recomendaciones concretas respecto de una mejor regulación de la materia.

Respecto de esta Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tengo que decir, en primer lugar, que hay que reordenar estos medios de impugnación, pues están indebidamente acumulados. En segundo lugar, hay que reordenar todo el aspecto probatorio porque no están regulados con precisión los medios de prueba, no están regulados de manera eficiente los lapsos de prueba, cuándo se prueba, quién prueba, y no están regulados tampoco los poderes del juez dentro de esta actividad probatoria. Otra recomendación respecto de todos estos medios de impugnación es la referida a los poderes del juez de la jurisdicción contencioso-administrativa. Aquí dimos un paso gigantesco hacia atrás: en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1977, el artículo 31 preveía los poderes del juez. Esta ley no tiene ninguna regulación respecto de los poderes del juez.

Una última consideración general: esta ley prevé un procedimiento común de segunda instancia, que es común a todos los medios de impugnación, y establece un procedimiento de ejecución de las sentencias.

Moderadora

A mí me gustaría, de verdad, porque sigo muy impactada con la introducción de la doctora Sandra Morelli cuando cuestiona el título de la conferencia. Estoy de acuerdo con ella. Es más, me da la impresión de que ese cuestionamiento va más allá de decir que no es suficiente hablar de medios de impugnación porque estaríamos refiriéndonos a los recursos, cuando es cierto que los medios de accionar en el contencioso-administrativo son mucho más amplios, lo cual se refleja también en la intervención del profesor Badell cuando se refiere a los medios venezolanos.

No sé, me gustaría preguntarle a la profesora Sandra Morelli si ese cuestionamiento va también dirigido al hecho de que, en el contencioso-administrativo de hoy, ya no se puede hablar de una mera impugnación, ni siquiera en el caso de la nulidad, porque se ha ido superando el carácter

objetivo de la impugnación de los actos administrativos. ¿Más bien habría que eliminar el término “recurso” para hablar, quizás, de una demanda con pretensiones de nulidad? Le doy la palabra, profesora Morelli.

Sandra Morelli

Indudablemente, y de acuerdo con la concepción colombiana, aquí estamos realmente frente a demandas propiamente dichas, adoptando el modelo del derecho procesal civil –que ahora se llama derecho procesal general, por el Código–. Indudablemente, estos son procesos que inician con una demanda y que van mucho más allá de la mera impugnación de un acto administrativo, de un decreto de carácter general o de una mera reclamación frente a la Administración. Son propiamente procesos con toda la lógica de la contradicción entre partes iguales.

Porque, en el fondo, su pregunta es esa. Dice: “Yo, afectado, voy ante la Administración soberana y le reclamo”. Aquí nos colocan en un plano de igualdad, como si fuéramos dos particulares o dos entidades públicas. De todas maneras, no importa la naturaleza, nos ponen en un plano de igualdad y son propiamente demandas. Hasta el punto de que, en este Código, en esta Ley 1437, las remisiones permanentes al Código General del Proceso son muchísimas. En esto me engancha con los planteamientos del profesor Badell para anotar tres cosas que me parece que debemos subrayar.

Primera. En el fondo es muy parecido lo que nos ofrece el derecho venezolano y el colombiano. Es un problema de sistematizar. Ustedes tienen una ley más vieja, pero realmente la sustancia de lo que nosotros teníamos en el 84, lo que tenemos a partir del 2011 y lo que tienen ustedes a partir de las leyes orgánicas que usted mencionó es la misma. Al final tenemos la posibilidad de impugnar los actos normativos; si son de carácter particular, nuestro derecho acoge una vía, y el de ustedes tiene la misma vía que si son de carácter general. Finalmente, tenemos lo que tiene que ver ya no con el mundo del derecho, sino con el de los hechos; ustedes homologan contrato y hecho, operación administrativa, porque igual genera una responsabilidad, y nosotros lo tenemos subclasificado y sistematizado. Pero realmente estamos hablando de lo mismo, y ahí lo que conviene evaluar es si esta sistematización y particularización que Colombia adoptó ha sido más clarificadora y más garantista que las grandes categorías que manejábamos los dos países.

Segundo, en cuanto a las pruebas y los poderes del juez, en esto realmente es lo mismo. Nosotros aprendimos y bebimos mucho del derecho privado y ahora de lo que llaman el Código General del Proceso. Sí debo decir que tenemos una regulación muy detallada de cómo se practican las pruebas, además facilitándole a la Administración Pública aspectos en los que antes tenía dificultades en el proceso –por ejemplo, para contratar un peritaje–. Aquí ya le dice: “Usted puede contratarlo de manera directa,

puede ir a otra entidad pública y el juez dice cuánto toca pagarle a esa entidad pública para que también el Estado tenga esa capacidad de aportar pruebas técnicas en condiciones de igualdad con el particular”. Antes, un gran contratista poderoso, con el peritaje, se llevaba por delante al funcionario público que necesitaba un año para tener el presupuesto para contratar un perito. Aquí esos obstáculos quedaron totalmente allanados. Los tiempos son clarísimos. La regulación de los términos y oportunidades para presentar las pruebas es muy restringida, obviamente al presentar la demanda, con la contestación de la demanda, al excepcionar y al oponerse a las excepciones, y nada más. En segunda instancia también se pueden pedir pruebas –cosa que antes era totalmente excepcional–, con un elemento importante: una clarísima facultad del juez para decretar pruebas de oficio o incluso para dictar sentencia anticipada cuando considera que las pruebas no son conducentes, pertinentes, etcétera, o cuando considera que el debate probatorio ya ha concluido. Claro que esa consideración responde a los parámetros objetivos que la misma ley establece.

Yo creo que esa distancia en los años sí permitió sistematizar y clarificar mucho cómo se desarrolla el tema probatorio y las facultades del juez. En eso hay bastante claridad y realmente no se presentan dudas interpretativas al interior del proceso contencioso administrativo en Colombia. Ahí sería una experiencia que se pudiera adoptar, pero ya estamos lejos de meros medios de impugnación. Son propiamente procesos donde yo llamo a mi igual –el Estado– para que, dentro de la lógica de partes con iguales derechos, obligaciones y garantías, debatamos un derecho. Me parece muy acertada la posición de la doctora Grau en este punto.

Rafael Badell Madrid

Yo lo que tendría que comentar es que, por supuesto, aquí la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo denomina “demandas”, pero no las regula como tales. Si las reguláramos como demandas verdaderamente, como dice la profesora Sandra Morelli, sería cuando yo demando a un igual. Pero la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica de la Administración Pública y muchos otros textos legales han llenado los juicios contra el Estado, contra la Administración, de prerrogativas.

Nosotros, si reguláramos con claridad una demanda propiamente dicha, no tendrían cabida las disposiciones que tenemos en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que indican que la demanda será inadmisibile si no se agota el procedimiento administrativo previo en las demandas contra la República. Resulta que yo tengo que ir primero a la sede del procurador, porque esa era una disposición que

históricamente se utilizaba en los momentos en que el Estado tenía inmunidades de todo tipo. Además, hay diferencias procesales en cuanto a las pruebas, diferencias procesales en cuanto a las consecuencias de las actuaciones y de las omisiones. No existe la confesión ficta para la Administración, mientras que sí existe para el particular. Hay diferencias procesales de toda índole. Yo, en algún trabajo que he publicado en la materia, las he dividido en las prerrogativas procesales durante el inicio, la sustanciación, la decisión y la ejecución. En todas las fases hay un desbalance en la igualdad, lo cual es fundamental cuando se regula una demanda propiamente dicha. Entonces, sí se utiliza la expresión “demanda”, pero no hay igualdad.

Moderadora

¿Por qué la profesora Morelli no nos dice si en Colombia, a pesar de que se regula como demandas, subsisten prerrogativas como las que ha mencionado el profesor Badell? Por ejemplo, ¿hay confesión ficta del Estado? ¿Hay alguna prerrogativa que todavía se mantenga, con lo cual podemos decir que se trata de demandas, pero no son verdaderas demandas entre iguales?

Sandra Morelli

Claro, muy clarificadora esa precisión, profesor Badell. Yo diría que no hay ese tratamiento privilegiado para la Administración Pública. Obviamente se prevé que se deba agotar la vía gubernativa, pero la vía gubernativa tiene un sentido: darle a la Administración Pública la oportunidad de que prontamente corrija su error, que ella misma revise sus decisiones y no tengamos que automáticamente irnos al procedimiento contencioso administrativo.

Pero miren, por ejemplo, aquí encontramos una normatividad muy interesante en lo que tiene que ver con la limitación de los requisitos de procedibilidad. Antes se establecía, para todo tipo de procesos, que era necesario ir a la Procuraduría a conciliar. Aquí ya se estableció que no, que realmente solamente es necesario en los que tienen una pretensión económica, pero no en el caso, por ejemplo, de cuando se demanda una prestación laboral o cuando se demanda una pensión. Eso se puede demandar directamente sin que se agote ese requisito de procedibilidad.

Es más; cuando llega la segunda instancia con una sentencia condenatoria para la Administración, debe haber una evaluación por parte de la Administración Pública, en su comité de conciliación, acerca de si va a conciliar, y no se le permite a la Procuraduría oponerse a esa conciliación. Se propone un espacio donde ya haya un acuerdo entre las partes y la propia Administración Pública llegue con una fórmula conciliatoria para evitar el trámite del proceso de segunda instancia. Fíjense cómo la lógica y la filosofía de esta Ley 1437 es realmente muy interesante porque le

dice: “Mire, Administración, usted ya fue condenada; no nos meta en otro proceso que puede durar varios años en segunda instancia, en un trámite adicional que, además, le va a salir más caro al Estado colombiano, porque se paga con nuestros impuestos. Llegue, concilie, tenga esa actitud conciliatoria”.

Yo creo que hay unas novedades interesantes dentro del ánimo de la legislación colombiana de imponer una serie de obligaciones a la Administración Pública. Le dicen: “Mire, si ya hay un precedente jurisprudencial, si hay una sentencia de unificación, no siga alegando, acójala. Porque, si no, después hay un recurso extraordinario que exige la extensión de la jurisprudencia a casos iguales o la adopción de la decisión de unificación. Entonces, hágame el favor y no siga pataleando inútilmente; acójase anticipadamente, Administración”.

Yo sí noto, en una lectura desprevénida –y realmente me está encantando el giro que ha tomado esta discusión, porque estos son temas, al final, sustanciales en materia de garantías de los derechos– que, por el contrario, aparte de la igualdad procesal absoluta entre la Administración y el administrado, existen unas limitaciones a la Procuraduría en el sentido de no afectar la aprobación de conciliaciones, lo cual constituye una muy buena noticia –al menos en términos de tiempo, cuando no de cuantías– para el administrado, para el perjudicado. En general, hay una serie de medidas para que la Administración, una vez condenada, cumpla.

En cuanto a la confesión ficta, no hay una norma que la prohíba. Realmente es un tema que yo personalmente no he estudiado ni reflexionado, pero sí les puedo decir que en el contencioso no hay ninguna norma que excluya, en beneficio de la Administración, la aplicación de la confesión ficta.

¿Qué otros puntos encontramos en el procedimiento administrativo –ya no en el contencioso–? El tema del silencio administrativo positivo. Eso ha evolucionado en favor del administrado. Realmente se protocoliza esa omisión de decisión en una notaría con mucha facilidad y se entiende que hay un acto administrativo. Eso también beneficia, obviamente, al administrado.

Yo diría que, en ese sentido, sí hay una filosofía explícita, no solo subyacente, donde nuevamente la igualdad de las partes está considerada y donde este Código, por ejemplo, establece plazos muy claros para pagar las condenas contra el Estado –que ese es otro problema infinito–. Establece pasos muy claros.

En el punto en el que Colombia sí creo que retrocedió –y esto fue producto de una reforma constitucional y creo que amerita una reflexión muy seria– es en un incidente relacionado con la sostenibilidad fiscal. A mí siempre me ha parecido atroz. Incluso en esa época yo era Contralora

y me opuse tremendamente porque, además, eso afecta la seguridad jurídica y la inversión nacional y extranjera. Es la posibilidad de que el procurador, cuando hay un proceso que va a implicar una condena supremamente cuantiosa –eso sí me parece de una gravedad que, con solo contarle, me aterra–, establezca que su ejecución pueda afectar la sostenibilidad financiera del Estado y, entonces, se pueda interponer ese incidente, que es un accidente más que un incidente. Realmente no es para no pagar, sino para modular los tiempos de pago, los plazos, etcétera. Pero a mí realmente me parece que eso no tiene ninguna justificación, porque precisamente toda la evolución de la responsabilidad del Estado lo que busca es que, cuando se causa un perjuicio al particular, este sea indemnizado íntegramente. Una vez se profiere el fallo, la Administración Pública, en vez de buscar atajar la decisión de la justicia, lo que tiene que hacer es evitar causar un daño de esas dimensiones y de esa magnitud.

Si ustedes me dicen: “Compare, ¿dónde está mejor, Colombia o Venezuela?”, yo digo: pues no, aparentemente Colombia, pero con este incidente de sostenibilidad fiscal sí borramos toda la tarea garantista que habríamos podido hacer en estos años de evolución. También les debo decir que esos incidentes no han prosperado porque, finalmente, nuestros jueces tienen una sensibilidad garantista y un conocimiento de lo que ha sido la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa. También puedo decirles que el Estado los interpone de manera superficial, por temas menores en los que no se dan los presupuestos. Eso no ha prosperado, pero el solo hecho de que esa norma esté en la Constitución a mí sí me parece un atentado contra el principio de igualdad de las partes.

Rafael Badell Madrid

Muchísimos comentarios, porque fueron tantas las distintas ideas que plasmó con tanta claridad la profesora Sandra Morelli. Yo, por decir algo, voy a decir que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene luces y sombras. Uno no se puede dejar impactar por las luces. Una luz es, por ejemplo, que hay una invitación a que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa utilicen los medios alternativos de solución de los conflictos en cualquier estado y grado del proceso. Bueno, qué maravilla. Eso quiere decir que tenemos una justicia que procura llegar a la solución del asunto de una manera tan civilizada como esta.

Pero después, del otro lado, tenemos el extremo opuesto. En casos de arbitraje de contratos de la Administración –arbitrajes en Bogotá, en Madrid, en París, en Nueva York o en cualquier país del mundo–, cuando la República, que ha suscrito una cláusula arbitral, va al tribunal arbitral en otro país, dice: “Ah, aquí no se agotó el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República”. Entonces dice uno: “¿Cómo la ley predica la solución del asunto por estas vías, y cómo, en un caso que es

paradigmáticamente solucionable por vía de arbitraje, pueden tratar de utilizar eso?”. Ha habido incluso –para que lo sepa la doctora Sandra Morelli– que estas prerrogativas, como el antejuicio administrativo, que la ley claramente dice que se aplican a la República, la jurisprudencia las ha extendido a las empresas del Estado y a los institutos autónomos. De manera que hay una extensión jurisprudencial de las prerrogativas o privilegios. No solo estamos en la iniciación, en la sustanciación, en la decisión y en la ejecución llenas de un desequilibrio entre las partes, sino que la jurisprudencia ha profundizado ese desequilibrio, porque no se puede analizar una ley si no vemos el detalle o la aplicación que el juez contencioso hace de ella.

Lo que dice la doctora Sandra Morelli me recuerda a Martín Rebollo, que señala en su libro *Jueces y responsabilidad del Estado* que los jueces no están para cuidar los caudales públicos; los jueces no están para decir si es mucho o no la condena. Los jueces están para manejar esto como lo que es: la tutela judicial efectiva de un derecho fundamental, que es el de controlar la legalidad y la oportunidad de la actividad de la Administración.

Otra luz intensa de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es la que establece el artículo 8, la universalidad del control. Se controla toda la actividad desplegada por los entes públicos: actos de efectos generales o particulares, actuaciones bilaterales, vías de hecho, silencio administrativo, prestación de servicio público, omisiones e incumplimiento. En estas disposiciones generales –que digo yo que son las luces de la ley– parece que vamos a llegar a una ley que iguala a las partes, una ley que busca garantizar la tutela judicial efectiva, para después, en el camino, darnos cuenta de que la ley presenta una Administración todopoderosa frente al administrado.

Ya sabemos que la expresión “tutela judicial efectiva” supone que puede haber medidas cautelares. Por ejemplo, la tutela judicial efectiva abarca el proceso y la ejecución de la sentencia, no solo la sentencia, sino que a veces es necesario anticipar sus efectos. Claro que esta ley regula el tema de las medidas cautelares de una manera muy general, pero la aplicación ha sido muy infeliz. En estos eventos, no solamente tenemos que hablar del medio de impugnación, sino de su aplicación, porque ese es el carácter concreto al que se enfrentan los abogados en ejercicio o los ciudadanos todos los días. Las medidas cautelares son sistemáticamente negadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base de la consideración interna del juez de que el Estado tiene una preponderancia frente al particular.

Por lo que se refiere a otros caminos que ya habíamos andado, hemos retrocedido también, por ejemplo, en el silencio de la Administración. Ya varias leyes habían establecido el silencio positivo –como la Ley de

Ordenación del Territorio y el Código Orgánico Tributario-. En eso echamos para atrás y deshicimos esa ventaja que tenía el particular del silencio positivo. Me parece maravilloso que uno, en Colombia, pueda ir, en Medellín, en Bogotá o en cualquier parte, a un notario y hacer constar la abstención y con eso tener el acto administrativo.

Una cosa es el análisis de la ley y otra es el análisis de la ley desde el punto de vista jurisprudencial, para darnos cuenta de que la posibilidad de medidas cautelares que existe está totalmente suspendida por los jueces; que el desequilibrio en las prerrogativas procesales y fiscales que existen está agravado por los jueces; y que, en la ejecución de sentencias, el procedimiento especial prácticamente impide que la decisión del juez se materialice con la prontitud y eficiencia que se requiere. Una cosa es el análisis de las disposiciones generales de la ley; otra, el de las disposiciones concretas, que presentan unos procedimientos absolutamente inapropiados; y, en tercer lugar –y más grave aún–, el de la aplicación concreta de esta ley. Ese sería el comentario por ahora.

Sandra Morelli

Yo agregaría solamente una cosa. Por ejemplo, en materia de medidas cautelares, la suspensión de un acto administrativo. Recordemos que la normatividad anterior decía que procedía la suspensión provisional como medida cautelar de un acto administrativo frente a una violación evidente, palmaria, sumaria. Ahora el decreto de una medida cautelar se ha flexibilizado; se establecen unos requisitos –que se aporte prueba, que esté bien sustentada, etcétera–. Digamos que, al menos desde el punto de vista de la letra de la Ley 1437, es más fácil que prospere hoy en día una medida cautelar que durante la vigencia del Código anterior.

Rafael Badell Madrid

Aquí, doctora Morelli, desde hace muchos años no se otorgan medidas cautelares a favor de los particulares, a pesar de que se ha morigerado la norma, a pesar de que se han extendido los requisitos. No me refiero a la medida cautelar solamente como la suspensión de los efectos del acto; me refiero a medidas cautelares como cualquier anticipación a la decisión definitiva. Aquí las medidas cautelares son en contra de los administrados. El juez asume la potestad de dictar medidas cautelares y entiende el proceso en defensa de la Administración.

Hasta que no tengamos un juez con la mentalidad de que esta jurisdicción contencioso-administrativa –y por eso digo que hay que estudiarla desde el punto de vista sustantivo primero, es decir, la justicia administrativa– es una jurisdicción que viene a proteger al administrado frente a la gestión de la Administración, no cambiaremos esa realidad. Sin duda es al administrado al que hay que proteger frente a la gestión de la Administración, no más allá de sus derechos subjetivos, por supuesto, no

más allá de lo legal, por supuesto. No estoy predicando yo aquí una conducta en contra de la Administración y del Estado. Pero quien vulnera el derecho subjetivo del administrado es la Administración; el que incurre en silencio es la Administración; el que incurre en responsabilidad extracontractual es la Administración. Obviamente, el fin de la medida cautelar es anticipar en algo el impacto negativo que tiene la gestión de la Administración. Aquí ha habido un entendimiento totalmente contrario por lo que se refiere a las medidas cautelares.

Moderadora

Yo quisiera, como reflexión, volver a una consideración que hizo la profesora Sandra Morelli, que hablaba de que la evolución en el tema de los medios de control era importante porque había llevado a una especie de superación de muchos problemas que afectaban la tutela judicial efectiva en Colombia. Yo creo que en Venezuela es un poco lo mismo. Como juez contencioso-administrativo que tuve la oportunidad de ser, ciertamente nosotros vivimos un proceso de desarrollo del contencioso-administrativo en el cual, de una consideración de un contencioso objetivo, se fue evolucionando hacia un contencioso de igualdad de las partes, subjetivizado, con merma de las prerrogativas. Pero eso nunca fue suficiente para lograr una tutela judicial efectiva, porque uno podía constatar el marasmo de medios de impugnación, de competencias de los tribunales contencioso-administrativos, de requisitos de procedencia y de requisitos de las cautelares; todo eso contrariaba una tutela judicial efectiva.

Se ha evolucionado, sí, pero, en mi opinión, se ha evolucionado poco, porque no solo se trata de decir que ahora son demandas y seguir consagrando tres distintos procedimientos de impugnación, agrupando grupos de medios de control que a lo mejor no tienen nada en común entre sí. Se sigue hablando de que estamos en la búsqueda de una tutela judicial efectiva, pero con todos estos problemas que ha planteado el profesor Badell, manteniendo todas estas prerrogativas de la Administración.

Yo sí creo que, cuando la jurisprudencia ha trabajado tanto, llega un momento en que tiene que haber una labor de sentarse a reflexionar sobre qué es lo que ha ocurrido y empezar a crear –no a copiar, que es el problema de Venezuela–, un sistema en función de nuestras propias experiencias de contencioso-administrativo que sea verdaderamente garantista. Porque, mientras nos quedemos en estos retoques de pinceladas, el contencioso-administrativo va a seguir cojeando y va a seguir siendo no efectivo para esa garantía deseada de la tutela judicial efectiva.

Sandra Morelli

Así es. Y viendo que la ley de ustedes es del año 2010, ya sería hora de retomar todo esto para hacer un balance. Mire, no sé cómo han hecho para incorporar las técnicas que nos ofrecen las TIC hoy en día. En

Colombia, a partir de la pandemia, hubo un decreto de emergencia que adoptó todos estos medios electrónicos y estableció métodos especiales de notificación, etcétera, muy interesantes para el administrado, porque esto realmente rebaja costos de presencialidad y de papel, inclusive. Realmente eso contribuye al acceso efectivo a la administración de justicia. Hace no más de tres o cuatro años, nuevamente hubo una ley –la Ley 2080– de modificación e introducción de todos estos mecanismos en el contencioso. La velocidad de la evolución de la Administración Pública por un lado y de las tecnologías también nos obligan a una revisión, y estos temas sí piden reformas y actualizaciones a gritos.

Rafael Badell Madrid

Así es. Estoy totalmente de acuerdo en que tenemos que regular la ley partiendo del principio garantista. En Venezuela sería muy fácil porque nuestra Constitución, en el artículo 259, es perfecta, es excelente, es una extraordinaria norma que tiene como antecedente el artículo 206 de la Constitución de 1961. Allí se ve el aspecto orgánico, la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales establecidos por la ley. De manera que es una jurisdicción especial. La connotación de que sea una jurisdicción especial tiene un peso fundamental: es un juez especial, que tiene un cometido especial: desarrollar el artículo 26 de nuestra Constitución, el derecho a la tutela judicial efectiva. Todo eso está regulado.

Pero la norma continúa. La norma dice: “Este juez es competente para anular los actos generales o individuales contrarios a derecho”, y dice “contrarios a derecho”, no dice “ilegales”; dice contrarios a la Constitución, a la ley, a los principios generales del derecho o a las expectativas legítimas; y dice la norma, “incluso por desviación de poder, condenar a la Administración al pago de sumas de dinero originadas en responsabilidad”. Es condenar a la Administración, pues usted va a controlar a la Administración, se lo está diciendo allí la norma constitucional; “restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración, pues usted va a restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la Administración; y condenar al pago de sumas de dinero incluso por la falta de prestación de servicios públicos”. La norma se presenta muy clara como expresión de una justicia garantista.

Si yo voy a aplicar la suspensión de los efectos del acto administrativo, me tengo que orientar por esa norma. Si voy a otorgar una medida innominada, como bien lo puede hacer el juez de conformidad con lo dispuesto en los artículos 580 y 588 del Código de Procedimiento Civil, yo sé perfectamente que esta justicia es una justicia garantista. Si voy a condenar al pago de sumas de dinero, sé perfectamente lo que tengo que hacer y sé que no debo extender las prerrogativas procesales, que son de interpretación restrictiva. ¿Cómo voy a extenderlas? Estas no solamente no

son extensibles. El juez contencioso podría desaplicarlas por control difuso de la Constitución. Ese desequilibrio procesal contenido en leyes puede desaplicarlo porque la Constitución se lo permite.

Moderadora

Ya estamos al final de la actividad para dar cabida un poco a las personas que han participado. Hay una inquietud que se refiere al arbitraje. El profesor Badell habló del arbitraje en el que la República es parte. Primero habló del arbitraje o de los medios alternativos como parte de una herramienta que puede usar el juez contencioso y que prevé la ley, pero también habló del arbitraje como un mecanismo mediante el cual se puede lograr el control de la actividad de la Administración porque se puede demandar a la República por la vía arbitral, y se refirió al caso del ámbito interno y el ámbito internacional, que es muy interesante cuando él destaca que, en el ámbito internacional, se ha pretendido, en el caso de Venezuela, invocar los privilegios de la República, lo cual pareciera desacertado.

La pregunta sería, profesora Morelli ¿ustedes, en Colombia, tienen experiencia de someter a la República, en el ámbito interno e internacional, al arbitraje como mecanismo de control?

Sandra Morelli

Claro. Aquí, hasta hace muy poco tiempo, cuando, por alguna directiva de algún director jurídico de la Presidencia, empezaron a excluir las cláusulas arbitrales de los contratos estatales, lo cual es una merma de la garantía porque un arbitraje se resuelve, en principio, en el término de seis meses, más unas pocas prórrogas. La gran mayoría de los litigios contractuales donde es parte la Nación se ventilan en arbitrajes. Hay una amplísima tradición en Colombia en este tema, con muy buenos resultados, a decir verdad. A nivel internacional, particularmente, obviamente también está la CCI (Cámara Internacional de Comercio de París). Recientemente –yo diría que en los últimos ocho años– Colombia ha sido llamada a responder ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) por desprotección de la inversión. Hasta este período reciente, Colombia generalmente no había sido convocada, seguramente por una tradición más garantista de protección de la inversión extranjera. En términos generales, Colombia ha obtenido resultados favorables como República. Que yo tenga presente, creo que hay dos condenas contra el Estado: una en materia de telecomunicaciones y otra por una decisión de la Contraloría contra Drummond, que no se produjo durante mi Administración, por fortuna. En general, Colombia ha tenido buen desempeño, pero sí ha sido llamada y allá concurre juiciosa, sin invocar ninguna prerrogativa, más allá de las estrategias normales de defensa que utilizan los abogados, como la falta de jurisdicción o la falta de competencia.

Hasta dónde llega mi conocimiento, Venezuela se retiró de este tratado de protección de inversiones del Banco Mundial, y me imagino que, en consecuencia, son muy pocos los BIT, es decir, los tratados bilaterales de protección de inversiones, que debe haber firmado.

Rafael Badell Madrid

La consideración que tengo que hacer es distinguir una parte del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se refiere a los medios alternativos de resolución de conflictos dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual le permitiría al juez, en la oportunidad de admitir la demanda, convocar a las partes. Yo soy juez, hay una demanda de responsabilidad extracontractual o de responsabilidad contractual, se alega el incumplimiento del contrato. El juez puede llamar a las partes y abrir una articulación para lograr una conciliación. Aquí el juez, dentro de sus potestades, tiene esta posibilidad, aunque esto no está muy bien regulado. Tendría que haber una norma atributiva de la competencia que dijera: “El juez puede abrir una articulación en ejecución de lo dispuesto en el artículo 6”. Yo creo que ninguno se atreve a desviar el proceso sin esto, y así no se da cumplimiento a este artículo, que es una invitación al uso de estos medios alternativos.

Otro asunto es el arbitraje propiamente dicho, que se concreta en los contratos. Porque los medios alternativos de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa son para todos los medios de impugnación. El arbitraje sí es para los contratos. Teniendo en cuenta la cantidad de empresas del Estado que existen en Venezuela, la cantidad de prestaciones que hacen las empresas nacionales, estatales, municipales y de toda índole, que suscriben contratos, y que la Ley de Arbitraje en Venezuela permite que el Estado, la República, suscriba contratos, el propósito es después, cuando estamos en la ejecución de la cláusula compromisoria, alegar una prerrogativa que es totalmente ajena a la vida del arbitraje y que toda la doctrina y jurisprudencia extranjera han negado con rotundidad, la posibilidad de que haya un desequilibrio entre las partes en los asuntos arbitrales.

Sandra Morelli

Así es. Y ya en el análisis interno de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales, las “prerrogativas” constituyen un lenguaje realmente inexistente, y plantear una excepción de sostenibilidad fiscal resultaría impensable.

Rafael Badell Madrid

Yo me permito recordar a Eduardo García de Enterría, que, respecto de lo sostenido por Jesús González Pérez sobre estas prerrogativas del Estado en la ejecución de las sentencias y en el cuidado de los caudales públicos y de los presupuestos, decía que, en el derecho administrativo

moderno, esto es como la presentación de un dinosaurio caminando por los Champs-Élysées, por la Quinta Avenida o por la Plaza Mayor de Madrid.

María Amparo Grau

Pero siguen caminando los dinosaurios, lamentablemente.

Llegamos al final de la actividad. Quiero cerrar esta actividad con la reflexión de nuestro presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, el doctor Antonio Silva Aranguren, quien dice que, con la intervención de ambos ponentes, queda evidenciada la muy desigual evolución que ha tenido en los últimos años el contencioso-administrativo en los dos países. En nuestro chat de AVEDA, el presidente hace referencia a la consideración que hacíamos al inicio, antes de iniciar la actividad, en el sentido de que la profesora Morelli había recordado esa estrecha relación existente entre Colombia y Venezuela en estas materias, en los distintos congresos colombo-venezolanos y en las Jornadas Internacionales de Allan Brewer Carías. Había una gran cercanía para discutir estos temas entre juristas de aquella nación y de nuestro país. Por tanto, hace votos en el chat para que podamos nosotros, desde AVEDA, lograr impulsar nuevamente esta cercanía que tanto beneficio puede traernos.

Quiero agradecerle nuevamente a la profesora Sandra Morelli. Me da un inmenso gusto haberla tenido de nuevo con nosotros y haber aprovechado nuevamente su sabiduría en este tema, que tantas luces nos ha dado. Ha sido muy interesante su participación. Y al profesor Rafael Badell, por haber establecido este interesante diálogo.

Los invitamos a estar pendientes de las actividades de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, que son fundamentalmente en beneficio de sus miembros y de todos aquellos que tengan interés en estos temas de nuestra disciplina.

DIÁLOGO IBEROAMERICANO ESPAÑA Y VENEZUELA: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO DESDE EL MÉTODO COMPARADO

Ponentes:

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Ignacio Hernández

Fecha: 28 de julio de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Muy buenos días a todos. Les damos la bienvenida a este nuevo diálogo que organiza la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y que el día de hoy se realizará sobre la importancia del derecho administrativo iberoamericano desde el método comparado.

A estos efectos, vamos a contar con la participación del profesor Jaime Rodríguez Arana y del profesor José Ignacio Hernández. El profesor Jaime Rodríguez Arana es catedrático de la Universidad de La Coruña, autor de una muy dilatada obra jurídica. Se ha caracterizado por sus estrechos lazos y por sus inmensos aportes al derecho administrativo iberoamericano y, entre otros países, a Venezuela, lo cual apreciamos y agradecemos profundamente. El doctor Jaime Rodríguez Arana preside, además, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, fundado en marzo de 2002, de manera que su trayectoria está plenamente en consonancia con el tema que nos ocupa el día de hoy.

El profesor José Ignacio Hernández es un distinguidísimo y reconocido profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela. También tiene una dilatadísima obra jurídica. Es miembro de nuestra Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y hoy ocupa la posición de Fellow investigador en el Harvard Kennedy Institute, de la Universidad de Harvard. El profesor José Ignacio Hernández dará inicio al presente diálogo con una pequeña introducción sobre el tema que nos ocupa el día de hoy. Adelante.

José Ignacio Hernández

Muchísimas gracias por la invitación para estar hoy con ustedes. A la profesora María Amparo Grau por la moderación; a los profesores Alicia Monagas y Antonio Silva, por la extraordinaria organización. Es siempre un gustazo y un privilegio compartir con mi querido amigo, el profesor

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, y le agradecemos enormemente que haya abierto un espacio en su agenda para conversar sobre este tema.

El profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz es, sin duda, el catedrático más destacado en el estudio y difusión del derecho administrativo iberoamericano. En tal sentido, como bien lo resumió la profesora María Amparo Grau, el profesor Rodríguez-Arana Muñoz ha venido difundiendo y promoviendo las raíces comunes de esta región que es Iberoamérica.

Ahora bien, en paralelo con esta labor entusiasta que el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ha venido desarrollando desde hace ya algunas décadas, existe a nivel global un resurgimiento del interés por el derecho administrativo comparado. Cuando conversamos sobre esta presentación, se me ocurrió enmarcar la labor del profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz precisamente en ese contexto de lo que está ocurriendo a nivel comparado. Además, quisiera acotar que ello forma parte de un proyecto de investigación que estoy emprendiendo, no desde la Kennedy, sino desde el Boston College Law School, la Facultad de Derecho del Boston College, a la cual me he afiliado precisamente para promover el estudio del derecho comparado.

El derecho administrativo comparado no es nuevo. Probablemente todos hayamos leído y trabajado el libro de Jean Rivero sobre derecho administrativo comparado. Siempre suelo decir que, en Estados Unidos – que no es un país que se caracterice por la difusión de obras teóricas de derecho administrativo –, podemos encontrar uno de los primeros textos de derecho administrativo comparado, escrito por el profesor Frank Goodnow y publicado a finales del siglo XIX. Es decir, el derecho administrativo comparado siempre ha estado allí.

Pero, como la profesora de la George Washington University, Francesca Bignami, suele decir –si se me permite la expresión–, el derecho administrativo comparado ha sido como la prima pobre del derecho comparado; mientras que el derecho mercantil comparado, el derecho civil e, incluso, el derecho procesal, se han traducido en estudios y congresos, el derecho administrativo ha tenido un desarrollo un poco más modesto. Esto se explica porque el derecho administrativo es un producto de la tierra, un producto muy específico de cada país, de cada circunstancia, y ello obstruye el método comparado; no lo previene, pero impedía que este método comparado aflorara.

Pero ya no podemos decir que el derecho administrativo comparado es la prima pobre del método comparado. Por el contrario, a nivel mundial lo que estamos viendo es un resurgimiento interesantísimo del interés por estudiar el derecho administrativo en sentido comparado.

Por un lado, podemos ver cómo fenómenos asociados a la globalización económica, a los procesos de integración y a la universalización de

los derechos humanos han venido fomentando el estudio y el diálogo entre distintos modelos de derecho administrativo. Si seguimos un reciente estudio del profesor Joshua Bell sobre el estado actual del derecho administrativo comparado, podemos ver cómo esta distinción que veíamos muy presente en la obra de Jean Rivero entre dos bloques –el bloque del derecho administrativo consuetudinario (países anglosajones) y, por otro lado, el bloque del derecho administrativo de los países del *civil law*, con Francia– ya se ha ampliado notablemente. Por ejemplo, hoy día un tema que genera gran entusiasmo es el método comparado del derecho administrativo para entender qué está pasando con China. El profesor Albert Chen, creo que es una de las autoridades en este estudio comparado del derecho administrativo en China.

Entonces, encontramos un fenómeno interesante: en este resurgimiento, la doctrina no iberoamericana tiene problemas en caracterizar a nuestras regiones. Porque la aproximación tradicional es “América Latina”. De hecho, a nivel comparado, los profesores Mark Tushnet y Vicky Jackson, de la Universidad de Harvard –creo yo, las dos autoridades actuales en Estados Unidos en método comparado–, suelen abarcar el derecho comparado en relación con la región conocida como América Latina. Esto se hace sin mayor reflexión crítica sobre por qué América Latina y qué países integran América Latina. Yo siempre he señalado que recordemos que el concepto “América Latina” surge en Francia en el siglo XIX como una justificación de la expansión francesa en el continente americano. A pesar de ello, cuando América Latina se estudia a nivel comparado, no se incluye a Haití, que debería ser, por definición, un país latino porque fue colonizado por Francia. Entonces, al final, lo que pasa con América Latina es que no hay una justificación metodológica de por qué esa región justifica el método comparado, pero pudiera decirse que es la visión que más se utiliza.

Luego encontramos “Sudamérica”. Recientemente, los profesores Giulio Napolitano y Leonardo Parona publicaron un libro sobre derecho administrativo comparado y ellos decidieron estudiar el derecho administrativo comparado en Sudamérica. Pero, de nuevo, surgen preguntas: ¿por qué Sudamérica? ¿Qué hace que el derecho administrativo en Venezuela sea tan distinto al derecho administrativo en México, por ejemplo, para no incluirlos?

Frente a esta exploración de cuál es el ámbito geográfico –el *tertium comparationis*, como se diría– para abarcar el derecho administrativo comparado en esta región, el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, creo yo, con todo acierto metodológico e histórico, ha venido identificando como región de estudio “Iberoamérica”. No ya Latinoamérica, no ya Sudamérica, no ya Centroamérica: es Iberoamérica. Esta visión, que es muy fuerte en los países iberoamericanos, poco a poco ha venido permeando, a nivel comparado, en los círculos, sobre todo, de derecho

administrativo en Estados Unidos. De allí, precisamente, la importancia de poder tener este conversatorio hoy con el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sobre cuáles son las justificaciones metodológicas y las implicaciones prácticas de escoger como ámbito geográfico del estudio del derecho administrativo comparado a la región conocida como Iberoamérica. Muchas gracias.

Moderadora

Muy bien. Yo quiero hacer una pregunta, profesor Rodríguez Arana, para ver si usted me lo aclara, porque yo todavía no entiendo algo que es muy básico para ustedes, probablemente. Cuando ustedes hablan de selección geográfica, ¿quiere decir que el método comparado necesita o requiere una selección geográfica a partir de considerar que hay como un derecho administrativo común en esa región y que es desde allí desde donde se va a comparar respecto de otros sistemas? Eso le preguntaría.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

La verdad es que el espacio jurídico iberoamericano se nos presenta como un entorno propicio para la metodología de la comparación de los ordenamientos, fundamentalmente porque hay fuentes comunes, raíces comunes, instituciones comunes y categorías comunes. Si no, sería muy difícil.

Como ha dicho José Ignacio, yo llevo más de 35 años trabajando en esta materia. En mi universidad, desde hace 15 años, tenemos un doctorado en derecho administrativo iberoamericano, cuyas investigaciones tienen necesariamente que analizar transversalmente ordenamientos de los países iberoamericanos. Vamos comprobando poco a poco que las raíces, las fuentes, las categorías –con modulaciones y con diferencias, porque es evidente que las hay– tienen un sustrato común, un humus común que permite hacer este fenómeno de la comparación, con resultados que yo los estoy vislumbrando, analizando y, como responsable de este doctorado, verificando. Las investigaciones que se presentan, que se llevan a buen término –tesis ya defendidas, que creo que son como 40 o 45 en estos 15 años, un número razonable, pequeño todavía porque queda mucho por hacer–, esta pequeña muestra demuestra, valga la redundancia, que efectivamente en el espacio iberoamericano se dan las condiciones propicias para que la metodología de la comparación sea útil; sobre todo para que, a través de la comparación, se mejoren los ordenamientos y se propongan, de *lege ferenda*, propuestas que ayuden a la mejora del ordenamiento.

Aunque entiendo que la expresión “Latinoamérica” puede ser más amplia porque Latinoamérica es más que España, Portugal e Iberoamérica –desde Baja California hasta Tierra del Fuego–, yo también quiero señalar a un venezolano que ustedes conocerán muy bien, el profesor Allan

Brewer Carías, con quien en el 96 o 97 conversamos sobre este tema hace ya más de 30 años, y él participaba de esta idea de hacer la comparación en relación con el derecho que he ido gestando.

Es verdad que en España, cuando estudiamos los orígenes del derecho administrativo, tenemos varias escuelas de aproximación a esta cuestión. Hay escuelas en las que se piensa que todo empezó en la Revolución Francesa y que a partir de ahí hay que analizar el derecho administrativo. Luego hay otras escuelas que dicen que no, que hay una tradición hispánica en la Alta Edad Media de instituciones administrativas –quizá no con el grado de depuración científica que se produce después de la Revolución Francesa–, pero que ya hay técnicas, incluso contenciosas, que permiten el control de los actos del poder. Hay todo un grupo de historiadores del derecho –García Gallo, entre otros, y Villapalos Salas– que han ido haciendo estudios históricos que vienen abonando estas tesis.

Lo que es sorprendente para mí es comprobar, cuando se analiza históricamente Venezuela, Argentina, Uruguay, Paraguay, Colombia, Ecuador, Panamá y otros tantos países, cómo hay un sustrato común, un *humus* y un suelo común sobre el que se puede construir, sin desmerecer ni despreciar que ha habido también acercamientos y aproximaciones –unos países más que otros, por ejemplo, Uruguay y Colombia– hacia la dimensión continental francesa del derecho administrativo. Pero sí que hay un campo de trabajo que nosotros estamos explorando y trabajando sobre ello, que nos permite hacer estas reflexiones.

Moderadora

Claro. Cuando usted habla de la identificación geográfica, es muy importante lo que usted dice, porque si se habla de Latinoamérica se excluiría a España y Portugal; mientras que de Iberoamérica se puede incluir a estos países. Yo creo que también es muy interesante porque las dos perspectivas del derecho comparado se podrían realizar. Es decir, referirlo solo a la parte de América Latina o a esa conexión que usted acaba de señalar, que es profundamente interesante, e incluso llevarlo a los orígenes, que están, por supuesto, en estos países de Europa.

José Ignacio Hernández

Complementando lo que el profesor Jaime decía y lo que acaba de comentar la profesora María Amparo Grau, es lo que a mí me llama poderosamente la atención y es parte de un proyecto editorial que estoy trabajando aquí, en Estados Unidos. Como consecuencia del peso histórico que ha tenido la expresión “América Latina”, ya se consolidó la idea, a nivel comparado, de que, si se emplea como método de comparación el ámbito geográfico –que es una de las metodologías que se puede utilizar, no es la única–, el concepto “América Latina” tiene mucho peso y ya se llega a un

punto en el que se alude a América Latina sin explicar primero qué es América Latina y cuáles son sus países.

Por ejemplo, yo tengo una investigación cuantitativa que está todavía en evolución, pero, analizando los estudios que utilizan, solo en el ámbito del derecho público, el área geográfica de América Latina, hay dos tendencias claras. Una es que no se explica ni se justifica por qué América Latina; simplemente se arranca ya asumiendo que América Latina es un parámetro geográfico básico. Por lo tanto, no se explican los países que integran América Latina; como ya lo avanzaba, el caso concreto de Haití se excluye y queda incluido en eso que se llama “el Caribe”. De hecho, es una expresión que tiene mucho peso también: “América Latina y el Caribe”. Dicho sea de paso, es posible expandir el método comparado a la región conocida como América Latina y el Caribe, que es, básicamente, el área de estudio y de acción del Banco Interamericano de Desarrollo. Por supuesto, podemos ir más allá y analizar “lo interamericano”, y allí abarcaríamos América Latina, el Caribe, Estados Unidos y Canadá.

Volviendo a América Latina, eso fue algo que de manera irreflexiva se fijó. Un poco lo que yo he intentado hacer aquí, en Estados Unidos, en conversaciones con Vicky Jackson –Mark Tushnet ya se retiró, pero Vicky Jackson todavía da clases de derecho administrativo comparado y derecho constitucional comparado– es justificar por qué Iberoamérica. Básicamente, la justificación parte de una metodología que propuso Mark Tushnet, según la cual, si bien la comparación puede ser libre –uno puede escoger el método de comparación; por ejemplo, temático: agencias independientes en Australia y en China; perfecto. También se puede hacer algo aleatorio: voy a comparar el derecho administrativo de Nueva Zelanda con el derecho administrativo de Chile–, siempre es válido. Pero, para que el derecho comparado –el derecho comparado no existe en sí mismo, no es un fin, es un medio para la mejor comprensión del derecho– logre ser funcional, mientras más racionalidad exista en el *tertium comparationis*, en el término de comparación, esa funcionalidad será mayor.

Para esto, Vicky Jackson tiene una propuesta; cuando escojamos países para hacer el método comparado, vamos a escoger lo que yo llamo el mínimo común o los países menos diferentes o más semejantes. Si empezamos a ver, dentro de esa región que se llama América Latina, en general, ¿es posible ubicar países fuera de esa región convencionalmente diseñada que tengan elementos y raíces comunes? Ahí surge lo que Jaime ha señalado: el espacio iberoamericano. Hay raíces históricas comunes que arrancan con el *ius commune*, ese derecho común medieval formado a partir del siglo XIII, que influye notablemente en lo que luego serían España y Portugal y, de allí, viene a todas estas tierras. Es posible ubicar raíces históricas comunes en ese espacio iberoamericano y eso, por lo tanto, justifica escoger como término de comparación lo iberoamericano.

Eso no quiere decir que esté mal hablar de derecho administrativo de América Latina o de derecho administrativo de Sudamérica. Esos métodos comparados son perfectamente válidos. Pero, si queremos extraer una raíz común basada en el *ius commune*, en la centralidad de la dignidad humana, creo yo que el método comparado aplicado a Iberoamérica tiene, en la práctica, resultados mucho más ricos desde el punto de vista conceptual.

Moderadora

Y, si se quiere, hay como un rescate, a través del estudio del derecho comparado iberoamericano, de unas raíces que, de alguna manera, se pudieron ver omitidas en la construcción de los derechos administrativos de América Latina –o de Iberoamérica, pero de la parte de América– por la influencia del derecho administrativo francés. Como decía el profesor Rodríguez Arana, para nosotros, en Venezuela, el derecho administrativo francés era el origen de todo. Una cosa que se ha venido un poco desvirtuando a través de estos estudios, que te llevan entonces a profundizar más que en un título, en un concepto, en instituciones y en tradiciones preexistentes.

Por aquí hay un comentario que quiero leer de Antonio Silva. Dice: “Aprovechando que el profesor Hernández menciona a Jean Rivero, incluyo una cita que tengo en mis notas, aunque sin comillas porque no estoy seguro de que sea textual: comparar los derechos administrativos nacionales permite apreciar lo que es contingente y lo que es estructuralmente necesario en las instituciones administrativas”.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Esta cita me parece muy pertinente. Nosotros hemos diseñado este espacio por la intuición y por los estudios que conocemos que ha habido, sobre todo, de administrativistas como pueden ser Villar Palasí, Garrido Falla o José González Pérez, que entendían, efectivamente, que hay una base común de instituciones del derecho administrativo que arranca, como dice José Ignacio, de la Baja Edad Media, del *ius commune*, y que tiene una tradición que se ha ido asentando con el paso del tiempo.

Es verdad que hay una convención comúnmente asumida por muchos profesores de que el derecho público arranca como ciencia a partir de la Revolución Francesa. Yo lo único que quiero decir es que, desde la perspectiva de lo que ya Giannini hablaba como el derecho administrativo desconocido e inexistente, existía un derecho administrativo muy anterior en el tiempo que los historiadores del derecho en España, sobre todo, se han preocupado de analizar y de poner en consideración. Incluso, cuando vamos al derecho de la metrópoli que se aplicaba en América –no lo digo yo, lo han dicho personas con más autoridad que yo–, muchas

veces ese derecho administrativo de América era mucho más articulado y perfecto técnicamente que el propio derecho que se hacía en la metrópoli.

Esto pone de manifiesto esas categorías y pongo dos ejemplos. Nosotros hemos tenido ahora, este mes, dos tesis doctorales que se han defendido en la Universidad de La Coruña. Dos profesores han hecho un estudio comparado en dos materias. Uno, sobre el régimen jurídico de la participación ciudadana en la elaboración de las normas municipales (derecho administrativo municipal), y, además de estudiarlo en España, se ha tenido que analizar en varios países, sobre todo Argentina, Colombia y Uruguay. Cuando yo leí esa tesis –porque era el director– y analicé las partes de la comparación, uno encuentra elementos que son comunes o que permiten progresar y que permiten plantear desafíos y mejoras de los ordenamientos iberoamericanos.

Yo entiendo perfectamente que la dimensión latinoamericana, la dimensión interamericana o –yo no la comparto, pero la respeto– la dimensión hispanoamericana tiene su justificación, y creo que Iberoamérica tiene que tener en cuenta, obviamente, que, aunque está muy influida por el derecho español, la presencia portuguesa ha dejado en Brasil toda una impronta muy clara. Todas estas realidades –Iberoamérica, Latinoamérica, Hispanoamérica e Interamérica– no deben verse como elementos antagónicos, sino complementario

Yo puedo hablar de lo que conozco porque lo sigo, de aquello con lo que estoy más comprometido. He seguido las tesis doctorales que se han ido defendiendo y creo que esto tiene un entronque y un asidero en el viejo derecho hispánico, que, además, resulta que, cuando vamos a algunos ordenamientos iberoamericanos específicos, como es el caso del argentino, nos damos cuenta de que, en algunas instituciones, la influencia española, francesa y también norteamericana –porque en Argentina la influencia norteamericana es importante para entender el derecho administrativo, público y constitucional– nos permite comprobar que toda esta influencia de estos ordenamientos y de este método de la comparación ayuda, primero, a comprender mejor el sentido que tienen las instituciones en muchos países y, luego, también, a que podamos trazar sendas de mejora, porque la comparación no tiene otro sentido. Decía José Ignacio que es un medio, no es un fin. A pesar de que es muy importante el sistema y la metodología comparada, es un medio. ¿Para qué? Para formular nuevas ideas, nuevas propuestas que mejoren la técnica normativa, que mejoren la regulación, siempre desde esa atalaya, desde esa centralidad de la dignidad de la persona, que creo que es lo que tiene hoy en día el derecho administrativo como uno de sus principales desafíos.

Moderadora

Yo diría que quizás sería bien interesante hacer un estudio de cómo el derecho administrativo francés, que fue muy importante para nosotros, en Venezuela particularmente, en la creación misma de nuestro derecho administrativo, perjudicó, de alguna manera, la creación o evolución del derecho administrativo venezolano. Porque se tomaron instituciones que eran absolutamente alejadas de nuestra realidad, que respondían a una situación política francesa que no tenía nada que ver con nosotros, instituciones que, después de muchísimos años, se fueron abandonando – como el cambio del recurso objetivo al recurso subjetivo y muchas otras – y que, de alguna manera, lo que nosotros vimos como un gran avance para nuestro contencioso administrativo, hoy en día, si uno lo ve en perspectiva, hacia atrás, era más bien algo que nos tenía contenidos en el desarrollo de nuestro derecho administrativo.

No sé hasta qué punto sería interesante ver cómo los países latinoamericanos, influenciados por el derecho administrativo francés, se fueron alejando un poco de lo que quizás debieron haber sido sus verdaderas raíces en la creación de un derecho administrativo.

Aquí hay una pregunta que hace la profesora Alicia Monagas. Dice: “Considerando la evolución del derecho administrativo y constitucional en Iberoamérica, ¿cuáles creen que son los mayores desafíos y oportunidades para la armonización y el diálogo jurídico comparado en la región, especialmente en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales, la eficacia de la Administración Pública y, crucialmente, la limitación efectiva del poder estatal como barrera a la arbitrariedad y a los caprichos de las autoridades en contextos de crisis o inestabilidad política?”.

José Ignacio Hernández

Excelente pregunta de Alicia. Pero antes, una breve anécdota sobre esta idea, muy difundida entre los países de Latinoamérica y, en especial, en Venezuela, de que el origen del derecho administrativo es Francia.

Por un lado, lo explicó ya Jaime, antes de la Revolución Francesa, por supuesto, había Administración Pública y había algo parecido al derecho administrativo. Eso lo dijo Alexis de Tocqueville al observar que la administración del Antiguo Régimen había mantenido buena parte de sus técnicas luego de la Revolución. Historiadores del derecho administrativo español, como el profesor José Luis Villar Palasí, y, en nuestro caso, Venezuela, por supuesto, no podemos dejar de mencionar los aportes de Tomás Polanco Alcántara.

La anécdota es que hace unos años yo estaba en Harvard, en una conversación con profesores de derecho administrativo. Ellos me decían: “Hay una tesis que dice que el derecho administrativo surge en Francia”.

Se rieron y pensaron que era un chiste. “De verdad, no es un chiste, es en serio”, les dije. Me decían: “Si el origen histórico del derecho administrativo es la Revolución Francesa, ¿cómo explicas el derecho administrativo en Estados Unidos?”. Digamos que eso ha constituido, si se me permite la expresión, un peso en el ala, una carga que tenemos allí, que nos impide ver el derecho administrativo más allá de Francia.

María Amparo lo decía, y yo reconozco que cada vez soy más crítico. Eso, además, tiene un riesgo, porque ese derecho administrativo de Francia está plagado de privilegios y prerrogativas, muy justificados quizás en el momento en el cual surgieron, pero que hoy día lucen a contracorriente de las modernas tendencias. De ahí mi interés en estudiar, en clave comparada, el derecho administrativo en Estados Unidos, que ha buscado otras soluciones distintas de las de Francia.

En cuanto a la pregunta de Alicia, ¿cuáles son los retos y en qué se puede avanzar? Yo diría –y me permitiría aventurarme a señalar– que, si hay un elemento característico del derecho administrativo iberoamericano, ya el profesor Jaime lo ha señalado, es la centralidad de la dignidad humana. Esa centralidad de la dignidad humana se proyecta en el derecho administrativo iberoamericano en la buena administración, que yo diría es el elemento distintivo –si hubiese alguno–. Es la buena administración, que, por cierto, tampoco es exclusiva del derecho administrativo iberoamericano; Estados Unidos conoce, por ejemplo, figuras similares a la buena administración. También quiero rescatar la importancia que ha tenido en la construcción del derecho administrativo iberoamericano la elaboración de los documentos doctrinarios del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo), que, a pesar de su nombre, no es latinoamericano, sino iberoamericano. Ahí, por supuesto, la Constitución del derecho administrativo iberoamericano es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, de 2013, preparada por el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que establece los pilares de la buena administración y que se han venido proyectando en muchas áreas, por ejemplo, en la reciente Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas.

Yo diría que el gran reto que tiene, desde esta perspectiva, el derecho administrativo iberoamericano es cómo lograr la plena realización de la dignidad humana. Hay dos corrientes que atentan contra este objetivo. En primer lugar, encontramos –el profesor Allan Brewer Carías ha venido estudiando este tema con detalle– los embates autoritarios al derecho administrativo. Hay que recordar, por ejemplo, a Jacques Maritain, para quien la dignidad humana y el bien común son totalmente opuestos a los embates autoritarios. El primer riesgo del derecho administrativo iberoamericano son los embates autoritarios, que, además, se disfrazan de derecho administrativo: el legalismo autocrático –que el profesor de la

Universidad de Massachusetts Amherst, Javier Corrales, acuñó en relación con Venezuela, pero que hoy día se usa en ciencia política– o el falso derecho administrativo. Ese autoritarismo, aupado por el populismo, es un riesgo fundamental para la dignidad humana. Pero luego tenemos la utopía de un orden libertario basado en un individualismo extremo, y ese individualismo también se opone a la esencia de la dignidad humana.

Entre esos dos extremos –el extremo de los embates autoritarios y el extremo del individualismo– es que yo creo que el derecho administrativo iberoamericano tiene sus mayores retos. Por supuesto, lo que está sucediendo en Estados Unidos impacta y se proyecta sobre la realidad iberoamericana. Cada vez hay más esta teoría de un orden postliberal que puede tener cierto sentido, pero el peligro de ese orden postliberal es que puede degenerar en un autoritarismo.

Sobre ese punto, el profesor Adrian Vermeule, que yo diría es de los administrativistas en Estados Unidos que más esfuerzo intelectual está haciendo por construir un sistema bajo el método comparado, publicaba recientemente un comentario diciendo, precisamente, que el gran reto del derecho administrativo en Estados Unidos, en estos momentos, era evitar esas dos fuerzas que quieren dominarlo; una fuerza de un individualismo extremo, que desconoce la esencia de la dignidad humana, y un embate autoritario, en el cual desaparece toda idea de orden, de regla y depende de la voluntad del líder carismático. Esa realidad en Estados Unidos creo que también se proyecta en lo que está pasando hoy día en el espacio iberoamericano.

Moderadora

El profesor Antonio Silva nos trae otra cita y dice que es un paisano suyo, profesor Rodríguez Arana. Cita al profesor Meilán Gil, quien dice: “El derecho administrativo iberoamericano se ha forjado en el cruce entre tradición y adaptación. El método comparado ha sido su brújula más fiable para evitar el aislamiento dogmático”. Está tomado de su obra “Derecho Administrativo Iberoamericano”.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Es un comentario del profesor Meilán, a quien conozco muy bien. Es mi maestro. Yo hice la tesis doctoral bajo su dirección hace casi cuarenta años. Le tengo un gran respeto intelectual y la verdad es que el profesor Meilán, en sus apreciaciones sobre lo que es el origen del derecho administrativo en España y en Europa, es una de las autoridades más importantes.

Si él está haciendo esa afirmación, lo que está poniendo de manifiesto –y me permito hacer la glosa y la exégesis de lo que él describió; habría que preguntarle a él si lo que voy a decir le parece bien o no; no podemos hacerlo porque no se le pudo decir, pero creo que tengo algunos

elementos de juicio como para hacer, no la interpretación auténtica, pero sí una cercana interpretación auténtica– es que, efectivamente, el método comparado, cuando se trata de Iberoamérica, es un método vivo, dinámico, no es estático ni está petrificado, porque parte de una serie de elementos que tienen que ver con lo que aquí estamos planteando también como uno de los *desiderata* y desafíos del derecho administrativo, que es la dignidad humana.

El aislamiento dogmático es una tentación intelectual en la que todos podemos incurrir sin darnos cuenta, porque elaboramos teorías, formulaciones intelectuales abstractas, genéricas, y a veces no somos capaces de ponerlas en la realidad para ver si esas teorías tienen sentido o no, si tienen engranaje histórico. En Iberoamérica sí que hay esta perspectiva dinámica de la simbiosis entre una tradición que viene de muy lejos, que viene de la Edad Media. Es como el concepto del Estado de derecho. Yo ahora estoy trabajando en un libro sobre Estado de derecho, y decir que el Estado de derecho ha surgido única y exclusivamente de la Revolución Francesa me parece una simplificación, porque hay que analizar los antecedentes y los precedentes. Esto es lo que pone de manifiesto esta rica temática de la comparación en Iberoamérica, que es un equilibrio entre la adaptación y la tradición.

Y este es el gran desafío que tenemos. Enlazo esta reflexión que ha leído tan inteligentemente el profesor Silva de la cita de Meilán Gil en relación con los desafíos del derecho comparado iberoamericano, particularmente en relación con el control del poder. Yo siempre pienso en un libro de Villapalos Salas, que fue rector de la Complutense muchos años, historiador del derecho, discípulo de Alfonso García Gallo, que se titula “Los recursos contra los actos del poder en la baja Edad Media”, que es su tesis doctoral, donde él pone de manifiesto y explica las fuentes de sus teorías. No tenemos un recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción porque no puede haberlo en el siglo XI, pero sí que hay sistemas de impugnación de los actos del rey que permiten decir que, incipientemente, hay sistemas de control, porque el control y la participación son elementales bases de la democracia. La democracia está fundada sobre la limitación del poder y la participación ciudadana, y el Estado de derecho, que es su trasunto. Al final, Estado de derecho y democracia son dos caras de la misma moneda, y el Estado de derecho no se puede concebir sin la juridicidad, la separación de los poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Los puntos de encuentro del derecho comparado iberoamericano permiten que, en estos tiempos que vivimos –tiempos que, por lo menos por lo que puedo vislumbrar andando por el mundo, y acabo de regresar ahora de Colombia, veo panoramas un poco sombríos, incluso oscuros–, que necesitamos aclarar con el derecho, porque el derecho es la lucha por la justicia, encontremos en el pasado, en la tradición enlazada con la

modernidad, elementos que nos permiten construir, a través de la cooperación, categorías que puedan ser útiles para que las personas vivan en mejores condiciones.

Esto me recuerda una idea que el profesor García de Enterría ha trabajado por largo tiempo, las dos visiones del derecho administrativo como reacción a las arbitrariedades e inmunidades del poder –ahí está su librito tan luminoso, “La lucha contra las inmunidades del poder”–, pero luego también la dimensión propositiva de un ordenamiento para la mejora de la gestión del interés general. En esas dos dimensiones –reactiva y propositiva– se encierra una gran riqueza para trabajar, para comparar y para que el derecho administrativo sea un ordenamiento vivo, dinámico y comprometido con la dignidad de la persona.

Moderadora

Estas reflexiones que usted hace me llevan a recordar el discurso de incorporación del maestro Santamaría Pastor, en donde pide excusas porque quizás, en ese dogmatismo, se abandonó un poco lo más importante, que es ese concepto que usted ha destacado tanto en su obra escrita: la centralidad de la dignidad humana. Se perdió un poco en el camino.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Porque a veces quedarse preso del dogmatismo o de la dimensión estructural intelectual es mucho más cómodo que bajar y proponer. Esta es una tentación que tenemos los profesores a la hora de explicar y de investigar, pero yo lo he aprendido precisamente del profesor Meilán, hay que proponer, hay que bajar a la realidad. Eso que Giannini hablaba de “la realidad” para nosotros es fundamental. Aunque a veces nos equivoquemos, equivocándose también se mejora, en lugar de quedarnos encerrados en la atalaya de la abstracción, de la intelectualidad absoluta y del pensamiento superteórico, que está muy bien, pero cuando no concreta no sirve para mucho, por lo menos desde mi punto de vista.

Moderadora

Ahora que usted habla también de esto, de la importancia de la centralidad de la dignidad humana, a la que el profesor José Ignacio Hernández también se ha referido y que la profesora Alicia Monagas también ponía de manifiesto al destacar la importancia de los derechos fundamentales, me lleva a un tema, como es el de la constitucionalización del derecho administrativo, constitucionalización que se ha producido en todas las ramas del derecho prácticamente, precisamente por virtud de la importancia y del rescate de los derechos humanos. Yo le preguntaría a ambos –o les pondría sobre la mesa esta reflexión– hasta qué punto el derecho administrativo comparado iberoamericano no nos lleva también a incluir el tema de los derechos humanos, o si la coincidencia quizás está

precisamente en lo que se comparte desde el punto de vista del derecho constitucional en todos estos países, porque son constituciones muy semejantes, en donde existe una gran profundidad en la proclamación de los derechos en todas ellas.

José Ignacio Hernández

Sin duda, el espacio iberoamericano nos lleva a profundizar en el estudio del derecho constitucional comparado. Pero incluso, de manera interesante, hay un proyecto que yo tengo desde hace algún tiempo y en el que estoy trabajando con el Real Colegio Complutense de la Universidad de Harvard y el Observatorio Cervantes, consistente en promover el estudio comparado de las raíces constitucionales entre Hispanoamérica y Estados Unidos. Ustedes dirán: “¿Y qué tienen que ver? ¿Cuál es la conexión de esas raíces históricas entre finales del siglo XVIII y finales del siglo XIX?”. Yo siempre pongo este ejemplo: la Constitución de Massachusetts de 1780 dispone en su artículo 7 que el gobierno se constituye para el bien común. Detrás de esa frase hay todo un pensamiento jurídico clásico. Esa misma norma, con traducción literal al español, la vamos a encontrar en innumerables textos constitucionales de la revolución hispanoamericana. En concreto, el mejor ejemplo es la Constitución de Tunja, en la actual Colombia, de 1811, donde esa norma está exactamente igual. Esto me dice que la influencia hispanoamericana va más allá del ámbito hispanoamericano y que hay una clara influencia de lo hispano, de lo hispanoamericano y de lo iberoamericano en Estados Unidos. De hecho, John Adams, en su libro “Defensa de la Constitución de Estados Unidos”, de 1787, comparó el modelo constitucional de Estados Unidos con la antigua Constitución española.

Lo iberoamericano abre fronteras y nos permite entender que hay raíces comunes que incluso influenciaron a otras regiones. Lo que sucede es que, con los paradigmas tradicionales de que el derecho administrativo nace en Francia, quizás hemos perdido ese diálogo y esa influencia en otras latitudes.

Sin duda, la constitucionalización del derecho administrativo, diría yo, también es parte de la marca de origen del derecho administrativo iberoamericano. De hecho, el libro al cual yo les hablé precisamente trata sobre eso: la constitucionalización del derecho administrativo iberoamericano. Esa es una idea que, por ejemplo, en Estados Unidos no existe. En Estados Unidos no hay tal cosa como “constitucionalización del derecho administrativo”, ni se estudian las bases constitucionales del derecho administrativo. Eso es muy propio de una región como Iberoamérica, en la cual la proyección de las bases constitucionales del Estado sobre el bien común necesariamente terminó permeando la Administración Pública. A tal punto que, por ejemplo, la idea de buena administración la podemos encontrar, bajo esta concepción, en la Constitución de 1811 aprobada por

las provincias de Venezuela, que, como sabemos, es la primera Constitución codificada a nivel nacional en español.

Este tema de la constitucionalización del derecho administrativo – que la profesora María Amparo Grau ha señalado y que Jaime ha trabajado en extenso– solía ser una garantía última frente al legalismo autocrático del derecho administrativo. En una idea muy francesa, según la cual la Administración tiene privilegios y prerrogativas en el marco del imperio de la ley, si la ley es autocrática, si los mandatos de la ley, en lugar de ser una ley de protección de la libertad, una ley de orientación al bien común –como diría Santo Tomás–, se transforman en instrumento de dominación autocrática, entonces necesariamente el derecho y la actividad administrativa van a ser autocráticos. Allí surge el recordatorio de que toda ley autocrática es inconstitucional.

Pero es que ahora tenemos un constitucionalismo autoritario o, como yo le llamaba, un constitucionalismo autoritario populista, y tenemos una constitucionalización del derecho administrativo autoritario-populista. El mejor ejemplo, creo yo, a nivel comparado, es Nicaragua. Uno pudiera hablar en Nicaragua de las bases constitucionales del derecho administrativo y de la constitucionalización del derecho administrativo con la inconstitucional reforma constitucional aprobada el año pasado. Pero eso no es constitucionalización del derecho administrativo, es una constitucionalización falsa, como diría el profesor Allan Brewer Carías, así como ocurre en los casos de Venezuela, en los cuales la Sala Constitucional ha introducido mutaciones constitucionales.

En este contexto de constitucionalismo autoritario no solo hay que realzar el verdadero significado de la constitucionalización del derecho administrativo, que no es más que la centralidad de la dignidad humana –y todo modelo jurídico que desconozca esa centralidad es per se ilegítimo, así sea que ello devenga de la Constitución–, sino además habría que hacer una reflexión un poco crítica, al estilo del discurso del profesor Santamaría Pastor. Pero, al menos, voy a hablar a partir de ahora solo del derecho de Venezuela para no ser muy ambicioso, una reflexión autocrítica acerca de en qué medida hemos ayudado, más por tradición que por diseño, a construir un derecho administrativo con instituciones claramente manipulables desde el poder autocrático.

Hay aquí dos instituciones que, desde el derecho administrativo venezolano –yo ya tengo dos décadas insistiendo, sé que es radical, pero el mal hay que erradicarlo–, hay que erradicar como conceptos jurídicos, el servicio público y el contrato administrativo, porque ambas instituciones son totalmente maleables por un régimen autoritario. La muestra es que, en Venezuela, en este proceso de desconstitucionalización del derecho administrativo (citando a Brewer Carías), en términos económicos de violación de los mecanismos de mercado, destrucción de la libertad

económica, de la propiedad privada y del principio de subsidiariedad, el poder autoritario encontró apoyo sustancial en estas dos instituciones, el contrato administrativo y el servicio público.

Para lograr esa constitucionalización del derecho administrativo, hay que deslastrar al derecho administrativo de un lenguaje que, sin haber sido esa la intención, juega a favor de su manipulación autoritaria. Por ejemplo, si vemos lo ocurrido en Nicaragua, no es sorpresa que, en este proceso de autocratización del derecho administrativo, instituciones como el contrato administrativo o el servicio público estén también siendo utilizadas para atentar en contra de la dignidad humana.

Moderadora

Yo pienso que cuando el método autocrático se instala, no se limita a dos instituciones; si no es por ellas, se abrirá paso por otras vías. A mí me ha impactado mucho este concepto de la centralidad de la dignidad humana, de la importancia que el profesor Jaime Rodríguez Arana le otorga. Estuve leyendo sus escritos sobre buena administración a raíz de una conferencia que vi que dio en Chile –por cierto, el profesor Rodríguez Arana ya es un ídolo en Chile–. Me llama la atención que lo importante es contraponer ese concepto de la centralidad de la dignidad humana incluso a la consecución del bien común, porque muchas veces es bajo la bandera de la consecución del bien común como estos regímenes olvidan o, de alguna manera, pasan por encima de ese concepto tan fundamental.

El profesor Antonio Silva dice que el talento francés para la exportación que resaltaba Rivero se sigue manifestando hoy de diversos modos, como puede ser el caso de la web del Consejo de Estado, donde hay una selección de decisiones publicadas en cinco idiomas –dice que no conoce ningún otro órgano jurisdiccional que publique sus decisiones en tantos idiomas, incluido el chino–. Lo considera como una forma de exportación de los conceptos del Consejo de Estado francés a otros países.

Profesor Jaime Rodríguez Arana, ha sido un placer tenerlo. Le doy la palabra para unas reflexiones finales con las que concluir el diálogo del día de hoy.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Muchas gracias, profesora María Amparo Grau. Si los españoles tuviéramos más conocimiento del marketing, mejor nos hubiera ido en nuestra historia, pero no somos tan modernos. En la historia no hemos sido tan capaces de poder explicar, por ejemplo, lo que fue la Escuela de Salamanca del siglo XVI, donde se gestaron las grandes concepciones sobre la democracia y la libertad, que luego impregnaron la Declaración de Filadelfia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia. Pero, bueno, es así, tenemos muchos déficits y uno de ellos es

que no somos capaces de transmitir y de hacer llegar algo de lo positivo que hemos hecho en la historia.

Para terminar, quiero referirme a una cosa que usted ha dicho y que me parece muy pertinente en relación con la dignidad de la persona y el bien común o el interés general. El concepto de bien común es un concepto filosófico; luego hay un concepto sociológico, el bienestar general, y un concepto más jurídico-administrativo, que es el interés general. Cuando no somos capaces de entender que la dignidad de la persona está en la base del interés general, del bien común o del bienestar general, entonces vienen los problemas.

Mi aproximación al derecho administrativo, especialmente en los últimos años, tiene que ver con concebirlo como un ordenamiento para la protección, defensa y promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales, a través de las potestades y los poderes que la norma le atribuye a la Administración. Yo no hablo ni de privilegios ni de prerrogativas, porque en esto sigo al pie de la letra a mi maestro, el doctor Meilán, que decía que privilegio y prerrogativa no forman parte del diccionario jurídico-administrativo, por lo menos de un Estado social y democrático de derecho. A lo mejor son propios de un Estado autoritario o de un Estado totalitario, pero de un Estado democrático instalado en el Estado de derecho, no.

Creo que ese esfuerzo de entender el derecho administrativo como un ordenamiento para la protección de los derechos, para la defensa de los derechos y para la garantía de los derechos también tiene mucho que ver con otra doctrina que yo he seguido muy de cerca en mi país, en España, la de un profesor que fue también miembro de la Corte Suprema durante mucho tiempo, el profesor Francisco González Navarro, quien decía que el derecho administrativo es el derecho del poder público para la libertad. Yo le agrego “la libertad solidaria”, porque entiendo que si no hay solidaridad no hay verdadera libertad, igual que si no hay libertad la solidaridad no se puede entender. Coincido con lo que dice José Ignacio en relación con estas dos dimensiones: la libertad anglosajona, carente de la idea de la sensibilidad social, y la idea de la libertad social de la matriz romanogermánica, que ha fecundado lo que ha sido Europa como cultura y civilización –que ahora está un poco languideciente, pero que algún día volverá a recuperarse–. Todo ello tiene que ver con el derecho, con Roma, con la justicia, con el pensamiento de los filósofos griegos y también con la solidaridad cristiana. Ese conjunto del derecho, de la justicia, de la solidaridad y del pensamiento es algo que tiene mucho que ver con el derecho que nosotros hemos aprendido, del que nos sentimos deudores y que queremos transmitir, y que veo que en Iberoamérica encuentra unas raíces muy profundas que permiten esta comparación y que nos ayuda a mejorar los ordenamientos.

Moderadora

José Ignacio, muchísimas gracias también por no solamente aceptar esta invitación, sino por ayudarnos a organizar este diálogo. José Ignacio siempre está ayudándome en muchas cosas, siempre está detrás, colaborando con nosotros en este y en muchos otros eventos. Unas palabras finales.

José Ignacio Hernández

Mi agradecimiento. De verdad que el diálogo ha sido muy fructífero. Termino con una idea que resume, dentro de las muchas razones de por qué el derecho administrativo iberoamericano, su importancia: porque nos permite entender mejor esta máxima, *non nova sed nove*, es decir, “no es nuevo, pero se presenta de un modo nuevo”. ¿Cómo nos aproximamos a la inteligencia artificial? Es la nueva aventura que Jaime y yo estamos emprendiendo, y lo hacemos con algo tan tradicional como la centralidad de la dignidad humana y las bases constitucionales del derecho administrativo iberoamericano.

La invitación es a continuar profundizando en el estudio del derecho administrativo iberoamericano, porque creo que Jaime acertó al identificar el espacio jurídico iberoamericano como un área para entender las dimensiones complejas y esos retos de adaptación y tradición en el derecho administrativo. Muchísimas gracias.

DIÁLOGO IBEROAMERICANO PERÚ Y VENEZUELA: LIBERTAD DE EMPRESA VS INTERVENCIÓN ESTATAL

Ponentes:

Pierino Stucchi y Juan Domingo Alfonzo Paradisi

Fecha: 15 de septiembre de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Les damos la bienvenida. La Asociación Venezolana de Derecho Administrativo ha organizado este ciclo de diálogos iberoamericanos. El día de hoy celebramos el quinto diálogo del ciclo y, en esta oportunidad, contaremos con el Perú, a través de la participación del distinguido profesor Pierino Stucchi. Por Venezuela nos acompañará nuestro digno representante, el profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi.

El profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela. También imparte clases en el posgrado de Derecho Constitucional, en la Maestría en Derecho Constitucional, de la Universidad Católica Andrés Bello. Es expresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y socio, propietario y director de Torres Plaz & Araujo.

Por su parte, el profesor Pierino Stucchi es también profesor de derecho administrativo de la Universidad del Pacífico de Perú y es socio de Stucchi & Abogados.

El tema del día de hoy es la libertad de empresa e intervención económica, que dividiremos en tres aspectos. Primero, libertad de precios; segundo, libertad cambiaria; y, tercero, acceso al mercado internacional y aranceles. Como se trata de un diálogo, vamos a tratar de que se establezca una conversación entre nuestros dos distinguidos invitados. Para situarnos en el tema, el profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi va a hacer una pequeña introducción. Adelante, profesor.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

Saludos. Muchas gracias a AVEDA, en primer lugar, por esta gentil invitación; a su presidente, Antonio Silva; a la profesora María Amparo Grau; a la profesora Alicia Monagas; y, por supuesto, a nuestro invitado del Perú, el profesor Pierino Stucchi, con quien hemos intercambiado

ideas de manera importante en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

El día de hoy queremos conversar sobre libertad de empresa y regulación económica. Como señaló la profesora María Amparo Grau, queríamos abordar este tema en tres partes: libertad de precios, libertad cambiaria, libertad de contratación y, luego, el acceso al mercado en virtud de lo que estamos viviendo en el mundo con esta guerra de aranceles.

En el caso venezolano, doctor Stucchi, nuestra Constitución vigente de 1999 establece –de acuerdo con la jurisprudencia y con los artículos relativos al derecho de propiedad, la libertad económica y la organización de la economía (artículo 299), así como al libre acceso a bienes y servicios– una economía social de mercado, aspecto muy discutido en Venezuela y que ha sido desconocido por algunas decisiones jurisprudenciales que quizás luego podamos comentar. También es importante tener presente que, seguramente para el Estado peruano, entre otros Estados latinoamericanos, los tratados y convenios internacionales, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen o prevén el derecho de propiedad, así como también los tratados de protección de inversiones.

Concretamente, dentro de la libertad de precios, que es el primer subtema que nos corresponde, se ha dicho por la doctrina alemana, seguida por la doctrina española, que hay varios aspectos esenciales de la libertad de empresa. Uno de esos aspectos esenciales lo constituye la libertad de dirección, así como la libertad de creación de la empresa o la libertad de organización, es decir, lo que llamamos el gobierno corporativo. Aquí tenemos la libertad de dirección, dentro de la cual se encuentra la política comercial y la determinación o libre fijación de precios y de contratación. Esa libertad de empresa conlleva la libertad en la determinación de los precios. En el mercado debe existir un libre intercambio de bienes y servicios, pero a precios competitivos. Nuestra Constitución reconoce la libertad económica y el libre acceso a los bienes y servicios. Por tanto, el precio constituye el principal mecanismo de información en el intercambio comercial de bienes y servicios. El precio es un atributo del derecho a la libertad de empresa y del derecho de propiedad. Por tanto, es muy importante tener presente que no se puede obligar a nadie a vender a pérdida. Esto es muy importante al analizar la relación entre libertad de empresa y regulación.

La libertad de precios puede ser limitada por el Estado en ocasiones, pero sin violar el derecho a la libertad de empresa y, por eso, se ha definido antes su contenido esencial. La técnica por la cual el Estado restringe la libertad de precios ha sido denominada control de precios. Esa intervención del Estado sobre la libertad de precios debe respetar la garantía

de la libertad de empresa y no puede desnaturalizar la autonomía privada, empresarial y particular, ni el derecho de propiedad privada.

Existen diversas técnicas para limitar los precios; precio mínimo, precio máximo, banda de precios y lo que en Venezuela últimamente ha sido denominado “precios justos”. Por tanto, hay dos títulos habilitantes. Primero, la libre competencia: si no hay precios competitivos, si se incurre en precios abusivos, precios predatorios o existen fallas de mercado en casos de monopolios, habrá que hacer un llamado de atención por esos precios abusivos, predatorios o monopólicos. Segundo, también hay un título habilitante cuando hay desórdenes económicos o macroeconómicos (por ejemplo, la inflación de 1983 en el caso venezolano y la registrada desde 2003 hasta el presente).

Profesor Stucchi, esto va a ser un punto común en nuestra conversación, porque sabemos que también el Perú tuvo un proceso de regulación de precios que ya nos explicará. En ese caso se pueden producir incrementos generales de precios, más aún en el caso venezolano, que es un petroestado, por el impacto de los ingresos petroleros sobre los bienes no transables, fenómeno que se conoce como la enfermedad holandesa. Por supuesto, en caso de guerras o desastres naturales también puede haber una regulación de precios. En esos casos, el Banco Central de Venezuela tiene la competencia para prevenir el alza de precios y preservar el valor de la moneda.

Sin embargo, es muy importante tener presente siempre por qué se da el alza de precios ¿es una falla del mercado?, ¿son situaciones económicas extraordinarias?, ¿o es un abuso derivado de la falta de competencia? En Venezuela, desde el año 1939 ha habido una justificación para la intervención económica dirigida a contrarrestar el alza de los precios. Ha habido suspensión de las garantías económicas, pero muchas veces eso se ha hecho sin un análisis económico sobre las causas que anteriormente referí, y tampoco el Estado ha diseñado políticas públicas para su corrección, lo cual resulta inadecuado y contraproducente. En definitiva, el control de precios en Venezuela ha sido una técnica del Estado para garantizar el acceso a bienes y servicios esenciales determinados discrecionalmente por el Ejecutivo.

Aquí ha habido distintas modalidades de control de precios, control de precios máximos, control de precios en fábrica, control de precios de importación, precios máximos de venta al público y controles a los porcentajes o proporciones mínimas obligatorias para las empresas. Pero la última regulación, el Decreto-Ley de Precios Justos –hemos pedido en la jornada de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, en la ponencia de 2020, su derogatoria– constituye una nueva regulación y una limitación a la libertad económica y a la libertad empresarial, al pretender limitar las ganancias o el margen de ganancias de las empresas en función

de sus costos, con un máximo de 30 % sobre el margen de ganancias –según establece la Providencia Administrativa n.º 003 de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE)–. Asimismo, se basa en la regulación de precios y de costos (con un límite de 12,5 % sobre gastos ajenos a la producción). Esa ley establece una especie de límite a los precios: ninguna empresa puede tener ganancias más allá del 30 %. Eso limita la libertad económica, limita el diseño de los precios y, por supuesto, no se puede obligar a nadie –como lo ha dicho la jurisprudencia española y venezolana– a vender a pérdida. Si eso acontece, se está desconociendo –y luego hablaremos sobre ello– lo que se denomina el valor o costo de reposición, que es muy importante. Por tanto, nadie puede ser obligado a vender a pérdida, y eso tiene que ver con el derecho de propiedad y con los tratados que mencioné al inicio.

Pierino Stucchi

Primero, si me permiten, un saludo a todos los presentes. Para mí es un honor y una alegría estar aquí, en esta sala virtual, atendiendo una gratísima invitación de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Francamente, estar con la profesora María Amparo Grau, cuya trayectoria y reconocimiento conocemos, es un segundo honor. Y también con el profesor Juan Domingo Alfonzo Paradisi, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, con quien venimos concurriendo permanentemente, año tras año, a debatir asuntos de interés general como este.

Quiero complementar, desde la experiencia peruana, este diálogo, pero antes quisiera referirme a que la libertad de empresa, en el sistema americano de derechos humanos, en nuestra opinión, es un derecho humano. Sustento este postulado en dos derechos reconocidos por la Corte Interamericana y en dos piezas jurisprudenciales. El primer derecho reconocido es el derecho de propiedad privada. Esa es la base del derecho a la libertad de empresa, porque cuando un ciudadano arriesga su capital, ese dinero que ofrece como riesgo de la actividad y los retornos que logre son propiedad privada como derecho humano, incluido aquello que recibe producto de la actividad empresarial riesgosa, pero que genera trabajo para otros y paga impuestos en beneficio del interés general. El segundo derecho humano reconocido por la Convención es el de asociación con diversos fines: sociales, culturales y también económicos. Con lo cual, ese ejercicio de la propiedad, expresado en libertad empresarial bajo una forma mercantil, constituye no solo un elemento constitucional de los derechos en nuestros países iberoamericanos, sino también una manifestación de un derecho humano.

En esa clave me voy acercando un poco a la experiencia peruana. En los años ochenta, el Perú tenía una Constitución vigente desde 1979, que preveía que el sistema económico era uno de economía social de mercado. Sin embargo, en ese marco, el gobierno del señor Alan García Pérez,

en su primer mandato (1985-1990), decidió implementar algunas medidas. Por ejemplo, cuando asumió, decidió –con buena fe, seguramente– congelar el precio de los alimentos de la canasta básica, de los alquileres de viviendas, de los materiales de construcción, entre otros productos que él consideraba de primera necesidad y de cobertura social.

Sin embargo, lo que ocurrió –y vean que esta fijación de precios congelados ocurrió en el marco de una economía social de mercado como marco constitucional– es que se generó escasez. Porque cuando se limita la ganancia de un empresario, sea persona natural o persona jurídica, los empresarios eligen actuar en otros sectores del mercado donde tienen libertad y donde no tienen esa fijación de precios. El precio, en el fondo, fijado bajo cualquier formato –precio fijo, franja, precio tope, como decía el profesor Alfonso– termina siendo una expropiación parcial del bien que uno desea vender en ejercicio de la libertad de empresa, porque, si uno lo vende a un precio fijado bajo alguna de estas modalidades, el reflejo del valor de ese bien, que es objeto del derecho de propiedad, se ve afectado, expropiado, confiscado parcialmente. Eso genera dos efectos: primero, que las empresas huyan, en la medida de lo posible, de ese sector y vayan a sectores donde el precio no está regulado; segundo, en el ámbito jurídico, se afectan derechos de propiedad y se genera, sobre todo, escasez.

Al mismo tiempo que surgía la escasez, los ciudadanos y los empresarios reaccionaban para no perder el dinero que arriesgaban, lo cual es natural porque tienen derecho de propiedad sobre él. En el Perú ocurrían, por ejemplo, ventas atadas: si el precio fijado sobre la leche estaba reducido en su ganancia o, eventualmente, por la inflación empezaba a generar pérdidas, para vender ese producto –que ya era escaso– se obligaba al consumidor a comprar una pasta dental, un jabón adicional o un kilo de garbanzos, cosas que, en el fondo, no necesitaba. Es decir, el empresario o la familia puesta contra la pared –pienso en una bodega, familias que tienen establecimientos de “pan llevar”, como llamamos coloquialmente– se veía acorralado y desarrollaba una conducta nociva también para sus conciudadanos: venta atada o precios en mercado negro. Frente a la escasez podían vender ese bien con el precio fijado gubernamentalmente, pero decir que, si se quería pagar ese precio fijo, no había, salvo que se pagara una prima adicional, es decir, un precio de mercado negro.

Tuvimos experiencias como la del pan popular: un pan que se consideraba con una unidad mínima de cantidad de carbohidratos y al que se le fijó un precio –diré, por acudir a la memoria– de 30 centavos. En las panaderías no se quería preparar el pan popular; se quería preparar otros tipos de panes para no estar sujetos al precio fijado. Cuando el gobierno dijo: “Fijemos entonces la obligación de producir pan popular”, algunos panaderos dejaron de producir pan para producir bizcochos, tostadas o galletas. Es decir, a veces los gobiernos –hablo desde la experiencia

peruana para compartirla– intentan sujetar la libertad y lo que terminan generando son consecuencias de escasez, mercado negro, ventas atadas y encarecimiento de los productos, porque a veces ni siquiera las medidas de fijación de precios son extraordinarias, temporales o urgentes, sino que se vuelven, en el mal sentido, estables para perjudicar, segura y voluntariamente, a la ciudadanía.

Actualmente, la Constitución vigente ya no es la de 1979, sino la de 1993, y también establece una economía social de mercado. Solo que, en nuestra opinión, adecuadamente entendida, respeta el derecho de propiedad –que es un derecho humano y constitucional para personas jurídicas– y respeta los tratados internacionales a los que aludía el profesor Alfonzo, que son los acuerdos bilaterales de protección de inversiones, donde cualquier fijación artificial de un precio que afecte a un inversionista extranjero cubierto por el tratado termina siendo una expropiación indirecta justiciable en un arbitraje internacional. Es decir, el Estado y, en el fondo, la sociedad, con sus impuestos, terminarán pagando los daños que se generan por fijaciones de precios injustificadas.

Me refiero, finalmente, a una alerta de cuidado. Cuando un Estado fija un tope para las ganancias, por ejemplo, con un porcentaje sobre los precios de venta o sobre los costos, lo que está haciendo es invitar a que la inversión escape. Escape del país –pasó en el Perú– hacia otras latitudes donde no haya límites de ganancia. Porque el deber del empresario es ganar lo que pueda, respetando siempre los derechos laborales, pero donde se logra compartir en libertad solidaria es pagando impuestos. Allí es donde el Estado y la sociedad son socios del empresario: de esa utilidad distribuible siempre habrá un porcentaje para la sociedad, para el fin público. Mientras más gane, ese porcentaje representará un mayor volumen de recursos para la sociedad.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

Muy interesante el punto de encuentro y lo que subrayo entre Perú y Venezuela y nuestros países: cuando se vulnera la libertad económica, cuando se vulnera el derecho de las empresas a su autonomía privada empresarial para diseñar sus bosquejos de precios de manera libre, y se trata de imponer, mediante la restricción de esa libertad, unos precios o un control de precios, como ha sucedido en Perú y en Venezuela, que no reconozcan los costos de producción o el valor o costo de reposición –que ha sido una gran discusión aquí desde los años 70 con la Ley de Protección al Consumidor, luego con la Ley del INDEPABIS y luego con la Ley de Precios Justos–, si usted no reconoce esos costos de producción y se obliga a los empresarios a vender a pérdida, como lo señala una importante sentencia venezolana, la sentencia “Parkimundo” del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, allí se desconoce el derecho de propiedad que establecen los convenios internacionales –que también lo

señaló el profesor Stucchi– y el derecho de libertad económica y de propiedad.

Aquí en Venezuela se trató de hacer una regulación de controles no solamente de precios máximos de venta al público, sino también de fijar porcentajes o proporciones mínimas obligatorias a la agroindustria para cumplir ese tema. Cuando se obliga a las empresas a regular determinados productos y esa regulación es excesiva, desproporcionada y obliga a vender a pérdida, los productos empiezan a escasear, no hay incentivo a la producción. Eso fue efectivamente lo que pasó en Venezuela desde el año 2013, alcanzando un gran pico en el 2016, y fue lo que coloquialmente se llamó el “bachaqueo”, que era la gente yendo de establecimiento en establecimiento buscando productos porque la regulación no permitía obtener una ganancia legítima con productos como pasta de dientes, papel higiénico, productos esenciales, etcétera. Eso llevó, desafortunadamente, a un vaciamiento de los anaqueles. Derogada esa regulación y con los incentivos apropiados, notamos que los anaqueles volvieron a llenarse y empezaron a generarse condiciones de competencia.

Ahí quiero introducir un elemento del año 2017. A pesar de su crítica, fue una ley emanada por la Asamblea Nacional Constituyente que no tenía ese propósito: la Ley Constitucional de Precios Acordados. Ninguna de esas dos leyes (Ley de Precios Justos y Ley Constitucional de Precios Acordados) ha sido derogada, y cuando al Estado le interesa, como pasó en el 2018, 2020 o en este año 2025, llama a las empresas a acordar precios. En el 2018 hubo cosas lamentables porque se acusó a los supermercados, por ejemplo, de boicot o de usura, y hubo casos de privación de libertad relacionados con el Ministerio Público. En el 2020, en plena pandemia, también se recurrió a este tema de precios acordados, pero posteriormente hubo una persecución de algunas empresas de la agroindustria, vinculándola con una ley distinta, la Ley del Sector Agroalimentario. Con base en esa ley suspendieron guías de movilización, bloquearon los códigos para movilizar los productos y ocuparon determinadas empresas. Cuando el Estado tiene interés en hacerse de la mano de alguna de esas leyes –un enjambre de derecho administrativo o de regulación–, después los derechos económicos de las empresas se ven afectados por casos de ventas supervisadas, bloqueo de códigos para movilizar productos con base en la Ley del Sistema Integral Nacional Agroalimentario (que no es lo mismo que la Ley de Precios Justos). Por último, se prevé una serie de medidas administrativas amplias, generales, anticipadas e, incluso antes de abrirse un procedimiento administrativo, así como sanciones administrativas u órdenes de reducción de precios.

Moderadora

De las exposiciones, a mí me llama la atención que, si uno compara la situación de Perú con Venezuela, las situaciones son opuestas. Hay

coincidencia en lo que está ocurriendo, pero no coinciden los orígenes, porque el caso de Perú pareciera que se equipara al caso de Venezuela antes de la Constitución de 1999, cuando había todas esas regulaciones que el profesor Juan Domingo comentó, y se acudía a la regulación de precios e incluso se mantuvo suspendida la garantía del derecho económico por 40 años para que esas restricciones o esos controles económicos los pudiera realizar directamente el presidente sin necesidad de pasar por una ley.

Pero la situación de Venezuela hoy es diferente. A pesar de que tenemos una Constitución que reconoce el modelo social de mercado, que reconoce el derecho de propiedad, la libertad de empresa, etcétera, tenemos un planteamiento político que va diametralmente opuesto a ese modelo económico. El profesor Stucchi decía –y me pareció muy interesante– que donde el Estado es socio es en el impuesto, que el Estado participa de la empresa y de la ganancia a través del impuesto. Pero en el caso venezolano vemos que la tendencia es a desconocer el derecho de los particulares y a reafirmar el derecho del Estado a ser empresario. La tendencia del Estado es a incorporarse a la empresa privada para hacerse de la ganancia, no por la vía del impuesto –que es gravísimo– sino tratando de participar de la ganancia de la empresa. Son orígenes totalmente diferentes.

Pierino Stucchi

Gracias, profesora. Ciertamente, tomando lo último que usted dice, podríamos tratar de evocar –lo digo desde la experiencia peruana que conozco y de la experiencia venezolana por todo lo que ustedes nos han sintetizado esta mañana– que nuestros gobiernos, en diferentes momentos, recurren a esa fijación de precios (fijos, en bandas o topes), pese a que no existen experiencias exitosas ni en nuestra región ni en otras. Parece que nuestros gobernantes no logran ver qué ocurre después de seguir intentándolo, pues ello implica perjudicar a la sociedad.

Cuando uno fija precios y se cumple la fijación de precios, el empresario está atrapado. ¿Cómo corrige? A veces reduciendo la calidad: esta crema para el aseo del cabello tendrá menores cantidades de producto para limpieza y entonces tendrá más componente adicional de esos que no limpian; la pasta dental perderá calidad; la harina se podrá mezclar con otro tipo de sustancias que no sean harina de trigo. A partir de una fijación del precio, la calidad se deteriora porque las empresas buscan cómo reducir la calidad de manera debida o indebida. Eso es parte de lo que ocurre en la realidad.

Lo último, retomando lo que decía el profesor Alfonso. Cuando se fijan los precios bajo cualquiera de las modalidades comentadas, el Estado está organizando cárteles de precios. Hace que las empresas ya no compitan ni por calidad ni por precio, y entonces todo se deteriora. Algunos

precios no es que se mantengan, sino que van bajando porque la inflación deteriora su poder de compra; todo eso deteriora la economía y a la sociedad.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

En virtud de la intervención de la profesora Grau, es muy importante precisar que con esta última regulación, denominada Decreto Ley Orgánica de Precios Justos, efectivamente se establece desde el punto de vista legal un límite al margen de ganancias, con una especie de margen de hasta el 30 % sobre las ganancias de las empresas, independientemente del negocio de que se trate. Hay una limitación a la libre autonomía privada empresarial o particular, como se señaló. Eso es distinto a lo que teníamos antes: una suspensión de la garantía económica y el dictado de un decreto ley con base en ese acto de gobierno para, sobre la base de ese decreto ley, dictar una serie de regulaciones de precios, como pasó durante 40 años en Venezuela. Pero con esta ley de precios (desde 2011 en adelante, con sus distintas reformas), el Decreto Ley Orgánica de Precios Justos establece un límite del 30 % a las ganancias de las empresas y un 12,5 % sobre sus gastos no relacionados con la producción.

¿Qué sucede allí? Puede acontecer que, en virtud de la rotación de los productos o de la inflación e hiperinflación –como nos referíamos y como hizo referencia el profesor Stucchi–, si los costos están congelados desde el punto de vista contable y hay una fiscalización, puede acontecer que ese valor de reposición no se reconozca y que entonces, como señalaba el profesor Stucchi, exista una obligación de vender a pérdida o una expropiación o una lesión del derecho de propiedad. Por eso es que el sector empresarial siempre, desde hace muchos años, ha luchado por el reconocimiento del valor o costo de reposición, y luego por las distintas valoraciones, por ejemplo el método *first in, first out*; criterios ponderados de costos promedio; e incluso otros criterios que se apliquen con flexibilidad, porque si no valoramos bien los precios y los costos en una economía inflacionaria, puede acontecer que esos costos, si no se reconoce un tipo de cambio determinado y la empresa compró sus insumos o materias primas a un tipo de cambio distinto, y eso queda congelado allí, si no hay una valoración variable del nivel de los inventarios, no se reconoce el costo de reposición que prevé la Ley Constitucional de Precios Acordados y que ha sido una aspiración de los empresarios y, por tanto, se viola el derecho de libertad económica.

Moderadora

Voy a leer un comentario del profesor Antonio Silva. Dice: “El tema del diálogo de hoy es de esos recurrentes en la doctrina iusadministrativista debido a la trascendencia que tiene en la vida diaria del ciudadano, tanto para el empresario como para el consumidor y el usuario. Muy interesante la precisión del caso en que el Estado no solo limita al

empresario, sino que lo sustituye, pasando de restricciones mayores o menores a la libertad hasta llegar a la negación misma de la libertad”.

Vamos a pasar al segundo tema. El profesor Juan Domingo nos va a hacer una pequeña introducción.

Juan Domingo Alfonso Paradisi

El segundo tema es la libertad cambiaria. En Venezuela, la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos fue derogada en el año 2018, subsistiendo, sin embargo –y hay que estar pendientes con ello–, el Convenio Cambiario N° 1. Una vez derogada la centralización de divisas, persisten limitaciones a las operaciones de compra y venta de divisas entre particulares por una rara interpretación, en nuestro concepto, del Convenio Cambiario N° 1. Ese Convenio Cambiario N° 1 ha permanecido vigente y, luego de la derogatoria del régimen centralizado de divisas en 2018, aunado al colapso del mecanismo centralizado (por el déficit en cuanto al suministro de divisas por parte del Estado), ha producido una dolarización de facto señalada por la doctrina de derecho administrativo venezolana.

La libertad cambiaria constituye, así como el libre intercambio de bienes y servicios y los precios competitivos, una libertad derivada del derecho de libertad de empresa y del derecho de propiedad, también prevista no solamente en la Constitución venezolana, sino en los convenios internacionales y en los tratados bilaterales de inversión. Esa libertad cambiaria es el derecho de comprar y vender divisas mediante el uso del bolívar, que permite el contrato de compraventa de divisas. Esa libertad, en ocasiones, puede ser limitada por el denominado régimen cambiario, pero esa limitación debe reunir y reconocer tres garantías jurídicas.

Primero, no debe admitir remisiones en blanco o deslegalizaciones. Se violó la reserva legal en el caso venezolano con el régimen cambiario del 2003 al 2018, y eso fue establecido así por las sentencias “Mujica Abraham” o la del partido COPEI del 11 de noviembre de 2001. Luego ello fue cambiado por la sentencia “Henry Pereira Gorrín”, que hace una especie de degradación de la reserva legal al establecer que los convenios cambiarios no constituyen una deslegalización. El Convenio Cambiario N° 1 de 2018 no es una ley, es un acto administrativo complejo, que establece limitaciones a los derechos económicos individuales, a las operaciones entre privados, entre particulares, y por ello la regulación del sistema del mercado cambiario viola el principio de legalidad. El convenio cambiario puede regular la política cambiaria y las reservas internacionales, pero no las operaciones de compra y venta de divisas entre particulares, porque así regularía el derecho de propiedad de los particulares.

Segundo, debe salvaguardar el contenido esencial de la libertad cambiaria. En Venezuela, del 2003 al 2018, se monopolizó en el Estado la

compra y venta de divisas, violando los derechos esenciales de los particulares: libertad económica y derecho de propiedad.

Tercero, debe respetar el principio de menor intervención, es decir, debe ser temporal y excepcional. Fíjense que el control de cambios duró del 2003 al 2018, lo cual no es excepcional ni transitorio.

Aunado a lo anterior, el régimen cambiario no puede restringir la libertad de tránsito y el derecho de los inversionistas extranjeros de comprar divisas en moneda local. Ese derecho de libertad cambiaria es reconocido, como he dicho, por los tratados bilaterales de inversión, y el control de cambios no puede hacer nugatorio el derecho de los inversionistas a la transferencia de capitales. Por cierto, hay una limitación muy importante en el artículo 28 de la Ley de Inversiones Extranjeras Productivas, que establece una limitación del 60 % al 80 % en cuanto a las transferencias de utilidades, desconociendo el derecho de propiedad en casos de emergencia extraordinaria económica.

Otro concepto que debemos tener presente en esta conversación es el concepto de libre convertibilidad. La libre convertibilidad es el derecho de convertir billetes o bolívares en divisas conforme a las disposiciones del BCV. Esa libre convertibilidad (denominada convertibilidad externa) puede ser restringida en ocasiones por los convenios cambiarios. Puede restringir la convertibilidad, pero no la libertad cambiaria. Esto es lo que permite la Ley del Banco Central, restringir la convertibilidad de los bolívares en divisas, pero no puede limitar la libertad cambiaria, es decir, el derecho de celebrar contratos de compraventa de divisas entre particulares. Solo puede incidir sobre las divisas del Estado, no puede limitar el derecho de los operadores económicos al libre intercambio de divisas, lo cual solo puede ser efectuado por ley, no por un acto administrativo.

Es importante tener presentes los conceptos de régimen cambiario y política cambiaria. La política cambiaria es la potestad del Banco Central para administrar las reservas internacionales (artículo 127 de la Ley del Banco Central). Como somos un país petrolero, PDVSA debe vender las divisas provenientes de las exportaciones petroleras y el BCV debe administrar esas divisas y realizar las operaciones de política cambiaria. Pero ello, como hemos dicho, no debe incidir en las operaciones cambiarias entre particulares, entre ciudadanos o entre empresas, pues ello es consecuencia de la libertad de empresa y del derecho de propiedad, también previstos en los convenios internacionales y en los tratados bilaterales de inversión.

Por último, está el tema de la tasa de cambio. Los contratos de compraventa de divisas entre particulares deben responder al principio del derecho de propiedad privada. Por tanto, no es lógico; es arbitrario y desconoce el derecho de propiedad que el Estado asuma un dominio implícito sobre todas las divisas, tanto las del propio Estado como las de

propiedad privada, lesionando, en nuestro concepto, la libertad de empresa y la libertad cambiaria.

Pierino Stucchi

Adhiero a todas las categorías que ha explicado muy bien el profesor Alfonso. Podríamos sintetizar que se refieren a la cantidad de divisas que una persona puede adquirir con su moneda local, a la oportunidad en que puede hacerlo, a las actividades para las cuales esas operaciones están restringidas o no, y al valor del tipo de cambio.

Quiero referirme, en particular, a este último aspecto. El tipo de cambio es un precio, el precio de la moneda nacional expresado en moneda extranjera o en divisas. Quiero utilizar primero la imagen del trabajador antes de llegar a la libertad de empresa. Un trabajador entrega día a día su vida –ocho horas diarias o más, cinco días a la semana o más– a cambio de una retribución, que es su salario, expresado en dinero, usualmente en nuestra moneda local. Impedirle a un trabajador transformar ese dinero, que representa la entrega de su vida día tras día, hora tras hora, para satisfacer sus necesidades personales o familiares, equivale a expropiarle –sé que me entenderán la expresión– la vida entregada mediante su trabajo. Pienso primero en el ciudadano, porque tiene derecho a preservar el valor de aquello que representa esa vida entregada por su trabajo. Debemos proteger su derecho de propiedad sobre ese dinero para que pueda transformarlo en divisas, porque la propiedad privada –retomando lo que compartimos en el segmento anterior– constituye un derecho humano, incluida la propiedad sobre la moneda.

Permítanme referirme a la experiencia peruana. Vuelvo al primer gobierno del señor Alan García (1985-1990). En ese período se estableció lo que se denominó un mercado único de cambios. Por ejemplo, el dólar que adquiría un empresario para importar productos del extranjero tenía un precio más alto, con el propósito de desalentar las importaciones. En cambio, el dólar que recibía un exportador se cambiaba por una mayor cantidad de soles, con el fin de estimular las exportaciones. Ello implicaba que el tipo de cambio elevado para el importador operaba como un mecanismo de protección de la industria nacional, pero encarecía los precios internos en perjuicio de las familias –adelantándome un poco al tercer tema–. Por otra parte, pagar un mayor número de soles por cada dólar al exportador significaba que las familias y las empresas, mediante sus impuestos, terminaban subsidiando a los exportadores. Es decir, a través del tipo de cambio también se producen efectos que, en mi opinión, resultan claramente inconvenientes, porque alteran los equilibrios y los resultados desde la perspectiva de la equidad.

Hoy nuestro Banco Central de Reserva y la Constitución permiten la libertad cambiaria en cuanto a cantidad, oportunidad y tipo de cambio, como señalaba al inicio. Lo que hace el Banco Central es únicamente

procurar que las variaciones del tipo de cambio no sean bruscas, para evitar situaciones de pánico. Si el dólar va a bajar, interviene retirando temporalmente parte de la oferta para que su descenso sea gradual, como un aterrizaje suave. Si el dólar va a subir, coloca temporalmente divisas para que el incremento también sea gradual y previsible para los ciudadanos. Posteriormente permite que el tipo de cambio alcance el nivel que corresponda, procurando que todos puedan operar bajo las mismas reglas respecto del precio y de la oportunidad para adquirir las divisas necesarias para desarrollar sus actividades económicas.

Por último, en este segmento quisiera señalar que el Perú, mediante tratados de libre comercio con distintos países y acuerdos de protección de inversiones, garantiza también esa libertad cambiaria como instrumento para promover las inversiones y los negocios.

Moderadora

El profesor Antonio Silva Aranguren comenta: “En Venezuela, la restricción a la libertad cambiaria vino, además, acompañada de medidas cargadas de populismo que hicieron que muchos incluso apreciaran esa restricción como algo favorable. Veo que en el Perú esto también ha ocurrido”.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

Desde 2003 hasta 2018 –como ha ocurrido también en otros países– se produjo en Venezuela una centralización absoluta de las divisas en el Banco Central de Venezuela. Se asumió un dominio sobre las divisas destinadas a la convertibilidad y a las reservas internacionales, así como sobre las pertenecientes a los particulares, con la posibilidad de que el Estado interviniera e incluso expropiara las divisas de los ciudadanos como consecuencia de una difícil situación monetaria. Ello equivaldría, en definitiva, a una expropiación mediante la toma o congelación de las divisas de los particulares. Algo similar ocurrió, por ejemplo, en Argentina con el denominado “corralito”, entre otros casos.

Y existe otro aspecto diferente. En Venezuela ha prevalecido una determinada interpretación de las normas contenidas en el Convenio Cambiario N.º 1, vigente desde 2018 hasta el presente. Derogada la Ley de Ilícitos Cambiarios y desaparecida la supuesta centralización de las divisas, persiste una interpretación del Banco Central de Venezuela que, además de regular las tasas de interés –materia que sí corresponde a su competencia–, pretende determinar la regulación de la tasa cambiaria, derivando indebidamente de una interpretación errónea del concepto de libre convertibilidad. Como señalé anteriormente, la libre convertibilidad se refiere única y exclusivamente a la posibilidad de convertir la moneda nacional –los bolívares– en divisas, pero no autoriza a regular otros

aspectos de la contratación en general ni de la contratación en divisas entre particulares.

Pierino Stucchi

Hemos tenido también situaciones donde el cambio fue obligatorio y el Estado, durante los años ochenta, tomó el monopolio de las divisas, es decir, de su tenencia y de su transacción. Ello obligaba a que algunos importadores tuvieran que acudir primero a un instituto de comercio exterior para recibir autorización para la adquisición de divisas a un tipo de cambio determinado y para importar a un costo más alto que otros, con el propósito de disuadir la importación. En consecuencia, existió temporalmente un monopolio del Estado sobre la transacción de divisas, lo cual aumentó los precios y generó afectaciones al bienestar de la sociedad.

Moderadora

Desde YouTube, Manuel Moreno dice: “La libertad cambiaria no servirá de nada si no se cambia el modelo económico rentista petrolero. Estamos en un círculo vicioso. Se deben buscar políticas económicas”.

Vamos con el tercer tema.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

El último tema es el libre acceso al mercado desde el punto de vista internacional y los aranceles, aspectos que estamos viviendo en nuestros tiempos presentes. Quienes defienden los aranceles argumentan que protegen las industrias locales y los empleos; los críticos advierten las posibles repercusiones económicas y la afectación de los derechos económicos y, como hemos hablado, de los derechos humanos de los ciudadanos en un mercado global interconectado.

Definitivamente, los aranceles son modalidades impositivas o derechos que imponen los gobiernos, que aumentan los costos de los productos extranjeros, afectan a los consumidores en sus derechos, protegen a las industrias nacionales y generan ingresos que pueden influir en el comercio internacional, afectan los precios para el consumidor y, en ocasiones, pueden generar disputas comerciales o diplomáticas entre los países.

Las ventajas que se han señalado en cuanto a la protección arancelaria son las siguientes: protección de industrias nacionales, es decir, la protección de industrias locales, tanto emergentes como consolidadas, frente a la competencia extranjera; la generación de ingresos gubernamentales, como fuente importante de ingresos públicos; la mejora de la balanza comercial, pues puede reducir el volumen de las importaciones y estimular la producción nacional para satisfacer la demanda local; el fortalecimiento de la seguridad nacional, en el sentido de garantizar la capacidad de producción nacional en industrias supuestamente estratégicas (como la tecnológica, la del aluminio o la del acero, en su momento); y también

la influencia en las relaciones económicas internacionales, pues los países pueden utilizar la amenaza o la implementación de aranceles para obtener concesiones en negociaciones comerciales.

Las desventajas son las siguientes: los precios al consumidor se incrementan, los derechos del consumidor se ven afectados y el poder adquisitivo se reduce, sobre todo en las poblaciones de menores ingresos. Los aranceles impactan directamente a los consumidores, aumentan los precios de los bienes importados y, cuando los gobiernos imponen estas barreras comerciales, las empresas generalmente trasladan los costos adicionales a los consumidores finales. Por ejemplo, si tenemos artefactos electrónicos importados y hay un arancel del 25 %, los consumidores podrían verse afectados con un aumento de precios de ese mismo porcentaje (por ejemplo, al pasar de 500 a 625). Esta inflación no solo afecta los artículos de lujo, sino también los bienes esenciales, lo que reduce el poder adquisitivo real de los hogares.

Además, se produce una reducción de la competencia en el mercado y de la innovación. Cuando se protegen las industrias, los aranceles a menudo generan ineficiencias en el mercado y reducen la innovación. Las empresas se acostumbran a una menor presión para mejorar sus productos, optimizar sus operaciones o reducir sus costos. Asimismo, pueden producirse represalias comerciales internacionales y conflictos económicos como consecuencia de la implementación de los aranceles. Esto crea ineficiencia económica y una mala asignación de recursos.

Hay que analizar este fenómeno navegando entre las complejas aguas de la política arancelaria. Es necesario sopesar cuidadosamente las ventajas y desventajas en función de los objetivos nacionales, de las realidades globales y de los derechos de los consumidores. Si bien los aranceles pueden servir como herramientas eficaces para proteger industrias nacionales y generar ingresos públicos, también afectan las relaciones internacionales y los derechos de los consumidores. Por tanto, requieren un enfoque estratégico y matizado, a mi criterio.

Pierino Stucchi

Doy un paso atrás para referirme a la historia europea y al libre comercio. Desde que se constituyen las Comunidades Europeas y, luego, la Unión Europea, su misión ha sido asegurar la paz. Los Estados europeos han dejado de entrar en conflictos significativos –me refiero a los miembros de la Unión– desde que establecieron un sistema de libre comercio de bienes y servicios interdependientes. Es decir, el libre comercio no solo tiene una función de bienestar para las familias y las empresas, sino también la de integrar sociedades y generar paz.

Desde esa perspectiva, los aumentos arancelarios que han sido inestables y sorpresivos –pondré como ejemplo a Estados Unidos, país que ha

desconocido significativamente los niveles arancelarios pactados de manera equitativa en la Organización Mundial del Comercio– provocan inestabilidad. Todos deseamos la paz y deseamos la estabilidad, porque la estabilidad arancelaria –los aranceles pactados y previstos en la Organización Mundial del Comercio y en los tratados de libre comercio– permite hacer negocios.

¿Por qué esto resulta importante? Porque los aranceles, igual que el IVA, terminan siendo impuestos sobre las transacciones. Así como, al interior de una sociedad, quien tiene menores recursos sufre más pagando el IVA (aunque quien tiene mayores recursos también lo paga), de la misma manera sufren las sociedades que soportan un aumento de aranceles, porque adquieren productos y mercancías más costosas y se reduce su bienestar. Francamente, quien impone aranceles propone proteger a la industria nacional, pero lo que hace de inmediato, desde nuestro punto de vista, es reducir el bienestar de las personas y de las familias.

Técnicamente, subir aranceles por encima de lo pactado a nivel mundial en la Organización Mundial del Comercio, como lo ha hecho Estados Unidos en algunos casos –aplicando diferentes niveles, con un mayor porcentaje para unos países y un menor para otros– implica desconocer esa regla internacional del trato no discriminatorio, cuya única excepción para favorecer el comercio y el bienestar que este produce es que exista un tratado de libre comercio bilateral o trilateral que profundice el comercio de todas las mercancías y tienda a reducir a cero el arancel. Actualmente vamos a contracorriente como consecuencia de los últimos movimientos que he comentado, lo cual genera inestabilidad, encarece las mercancías y, sobre todo, afecta las inversiones, porque en nuestros países muchas inversiones estaban dirigidas a generar industria para exportar a Estados Unidos –es el caso del Perú– y pueden verse afectadas porque claramente no se sabe si, con los aranceles, llegarán a ser competitivas en ese mercado de destino. Necesitamos seguridad jurídica al interior de nuestros países, pero también a nivel internacional, para que los negocios que, en el fondo, respaldan el bienestar de las familias de cada sociedad puedan fluir con estabilidad.

Moderadora

Desde YouTube, la profesora Alicia Monagas dice: “¿Dónde se traza la línea entre una intervención estatal necesaria para la supervivencia económica y una barrera excesiva que asfixia los principios de la libertad de empresa y de la competencia en el mercado?”. Profesor Juan Domingo.

Juan Domingo Alfonso Paradisi

Muy interesante la pregunta de la profesora Alicia Monagas. Nosotros, en Venezuela, hemos tenido distintos periodos. Los aquí presentes, por ejemplo, conocimos la política de sustitución de importaciones y,

hace años, en los años setenta, la política de “Compre Venezolano”, de protección de la industria nacional, versus ahora, por distintas razones, una política que tiene una gran exoneración de muchos aranceles de importación. ¿Por qué? Porque se afectó mucho la producción nacional y el empresariado nacional, favoreciendo, en definitiva, las importaciones y no a los productores nacionales durante un determinado tiempo, atacando a las empresas productoras nacionales. Es una pregunta interesante; por eso yo decía que hay que ser estratégico y verlo de manera transversal y matizada. Uno puede tener políticas determinadas de protección para incentivar la producción en determinados sectores económicos por periodos temporales, de manera determinada, pero sabiendo que eso va a tener consecuencias tanto en ese sector como en los empleos de ese sector y en otros sectores.

Siempre, antes de entrar en la parte pública, a nosotros se nos incentivaba con el estudio del Acuerdo de Marrakech, se nos formaba sobre la libertad de libre comercio, sobre la Organización Mundial del Comercio, sobre el libre intercambio comercial y la libertad en beneficio de los ciudadanos. Como decía el profesor Stucchi, está el principio del trato de la nación más favorecida. Nosotros tuvimos el tratado de integración de la Comunidad Andina, de la cual los peruanos siguen formando parte y de la que Venezuela, desafortunadamente, se retiró. Hay que ver esas políticas, los convenios internacionales, los intereses de los Estados y siempre tener presente al ciudadano para que no se vea afectado en cuanto a sus derechos, no solamente de libertad económica, sino también a sus derechos de acceso a bienes y servicios.

Pierino Stucchi

Respecto a la pregunta de la profesora Alicia, la clave parece estar en una limitación, en una intervención en la que quien quiera intervenir – que es el Estado– pruebe fehacientemente la necesidad de la medida y, sobre todo, su eficacia. Porque, si se coloca un arancel con fin recaudatorio y pasan los meses, y por encarecer con ese arancel la importación se deja de importar el producto encarecido desde el extranjero, ese arancel no tuvo un fin recaudatorio, sino que tuvo el efecto de eliminar las importaciones. Si lo que se quiere es impedir las importaciones temporalmente con algún mecanismo habilitado por la Organización Mundial del Comercio, y lo que ocurre es que las importaciones siguen ocurriendo, en el fondo ese arancel tiene solo un fin recaudatorio. Es decir, a veces nuestros países enuncian un objetivo que no parece ser necesario o no se ha comprobado como necesario, sino que lo enuncian, pero sus efectos resultan distintos, contradictorios o divergentes del objetivo enunciado, perjudicando únicamente a la sociedad, que necesita bienes y servicios al menor costo posible y con la mayor calidad posible en una economía social de mercado.

Moderadora

Muchísimas gracias a ambos. Vemos aquí cómo se contraponen nuevamente dos ideas fundamentales en materia de poder público y sociedad: la de los derechos y la regulación, y luego la hiperregulación, que también deriva en eso y termina pasando un poco por encima del principio de respeto a esos derechos. Excelentes las dos intervenciones. Les agradecemos mucho que nos hayan acompañado. Tienen la palabra para que se despidan con una idea final.

Juan Domingo Alfonzo Paradisi

En primer lugar, quiero agradecer a AVEDA la invitación a este importante diálogo sobre libertad de empresa, libertad económica e intervención económica. Asimismo, agradecer la presencia del profesor Pierino Stucchi en este diálogo iberoamericano. Mi última reflexión sería que es muy importante defender los derechos y las libertades individuales de los ciudadanos, porque, en definitiva, los Estados están compuestos por ciudadanos y toda esa regulación va destinada a la ciudadanía. Si se da una intervención en el caso de que haya fallas del mercado, debe ser en pro del mercado y de los derechos de libertad de cambio, libertad de determinación de los precios y libertad de acceso al mercado de bienes y servicios de calidad.

Pierino Stucchi

El principio en derechos humanos y en nuestras constituciones es la libertad, de las personas naturales y de las personas jurídicas. Ese principio se concreta en un derecho y, siendo un principio, es un mandato de optimización. Es decir, la mayor libertad posible sin perjudicar otros elementos del interés general, como la salud, la seguridad, el medio ambiente o la información del consumidor; esa es la mayor libertad posible. Con lo cual, la restricción de la libertad de empresa, de fijación de precios, cambiaría o de comercio debe obedecer solamente a un objetivo legítimo –como los ejemplificados– y ser necesaria. Cuando es necesaria, lo es en un momento y luego ya no. Es decir, debe ser necesaria y habrá que ajustar su temporalidad, de modo que la restricción de la libertad, para cumplir ese objetivo, sea la menor posible dentro de todas las alternativas. Así preservamos nuestra autodeterminación para trabajar, para emprender y para buscar, en el fondo, la felicidad de las personas, que sumadas hacen nuestra sociedad.

Gracias a AVEDA; gracias, profesora Grau, por la invitación; gracias, profesor Alfonzo, por la invitación. Saludos al presidente, que estuvo con nosotros, de la Asociación; al profesor Mauricio Reyes Pernía, que lo veo; y a todos los que se han dado el tiempo para estar aquí. He estado muy honrado y muy feliz de acompañarlos.

DIÁLOGO IBEROAMERICANO ARGENTINA Y VENEZUELA: LAS ÓRDENES EJECUTIVAS EN ESTADOS UNIDOS. UN ESTUDIO COMPARADO CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE VENEZUELA Y ARGENTINA

Ponentes:

Estela Sacristán y Mauricio Pernía Reyes

Fecha: 24 de noviembre de 2025

Moderadora. María Amparo Grau

Muy buenos días a todos los miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y a quienes quieran participar en este evento de nuestra organización, que es el último diálogo del año 2025. Es una iniciativa que hemos tenido en la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo consistente en desarrollar este formato de diálogos iberoamericanos con dos profesores. Uno por Venezuela, obviamente, y otro de un país de Iberoamérica.

En el día de hoy contamos con la participación de una distinguida profesora argentina, Estela Sacristán, y del profesor Mauricio Pernía Reyes, en representación de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. El tema de hoy es “Las órdenes ejecutivas en Estados Unidos. Un estudio comparado con los sistemas jurídicos de Argentina y Venezuela”.

La profesora Estela Sacristán es directora de la orientación en Derecho Constitucional en la Maestría en Derecho de la Universidad Austral de Argentina. Es especialista en Derecho Administrativo y doctora en Derecho. Está incorporada al Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y al Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Es autora de una numerosa obra jurídica y ha recibido múltiples premios y reconocimientos por su actividad académica y docente. Es directora de este programa, y además es profesora en la Universidad Austral y en la Universidad de Buenos Aires, entre otras.

Para acompañarla, contamos también con un distinguido profesor venezolano, miembro del bloque constitucional de Venezuela, el profesor Mauricio Pernía Reyes. Es abogado y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Católica del Táchira. Es doctor en Ciencias Sociales por la Universidad del Zulia. Es profesor e investigador de la Universidad

Católica del Táchira, investigador externo del Instituto de Buen Gobierno y Calidad Democrática de la Universidad Villanueva, España; investigador invitado del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; integrante del Consejo Directivo de la Red Iberoamericana de Derecho Minero; miembro de AVEDA y del Centro de Estudios Iberoamericanos de Derecho Público y Tecnología. También es autor de una extensa obra jurídica y profesor invitado en universidades de México, Colombia y Venezuela.

Sin más, voy a dar la palabra a la profesora Estela Sacristán, quien nos va a hacer una introducción sobre el tema de las órdenes ejecutivas para luego dar paso al diálogo entre ella y el profesor Mauricio Pernía Reyes.

Estela Sacristán

Muchísimas gracias. Buenos días a todos. Muchas gracias, doctora Grau. Muy agradecida también por la invitación de AVEDA, la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y sus autoridades. Es todo un honor participar en este diálogo con el doctor Mauricio Pernía Reyes, con quien nos une toda una pasión por el Derecho Público desde hace muchos años.

El tema que tenemos que encarar es un tema de derecho comparado. Un par de reflexiones iniciales que podemos tener en cuenta respecto de cualquier cuestión de derecho comparado tienen que ver, primero, con lo que ocurrió con la visión de este tema desde Argentina, el estatus o la forma en que la jurisprudencia del máximo tribunal de nuestro país acude y ha acudido a la experiencia jurisprudencial y al derecho estadounidense desde sus más tempranos años. Estoy hablando de la etapa fundacional, a partir de 1853-1860. Ya se ha verificado un contacto cercano con bibliografía estadounidense; desde esa época se mandaban a traducir obras clásicas de derecho estadounidense. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina acudía a esa bibliografía, que a su vez reflejaba jurisprudencia. Este es un trasfondo que, desconozco cómo es la situación en Venezuela, pero, por lo menos, en Argentina ha habido una suerte de bienvenida que se le ha dado siempre, desde la perspectiva del máximo tribunal, a las interpretaciones de su par estadounidense.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta obras como la de Friedrich, de 1966, “El impacto del constitucionalismo estadounidense en el resto del mundo”. En ese libro, “el resto del mundo” también incluye a la Argentina, lo cual marca un poco la postura de las interpretaciones de aquel tribunal y del constitucionalismo estadounidense en nuestro país.

Para encarar cualquier tema de derecho comparado, tenemos que tener en cuenta el riesgo que plantea Watson en su obra de 1974, “Los trasplantes legales: un enfoque al derecho comparado”. Tiene que ver con que podemos estudiar la experiencia del derecho comparado, pero tenemos

que tener en cuenta todo el resto de la película que rodea a ese hallazgo, a efectos de no incurrir en experiencias que puedan significar un desacomodamiento respecto del contexto en el cual uno quiere traer un determinado hallazgo de derecho comparado.

Con todas esas reservas, creo que podemos encarar la cuestión de las órdenes ejecutivas en forma comparada, primero respecto de las proclamaciones (que son una figura distinta) y, en segundo lugar, desde los poderes del presidente en un ordenamiento donde hay un Poder Ejecutivo, un titular del Poder Ejecutivo que es el presidente de la Nación, y qué se espera del ejercicio de las competencias por parte del presidente. Esto adquiere muchísima importancia, obviamente, no solo cuando se trata de decisiones de alcance particular, sino, creo, que es más importante aun cuando se trata de decisiones de alcance general.

Acá, en Argentina, esas decisiones del presidente se llaman decretos. Hay un régimen en la Constitución misma que clasifica esos decretos en cuatro clases (después podemos detallarlas), que son propias del ordenamiento constitucional nuestro. Detrás de eso está lo que se llama el poder reglamentario del presidente, que es de origen francés y está incorporado a nuestra cultura jurídica aquí en Argentina. Esas cuatro clases de decretos, para estas decisiones de alcance general, son: decretos autónomos, de ejecución, delegados o de necesidad y urgencia. El artículo 99, incisos 1, 2 y 3, y el artículo 76 de la Constitución son las bases para poder encarar, creo yo, en forma suficiente, el estudio de las órdenes ejecutivas del presidente estadounidense, que tiene poderes que no son simétricos con los de Argentina.

La Constitución estadounidense solamente menciona la “*Take Care Clause*” (cláusula de cuidado). El presidente tiene otros poderes, pero expresamente tiene que cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas. A partir de ahí, toda la experiencia que surge sobre qué se puede hacer por medio de órdenes ejecutivas viene a ser práctica jurisprudencial y práctica histórica.

Mauricio Pernía Reyes

Quiero agradecer a la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo por esta amable invitación. Es un honor para mí compartir con la profesora Estela Sacristán este espacio con todos los que lo ven ahora y con los que lo vean en diferido.

Fíjense el interés que resulta para la región. El modelo estadounidense es clave desde el propio surgimiento del constitucionalismo estadounidense y por cómo impactó en el resto de América y en el ámbito global. Uno de esos elementos es precisamente la actuación del Poder Ejecutivo, porque las matizaciones que están en el resto de las

constituciones, particularmente en Iberoamérica, dan para un gran diálogo comparado.

En Venezuela, los actos del Ejecutivo previstos en la Constitución de 1999 y su control judicial han desarrollado una tradición en el constitucionalismo venezolano y permiten identificar claramente la premisa con la que quiero iniciar, y es que hay una clara raigambre constitucional, es decir, están previstos en el texto constitucional, diseminados en el modo en el que el constituyente decidió establecer las competencias de los órganos del Poder Público, y en cómo la jurisprudencia se ha comportado frente a ello. Pongamos un ejemplo: el artículo 156 constitucional establece un gran elenco de competencias del Poder Público Nacional; luego, en los capítulos siguientes, cuando ya habla del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral, va concretando aquellas que ya había señalado en el artículo 156. Se puede ver con claridad en ese listado que tiene el presidente de la República una discriminación clara entre, por ejemplo, actos con rango, fuerza y valor de ley; decretos de estado de excepción; actos de gobierno o actos gubernativos (como los llama generalmente nuestra jurisprudencia); actos de naturaleza normativa (dictar un reglamento es otro acto propio del Ejecutivo, también controlable por el Poder Judicial); y aquella actuación que se controla ya no por la jurisdicción constitucional y que no es de ejecución directa e inmediata de la Constitución, sino indirecta y mediata de ella, porque media entre el acto y la Constitución una ley, que son los actos administrativos de efectos generales y particulares.

Hay una caracterización en la que vemos un elenco constitucionalizado y claramente determinado. Ese es el primer elemento comparativo que tenemos desde Iberoamérica respecto al modelo estadounidense, donde ha sido gran parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte la que empieza a darle contenido para valorar cuándo estamos o no frente a un acto dictado dentro de la competencia del presidente de los Estados Unidos.

Moderadora

Yo quiero preguntarles algo muy básico, porque este evento se dirige no solamente a los miembros de AVEDA, sino también a estudiantes: ¿hay una diferencia estructural entre el sistema americano, el venezolano y el argentino en el sentido del principio de legalidad? El profesor Mauricio un poco lo plantea diciendo que hay decretos que son de ejecución directa de la Constitución (como los decretos-leyes y los decretos de estado de excepción), pero hay decretos que son de rango sublegal. Ahí el límite viene dado porque las competencias del presidente solo pueden ser de segundo grado, o sea, los decretos solo podrían ser de ejecución indirecta de la Constitución.

A mí me da la impresión de que, si no nos referimos a la excepción (que para nosotros son los decretos que ejecutan directamente la Constitución), en Estados Unidos el presidente no tiene ese límite del principio de legalidad. Es un sistema más constitucionalista que legicentrista. No sé cómo es el tema en Argentina, porque me quedó la duda cuando la profesora hablaba de los cuatro tipos de decretos. Estos decretos son en el marco de las competencias, obviamente, pero ¿pueden ser decretos en los que no exista una ley previa que atribuya la facultad al Ejecutivo de actuar?

Estela Sacristán

Sí. En la experiencia argentina, tenemos decretos autónomos que no requieren una ley previa; decretos reglamentarios o de ejecución, que sí reglamentan o ejecutan una ley; decretos delegados, que son ejercicio de la delegación dada en una ley; y decretos de necesidad y urgencia (DNU), que son de una larguísima tradición en Argentina, desde los primeros años de la formación constitucional argentina. En 1994, en virtud de las experiencias que había habido, se decidió incorporarlos a la Constitución, donde quedaron consagrados. Luego sobrevino una ley reglamentaria que estableció el régimen de los DNU.

Entre la práctica antiquísima que tenemos y lo que la ley manda hacer o permite hacer desde el punto de vista de la aprobación, hay una larga tradición en Argentina de la aprobación congresional posterior al dictado del decreto de urgencia, tradición que, si uno se pone a mirar con mucho detenimiento, no podría asegurar que se hubiera producido en el 100 % de los casos hasta 1994, pero sí puede afirmarse que en el pasado más reciente anterior a 1994 había habido una tradición de aprobación expresa y también de aprobación tácita (criterio que en ese momento adoptó la Corte Suprema). Sobrevino la reforma y quedamos allí en la cuestión de si tenía que haber o no una expresa aprobación por parte de una comisión bicameral. Hay un trabajo político, no solamente jurídico, detrás del dictado de cada DNU, y una práctica jurisprudencial. No siempre ha habido, incluso después de 1994, una actitud de expresa tarea de discusión y aprobación para un DNU.

En 1994 había habido fuerzas políticas que se habían opuesto de manera muy marcada tanto a lo que había habido como jurisprudencia hasta ese momento en materia de DNU como también en materia de delegación legislativa. Hay todo un sector del constitucionalismo que rechaza la delegación legislativa y es bastante crítico respecto de la existencia de los DNU. Desde la escuela administrativista, yo soy discípula del doctor Juan Carlos Cassagne, me he doctorado bajo su dirección, y lo que entendemos es que los institutos han sido utilizados, existe una riquísima fuente jurisprudencial tanto anterior como posterior a 1994, y creo que no podríamos negar lo que ha sido una práctica antiquísima. En la medida en que

tenemos un eventual control judicial, no tenemos que rechazar automáticamente los decretos delegados o los decretos de necesidad y urgencia, que son los que aparentemente más nerviosismo, podrían causar en la órbita constitucionalista.

Creo que hay un dato importante para tener en cuenta. Así como en Argentina hemos mirado a Estados Unidos en materia de delegación legislativa y de estas decisiones del poder ejecutivo, tenemos que tener en cuenta que no podemos trasplantar en forma automática el esquema de las *executive orders*, prescindiendo de las *proclamations*. ¿Por qué lo digo? Porque las *executive orders* son intrínsecamente decisiones de tenor interorgánico; están dirigidas por el presidente a alguna *agency*, que es la que tiene que llevar adelante lo que dice esa orden ejecutiva, sin perjuicio de que eventualmente las decisiones redunden o impacten en los terceros particulares, en los administrados, en la ciudadanía. Distinto es el supuesto de las *proclamations*. Las órdenes ejecutivas siempre terminan con una fórmula que dice: “La presente decisión no implica crear un derecho subjetivo que brinde posibilidad de reclamar ante el Estado”; en cambio, las *proclamations* sí están dirigidas a la ciudadanía en general. En este punto sigo tanto al doctor Cassagne como al doctor Brewer-Carías y a todos los que han estudiado la cuestión. Las *proclamations* sí inciden o impactan directamente en la ciudadanía. Hay *proclamations* más “inocuas” (una semana de celebración, el mes de tal otra cosa, de tipo conmemorativo), y después nos podemos encontrar con *proclamations* más “sustanciales”: cuestiones de comercio o de policy, que son bastante más relevantes que las *executive orders*.

Ambos tipos de decisiones se publican en el *Federal Register*. Aparecen automáticamente; uno se puede anotar y las recibe en el acto por correo electrónico. El sistema es totalmente transparente. Desde tiempo inmemorial en que comenzaron a dictarse, ambas están prácticamente todas publicadas y consultables en línea. Se empezaron a publicar en la época de Roosevelt. Roosevelt se enfrenta con la crisis de Estados Unidos, con la corrida bancaria y la caída de la economía. Venían con un esquema de patrón oro, toma distintas decisiones, fija un feriado bancario y se abandona el patrón oro. A partir de ahí, Roosevelt tiene que tomar toda una serie de medidas, que adopta mediante orden ejecutiva. En esa época todavía no existía el sistema de publicación de las normas; recién a partir de Roosevelt, en 1937, se empiezan a publicar todas ellas y se arma todo el esquema del *Federal Register*. Las anteriores no están en el *Federal Register*; hay que buscarlas en otras páginas (de dos universidades). Se pueden rastrear mucho más atrás, desde el momento fundacional de la historia de Estados Unidos. Todas están publicadas, pero no todas en el *Federal Register*, porque se empezaron a publicar recién cuando se creó el sistema, aproximadamente en 1937.

Creo que hay que mirar ambas instituciones, tanto las *executive orders* como las *proclamations*, porque las *proclamations* sustantivas (de comercio o las que fijan políticas) son de tenor mucho más importante que las órdenes ejecutivas, que están siempre dirigidas a una *agency*, a un órgano o ente que está ahí en la Administración. Acá, en Argentina, tenemos esa diferenciación también. Tenemos decretos que dicta el presidente sin que haya una ley previa (decreto de necesidad y urgencia, en la medida en que haya necesidad y urgencia), y tenemos, al mismo tiempo, un régimen de decisiones interorgánicas. El presidente puede dictar una medida que impacte en un determinado órgano o ente, sin perjuicio de que eventualmente esa medida redunde o impacte también en el mundo de los particulares.

Mauricio Pernía Reyes

Traía a la memoria lo que señalaba la doctora Estela Sacristán con relación a la sustancia que puede haber entre las *proclamations* y las órdenes ejecutivas, en tanto que a veces conviene ver cuál es el contenido y luego el impacto, que puede variar sustancialmente. En Venezuela, en materia de principio de legalidad o de ajustarse a un instrumento previo que regule esa toma de decisión, en efecto, tanto la Constitución tiene este listado al cual hacíamos comentarios hace un instante, como también la ley. Por ejemplo, hay casos en los cuales hay actos que son de ejecución directa e inmediata de la Constitución en los que no media ley, pero otros en los que, aun cuando son de ejecución directa e inmediata de la Constitución, hay una ley de por medio. Pensemos en los actos de estado de excepción: la facultad para dictarlos la tiene el presidente de la República como poder ejecutivo, pero existe la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción que regula cuándo se deben dictar y cómo se deben dictar. Eso pudiera generar confusión y llevar a pensar que, por ello, el control judicial iría a la Sala Político-Administrativa porque está en ejecución de una ley, pero no es así; va a la Sala Constitucional, en tanto está ejecutando directamente la Constitución, aun cuando exista ley.

Hay otros casos referidos a cuando hay una ley que media, y el acto siempre va a ser de rango sublegal; es decir, siempre va a ser conocido por la Sala Político-Administrativa. Así como decía la doctora Sacristán, pueden estar dirigidos a un órgano concreto o a un ente de la Administración descentralizada funcionalmente; dicho de otro modo, puede estar dirigido a un ministerio, a un ministro en particular. Pensemos en un área que la doctora conoce muy bien, que es el ámbito minero. En minería, en Venezuela, el ejecutivo decretó una reserva al Estado del oro y otros minerales estratégicos; esa reserva se hizo mediante un decreto con rango y fuerza de ley, habilitado por el poder legislativo; luego dictó un conjunto de decretos dirigidos a otros órganos de la Administración Pública, en este caso al ministerio competente en el ramo, mediante los cuales le asignó un territorio en particular para desarrollar actividades mineras.

Luego este sí puede desarrollar otras actividades que tienen impacto en el dinamismo de los actores de la actividad minera, bien sean empresas estatales, empresas privadas o comunidades mineras. Fíjense cómo, en efecto, hay actos que ejecutan directamente la Constitución con ley, sin ley, o aquellos que van dirigidos a actores específicos, es decir, a figuras de la Administración Pública.

En el modelo estadounidense muchas veces se puede presumir si son actos inherentes, explícitos del ejecutivo, o actos implícitos con ocasión de las competencias que tiene. Probablemente, en el modelo iberoamericano solemos trabajar con más cláusulas específicas que podamos controlar de inmediato; es decir, que haya renglones que establezcan el principio de legalidad en sentido amplio o el principio de juridicidad, para salir de la palabra “ley”. Todo aquello que sea bloque de constitucionalidad o bloque de la legalidad constituye el parámetro con el que generalmente el poder judicial va a contrastar el acto, y allí probablemente está el valor comparado de este comentario.

Moderadora

Yo tengo que insistir en esto. Así como hay un abandono del legicentrismo (la primacía de la ley frente a la Constitución) en materia de protección de los derechos fundamentales, lo cual ha llevado a un replanteamiento del control judicial, porque ya no es una cuestión de determinar si la Administración se ajustó simplemente a la ley, sino que se puede ir directo al tema constitucional, a mí me da la impresión de que en esta materia de actuación del ejecutivo se va produciendo lo mismo, pero a la inversa: es menos garantista; es todo lo contrario, porque, al menos en nuestro sistema, la importancia del principio de legalidad es precisamente lo que limita la acción del gobierno.

El profesor Mauricio mencionó el artículo 156 (competencias del presidente de la República). Por ejemplo, en materia de naturalización, el presidente tiene competencia, pero eso no quiere decir que pueda dictar directamente decretos en materia de naturalización; si va a dictar una norma en materia de naturalización que toque derechos fundamentales, tiene que haber una ley previa, a menos que exista un estado de emergencia o una delegación. La tendencia que yo observo en los gobiernos que no son tan respetuosos del ordenamiento jurídico es tratar de asumir el poder regulador por vía de estos dos mecanismos de excepción, como ha ocurrido en Venezuela en los últimos años, donde estamos entre leyes delegadas y estados de emergencia, en una situación en la que el presidente de la República dicta decretos con rango y fuerza de ley. Si esa situación excepcional no existiera, tendría que haber intervención del legislador.

Mi pregunta es. En Estados Unidos, me da la impresión de que es distinto, que el presidente, dentro de ese ámbito de competencias que tiene, puede directamente dictar sus *proclamations* o sus órdenes ejecutivas, y

luego viene la jurisprudencia (como dice la doctora Sacristán) a controlar qué es efectivamente lo que puede hacer o no puede hacer el presidente. Pero no hay esa rigurosidad de que, si no existe una ley, el presidente no pueda dictar medidas que impacten en las esferas jurídicas de los particulares.

Estela Sacristán

Yo creo que hay dos reflexiones que se pueden hacer. En primer lugar, en Estados Unidos, lo que yo sí advierto es una gran obediencia de los distintos poderes ante las interpretaciones de la Corte Suprema. Miremos cuántas decisiones del poder ejecutivo por delegación legislativa se pudieron haber dejado sin efecto desde los años 30 hasta el presente; veamos cuántas órdenes ejecutivas se han invalidado desde el caso *Youngstown* hasta el presente. Miremos, por el contrario, a Argentina, donde el poder ejecutivo a veces parece un alumno más rebelde que tarda en aprender las cosas. Yo creo que allá tienen mucha más conciencia de los límites que pone la Corte Suprema.

Y esto es pura práctica porque en Argentina tenemos ley para cada cuestión, pero en Estados Unidos apenas si tenemos para el presidente la *take care clause*, es decir, la cláusula de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas, y el resto es interpretación. Hay una especie de código de estas órdenes ejecutivas que está en el caso *Youngstown*, que tiene tres supuestos que sirven como orientación.

Primer supuesto, hay una autorización congresional. Eso brinda un resultado en el que los poderes del poder ejecutivo se encuentran en su máximo nivel. Cuando hay delegación, hay una interpretación a favor de lo que está haciendo el poder ejecutivo, porque hay esa autorización congresional.

Segundo supuesto, silencio congresional. El Congreso no hizo nada, no delegó, ni autorizó, ni adoptó decisión alguna. Aquí es donde se mira a lo que desde el derecho administrativo llamamos los poderes inherentes del poder ejecutivo (los constitucionalistas dirían, los poderes propios o los establecidos en la Constitución a favor del presidente). Ese es un segundo supuesto en el cual la presencia de estos poderes inherentes va a ser muy importante.

Tercer supuesto, ya ha habido una manifestación congresional, es decir, algún tipo de decisión del Congreso. Ahí los poderes del poder ejecutivo, cuando se los interpreta, están en un mínimo porque ya ha habido esa manifestación. Si van en el mismo sentido, perfecto; pero si van en contra, va a ser muy desfavorable a los efectos de la convalidación de la medida.

Ese esquema fue acogido incluso por la Corte Argentina, que en el caso Peralta de 1990 (antes de la reforma), como parte del razonamiento

para interpretar un DNU, consideró que se trataba de un razonamiento muy rico en posibilidades. Este procedía de un tribunal al cual la Corte Suprema Argentina ha mirado de tanto en tanto, pero no fue exactamente lo que incidió en la reforma de 1994, cuando se constitucionalizó esta figura, ni fue lo que terminó viéndose reflejado en la Constitución. Es una pena, porque en realidad este esquema venía desde muchísimos años atrás. Hubo una primera etapa que yo diría que era la de buscar la condicionalidad y, después, cuando apareció el precedente *Youngstown*, el esquema fue el de *Youngstown*, que fue reiterado en varios fallos como fuente de una sistematización. Pero no siempre las reformas constitucionales reflejan lo que a veces es práctico; a veces son políticas y las políticas, a veces, no coinciden con la práctica jurisprudencial.

Hay también un problema de aversión hacia la jurisprudencia estadounidense. Hay, a veces, pasión y, a veces, aversión. En el caso de la reforma de 1994, todo lo que fue experiencia jurisprudencial estadounidense para Argentina, a pesar de toda la tradición que había, fue rechazado.

Mauricio Pernía Reyes

Recordaba lo que hace mención la doctora Estela Sacristán sobre el impacto que tuvo *Youngstown* para medir la intensidad, la cercanía que va a tener con los poderes inherentes del Ejecutivo o la distancia frente a ellos, transversalizado por el comportamiento que haya asumido o asuma el Congreso de Estados Unidos. Si se ha pronunciado a favor de algo, el control judicial va a entender que, además de que ello está dentro de los poderes inherentes del Ejecutivo, la actuación se considera válida en tanto no hubo una oposición previa, porque el Congreso guardó silencio o porque, una vez que la orden se ha emitido, no se ha producido oposición.

Hay una decisión de este año en la que se dictó una orden ejecutiva que adopta medidas inmediatas para incrementar la producción minera en Estados Unidos. Esto coincide, curiosamente, con un yacimiento de cobre sobre el que existe un parque nacional ya protegido, pero sobre el cual también pesan derechos religiosos, porque es un lugar de culto de la tribu Apache. Cuando se dictó la orden ejecutiva, muchos pretendían o pensaban que iba a ser rápidamente impugnada con ocasión de esas capas normativas que recaían sobre ella y que, probablemente, iban a impedir ese proyecto. Sin embargo, como el Congreso también está de acuerdo en incrementar y asegurar la cadena de suministros de materias primas, la medida ha seguido adelante. Ya se traspasó ese territorio a una compañía minera, se le simplificaron los trámites administrativos y se les otorgó acceso a recursos. Ha sido una prueba de cómo *Youngstown* sigue vigente.

En nuestro modelo, tan cerrado y con tantas bases legales, gran parte de las decisiones del Ejecutivo viene antecedida por un conjunto de considerandos que constituyen el componente de su motivación. Siempre vamos a encontrar, en primer lugar, la base legal, la fuente que le permite al Ejecutivo dictar esa medida, bien sea constitucional y, posteriormente, legal.

Moderadora

Hay una pregunta de la profesora Alicia Monagas. Dice: “Considerando la declaración de emergencia pública y el gran número de decretos de necesidad y urgencia (DNU) emitidos por el Poder Ejecutivo en Argentina, ¿cuál es el rol actual de la Corte Suprema de Justicia Argentina en el control de constitucionalidad de esos DNU? ¿Cómo se equilibra este control con el principio de necesidad y urgencia invocado por el Gobierno?”.

Estela Sacristán

Lo obvio es que se llega hasta la instancia de la Corte Suprema, que es el máximo tribunal de justicia argentino, en la medida en que se den los requisitos comunes para que haya una revisión judicial. Acá es clave que exista un legitimado, que haya un caso o controversia, que no sea una cuestión política, que no sea una cuestión abstracta y que no sea una cuestión inmadura; en definitiva, todos los requisitos que debemos tener presentes a efectos de esa revisión judicial. La revisión judicial en esta materia es una garantía; es la última garantía que nosotros tenemos a efectos del control de estas medidas. Esa es la clave, más allá de todo lo que podamos proponer desde el punto de vista interpretativo.

Argentina tiene una tradición sólida. Ha habido casos más importantes y casos menos importantes de DNU que ha revisado la Corte Suprema. Esa es la garantía que tiene toda la ciudadanía de contar con una instancia de revisión judicial. Creo que esa es la clave, más allá de la composición o de lo que ha ocurrido a lo largo de la historia del tribunal; esa es la garantía que todos los ciudadanos tenemos.

Mauricio Pernía Reyes

Traía a la memoria el constitucionalismo venezolano, específicamente los decretos leyes o actos con rango y fuerza de ley que puede dictar el presidente previa ley habilitante. La Constitución de 1961 hablaba de delegar materias por emergencia económica o financiera; el presidente podía dictar actos con rango y fuerza de ley en esas materias. Luego hubo un cambio pendular en el constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999 incorporó una amplitud sin límites; es decir, el Poder Legislativo podía delegar al presidente de la República no solo la facultad de dictar actos en materia de emergencia económica o financiera, sino en todas las áreas, lo que supuso un problema para el control judicial inicial –estamos hablando de la primera década de este siglo–.

Cuando se delega, los primeros ejercicios de leyes habilitantes para el presidente de la República, dice la Constitución, se harán por ámbitos. Entonces, por ejemplo, se delega al presidente el ámbito de la economía, el ámbito de la ciudadanía, el de los servicios públicos... Se rompió ese esquema cerrado de la Constitución de 1961 y pasó a ser un modelo sin límites. El primer problema que ello trajo fue el siguiente: ¿qué ocurría cuando había materias protegidas por la reserva legal, es decir, materias en las cuales tiene que existir una ley en sentido formal –que cumpla con el procedimiento previsto en la Constitución– para proteger derechos y garantías constitucionales?

El control judicial, tratándose de un acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución, correspondió a la Sala Constitucional, que es la encargada de valorar esta materia. Esta ratificó lo que señala la Constitución, que el modelo de reserva legal no aplicaba cuando el presidente ya tenía la competencia delegada, porque se entendía que el propio ejercicio de la ley habilitante –que requiere las tres quintas partes del Congreso o de la Asamblea Nacional– permitía abordar materias para las cuales, en principio, se requerían leyes formales.

Este es un cambio muy importante en las competencias del Ejecutivo, porque lo que hizo fue desdibujar límites. Las sucesivas leyes habilitantes de los últimos veinte años dieron lugar a que la producción normativa con rango de ley en Venezuela fuese realizada por el Ejecutivo y no por el Legislativo. Eso sigue vigente hasta hoy porque, en los últimos años, también se han decretado numerosos estados de excepción, principalmente en materia económica. El control judicial ha quedado, fundamentalmente, para ratificar la validez de esa actuación y permitir que continúe.

Moderadora

Yo escribí un librito, cuando estaba en Oxford, sobre legislación presidencial y separación de poderes en Venezuela. Pero fíjate, Mauricio, que yo tengo una interpretación distinta de ese artículo constitucional. Ciertamente, se eliminó la limitación a la materia económica y financiera porque, en la práctica, ocurría que el presidente iba más allá de esa materia y, por fuerza de los hechos, en la nueva Constitución se eliminó ese límite.

Pero cuando la Constitución señala que la ley habilitante tiene que establecer los propósitos y el marco –utiliza precisamente la palabra “marco”–, para mí ese es un límite mayor, porque convierte a la ley habilitante en una ley marco. De ese modo, ya no se trata de una mera autorización, sino de una ley base en función de la cual el presidente puede posteriormente dictar actos con rango y fuerza de ley.

Lo importante aquí es lo que destaca el profesor Mauricio. Independientemente de lo que diga la Constitución, la realidad es que, en Venezuela, durante los últimos años, bien por habilitaciones, bien por estados

de emergencia, la producción normativa la realiza el presidente de la República y no el Congreso.

Ahí vuelvo con mi pregunta. Esa distinción entre *proclamations* y órdenes ejecutivas me pareció muy interesante. La orden ejecutiva va dirigida hacia otros órganos o entes; es una decisión interorgánica. Las *proclamations*, en cambio, no lo son. En el caso de las *proclamations*, que ahora entiendo son las que llegan directamente a afectar a los ciudadanos, ¿el presidente puede dictarlas en materias comprendidas dentro de sus competencias sin necesidad de que exista una ley previa?

Estela Sacristán

Claro, sí.

Moderadora

¿Y el control que hace la jurisprudencia es de constitucionalidad de esas *proclamations*?

Estela Sacristán

Si es que llegan a la jurisprudencia. Esto lo enseña el Federal Judicial Center, que es el organismo encargado de formar a los futuros jueces federales. Enseña que la jurisprudencia en materia de control de órdenes ejecutivas y *proclamations* es muy deferente.

Tenemos que tener en cuenta una cuestión que, para Argentina o tal vez para Venezuela, es distinta: el plano temporal. Nosotros estamos acostumbrados, por lo menos en Argentina, a que, a veces, se dicta un decreto de necesidad y urgencia y veinte años después sigue vigente. En Estados Unidos la dinámica es muy distinta. Apenas asume un presidente – los períodos presidenciales son más breves –, deja sin efecto las órdenes ejecutivas o *proclamations* del presidente anterior, dicta otras, y todo eso ocurre antes de que, eventualmente, pueda llegarse a la instancia de revisión judicial. Para entonces, a lo mejor ya cambiamos de presidente. Tienen una vida mucho más efímera; un peso específico más fuerte, pero una duración mucho más breve.

Yo estuve leyendo cuando fue el tema de las desregulaciones. Se cambió de un día para otro. Es una decisión política que toma el poder ejecutivo al disponer que los órganos y entes de la Administración no sigan adelante. Eventualmente, si tenemos que pensar en una impugnación judicial, vean ustedes que hay citas en línea donde aparecen las impugnaciones en sede judicial de las órdenes ejecutivas de Trump. ¿Cuántas han sido exitosas ante el máximo tribunal del país hasta el día de hoy? Cero. Hay mucho ruido en el momento de la impugnación, mucho ruido en los titulares de los diarios. Ahora estamos esperando que la Corte decida el tema de las tarifas aduaneras. Ese era el caso más avanzado. Son cuatro casos aduaneros, de los cuales saldrá la decisión correspondiente; ese era

el caso de revisión judicial más avanzado o más madurado con respecto a órdenes ejecutivas de Trump en materia aduanera. El resto se disuelve en las instancias anteriores. No ha habido, repito, un éxito judicial ante el máximo tribunal del país en un caso de impugnación de una orden ejecutiva del actual presidente estadounidense, más allá de los titulares, que creo que van por otro lado (corresponden a la comunicación y a cómo se refleja ante la ciudadanía aquello que puede atacarse respecto de lo que decidió un presidente). Son cosas distintas. El peso de esas decisiones de la Suprema Corte estadounidense, por lo menos no sé si en Venezuela, pero sí en Argentina, respecto de cómo se interpreta que tiene que ser una orden ejecutiva en materia de tarifas aduaneras (si se convalida o no), lo estamos esperando ahora.

Moderadora

Ese es un punto importante que usted acaba de señalar. El control judicial de las órdenes ejecutivas no es únicamente el que ejerce la Corte Suprema de Justicia; hay otras instancias que también ejercen control y hay decisiones que son absolutamente contradictorias. En un estado pueden decir que la orden ejecutiva vale y en otro estado decir que no.

Estela Sacristán

Trump vetó las *nationwide injunctions* (las suspensiones con efecto nacional). Eso lo vetó. Tuvimos un supuesto similar hace años en un caso en Mendoza y también se dijo que no podían tener efecto nacional porque eso sería legislar; el tribunal legisla.

Moderadora

En nuestro caso sí iría todo al Supremo Tribunal porque, en nuestra legislación y desde el punto de vista de la organización del poder judicial constitucional y legal, la revisión de los actos del presidente solo puede ser realizada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional. Hay un poquito más de unidad en la decisión que en el caso de Estados Unidos, donde al final es lo que diga la Corte, pero ciertamente, en ciertas instancias temporales, uno siente mucho desorden por las decisiones judiciales que se producen en sentido contradictorio.

Mauricio Pernía Reyes

En efecto, el control difuso estadounidense va por materias y, como no hay contencioso administrativo, los tribunales pueden, en cualquier estado, revisarla de acuerdo con lo que se impugna. En el caso venezolano, la labor de la acción judicial o de control judicial ha sido la de la convalidación permanente de los actos del ejecutivo. Esta convalidación permanente, con todo lo que la doctrina pueda señalar de los riesgos que se han corrido, en tanto que hay decisiones que efectivamente no ha podido tomar el Ejecutivo Nacional porque excedían sus competencias o eran

francamente inconstitucionales, ha tenido la convalidación del máximo órgano. Ese es el historial. Pero si nosotros nos vamos a la letra de la Constitución, queda claro que hay un conjunto de límites que no debían sobrepasarse y, probablemente, en ese modelo concentrado de control constitucional que tenemos, efectivamente habría que revisar en el futuro aquellas decisiones que tengan un impacto directo en los ciudadanos, que hayan cambiado o limitado derechos y garantías constitucionales. Eso es objeto de revisión, porque en muchos casos no hay caducidad frente a este tipo de decisiones.

Moderadora

Doctora, en el caso de las deportaciones masivas que prácticamente no llevan ningún tipo de procedimiento, se produjeron decisiones judiciales en contra de ese proceder. ¿Hubo algún pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia estadounidense o está pendiente alguna decisión?

Estela Sacristán

Tiene una decisión cautelar; tendrá que verse en el fondo lo que pasó. Lo que pasa es que, en materia de inmigración y de relaciones exteriores, es antiquísima la jurisprudencia que sostiene decisiones del poder ejecutivo en esa materia. Desde el caso Curtiss-Wright, hay montones de casos; es jurisprudencia más o menos uniforme o predecible. Eso convive con el fallo Chadha y la prohibición de veto legislativo. En materia de inmigración, es como que se da vuelta. Hay todo un tema de seguridad, en sentido amplio, detrás de la cuestión de qué pasa con los inmigrantes irregulares.

Acá, en Argentina misma, una semana están aplicando la normativa sobre ingreso irregular y yo digo: no, no se aplicó antes; teníamos política de fronteras abiertas y ahora, de golpe, están aplicando el régimen para verificar si hay o no ingresos irregulares. ¿Qué es un ingreso irregular? Complicado, porque vienen con enfermedades, adicciones, etcétera. Como todo, muchas veces el devenir consiste en golpes de campana, épocas y épocas distintas. En los años noventa había un régimen de ingresos irregulares muy distinto al que existió en Argentina después de los años 2000 y distinto al que tenemos desde 2023 y 2024. Son distintos momentos. Es una cuestión de cómo aplicamos la ley; se va a aplicar, se va a poner en ejecución a través de decisiones del poder ejecutivo, y las decisiones del poder ejecutivo eventualmente van a ser revisadas judicialmente. En sede judicial se mirarán ciertas particularidades de forma más estricta o más restrictiva, o en otras épocas se las mirará en forma diferente. Son épocas.

Moderadora

Tenemos otra pregunta de la profesora Alicia Monagas. Dice: “Bajo la tesis de Giorgio Agamben sobre la normalización de la excepción y la

emergencia del soberano decisor, ¿cómo se comparan el uso masivo de los decretos de necesidad y urgencia (DNU) en Argentina y la recurrente declaración de estados de excepción en Venezuela como estrategias que desdibujan el orden constitucional y concentran el poder en el ejecutivo, acercándose al concepto y atentando contra la división de poderes?”.

Estela Sacristán

No se puede negar el poder reglamentario en cabeza del poder ejecutivo. El poder reglamentario el presidente lo tiene, por lo menos en Argentina. En Estados Unidos tiene poderes presidenciales. No podemos negar eso; forma parte del menú de la separación de poderes. Eventualmente es la revisión judicial la que va a venir a tachar o descalificar determinadas decisiones del poder ejecutivo, y si no son descalificadas son válidas.

El quid pasa por que esa actuación sea limitada, que esté dentro de la Constitución. No podemos tener un presidente estableciendo tributos o creando delitos; sería un despropósito. Pero, por fuera de eso, hay zonas amplias en las cuales el poder ejecutivo puede decidir y toma decisiones, sobre todo cuando hay momentos en que los poderes quedan trabados (un poder legislativo de un partido político mayoritario y un poder ejecutivo del partido político contrario). Llegamos a esa traba, a esa inmovilización, y hay que seguir adelante con el gobierno. Eventualmente siempre está la revisión judicial. Dados los requisitos, recaudos comunes, formales y sustanciales para que se ejerza el control, tiene que haber control y ese es el último filtro. El filtro no está en negar algo que existe, sino en que un tribunal es el que termina decidiendo si hay un caso o controversia, si hay un legitimado, si hay un agravio, si hay una inconstitucionalidad o no.

Ahí el peso pasa a ser importantísimo a favor de un poder judicial independiente. Si no tenemos un poder judicial independiente, no tenemos república. Ese es el eje. Con el control acotado al caso, con ese legitimado, sin tener a los jueces legislando, pero sí teniendo a los jueces como guardianes de la Constitución (que es el principal trabajo que tienen). Conozco la experiencia acá en Argentina a fondo, y hago votos porque en todo el planeta el poder judicial sea independiente. Hago votos por ello.

Mauricio Pernía Reyes

Lo suscribo. El constitucionalismo estadounidense tiene la frase de que los hombres no son ángeles; han de estar controlados por las reglas y hay que suponer que pueden cometer muchos errores. A falta de independencia judicial, no hay manera de que se declare ni siquiera un abuso de derecho. Cuando hay un uso excesivo y abusivo de reglas y arreglos constitucionales que se dieron para controlarse, pero que se desdibujan sin independencia judicial, ello da lugar a una declinatoria de sus propias

competencias por parte del órgano legislativo en favor del ejecutivo, y eso nos trae al presente en el caso venezolano.

Moderadora

Profesora Estela Sacristán, queremos agradecer nuevamente que haya aceptado acompañarnos en este diálogo iberoamericano con el profesor Mauricio Pernía Reyes. Ha sido muy interesante. A mí me apetece decir que es oírle a usted desde lo que es tener un Estado de derecho, frente a oírnos a nosotros desde lo que es el sufrimiento de no tenerlo. Las diferencias se han expresado el día de hoy. Desde la perspectiva de un Estado de derecho hay que reconocer las competencias, hay que aceptar que existen y pueden ser ejercidas, pero también hay que tener en cuenta que la existencia de un poder judicial independiente es la clave para que ese sistema funcione. Si falla esto, entonces estamos hablando no del ejercicio legítimo de unas competencias, sino de algo distinto.

En el chat la felicitan, el profesor Rafael Badell (presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales) y también el profesor Antonio Silva Aranguren (presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo).

Hoy es el último día (la última sesión) de los diálogos iberoamericanos. Tuvimos el lujo de tener a la profesora Sacristán y al profesor Pernía Reyes para cerrar nuestro año de diálogos iberoamericanos. Hacemos votos porque en el nuevo año podamos contar otra vez con la presencia de ustedes en cualquier otro evento de la Asociación. A todos, muchas gracias y que tengan un feliz resto del día.

AÑO CONMEMORATIVO

CELEBRACIÓN DEL AÑO CONMEMORATIVO A TOMÁS POLANCO ALCÁNTARA

Ponentes:

Antonio Silva Aranguren, Gabriel Ruan Santos, Rafael Arraiz Lucca y
Tomás Polanco Fernández

Fecha: 10 de diciembre de 2025

Antonio Silva Aranguren

Muy buenos días. Yo soy Antonio Silva Aranguren, actual presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, y es en esa condición temporal que estoy aquí acompañándolos en este acto de hoy, que constituye el cierre del año conmemorativo que dedica AVEDA al doctor Tomás Polanco Alcántara.

En AVEDA realizamos una serie de actos al año, la mayoría consistentes en charlas de tipo académico, algunas más dirigidas a la actividad profesional, que, en definitiva, giran en torno a temas del derecho administrativo y, en ocasiones, del derecho público en general. Todos los eventos de cada año los agrupamos bajo un nombre común, que es “año conmemorativo”, y ese año conmemorativo se dedica a un jurista importante; en este caso, como hemos dicho, al doctor Tomás Polanco Alcántara.

Desde el año 2021, el Consejo Directivo de AVEDA aprobó un acuerdo para crear este año conmemorativo, y se ha celebrado ya cuatro veces: en los años 2022, 2023, 2024 y 2025. En el año 2022, que fue el primero, se dedicó al profesor J. M. Hernández Ron, quien fue el primer tratadista de derecho administrativo en Venezuela y quien publicó, en 1937, su Tratado de Derecho Administrativo en dos tomos. Unos años más tarde lo publicó ampliado en tres tomos, constituyéndose durante muchísimo tiempo en el único tratado de derecho administrativo existente en Venezuela. Nos pareció una oportunidad ideal comenzar estas conmemoraciones dedicándole ese primer año a su memoria.

En el año 2023 le tocó el turno, no al primer autor de un tratado de derecho administrativo, sino al primer profesor de la asignatura autónoma denominada derecho administrativo en Venezuela, que fue Federico Urbano. En 1909 se creó en la Universidad Central de Venezuela la asignatura denominada Derecho Administrativo, que evidentemente ya se impartía con otros nombres y unida a otras asignaturas, pero nunca se había dictado de manera autónoma en nuestras universidades. Federico

Urbano fue quien tuvo la oportunidad de ser ese primer profesor de la asignatura, y a él le dedicamos el segundo año.

El año anterior, 2024, se dedicó a la memoria de Eloy Lares Martínez, bien conocido también por todos nosotros, y fue un año extraordinario que nos permitió recuperar buena parte de su producción bibliográfica.

Este año lo estamos dedicando a Tomás Polanco Alcántara. Una de las aportaciones que intenta hacer esta conmemoración no es solamente añadir su nombre a una serie de actos, sino también recoger y recuperar su producción bibliográfica. Cada año, AVEDA presenta una biblioteca virtual en la que se ha digitalizado la obra jurídica, en particular de derecho administrativo y derecho público, del autor que corresponda. En el caso del primer año conmemorativo, dedicado al doctor José Manuel Hernández Ron, se digitalizaron los cinco tomos de su tratado (los dos tomos de la primera edición y los tres tomos de la segunda edición). También se digitalizaron, en su oportunidad, las clases que el doctor Federico Urbano daba en la Universidad Central de Venezuela, y el año pasado pudimos incorporar a la página web de AVEDA la digitalización de la obra del doctor Eloy Lares Martínez. Este año haremos lo propio con la digitalización de la obra jurídica del doctor Tomás Polanco Alcántara, haciendo la advertencia de que se trata únicamente de la digitalización de la obra jurídica relacionada con el derecho público, porque bien sabemos –y lo dirán los ponentes que nos acompañan el día de hoy– que el otro Tomás Polanco Alcántara se extendió muchísimo más allá del mundo del derecho. A pesar de que siempre fue un jurista y se consideró un jurista, ante todo –recuerdo aquella obra que publicó, llamada “Yo, abogado de este domicilio”, interesantísima, de la que seguramente se hará alguna mención en alguna de las intervenciones de hoy–, fue un autor que se extendió mucho más allá del derecho administrativo. Nosotros hemos recuperado su producción bibliográfica, interesantísima en esta materia. Él es el autor, por ejemplo, del libro que ganó el primer premio Luis Sanojo, titulado justamente “La Administración Pública”, un libro que dejó de conocerse durante largo tiempo y que tendremos la oportunidad de recuperar con esta biblioteca virtual.

No quisiera decir nada más, porque quienes nos acompañan son los que realmente nos van a hablar de la figura y la obra de Tomás Polanco Alcántara. Pero no me resistí a la tentación de hacer una cita que he tomado del último libro publicado por Tomás Polanco Alcántara, publicado póstumamente y que tuve la oportunidad de recibir en versión digital. Es la versión en prosa que realizó del Fausto, de Goethe, correspondiente a la primera parte, una versión interesantísima. Sabía de su existencia porque había escuchado y leído que él había dejado trabajado ese material, pero que nunca se había publicado. Me quedé con la idea de que, efectivamente, nunca se publicó y, luego, tuve la sorpresa de que, no hace muchísimo tiempo, sí se publicó y pude leerlo.

Me pareció interesante mencionar algo que nos dice allí y que demuestra el talante y la disciplina que manejaba el doctor Tomás Polanco Alcántara. Él cuenta que no manejaba el idioma alemán, pero necesitaba saber si la versión que estaba trabajando –que era la traducción del doctor Izquierdo del Fausto– se correspondía efectivamente con el pensamiento original del autor. Necesitaba confirmarlo, pero, al no dominar el alemán, era difícil poder hacerlo; entonces buscó un método que no resulta nada sencillo, pero que sí resulta extraordinario. Comenta: “Ante la necesidad imperiosa de no separarme del pensamiento de Goethe y mi imposibilidad de recurrir directamente al texto alemán, utilicé un mecanismo que me ayudó a realizar la tarea. Preparé una colección de 16 versiones del Fausto en alemán, francés, inglés, italiano, portugués y español”. Hace una cita de cuáles son esas 16 versiones que pudo manejar y luego explica el método que utilizó. Nos dice: “Con este grupo de versiones en la mano, una vez que pasaba a prosa libre castellana cada trozo del texto versificado por el doctor Izquierdo –el doctor Izquierdo había hecho una traducción en verso de la primera parte del Fausto, y lo que hace Polanco es elaborar, a su vez, una versión en prosa de esa traducción en verso–, comprobaba con las distintas traducciones de mi poder si la forma como yo interpretaba lo escrito por Izquierdo era exactamente lo que había concebido Goethe”. Ese trabajo fue repetido en cada uno de los 4.612 versos de la obra y, por lo tanto, al repetirse las 16 versiones consultadas, originó casi 74.000 referencias directas. “La comparación de los distintos textos en diferentes lenguas, a pesar de las variantes indispensables de forma que exige cada idioma, permite llegar al convencimiento de que, si todas coinciden en un concepto, ese fue el concepto de Goethe. Lo demás era buscar la manera específica de decirlo. Semejante estudio comparativo me permitió constatar que el doctor Izquierdo captó con precisión el pensamiento de Goethe. Pretendo no haber sido infiel a ese mismo pensamiento”.

Insisto, me ha parecido una cita pertinente porque demuestra una perseverancia, pero además un ingenio increíble. Alguien que admite no tener la posibilidad de hacer el estudio directo con el texto original del autor que trabajaba –el Fausto–, pero que, al manejar varios idiomas, decidió recurrir nada menos que a 16 versiones de la obra para compararlas entre todas y llegar a una idea de cuál era realmente el pensamiento original del autor. Si no es esto extraordinario, no sé qué podría serlo.

No quisiera decir nada más para que los profesores que nos acompañan puedan decir aquello para lo cual los hemos invitado. Ellos han aceptado cordialmente esta invitación. Disculpen si me he extendido un poco más de lo que había pensado. Los dejo ahora con ustedes, y en particular con la doctora Sosa, que hará la moderación de este evento.

Moderadora. Cecilia Sosa Gómez

Un saludo a todos los que han venido a disfrutar de este evento. Gracias a las palabras introductorias de Antonio Silva Aranguren, presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo. Hoy tenemos un encuentro especial. Celebramos el año conmemorativo de 2025, dedicado a Tomás Polanco Alcántara, como ha hecho esta Asociación. Es decir, toda la actividad que se ha desarrollado durante este año ha estado dedicada a evocar la presencia y la obra de este gran jurista, embajador e historiador.

Creo que Tomás Polanco Alcántara desarrolló, al menos a mi criterio, dos pasiones. Una, ser un profesor de derecho administrativo de una calidad excepcional –profesor, por supuesto, de la UCV y de la UCAB; en el área del derecho público tenía un gran conocimiento–. La otra pasión fue utilizar su pluma para dedicarse a escribir biografías muy ligadas al tema histórico, con énfasis en esa materia. Recuerdo solamente que, hace muchísimos años, me lo encontré en la Librería Francesa, en Chacaíto, y seguramente andaba buscando autobiografías o, al menos, me comentó algo de eso que recuerdo, para poder diferenciar entre quien escribe una autobiografía sobre un tercero y quien escribe su propia autobiografía.

A través de esta edición vamos a tener la oportunidad de profundizar en el Polanco jurista, en el Polanco historiador, yo diría incluso escritor, diplomático y, por supuesto, en su faceta familiar, que nos va a decir mucho también de su personalidad.

La secuencia que vamos a seguir en esta sesión es la siguiente. En primer lugar, vamos a tener el honor de presentar a Gabriel Ruan Santos, destacado abogado venezolano, especialista en derecho tributario y derecho administrativo. Tiene una trayectoria amplísima; es miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y desarrolla una actividad académica intensa en varias universidades. Ha desempeñado cargos importantes: fue abogado de la Procuraduría General de la República, fue presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ha tenido un rol muy activo en la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y tiene una obra de gran influencia en Venezuela y en el continente.

Después tendremos a Rafael Arráiz Lucca, a quien presentaré en su momento, y posteriormente tendremos conversando con nosotros a Tomás Polanco Fernández, que también compartirá su visión sobre nuestro querido Tomás Polanco Alcántara.

Gabriel Ruan Santos

Muy buenos días a todos. Distinguidos directivos y miembros de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, apreciada doctora Cecilia Sosa y demás conferencistas que nos acompañan. Honorable familia Polanco Fernández. Señores y señoras.

Desde mi incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el 18 de mayo de 2004, para ocupar el sillón n.º 26 de esa corporación, vacante por el fallecimiento del académico Tomás Polanco Alcántara, he tenido la ocasión de referirme en varias oportunidades a su persona y a su obra en diversos campos del saber humano. Me he referido a él como persona y padre de familia, como venezolano, como caraqueño, como abogado, como profesor universitario, como administrativista, como diplomático, como escritor, como historiador del derecho y como biógrafo. A lo cual añadido que la biografía del doctor Tomás Polanco ha sido tratada finamente por varios autores, como Francisco López Herrera, Leopoldo Borjas, René de Sola, Rodrigo Eloy Lares, Roberto Lovera de Sola y Manuel Polanco Fernández.

En esta ocasión, aunque se trate de una reunión de profesionales del derecho público, prefiero enfocar la atención en todos aquellos aspectos que más han despertado mi interés por don Tomás desde hace muchos años.

Tomás Polanco Alcántara fue mi profesor de Derecho Administrativo Especial, materia en la cual fue pionero porque la abigarrada legislación administrativa de sus primeros tiempos profesionales fue el objeto de su laureada tesis de grado sobre la administración pública, galardonada con la primera edición del Premio Luis Sanojo, a la cual siguió su obra que lleva el mismo título del curso de Derecho Administrativo, publicada en 1959 por la Universidad Central de Venezuela, la cual puso orden a la enrevesada y dispersa normativa que regía la administración pública venezolana. Cabe señalar que él contó, en la elaboración de estos trabajos, nada menos que con la asesoría del profesor Antonio Moles Caubet y con los consejos del filósofo Juan David García Bacca. Confieso que esta obra me permitió aterrizar en el derecho venezolano las teorías del derecho administrativo francés e italiano que inundaban la materia del Derecho Administrativo General y colocaban al alumno en un mundo extraño a la realidad nacional.

Con posterioridad, Polanco escribió sobre numerosos temas del derecho administrativo moderno, sobre el control de la empresa bancaria, sobre el régimen de las comunicaciones, sobre la hacienda pública, sobre la libertad religiosa, sobre los derechos humanos, sobre la propiedad y sus transformaciones, sobre las limitaciones urbanísticas, sobre los poderes del juez contencioso-administrativo, sobre las nacionalizaciones del hierro y del petróleo, etcétera. Polanco intervino en la elaboración de muchas leyes. Destaco su participación en la redacción de ciertos capítulos de la gloriosa Constitución de 1961, en la cual colaboró con los profesores Antonio Moles Caubet y Manuel García Pelayo, así como también con el jurista uruguayo Enrique Sayagués Lazo, quienes eran asesores de la comisión bicameral que redactó el proyecto de Constitución.

Menciono también su anteproyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, llamado por la doctora Hildegard Rondón de Sansó “el proyecto Polanco”, en atención a su valioso aporte a la conformación de una legislación orgánica de los procedimientos ante la Administración Pública. En este trabajo, el doctor Polanco rescató la vieja experiencia de los doctores Pedro Guzmán y René Lépervanche Parparcén en la elaboración de frustrados proyectos legislativos en los años cuarenta y cincuenta del siglo XX. Este anteproyecto fue antecedente del anteproyecto de 1965, redactado en la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, coordinado por el doctor Allan Brewer Carías con la asesoría de juristas españoles.

En el ámbito de la docencia del derecho administrativo, Tomás Polanco formó parte de la generación heredera de los fundadores de la cátedra de la materia en la Universidad Central de Venezuela, es decir, de los profesores Federico Urbano, Federico Álvarez Feo, José Manuel Hernández Ron y Antonio Moles Caubet. En efecto, junto con los profesores Eloy Lares Martínez, Gonzalo Pérez Luciani y Luis Torrealba Narváez, Polanco fue de los profesores que sucedieron a los pioneros.

Un amplio espacio de la obra escrita de Polanco fue dedicado a la historia del derecho en Venezuela, como son sus numerosos trabajos sobre el legado jurídico de Simón Bolívar y de Andrés Bello, sobre la juridicidad del país después de la independencia, así como sobre la evolución del máximo tribunal de justicia desde la época colonial hasta la Corte Suprema de Justicia de fines del siglo XX. Muchos de esos trabajos fueron recogidos en su obra intitulada “Yo, abogado de este domicilio”, título que refleja la humildad del autor, quien siempre insistió en que él era, antes que todo, un abogado prestado a la docencia, a la diplomacia, a la judicatura, a la historia y a la escritura, a pesar de tener sobrados méritos para ser valorado con amplitud en estos últimos menesteres.

Muy fecunda fue la actividad de Polanco Alcántara en la diplomacia. En Chile tuvo cercanas relaciones con los presidentes Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende Gossens, vínculos con la comunidad académica y desarrolló estudios sobre la obra de Andrés Bello y la evolución de las instituciones políticas y jurídicas en Venezuela. En Ginebra tuvo una febril actividad frente a los cambios vertiginosos en las normas internacionales referentes a la salud, la protección de la mujer y del niño, el trabajo, el transporte, la utilización de las materias primas, la transferencia de tecnología, el comercio de invisibles, la defensa del medio ambiente y las comunicaciones, que luego penetrarían en el orden jurídico interno y se reflejarían en muchas de sus obras. En España conoció bien al general Francisco Franco, con quien trató en repetidas oportunidades sobre materias de interés bilateral, y, por otro lado, ahondó sus conocimientos sobre los antecedentes de nuestras instituciones y de nuestro idioma.

Como decía en mi acto de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el año 2004, Venezuela recibió con interés y luego con deleite el paso de Polanco a la escritura, como él mismo lo llamó, producto de una mutación espiritual. Aunque este paso se inició en Chile, sus mayores frutos se recogieron en la etapa final de su vida con su serie monumental de biografías de los principales personajes de nuestra historia. Polanco captó el carácter antropomórfico de la nación venezolana y, a través de los personajes biografiados, transmitió la historia de Venezuela.

En esta ocasión quisiera comentar libremente dos de sus obras biográficas más conocidas y elaboradas, que causaron en mí honda impresión y profunda admiración por el arduo trabajo de investigación, por el refinado estilo literario, por el detalle en la narración, por la amenidad del relato y, sobre todo, por la imparcialidad y justicia con la cual trató a los emblemáticos personajes biografiados. Me refiero a “Juan Vicente Gómez, aproximación a una biografía” y a “Guzmán Blanco, tragedia en seis partes y un epílogo”.

Polanco se ocupó de los malos y no solo de los buenos, de los próceres y de los villanos. Escribir sobre la historia de Venezuela con ecuanimidad y justicia siempre ha sido muy difícil porque, hasta años recientes, la historiografía oscilaba entre la epopeya de los héroes y la detracción absoluta de los personajes reprobables de nuestra historia, con criterio dogmático, como dijo el doctor Ramón J. Velázquez en el prólogo de “La caída del liberalismo amarillo”: dentro del cual se alaba y se condena sin términos medios. No se quiere ver la realidad en sus auténticos contornos. Pocos aceptan que en cada hombre y en cada situación la mezcla de lo malo y de lo bueno, de lo grandioso y de lo ridículo, forman el clima natural de la historia.

En Venezuela la historiografía ha sido de combate para imponer relatos ideológicos, políticos, regionales y hasta étnicos. A mi juicio, los enemigos de cada régimen imponen una leyenda negra acerca del mismo para provocar su caída, mientras que sus defensores implantan una leyenda dorada para asegurar su continuidad, con alejamiento de la verdad histórica y con el oscuro propósito de mantener la división entre los venezolanos. Pienso que hombres como Caracciolo Parra Pérez, Augusto Mijares, Mario Briceño Iragorry y Tomás Polanco Alcántara buscaron la unidad e integración nacional a través de su compromiso con la verdad histórica.

Decía Polanco: “No resulta fácil colocarse en una actitud imparcial frente a Gómez, porque casi siempre existen de por medio fuertes reacciones afectivas que, a pesar de haber pasado más de medio siglo de su muerte –cuando escribió su obra–, todavía no se han equilibrado”. Mientras preparaba este libro, decía Polanco, encontró personas de buena fe que le advirtieron con toda seriedad que el hecho de estudiar a Juan

Vicente Gómez era ya rendirle un homenaje y que él no merecía ninguno. Las advertencias y comentarios fueron tan numerosos, continuos, serios e importantes que llegó a considerar sensato desistir de su proyecto y desmontar la investigación que ya tenía muy avanzada. Sin embargo, Polanco se afianzó en una actitud diferente. Según él, “el escritor debe defender a toda costa su derecho a decir lo que quiera sobre el tema que libremente escoja. Y la forma de hacerlo es simplemente escribiendo sin vacilar ante presiones y controles”.

Continuó Polanco con su trabajo con plena conciencia de lo que pasaría, pues los gomecistas a ultranza “difícilmente admitirán los comentarios negativos que tiene que hacerse sobre Juan Vicente Gómez y su avaricia, crueldad y prepotencia; y los antigomecistas absolutos, liderados por la gente de la generación de 1928, condenarán con energía que se destaque la cierta e importante acción de su gobierno, cuando acabó con las guerras civiles, pagó la deuda pública, hizo por primera vez la comunicación menos difícil entre las diversas partes del territorio nacional, organizó el ejército y la hacienda pública, unificó el país e inició el control de la inmensa riqueza petrolera venezolana”.

En contraposición con destacados autores venezolanos, Polanco afirmaba que sería un gran error creer que la Venezuela de los treinta y seis primeros años del siglo XX se reduce a la tiranía de un hombre y, aún más, creer que nada se hizo y nadie destacó durante los años del gomecismo, pues sobran los hechos y pruebas en contra de esa creencia. En este aspecto, Polanco analizaba los hechos como un verdadero jurista, más que como un biógrafo.

Cabe destacar la diferencia conceptual que propone Polanco en su obra entre importancia y grandeza. La grandeza supone –decía– “especial categoría, actitud positiva, influencia creadora como en Bolívar, Beethoven o Cervantes. Lo importante es diferente. Puede o no estar unido a la grandeza. Se caracteriza por una influencia o presencia tan poderosa que, sin menoscabo de la verdad y de la objetividad, no puede dejar de ser apreciado. Gómez tiene enorme importancia en la historia de Venezuela, aunque muchos le nieguen grandeza. Tanta, que su permanencia en el poder determina totalmente un período de nuestra historia, hasta el punto de que algunos no dejarían de interpretar su presencia con la tesis del titanismo histórico”. Frente a esta realidad, Polanco sostuvo que “a pesar de los dolores y trastornos severos que produjo su gobierno a muchas personas, muchas otras fueron beneficiadas. Los hechos negativos del régimen que implantó con el apoyo de muchos no pueden hacer olvidar la importancia que tuvo su presencia durante treinta y seis años de la historia republicana, aunque ella tuviera rasgos de una monarquía de caudillo único rodeado de una élite inteligente”. Para bien o para mal, la etapa gomecista trasciende a todo el siglo XX y deja una impronta indeleble en la vida nacional. Por ello insistía Polanco en que Gómez y su período debían

ser examinados con seriedad y sin pasión, como lo hizo efectivamente, tal vez más que todos los que escribieron sobre el personaje, con sana crítica histórica, con análisis de los hechos realmente sucedidos, con cifras indiscutibles, con documentos fehacientes, con imparcialidad, más allá de las anécdotas y los cuentos de tertulia. Sin embargo, como ha señalado el académico Enrique Urdaneta, con la humildad que siempre le caracterizó, advertía Polanco que su obra no es una historia del gomecismo ni de la época de Gómez, sino una aproximación biográfica a Juan Vicente Gómez.

Años después, Tomás Polanco nos escribe la biografía de Guzmán Blanco. Nuevamente enfrenta el trabajo con la misma actitud con la cual llevó a cabo su biografía de Juan Vicente Gómez. Advierte, como dijo el bachiller Sansón Carrasco a don Quijote, que “es de toda imposibilidad componerle tal que satisfaga y contente a todos los que lo leyeren”. Pensaba Polanco, siguiendo al mencionado personaje cervantino, que quienes escriben historia diciendo mentiras o falsedades hacen un gran daño al pueblo, motivo por el cual asume el riesgo de escribir con la verdad, aunque eso lo exponga al escarnio. En el momento que vivimos, en el cual la contraposición de relatos históricos acomodaticios es la constante, cobra infinito valor la rectitud historiográfica de don Tomás.

Efectivamente, pude ser testigo de lo temido por el doctor Tomás Polanco, porque, después de haberme incorporado al sillón n.º 26 de la Academia, escuché decir a algunos de sus contemporáneos que Polanco había escrito este libro adoptando una versión liviana de Guzmán Blanco, la cual pudiera complacer a los miembros de la Fundación Boulton, quienes le ayudaron de modo importante a realizar su obra, autorizándole a utilizar libremente el archivo de Guzmán Blanco perteneciente a esa conocida fundación. Por el contrario, opino que su trabajo fue realizado con imparcialidad y justicia, describiendo los hechos como fueron, sin añadir ni quitar a la verdad cosa alguna, parafraseando al bachiller Carrasco.

Polanco introduce el lector en el conocimiento profundo de la persona de Guzmán Blanco desde sus antepasados diversos, los hechos de su tierna infancia y juventud, el apego a su familia, el entorno caraqueño en que creció, la batalla que libró con todos los medios para alcanzar las posiciones que logró y vencer los menosprecios y rechazos hacia su abuelo paterno y hacia su padre, provenientes de la clase aristocrática de la capital, la excelente educación que recibió y la cultura excepcional para su época que obtuvo, la estrecha relación con su padre y mentor, Antonio Leocadio Guzmán, su filosofía liberal práctica, la rápida absorción de la mentalidad guerrillera y el manejo psicológico de los caudillos, la destreza para los negocios y el oficio jurídico, el dominio de la diplomacia y el conocimiento de los países importantes de Occidente, el sentido agudo de la oportunidad y la conveniencia y demás recursos que le permitieron el liderazgo hegemónico del país por dieciocho años hasta el aburrimiento final.

Polanco hace un balance de la persona de Guzmán Blanco muy equilibrado. Nos dice que “de todos aquellos que hasta ese momento y desde 1830 habían llegado a la jefatura del país, Guzmán, en 1870, da la impresión de haber sido el que estaba rodeado de mejores circunstancias favorables. No tenía el prestigio característico de Páez, ni de los Monagas; tampoco la sabiduría de Vargas, la nobleza de Tovar ni el prestigio popular de Falcón, pero llegaba a conducir el gobierno con un conjunto de condiciones que no reunió ninguno de sus predecesores. En efecto, Guzmán era el más capacitado para la gerencia pública. Tenía mucho liderazgo personal. Poseía experiencia directa y personal con el ejercicio de la Suprema Magistratura, con el manejo de la hacienda pública, con la actuación internacional de la República. Tenía una adecuada combinación de vitalidad y madurez para ejercer el mando. Apartó a su familia de la política. Tenía indudable capacidad militar, a la par de muchos conocimientos y cultura, y un claro programa de gobierno”.

Tanto Polanco como don Augusto Mijares hicieron un valiente y honesto reconocimiento a Guzmán Blanco, hombre desconcertante y contradictorio, cuyo apodo, “autócrata civilizador”, debido a Rondón Márquez, encerraba el contraste entre la virtud y el vicio en su ser. Dice Polanco, como lo había anticipado Mijares: “más allá del famoso decreto de instrucción primaria obligatoria y gratuita dictado el 27 de junio de 1870, al inicio de su hegemonía, la efectividad de Guzmán en materia educativa se pone de manifiesto en el hecho de que para 1873 la educación popular contaba con 100 escuelas y 3.700 alumnos. En 1887, fin de la hegemonía de Guzmán, el número de escuelas había subido a 1.949 institutos y el total de alumnos a 97.468. El asombroso crecimiento educativo se paraliza después de Guzmán”.

Polanco y Mijares, quienes ocuparon el sillón n.º 26 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, finos analistas históricos, tuvieron similar percepción de Guzmán Blanco como personaje central de la segunda parte del siglo XIX venezolano. Ambos comprendieron también que, a pesar de su gran obra de gobierno, su reputación fue opacada por la pasión de mandar, la codicia, el despotismo, la vanidad y la intolerancia, y ello lo hizo pasar a la historia como uno de los autócratas más odiados por sus contemporáneos y, lo que es peor, también por la posteridad, ya que, luego de su muerte, en la transición del liberalismo amarillo a la hegemonía andina, no hubo defensores de su memoria y, por el contrario, fue ferrozmente castigado por la historiografía nacional. Mijares se lamentaba al afirmar que, no obstante, las condiciones personales de Guzmán y su entorno, que le hubieran permitido la reconstrucción de la República, se contentó con montar un circo. Tal vez por esta triste circunstancia que él le atribuía al personaje se perjudicaba el pasado de la República.

Polanco Alcántara se hizo el propósito de escribir su biografía con sentido de justicia y objetividad, y creo que lo logró sobradamente. Por

todo lo expuesto, siempre he sentido el impulso de privilegiar como insuperables las dos obras biográficas comentadas –la de Juan Vicente Gómez y la de Antonio Guzmán Blanco– escritas por don Tomás Polanco Alcántara, y eso con preferencia al resto de sus obras históricas y jurídicas, aunque sin desconocer el mérito de todas las demás, que lo distinguieron como jurista y como escritor.

Moderadora

Muchísimas gracias por su exposición, doctor Gabriel Ruan Santos. Usted nos ha presentado un completo análisis de la obra de Polanco Alcántara y de cómo su trayectoria de vida inspira a trabajar por el país con el fin de que hombres y mujeres recobremos la tranquilidad para producir obras creativas.

Toca ahora la oportunidad de presentar al profesor Rafael Arráiz Lucca. Es abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, donde también obtuvo la maestría y el doctorado en Historia. Es ensayista, poeta, historiador venezolano y profesor universitario. Tiene una destacada vida intelectual y cultural, acompañada de una intensa actividad académica tanto en la Universidad Metropolitana, donde imparte asignaturas de historia, civilización y pensamiento político venezolano. Ha sido también investigador en universidades como Warwick y Oxford (Cátedra Andrés Bello), y ha sido director de estudios del Centro de Estudios Latinoamericanos Arturo Uslar Pietri. Tiene una obra intelectual que comprende el ensayo literario, la poesía y la historia política, empresarial y de la ciudad de Caracas. Se ha destacado también porque lo vemos con frecuencia en columnas de opinión, programas de radio y podcasts sobre historia y sociedad venezolana. Ha ocupado cargos y ha recibido reconocimientos muy importantes, y también es individuo de número de la Academia Venezolana de la Lengua.

Rafael Arráiz Lucca

Muchas gracias, profesora Sosa. Muchas gracias a todos por la invitación. Es un gusto para mí. Voy a utilizar los veinte minutos que se me asignaron para hablar de la obra histórica del doctor Polanco. Me voy a basar en el prólogo que escribí para el “Fausto” de Goethe, recientemente publicado.

El primer registro bibliográfico que advierte Roberto Lovera de Sola en su libro “Tomás Polanco y sus libros” –publicado en 1991– es de 1948, cuando este joven caraqueño de veintiún años publica “Las audiencias y cancillerías reales de Indias” con el sello editorial del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. El último libro publicado es del año 2002 y se titula “Arturo Uslar Pietri. Biografía literaria”. En ese mismo año, el 20 de diciembre, moría en Caracas el doctor Polanco, a los 75 años, en plena eclosión creadora.

Su obra escrita comprende la jurídica y la histórica y, dentro de esta, muy particularmente las biografías. Al final de su vida, la literatura comenzó a ser sustancia de su escritura. Lo revela el hecho de enfocar la biografía de Uslar en lo literario y no en lo político, así como la fascinación con el “Fausto” de Goethe, que nos trae a estas líneas

Sobre la faceta histórica de Polanco, he escrito antes un ensayo sobre su vida y su obra, y dije lo siguiente: para 1979, don Tomás contaba con cincuenta y dos años. Entonces ya tenía años impartiendo asignaturas en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello, además de haber sido profesor de historia en colegios de bachillerato. Ya había sido embajador de Venezuela en Chile, España y ante las Naciones Unidas en Ginebra. Por supuesto, su prole de nueve hijos, habidos con su esposa y compañera de siempre, María Antonia Fernández, ya estaba integrada por jóvenes adultos y adolescentes. Para entonces, el ejercicio profesional del derecho había sido su ámbito de realización personal junto con la docencia, así como las artes de la diplomacia, aunque las desarrolló durante un quinquenio (1969-1974), durante el primer gobierno de Rafael Caldera. En otras palabras, el hombre que va a hallar su destino de biógrafo a partir de sus cincuenta años tiene en su haber una dilatada experiencia docente, un acendrado ejercicio del derecho en sus facetas administrativas, contractuales y bancarias, y un intenso, breve y brillante paso por la diplomacia.

Alguna de estas tareas, desempeñadas con acierto, presagiaban que se entregaría a la tarea de biógrafo de la manera empeñosa y absoluta como lo hizo, aunque no específicamente, sino en otro sentido. Ya Polanco se avenía con la escritura. Su bibliografía jurídica era para entonces importante y sostenida. Desde finales de la década de los años cincuenta publicaba monografías, estudios y tratados sobre derecho administrativo y constitucional. Si colocamos la lupa en ellos, advertiremos que la pasión por la historia venezolana ya se imbricaba con el derecho. Luego, sus tareas de embajador fueron propicias para la reflexión escrita acerca de personajes de nuestra historia: el Libertador, Miranda y Bello fueron objetos y sujetos de sus disertaciones.

Su tarea de biógrafo es la más importante que ha habido en Venezuela en toda su historia. Eso es un hecho. Recordémosla: José Gil Fortoul (1979), Caracciolo Parra Pérez (1982), Eleazar López Contreras (1985), Pedro Emilio Coll (1988), Juan Vicente Gómez (1990), Antonio Guzmán Blanco (1992), Eugenio Mendoza Goiticoa (1993), Simón Bolívar (1994), Francisco de Miranda (1997), José Antonio Páez (2000) y Arturo Uslar Pietri (2002). Sabemos, además, que había tomado notas para su próximo trabajo, que apenas esbozó antes de que lo alcanzara la muerte: Rómulo Betancourt. Si observamos con cuidado la secuencia, notaremos que cada tres años estaba lista una investigación y que no había concluido una

cuando ya tenía entre ceja y ceja la próxima. Esto se llama fervor, vocación, voluntad y alegría de vivir, sin más.

Esta es, en líneas generales, la obra biográfica del doctor Polanco, que estimo muchísimo. Cuando dije que es la más importante que ha habido entre nosotros, me refiero a que no solo es importante por su cantidad – es una lista muy grande de biografías que muy pocos otros biógrafos venezolanos han emprendido –, sino por la calidad de sus investigaciones. Coincido con el profesor Ruan en que la biografía de Gómez y la biografía de Guzmán Blanco son de las mejores. También hay que destacar la biografía del Libertador, muy importante, con muy buena documentación; la de Miranda; la de Páez, la cual tiene un valor añadido, y es que se han escrito muy pocas biografías de Páez, aunque sea sorprendente afirmarlo, motivo por el cual yo me animé a publicar la mía hace apenas dos años, y también, por motivos diferentes, publiqué la biografía del Libertador. En ambos casos, las investigaciones previas del doctor Polanco fueron muy importantes para mí y para lo que desarrollé en estas biografías recientes.

Desde el punto de vista histórico hay otros trabajos, algunos retratos más que biografías, que están recogidos en un libro. Estos retratos tienen sesgos muy interesantes. En algunos casos fueron los embriones de biografías posteriores; en otros casos fueron simplemente retratos, como el de Isabel la Católica, que en este momento recuerdo con alegría porque me pareció un retrato muy preciso y luminoso. Hay una brevísima historia de Caracas del doctor Polanco, que funciona como un manual introductorio, y hay un intento de resumen de la historia de Venezuela. Pero el grueso, lo importante de su obra como historiador, son las biografías. Todas tienen distintas extensiones y distintas calidades, pero, en líneas generales, estamos ante un aporte fundamental para la historia de Venezuela.

En lo personal, al doctor Polanco lo conocí mucho porque estudié derecho con Manuel Polanco Fernández y soy muy amigo de Tomás, de Francisco, de Valentina, de los Morochos, de Eduardo, de todos los Polanco, desde hace muchísimos años. Nos conocimos cuando entramos a estudiar derecho, Manuel y yo, cuando yo tendría diecisiete años.

Muchas gracias por la invitación. Esta es mi visión sintética de la obra biográfica del doctor Polanco.

Moderadora

Muchísimas gracias. Esta exposición nos da una visión muy completa de la combinación que significa la vida profesional dedicada a la biografía, como lo ha destacado el profesor Rafael Arráiz. Uno queda emocionado de sentir ese aporte a la historia, pero también el aporte al futuro del país con el espíritu de transmitir dedicación, trabajo e investigación. La

profesión del derecho es aquella que trasciende realmente el simple escrito de leyes o de normas.

Ahora nos toca recibir a Tomás Polanco Fernández. Abogado venezolano, graduado en la Universidad Central de Venezuela, tiene un máster en Derecho en Columbia Law School. Está vinculado fundamentalmente al ejercicio profesional, a las actividades académicas y a la consultoría jurídica. Es un abogado de sólido conocimiento de derecho público y derecho privado. Tiene una proyección en América Latina en el área de empresas, es asesor legal de empresas venezolanas y extranjeras y tiene como eje de funcionamiento Panamá. En su condición de hijo, nos encantaría oír su aproximación hacia el trabajo y la dedicación que tuvo en vida Tomás Polanco Alcántara. Queda en el uso de la palabra Tomás Polanco Fernández.

Tomás Polanco Fernández

Gracias, Cecilia. Gracias a todos, estimados.

Me corresponde, en nombre y representación de mi madre, mi esposa, hermanos, hijos, sobrinos, nietos, tíos y amigos, representarlos en este lindo homenaje a mi padre. Comienzo por agradecer el acto organizado por AVEDA, que significa mucho para todos nosotros, pues, como dijo el caricaturista Zapata en una de las suyas publicadas en el diario El Nacional “Tomás Polanco Alcántara sigue haciendo historia entre nosotros”.

Mi padre dedicó su vida a hacer el bien desde la familia, la religión católica y su profesión de abogado, poniendo siempre a Venezuela en un lugar de honor. Fue un hombre bueno, humilde, estudioso, respetuoso y trabajador. Su abuelo y su padre lo acercaron al estudio de la historia y al mundo de los libros. El Colegio San Ignacio lo ayudó en su formación, que luego complementó en la Universidad Central de Venezuela y en su actividad profesional. Escogió para iniciarse el derecho administrativo y logró que su tesis de grado sobre la Administración Pública obtuviera el premio Luis Sanojo, la primera vez que se otorgaba dicho premio. Gracias a este premio dejó la política –en la cual había hecho una breve pasantía– y fue enfatizando su dedicación al ejercicio de la profesión, al estudio del derecho y a su enseñanza como profesor.

De la mano de sus profesores, en particular del profesor Antonio Moles Caubet, colegas también dedicados a esa especialidad del derecho y alumnos destacados desde entonces, abonó el terreno para que el derecho administrativo en Venezuela fuera avanzando hacia cada vez mejores esquemas, gracias, por ejemplo, al Instituto de Derecho Público, luego a esta Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, cuyo primer consejo directivo, para el período 1968-1970, quedó integrado por los

profesores Moles Caubet como presidente, Lares Martínez, mi padre y Pérez Luciani como vocales, y Brewer Carías como secretario general.

En el año 1969, en lo que yo llamaría un acto de reconciliación de mi padre con sus amigos de la política, que había dejado atrás, decidió aceptar el encargo de ser embajador de Venezuela en Chile. Entonces dejó el derecho temporalmente y comenzó a dedicarse a la diplomacia, a los temas de integración regional, al Convenio Andrés Bello y, junto con Pedro Grases y por el interés muy especial del doctor Rafael Caldera, a divulgar a Bello en la región. En el Chile de esa época poco se conocía de Venezuela y de su historia. Cada vez que le tocaba a mi padre intervenir con grupos locales sobre el tema de nuestra historia, sus disertaciones despertaban tanto interés que le pidieron que escribiera lo que decía, y así lo hizo con la que podríamos decir que fue su primera obra sobre nuestra historia: “Seis siglos en seis ciclos de historia de Venezuela”, que fue publicada en Santiago de Chile.

De Chile pasó a Suiza, donde atendió la representación venezolana ante las Naciones Unidas con sede en Ginebra, y luego a Madrid para terminar su ciclo de vida diplomática, donde dejó a Andrés Bello frente a Cervantes en la Academia de la Lengua Española y a Andrés Eloy Blanco en el Parque del Retiro. Instaló una nueva sede diplomática, propiedad de la nación venezolana, que sigue siendo nuestra embajada en ese país, y dejó firmados más tratados con España de los que se habían firmado desde la independencia hasta que él llegó.

La diplomacia lo devolvió al derecho y regresó a Venezuela en el año 1974 a comenzar de nuevo su actividad profesional y académica. Pudo ver de cerca y con orgullo el éxito académico logrado por muchos de sus alumnos en la universidad, en el Instituto de Derecho Público, la Revista de Derecho Público y la Editorial Jurídica, así como el avance de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en el derecho administrativo.

Desde su nueva etapa profesional, logró de nuevo un éxito que le permitió cubrir el déficit económico de su tránsito diplomático, financiar la educación de sus hijos y dedicarle casi todo su tiempo a escribir historia a través de sus personajes. Mucho de lo que logró se podría decir que tiene su origen, como vimos, en el derecho administrativo y en las personas que desde esta disciplina lo acompañaron en su vida como compañeros, profesores y alumnos. Todos, además, mantuvieron una relación de amistad que sus hijos heredamos y cultivamos con satisfacción.

Dejó su nombre en tres de nuestras academias nacionales y una carta que pidió que se difundiera cuando él se fue. Sus libros los estamos reeditando para que su discusión continúe, y en esa labor ha sido y seguirá siendo muy importante la colaboración del muy querido amigo profesor Allan Brewer Carías, desde su Editorial Jurídica Venezolana.

La gratitud se extiende hacia mis queridos colegas que aquí han intervenido, alumnos de mi padre y amigos también, que han llenado con sus comentarios nuestros corazones. El próximo 20 de diciembre se cumplen veintitrés años de su partida, así que viene muy a tiempo este homenaje. Y, utilizando una expresión de mi amigo el profesor Brewer Carías “Ahora es cuando sigue Tomás Polanco Alcántara entre nosotros”. Muchas gracias.

Moderadora

Muchísimas gracias al hijo, Tomás Polanco Fernández. La verdad es que hoy AVEDA se viste de lujo. Hemos presentado a Tomás Polanco Alcántara en sus diferentes facetas. Creo que hemos comprobado que todo lo que produjo tiene la marca de ser, originariamente, abogado: los valores, sus principios, lo que es ser equilibrado en su análisis, en su formación y en su dedicación a lo que se proponía. Creo que conocía el Estado venezolano en el que le tocó vivir y la historia de este país. Conocía también, por su trabajo diplomático, el Estado en otros continentes, y de ahí que el derecho administrativo fuera el ámbito desde el cual desarrolló su trabajo a profundidad.

Gracias a todos por acompañarnos en esta transmisión, a nuestros tres honorables ponentes, que nos han emocionado al hacerlo revivir en este homenaje, a través del cual hemos recorrido su vida, su obra, además de las pinceladas de su vida privada.

Hemos concluido así el año jubilar que la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo decidió dedicarle a Tomás Polanco Alcántara durante el año 2025. Muchísimas gracias por la asistencia de todos los que nos han acompañado y, en particular, por los excelentes ponentes, de quienes disfrutamos sus presentaciones. Muchas gracias.

ACUERDOS Y REGLAMENTOS AVEDA

ACUERDO POR EL QUE SE OTORGA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (EDICIÓN 2025) A MARY RAMOS FERNÁNDEZ

Acuerdo N° AV/2025/001

El Consejo Directivo de la ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA), de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de los Estatutos de la Asociación:

Considerando

Que el Reconocimiento AVEDA tiene por objeto premiar a aquellas personas, instituciones o proyectos que hayan contribuido de forma relevante al estudio y difusión del Derecho Administrativo en el país.

Considerando

Que Mary Ramos Fernández ha recopilado y sistematizado la jurisprudencia de Derecho Público en Venezuela desde 1980, difundiendo extractos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo de Justicia y de la jurisdicción contencioso administrativa en general a través de la Revista de Derecho Público.

Considerando

Que en el año 2024 la autora publicó en acceso abierto la obra “Jurisprudencia sobre derechos y garantías constitucionales 1930-2023”, en dos tomos, que reúne en más de 1.700 páginas decisiones judiciales relativas al régimen general de los derechos constitucionales, las garantías constitucionales, y los derechos individuales, sociales, educativos, culturales, económicos, políticos, ambientales y de los pueblos indígenas.

Considerando

Que la contribución de Mary Ramos Fernández al Derecho Administrativo y al Derecho Público en general es de valor incalculable, al poner a disposición de la comunidad académica y profesional cerca de un siglo de jurisprudencia que, de otro modo, sería de difícil acceso debido a las limitaciones de los repositorios oficiales y a la desactualización de otros compendios.

Acuerda

Otorgar el RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (edición 2025) a Mary Ramos Fernández, por su aporte a la difusión del Derecho Administrativo en Venezuela.

Hágase llegar este acuerdo a la homenajead y publíquese en los medios de comunicación e información de la Asociación.

A los 30 días del mes de septiembre de 2025. Conformes suscriben y aprueban el presente acuerdo los miembros del Consejo Directivo

ANTONIO SILVA ARANGUREN

Presidente

MARÍA AMPARO GRAU

Vicepresidente

GABRIEL SIRA SANTANA

Secretario General

CARLOS GARCÍA SOTO

Tesorero

DIANA TRÍAS BERTORELLI

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA

MANUEL ROJAS PÉREZ

Vocales