

Derecho y Sociedad

REVISTA DE ESTUDIANTES DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA

LAS COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Rafael Badell Madrid

LA CASACIÓN FRANCESA Y LA REVISIÓN ALEMANA. ESTUDIO COMPARATIVO

Aristides Rengel-Römberg

**DESPENALIZACIÓN E INMORALIDAD CIVIL
EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS**

Rafael Domingo

**COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
EN EL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO**

Rafael Prado Moncada

**CAUCES DE INTERVENCIÓN DE LA INICIATIVA ECONÓMICA
PÚBLICA Y PRIVADA EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS**

José Ignacio Hernández G.

**REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN VENEZUELA:
UN PROCESO INCONCLUSO**

Maria Bernardoni de Govea

VENEZUELA: HISTORIA Y CRISIS POLÍTICA

Allan R. Brewer-Carías

**ANTE UN CAMBIO MAYOR
(REFLEXIÓN PRIMARIA SOBRE EL 11 S 01 Y SUS CONSECUENCIAS)**

José Rodríguez Iturbe

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VIGENCIA ACTUAL
DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE SIMÓN BOLÍVAR**

Hermann Petzold-Pernía

**DE LA GUERRA FRÍA A LA PAZ CALIENTE:
REFLEXIONES PARA UNA APROXIMACIÓN
AL ANTES Y DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001**

Antonio Rodríguez Yturbe



LAS COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Rafael Badell Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SALA CONSTITUCIONAL. III. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL:

1. Competencias en el ámbito del control previo o preventivo de la Constitucionalidad. 2. Competencias en el ámbito del control a posteriori de la constitucionalidad. 3. Competencia para dirimir los conflictos de naturaleza constitucional entre órganos del Poder Público (artículo 336, ordinal 9 CN). 4. Competencia para controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren Estados de Excepción (artículo 336, ordinal 6 CN). 5. Competencia para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de los órganos legislativos (artículo 336, ordinal, 7 CN). 6. Competencia para resolver los conflictos de leyes (artículo 336, ordinal 8 CN). 7. Competencia de la Sala Constitucional en materia de amparo. 8. La competencia revisora (artículo 336, ordinal 10 CN). 9. Competencia para conocer del recurso de interpretación constitucional. 10. Competencia para la protección de intereses difusos y colectivos.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe analizarse teniendo en cuenta, en primer término, la Sala Constitucional como órgano y, en segundo lugar sus atribuciones a la luz de la disposiciones de la Constitución de 1999 que ahora prevé un sistema de control de la constitucionalidad, mucho más amplio que los precedentemente consagrados en nuestro derecho, que se manifiesta no sólo en la facultad de decretar la nulidad de las leyes que resulten inconstitucionales, sino en la potestad de manifestarse en torno a la constitu-

cionalidad de los tratados internacionales antes de que sean ratificados; de las leyes que hubieren sido vetadas por el Presidente de la República; del carácter orgánico de las leyes calificadas como tal por la Asamblea Nacional; la omisión del Poder Legislativo y revisar las sentencias firmes –siempre que se cumplan ciertos requerimientos– dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo y demás tribunales que integran el Poder Judicial.

II. LA SALA CONSTITUCIONAL

La creación de la Sala Constitucional como órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional y por ende el control de la constitucionalidad de las leyes, tiene su antecedente más remoto en la llamada Alta Corte Federal, órgano creado por un Acuerdo del Congreso Plenipotenciario convocado por el General Antonio Guzmán Blanco que fue posteriormente regulado a nivel constitucional en la Constitución de 1881 y que tenía como tarea «*funcionar como cuerpo regulador en la Federación con atribuciones meramente políticas*». Dicho órgano actuaba de manera autónoma y rector del orden constitucional al mismo nivel de la antigua Corte Casación, creada en el mismo decreto, con el fin de regular todas las materias contenciosas que las leyes le atribuyesen. No obstante, esta dualidad en el Poder Judicial fue posteriormente abandonada en la Constitución de 1904 y en las que sucesivamente se dictaron, concentrándose en un solo órgano, la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, quien hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, tenía la facultad de ejercer la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, aun cuando la Sala Constitucional, a diferencia de la referida Alta Corte Federal, no constituye en sentido estricto un órgano paralelo al Tribunal Supremo de Justicia desde que está inserto dentro de su estructura organizativa, es lo cierto que la Constitución en su artículo 335 y su exposición de motivos parecieran conferirle la condición de “Tribunal Constitucional” al erigirla como la garante de la supremacía constitucional e interprete máxima y última del Texto Fundamental al punto que sus criterios sobre el alcance de las normas y principios constitucionales serán vinculantes para todos los Tribunales de la República incluyendo las demás Salas del Máximo Tribunal.

En ese sentido es categórica la exposición de motivos de la Constitución al señalar:

«Ante la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron algunas propuestas con el objeto de crear una Corte o Tribunal Federal Constitucional, en lugar de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, prevaleció por consenso esta última tesis. Sin embargo, la Constitución en el Capítulo referido a la "Garantía de esta Constitución", dota a la Sala Constitucional del carácter y de las competencias que tiene en derecho comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional. Por ello se indica que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación, cualidad y potestades que únicamente posee en Sala Constitucional dado que ésta ejerce con exclusividad el control concentrado de la constitucionalidad. En efecto, las facultades interpretativas que en tal sentido se otorgan al Tribunal Supremo de Justicia, en consonancia con las características básicas de la justicia constitucional en derecho comparado, sólo pueden ser ejercidas por órgano de la Sala Constitucional, pues a ella le corresponde exclusivamente el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Además, con fundamento en el principio de división de poderes, tales facultades no pueden ejercerse de oficio o mediante acuerdos, sino con motivo de un acción popular de inconstitucionalidad, acción de amparo, recurso de interpretación de leyes u otro caso concreto de carácter jurisdiccional cuya competencia esté atribuida a la Sala Constitucional.

En esta materia se consagra una herramienta indispensable para que la Sala Constitucional pueda garantizar la supremacía y efectividad de las normas constitucionales. Así, se indica que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o

alcance de las normas y principios constitucionales serán vinculantes para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República, todo ello con el objeto de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de tales normas y principios»

La regulación de las competencias de la Sala Constitucional se hace en un título distinto al que rige el Poder Judicial, al ubicarse en el Título VIII, Capítulo I, intitulado "De la Garantía de esta Constitución". Esta previsión, según se expresa en la exposición de motivos se hizo *«siguiendo una tendencia presente en España, Francia, Italia, Portugal, Rumania y algunos países latinoamericanos, cuyas constituciones regulan la justicia constitucional en un título o capítulo distinto del que se refiere al Poder Judicial»* y, en ese sentido, *«la Constitución incluye en el Título VIII un capítulo denominado "De la garantía de esta Constitución", que contiene las disposiciones fundamentales sobre la justicia constitucional y consagra las principales competencias que corresponden a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicho Capítulo da eficacia a los postulados contenidos en el artículo 7º del Título I, que consagra los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, base sobre la cual descansa la justicia constitucional en el mundo»*.

Ello ha llevado a que la doctrina considere que la Sala Constitucional es una verdadera Corte Constitucional. Así lo ha expresado la Dra. SANSÓ al señalar que esa condición se deriva de las siguientes características:

«1) Tiene la competencia exclusiva en el control concentrado o abstracto de las demás leyes y actos normativos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; 2) Sus interpretaciones sobre el alcance y contenidos constitucionales son vinculantes para todo el orden jurisdiccional, incluso, para las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia; 3) Sus facultades no están contenidas en las competencias del Tribunal Supremo de Justicia enumeradas en el artículo 266, sino que dicha norma alude a una jurisdicción constitucional, diferente, a la cual se remite. En consecuencia, la Constitución no sólo crea una jurisdicción nueva, la constitucional, sino que coloca

en la cúspide de la misma, no al Tribunal Supremo de Justicia, sino a la Sala Constitucional»¹.

En todo caso, no queda duda que a la Sala Constitucional corresponde en forma exclusiva, como titular única de la jurisdicción constitucional, ejercer el control concentrado de la constitucionalidad manifestado en la potestad judicial de anular las leyes y demás actos con rango de ley o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución que resulten contrarios a ésta. Así lo establece además la exposición de motivos de la Constitución cuando expresa que en virtud de la exclusividad conferida en materia de control concentrado de la constitucionalidad, *«se trasladaron a la Sala Constitucional las competencias que en esta materia tenía la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, con el objeto de especializar el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional y descongestionar de atribuciones a la nueva sala Plena, para que sólo ejerza las competencias que le son asignadas en el artículo 266, numerales 2 y 3 del texto constitucional, no teniendo en consecuencia competencia ni atribución alguna en materia constitucional»*.

Pero además de esta facultad, la Constitución en su artículo 336 atribuye a la Sala Constitucional otras competencias en materia de justicia constitucional, a las cuales haremos alusión seguidamente. El fundamento de estas competencias radica, según se indica en la exposición de motivos *«en los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución consagrados en el artículo 7° y en virtud de los cuales, todo acto del Poder Público, sin excepción, debe estar sometido al control constitucional»*.

III. COMPETENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1999 (art. 334) confiere exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción constitucional mediante el control concentrado de la constitucionalidad de los actos normativos atribuyéndole competencias para *«declarar*

¹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Ad imis fundamentis Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*. Editorial Exlibris. Caracas, 2000. Pág. 275.

la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley cuando colidan con aquella».

Pero, adicionalmente, la Constitución, en su artículo 336, en forma por demás novedosa, faculta a la Sala Constitucional para ejercer este control concentrado en forma previa, respecto de la constitucionalidad de los tratados internacionales antes de que sean ratificados; de las leyes que hubieren sido vetadas por el Presidente de la República y del carácter orgánico de las leyes calificadas como tal por la Asamblea Nacional. También puede la Sala ejercer *a posteriori* el control de la constitucionalidad de los actos con rango de ley que hubieren sido dictados por los órganos del Poder Público.

Finalmente, dentro de esa amplitud, la Constitución confiere a la Sala Constitucional competencias para decretar la inconstitucionalidad de la omisión del Poder Legislativo y revisar las sentencias firmes –siempre que se cumplan ciertos requerimientos– dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo y demás tribunales que integran el Poder Judicial.

1. Competencias en el ámbito del control previo o preventivo de la Constitucionalidad

Dentro de estas competencias se ubican aquellas conferidas por la Constitución para declarar la nulidad de aquellos actos normativos que no han concluido su proceso de perfeccionamiento. Así, la Sala Constitucional es competente para conocer de: **a)** la constitucionalidad de los tratados internacionales antes de que sean ratificados (artículo 336, ordinal 5 CN); **b)** la constitucionalidad de las leyes que hubieren sido vetadas por el Presidente de la República (artículo 214 CN) y **c)** la constitucionalidad del carácter orgánico de las leyes calificadas como tal por la Asamblea Nacional (artículo 203 CN).

a) La competencia para conocer de la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 336, ordinal 5 CN)

Corresponde a la Sala Constitucional el verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la

conformidad con la Constitución de los tratados internacionales que fueren suscritos por la República, antes de su ratificación.

Según se desprende de la exposición de motivos de la Constitución, esta competencia, no regulada en el ordenamiento constitucional del 61, tiene por finalidad salvaguardar la responsabilidad internacional de la República que pudiera verse en juego frente al incumplimiento por el Estado de las normas de un tratado ya ratificado por estimar que contradice la Constitución.

En ese sentido, la exposición de motivos de la Constitución justifica este control preventivo en el hecho de que *«luego del proceso de conclusión de un tratado internacional, es decir, de su ratificación y entrada en vigencia por las vías previstas en el derecho constitucional y en el derecho internacional público, la eventual y posterior declaración de inconstitucionalidad del mismo o de alguna de sus disposiciones por parte de la Sala Constitucional no podría, en principio, ser opuesta como una justificación para incumplir dicho tratado sin que se comprometa la responsabilidad internacional de la República»*.

De esta forma, el control preventivo ejercido por la Sala Constitucional no sólo tendrá como fin proteger al Estado de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de los convenios internacionales, sino que además, permitirá adecuar al ordenamiento constitucional los tratados internacionales que se suscriban pues si alguna de sus disposiciones resultase inconstitucional éste podrá ser ratificado por el Estado con la debida reserva si éstas fueran posibles y, en caso contrario, permitirá analizar la necesidad y conveniencia de su ratificación luego de la correspondiente enmienda o reforma de la Constitución, para lograr así armonizar armonía el ordenamiento jurídico internacional con el derecho interno venezolano.

b) La competencia para conocer de la constitucionalidad de las leyes vetadas por el Presidente de la República (artículo 214 CN)

Corresponde también a la Sala Constitucional determinar la constitucionalidad de aquellas leyes sancionadas y no promulgadas cuya nulidad solicite el Presidente de la República por estimar que coliden con el marco constitucional (i.e. veto presidencial).

Esta competencia, ya prevista en el ordenamiento constitucional de 1961, está referida al llamado veto presidencial que tiene el máximo representante del ejecutivo en cumplimiento de su obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución (artículo 236, ordinal 1 CN). De esta forma, si dentro del lapso que tiene para promulgar la ley, el Presidente de la República considerase que la misma o alguno de sus artículos es inconstitucional, podrá solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional quien deberá dictar su fallo en el término de quince días contados a partir del recibo de la comunicación del Presidente de la República.

Debe tenerse presente que no será de la competencia de la Sala Constitucional el control preventivo de los proyectos de leyes estatales, aun cuando ésta se establezca en la respectiva constitución estatal, pues ello es materia de la estricta reserva legal. Así lo dejó establecido la Sala Constitucional en decisión de fecha 15 de febrero de 2001. Caso: Gobernador del Estado Trujillo) al desaplicar el artículo 67 de la Constitución del Estado Trujillo que consagraba su competencia para conocer del veto a un proyecto de ley estatal efectuado por el Gobernador de dicho Estado.

En criterio de la Sala, la negativa de aceptar la existencia del control preventivo de la constitucionalidad de proyectos de leyes estatales descansa en dos argumentos, a saber: (i) que cualquier ciudadano puede con posterioridad a la promulgación de la ley, activar la jurisdicción constitucional mediante la acción popular de nulidad por inconstitucionalidad; y (ii) que la Constitución sólo consagra el control preventivo de la constitucionalidad respecto de los proyectos de leyes nacionales, los tratados internacionales y las leyes orgánicas dictadas por la Asamblea Nacional.

En ese sentido, la Sala expresó que cuando el artículo 336, ordinal 11 de la Constitución utiliza la expresión «las demás que establezcan ... y la

Ley», se refiere en un principio a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y, en segundo término a las leyes en sentido formal reguladas en el artículo 202 ejusdem.

De esta forma, siendo materia de la reserva legal lo referente a la legislación sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público dentro de los cuales se ubica el Tribunal Supremo de Justicia, no puede una Ley o Constitución estatal atribuir competencias a la Sala Constitucional mediante la previsión de un medio de protección constitucional y la regulación de su procedimiento, por ser éstas materias de la estricta reserva legal.

c) La competencia para conocer de la constitucionalidad de las leyes orgánicas calificadas como tal por la Asamblea Nacional (artículo 203 CN)

Compete igualmente a la Sala Constitucional determinar, antes de su promulgación, la constitucionalidad del carácter orgánico que la Asamblea Nacional haya concedido a una determinada Ley.

Esta competencia, tampoco prevista en el ordenamiento constitucional del 61, ya ha sido ejercida por la Sala Constitucional, al pronunciarse en decisión de fecha 12 de junio de 2000 sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y más recientemente, en decisión de fecha 22 de mayo de 2001 sobre el carácter orgánico de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados.

En dichas decisiones, la Sala precisó el concepto constitucional de la Ley Orgánica al establecer que el contenido del artículo 203 de la Constitución permite distinguir cuatro categorías de leyes orgánicas, a saber: 1ª: las que así determina la Constitución; 2ª: las que se dicten para organizar los poderes públicos; 3ª, las que desarrollen derechos constitucionales, y 4ª: las que sirvan de marco normativo a otras leyes; no siendo necesario su pronunciamiento para aquellas leyes que son orgánicas por denominación constitucional.

En opinión de la Sala, la calificación de una ley como orgánica por la Asamblea Nacional dependerá del objeto de la regulación (criterio material) en el caso de las leyes dictadas para organizar los poderes públicos o

que desarrollen derechos constitucionales (categorías 2ª y 3ª), y del carácter técnico-formal en el caso de la ley orgánica que sirva de marco o cuadro para otras leyes (categoría 4ª). Ese carácter técnico-formal de la ley marco, está vinculado, a juicio de la Sala, con el carácter general de la Ley Orgánica respecto de la especificidad de la Ley o leyes ordinarias subordinadas.

Bajo esta visión del concepto de Ley Orgánica, la Sala Constitucional, en decisión de fecha 12 de junio de 2000, decretó la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones por los motivos siguientes:

«1.- Se trata de una Ley dictada en ejercicio de la competencia prescrita por el artículo 187, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 156, numeral 28 eiusdem;

2.- Se trata de una Ley que prescribe la organización o estructuración de órganos del Poder Público Nacional, destinada a establecer el régimen del servicio de telecomunicaciones y la administración del espectro electromagnético;

3.- Se trata de una Ley que desarrolla parcialmente derechos constitucionales a la comunicación y de acceso a la información, lo cual la hace válida en este respecto, aunque su carácter orgánico no dependa exclusivamente de las garantías que ofrece para tales derechos;

4.- Se trata de una Ley que satisface las exigencias técnico-formales de la prescripción general sobre la materia que regula, mediante principios normativos válidos para las otras leyes que se sancionen conforme al artículo 156, numeral 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.»

De igual forma, en fecha 22 de mayo de 2001, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados por las siguientes razones:

« a) Se trata de una Ley dictada en ejercicio de la competencia prevista por los artículos 71, 161, 162, 172, 187.1, 204.8, 206, 211 y Disposición Transitoria Séptima de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

b) Se trata de una Ley que regula la organización de los Consejos Legislativos y desarrolla los principios constitucionales atinentes a su estructuración y funciones;

c) Se trata de una Ley que satisface las exigencias técnicas-formales requeridas para la calificación solicitada, según lo dispone el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela;

d) Se trata de una Ley cuya aprobación por la Asamblea Nacional ha cumplido con el voto de las dos terceras partes de los integrantes de dicha Asamblea antes de iniciarse su discusión, conforme lo dispone el acápite primero del artículo 203 ya citado».

2. Competencias en el ámbito del control a posteriori de la constitucionalidad

En ejercicio de este control de la constitucionalidad *a posteriori*, a la Sala le corresponde:

- a) **Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional que colidan con la Constitución (art. 336, ordinal 1° CN)**

Esta competencia es manifestación del control concentrado de la constitucionalidad que la Constitución (art. 334) reconoce en forma exclusiva a la Sala Constitucional como regente de la jurisdicción constitucional y máxima garante de la supremacía del texto fundamental.

La Constitución delimitó así el ámbito de las competencias que corresponden a la jurisdicción constitucional con fundamento en el rango de los actos que son objeto de control. Así lo ha considerado además la Sala Constitucional al señalar que «*el criterio acogido por el Constituyente para*

definir las competencias de la Sala Constitucional, atiende al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, que dichas actuaciones tienen una relación directa con la Constitución que es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho contemporáneo. Así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público» (Sentencia de fecha 27 de enero de 2000, caso: Milagros Gómez y otros).

De esta forma, la Sala será competente para declarar la nulidad, por razones de inconstitucionalidad, de las leyes y demás actos que tengan ese rango (en sentido formal o material). Sin embargo, no lo será para declarar la nulidad, aún por razones de inconstitucionalidad, de los actos de rango sublegal o de los actos administrativos que éstos órganos dicten pues, en éstos casos, la competencia corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa, que no la constitucional, a tenor de lo establecido en el artículo 259 de la Constitución.

Dentro de «los demás actos con rango de ley» a que hace referencia la norma constitucional (art. 336, ordinal 1º), se ubican incluso aquellos emanados del Poder Legislativo que sin ser ley en sentido material, lo son en sentido formal o, aun no siéndolo gozan del mismo rango en virtud de ser dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución Nacional. Tal sería el caso, por ejemplo de la Ley del Presupuesto y los acuerdos dictados por el Poder Legislativo a los que por vía jurisprudencial se les ha reconocido tal carácter. Así lo ha establecido además la propia Sala Constitucional al señalar, en decisión de fecha 16 de mayo de 2000 (Caso: Erasmo Carmona) que los acuerdos del extinto Congreso de la República mediante los cuales se autoriza, aprueba o delega en la Administración Pública la celebración de un contrato de interés nacional constituyen verdaderos actos con rango de ley cuyo control corresponde a la jurisdicción constitucional.

- b) Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta (artículo 336, ordinal 2° CN) y declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley (i.e. decretos leyes y actos de gobierno) dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con la Constitución (artículo 336, ordinal 3° CN)**

Atendiendo al criterio conforme al cual las competencias de la Sala Constitucional vienen determinadas por el rango de las actuaciones objeto de control (i.e. actos con rango de ley o que tienen una relación directa e inmediata con la Constitución), se venía sosteniendo que la competencia para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes estatales y ordenanzas municipales corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y no a la Sala Político-Administrativa.

Así lo estableció además la propia Sala Constitucional en decisión de fecha 30 de enero de 2001 (Caso: Ivonne Dávila de Soto y otros al señalar) *«Al respecto observa la Sala que efectivamente según lo dispuesto en el artículo 336. Numeral 2° ejusdem es competencia de esta Sala [...] al tratarse la presente causa de una acción de nulidad interpuesta contra una ordenanza municipal dictada por el Concejo Municipal del Municipio Libertador, en ejercicio de la potestad legislativa que le otorga la Constitución, lo cual demuestra el ejercicio de tal potestad de forma directa e inmediata de aquélla, y visto que ha sido criterio de esta Sala, que el Constituyente de 1999, para delimitar la competencia de la jurisdicción constitucional, atendió a la jerarquía del acto impugnado, esta Sala Constitucional acepta la declinatoria de la competencia realizada por la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal».*

No obstante, en reciente decisión de fecha 23 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que las Ordenanzas Municipales tienen rango sublegal, toda vez que no pueden considerarse “ley” en los términos establecidos en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Afirmó la Sala que en términos constitucionales solo pueden considerarse leyes: 1. los actos sancionados por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador; y 2. los decretos leyes dictados por el Presidente de la República por delegación de la Asamblea Nacional mediante ley habilitante.

En ese sentido, a pesar de que el artículo 336 de la Constitución le confiere la competencia para conocer de la nulidad de las ordenanzas municipales, la Sala Constitucional se declaró incompetente para conocer de dichas acciones por considerar que se trata de actos de rango sublegal cuyo control escapa de la jurisdicción constitucional y corresponde a los tribunales superiores de lo contencioso administrativo cuando sean impugnados por razones de ilegalidad, y en la Sala Político Administrativa cuando sean impugnados por razones de inconstitucionalidad.

- c) Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público (artículo 336, ordinal 4º CN)**

En criterio de la Sala, expuesto en sentencia de fecha 8 de agosto de 2000 (Caso: Inspector de Tribunales) estos otros órganos estatales a que se refiere la norma *“no pueden ser otros que los órganos del Poder Nacional, cuando se tratara de actos realizados en ejercicio de funciones distintas a la legislativa, en ejecución directa e inmediata de la Constitución y, para la cual, tuvieran atribuciones constitucionales específicas, conforme a la primera parte del Párrafo Único del artículo 137, eiusdem”*.

- 3. Competencia para dirimir los conflictos de naturaleza constitucional entre órganos del Poder Público (artículo 336, ordinal 9 CN)**

Esta nueva competencia, tampoco regulada en el ordenamiento constitucional del 61, se encuentra limitada, como puede observarse, al ámbito “constitucional” distinguiéndose así de aquella atribuida a la Sala Político-Administrativa en el artículo 266 de la Constitución para resolver las controversias de naturaleza “administrativa” que se presenten entre éstos

órganos. Esta atribución tiene por objeto “ajustar la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público al cauce constitucional”².

Según se establece en la exposición de motivos de la Constitución la competencia de la Sala en esta materia está determinada por dos elementos esenciales, a saber: “en primer lugar, que se trata de controversias entre cualesquiera de los órganos que ejercen el Poder Público y, en segundo lugar, que deben tratarse de controversias constitucionales, es decir, de aquellas cuya decisión depende del examen, aplicación e interpretación de normas constitucionales, tales como las que se refieren al ámbito competencial entre los diferentes órganos del Estado, especialmente las que distribuyen el poder en los niveles nacional, estatal o municipal”.

En ese sentido, la Sala Político-Administrativa, en decisión de fecha 8 de agosto de 2000 (Caso: Inspector de Tribunales vs Presidente de la Comisión Legislativa Nacional) estableció la distinción entre controversia administrativa y constitucional al señalar que ésta última siempre va a estar relacionada con el ejercicio de las atribuciones de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal. De esta forma, el supuesto de identificación de la controversia constitucional será «que los sujetos entre los cuales se presente la misma, sean aquellos que tienen asignada en forma expresa, atribuciones para tales actuaciones o normas en el propio texto constitucional, esto es, instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se contiene en el propio texto constitucional, a diferencia de otras, en las que la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario».

4. Competencia para controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren Estados de Excepción (artículo 336, ordinal 6 CN)

La Sala Constitucional será competente para revisar, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos dictados por el Presidente de la República que declaren estados de excepción. Esta competencia es ratificada por el artículo 339 de la Constitución que prevé la remisión a la Sala Constitu-

² Cfr. Exposición de motivos de la Constitución.

cional del decreto que declare el estado de excepción con el fin de que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad.

En criterio de la exposición de motivos, la previsión constitucional contenida en el artículo 339 tiene por objeto reafirmar la protección de los derechos fundamentales, pues en el proceso formativo de éste tipo de decretos intervienen los tres poderes clásicos, a saber: el ejecutivo en la persona del Presidente en Consejo de Ministros quien dicta el decreto de excepción; el legislativo representado en la Asamblea Nacional a quien debe remitirse el decreto para que se pronuncie sobre la necesidad de su emisión, pudiendo revocarlo si estima que las circunstancias invocadas no ameritan la declaratoria de excepción; y el judicial representado por la Sala Constitucional quien deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto, salvo que éste hubiere sido ya revocado por la Asamblea Nacional.

Así, se señala que la competencia conferida en esta materia a la Sala Constitucional, tiene por objeto *«reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución»* mediante la adopción *«de un mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción. Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en el texto constitucional»*.

Con el objeto de regular los estados de excepción en sus distintas manifestaciones (i.e. estado de alarma, emergencia económica, conmoción interior y conmoción exterior) y el ejercicio de los derechos que fueren restringidos, se dictó recientemente la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 37.261 de fecha 15 de agosto de 2001, en cuyo título IV, Capítulo II, se regula el procedimiento mediante el cual la Sala Constitucional ejercerá el control de la constitucionalidad del decreto de excepción. Dicho procedimiento, para el cual todos los días y horas serán hábiles es, resumidamente, como sigue ³:

³ Cfr. Artículos 31 al 39 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

1. El decreto que declare el estado de excepción deberá ser presentado por el Presidente de la República a la Sala Constitucional, dentro de los ocho (8) días continuos siguientes a aquel en que hubiese sido dictado, para que ésta se pronuncie sobre su constitucionalidad. Dentro de ese mismo término, la Asamblea Nacional, por intermedio de su Presidente, deberá remitir a la Sala Constitucional el acuerdo mediante el cual se aprueba el estado de excepción. Si el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea Nacional no cumplen con su obligación de remitir el decreto a la Sala Constitucional, ésta podrá pronunciarse de oficio sobre su constitucionalidad.

2. Recibido el decreto remitido por el Presidente de la República y el acuerdo sobre su aprobación emitido por la Asamblea Nacional, o vencido el lapso de ocho (8) días continuos previsto para ello, la Sala Constitucional decidirá en un lapso de diez (10) días continuos. Si los Magistrados de la Sala no deciden dentro de dicho lapso, incurrirán en responsabilidad disciplinaria pudiendo ser removidos de sus cargos a tenor de lo previsto en el artículo 256 de la Constitución.

3. Dentro de los primeros cinco (5) días continuos de los diez (10) que tiene la Sala para decidir, los interesados podrán consignar los argumentos y elementos de convicción que estimen pertinentes para demostrar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del decreto según el caso.

4. Dentro de los dos (2) días continuos siguientes al vencimiento del lapso de cinco (5) días previsto para la comparecencia de los interesados, la Sala Constitucional deberá admitir los argumentos y elementos probatorios que considere pertinentes y negar aquellos que no lo sean, decisión ésta que no admitirá recurso alguno.

5. Dentro de los tres (3) días continuos siguientes a aquel en que se hubiere admitido los argumentos y pruebas, la Sala se pronunciará en torno a la constitucionalidad del decreto y declarará su nulidad total o parcial cuando no se ajuste a los principios previstos en la Constitución, en tratados internacionales y a las disposiciones de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

6. La decisión que dicte la Sala declarando la nulidad del decreto de excepción tendrá efectos retroactivos, en consecuencia de lo cual, se-

rán igualmente nulos todos los actos que se hubiesen dictado en ejecución del mismo. Ello sin perjuicio del derecho de los particulares de solicitar el restablecimiento de su situación jurídica individual mediante el ejercicio de las acciones de ley.

7. La decisión que declare la nulidad del decreto que declare el estado de excepción deberá ser publicada íntegramente en la Gaceta Oficial de la República.

5. Competencia para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones de los órganos legislativos (artículo 336, ordinal, 7 CN)

Corresponde a la Sala Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta. La incorporación de este mecanismo de control en nuestro orden constitucional sigue las tendencias asumidas en otros países como en Argentina, Brasil, Costa Rica, Hungría y Portugal en los que el control de la omisión legislativa ha tenido un vasto desarrollo⁴.

La inconstitucionalidad por omisión se producirá, según se expresa en la exposición de motivos, *«por la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que impida su eficaz aplicación»*. Así, se expresa que el objeto de esta regulación es evitar que se repitan situaciones similares a la ocurrida con la legislación en materia de amparo constitucional que a pesar de ser regulada en el artículo 49 de la Constitución de 1961 no fue desarrollada legislativamente sino después de casi treinta años.

En ese caso, la competencia de la Sala no se limita a declarar la inconstitucionalidad de la omisión sino que además puede establecer el plazo dentro del cual debe ser dictada la norma y, de ser necesario, establecer los lineamientos para hacer la corrección. No obstante, estimamos que el establecimiento de los parámetros de la corrección por parte de la Sala se

⁴ Cfr. Exposición de Motivos.

traduce en la atribución de facultades legislativas al Tribunal Supremo que deberán ser interpretadas en forma restrictiva, es decir, sólo respecto de lo que no fue objeto de regulación pero en ningún caso sobre lo que ya fue regulado, situación en la que debe limitarse a declarar la inconstitucionalidad cuando ella le sea planteada.

La acción por inconstitucionalidad de la omisión legislativa en Venezuela no ha sido desarrollada aun por la doctrina y la jurisprudencia. Sólo la Sala Político-Administrativa en sentencia de fecha 8 de agosto de 2000, con ponencia del magistrado José Rafael Tinoco (Caso: Inspector General de Tribunales contra Presidente de la Comisión Legislativa Nacional), analizó someramente este figura al señalar:

«[...] 4) Igualmente, es el caso, relativo al incumplimiento (silencio legislativo) o cumplimiento defectuoso (funcionamiento anormal) de normas omitidas indispensables, que corresponde dictar a órganos públicos dotados de atribuciones para el ejercicio de la función legislativa propia del poder legislativo nacional, estatal o municipal, para garantizar el cumplimiento de la Constitución (art. 336, ord 7).

Consagrada constitucionalmente la atribución de la Sala Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del silencio legislativo y el funcionamiento anormal legislativo, ya municipal, estatal o nacional, se manifiesta la característica común de referirse a órganos públicos que tiene sus atribuciones señaladas en forma expresa en el propio texto constitucional[...].»

En el derecho comparado, este tema ha tenido un mayor desarrollo. Así, se ha señalado que si bien no puede aceptarse la intromisión entre poderes, de forma que el juez no puede subrogarse en las facultades del poder legislativo para dictar leyes, es lo cierto que ello resulta posible en aquellos casos en los que la omisión del legislador en dictar determinada ley lesiona los derechos fundamentales del solicitante. Y es que se aduce que la omisión del Poder Legislativo en dictar las leyes que todo Estado moderno exige puede disminuir o entorpecer la efectiva aplicación de los precep-

tos constitucionales con los conflictos que tal situación acarrea y que ameritan, por ello, una respuesta jurídica.

También se expresa que la omisión legislativa que puede dar lugar a una acción ante los tribunales no es sólo la que se deriva de la inobservancia de dictar las leyes cuya promulgación ordena el propio texto constitucional o la ley, sino también aquella que es producto de la omisión de dictar las leyes cuya promulgación, si bien no ha sido ordenada expresamente por la Constitución u otra ley, resulta implícitamente necesaria para suplir un vacío legislativo importante y preservar la seguridad institucional y jurídica.

6. Competencia para resolver los conflictos de leyes (artículo 336, ordinal 8 CN)

Esta competencia, antiguamente asignada a la Sala Plena del tribunal Supremo de Justicia está referida a la solución de las colisiones que existan entre distintas disposiciones legales que regulan un mismo supuesto de hecho y prevén consecuencias jurídicas incompatibles debiendo declarar cuál de ellas debe prevalecer. En criterio de la Sala, expuesto en decisión de fecha 27 de septiembre de 2000. Caso: María Josefina Medina), el conflicto de leyes se manifiesta y por tanto será de su competencia *“cuando la aplicación de una de las normas implica la violación del objeto de la otra norma en conflicto; o bien, cuando impide la ejecución de la misma. No se exige que exista un caso concreto de conflicto planteado, cuya decisión dependa del predominio de una norma sobre otra; sino que el conflicto puede ser potencial, es decir, susceptible materializarse en cualquier momento en que se concreten las situaciones que la norma regula”*.

7. Competencia de la Sala Constitucional en materia de amparo

La competencia de la Sala Constitucional en materia de amparo fue producto de una interpretación vinculante de su facultad revisora que constitucionalmente se le reconoce en el ordinal 10, del artículo 336 de la Constitución.

En efecto, la competencia en amparo **en primera instancia** del Supremo Tribunal venía dada por el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales que prevé un fuero sub-

jetivo respecto de los altos funcionarios asignado a la Sala afín con el derecho cuya violación se invoque. No obstante, la Sala Constitucional interpretó no sólo su facultad revisora, de acuerdo a la Constitución, en materia de amparo, sino que también lo hizo respecto de su facultad como tribunal de instancia, asumiendo la competencia del artículo 8 en todos los casos.

De allí que el tema de la competencia de la Sala Constitucional en materia de amparo en el nuevo ordenamiento constitucional de 1999 deba estudiarse a partir del criterio impuesto por ésta en la conocida sentencia “Emery Mata Millán” de fecha 20 de enero de 2000, con base al cual esa Sala, modificando el criterio distributivo de competencias contenido en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, estableció los parámetros que en adelante regirían la competencia de los tribunales para conocer de las acciones de amparo constitucional.

Dicho criterio fue impuesto por la Sala Constitucional en uso de la facultad reconocida en el artículo 266 de la Constitución que le atribuye el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que comprende, entre otros asuntos: (i) la declaratoria de nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (art. 334 de la Constitución), y (ii) la revisión -en los términos establecidos en la ley orgánica respectiva- de las sentencias dictadas por los Tribunales de la República en materia de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas (art. 336, ord. 10° ejusdem).

Para justificar esta modificación del régimen legal vigente en la Ley de Amparos, la Sala expresó que el hecho de que su función primordial fuera: (i) la interpretación de la Carta Magna (art. 335 CN) y (ii) el conocimiento de las infracciones a la Constitución (art. 336 CN), la convertían en la Sala que por la materia debía conocer de las acciones de amparo constitucional incoadas conforme a la Ley. De esta forma, la Sala Constitucional interpretó extensivamente su facultad revisora en materia de amparo para asumir aquellas competencias que en esa misma materia que no le estaban legalmente atribuidas.

En respaldo de su posición la Sala invocó la aplicación inmediata de los preceptos orgánicos regulados en la Constitución. Así, si bien de con-

formidad con la Constitución, el ejercicio de la facultad revisora contenida en el artículo 336 ordinal 10 de la Carta Magna –que sirvió de base para que la Sala asumiera la competencia en materia de amparo– estaba sujeto a la promulgación de la ley orgánica respectiva, es lo cierto que tratándose de un precepto de naturaleza constitucional de inmediata aplicación y eficacia, carecía de relevancia, a los efectos de su aplicación por la Sala, el hecho de que la ley dirigida a desarrollar esta disposición constitucional aún no hubiere sido dictada.

El criterio asumido por la Sala Constitucional en la sentencia Emery Mata para justificar la asunción de la competencia de amparo en primera instancia fue ratificado por la exposición de motivos de la Constitución al señalar que *«con motivo de su creación, la entrada en vigencia de la Constitución y de la naturaleza esencialmente constitucional de los derechos humanos y de la acción de amparo, la Sala Constitucional podrá asumir las competencias que en materia de amparo constitucional tenían las diferentes Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia, en los casos de amparo autónomo contra altas autoridades de rango constitucional, amparo contra decisiones judiciales y apelaciones o consultas en amparo, dado que la Sala Constitucional pasa a ser la Sala del Tribunal Supremo de Justicia con la competencia afín para conocer y decidir tales asuntos»*.

De esta forma, la Sala Constitucional determinó su régimen de competencias en materia de amparo constitucional al asumir el conocimiento de:

7.1. Los amparos autónomos contra altas autoridades

Será de la competencia de la Sala Constitucional como juez natural de la jurisdicción constitucional, el conocimiento en única instancia de las acciones de amparo que se interpongan contra los altos funcionarios a que se refiere el artículo 8 de la LOA, así como aquellas que se ejerzan contra sus funcionarios subalternos cuando actúen por delegación de las atribuciones.

Con esta imposición de la Sala, se modificó la atribución legal que el artículo 8 de la Ley de Amparo hacía a las distintas Salas de la antigua Corte Suprema de Justicia, quedando derogada su competencia para cono-

cer en primera instancia de las acciones autónomas de amparo constitucional. De esta forma, sólo corresponderá al resto de las Salas el conocimiento de las acciones de amparo conjunto.

En cuanto al fuero especial consagrado en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo⁵ la Sala Constitucional ha señalado que la enumeración contenida en el mismo es de carácter enunciativo y atiende a la jerarquía constitucional y al carácter nacional de los órganos previstos en dicho fuero (Sentencia de la Sala Constitucional del 17 de marzo de 2000. Caso: José Delfín Carrillo).

Así lo estableció además la Sala en decisión de fecha 9 de marzo de 2000 (Caso: Edgar del Valle Tilleró vs Gruber Odremán) al señalar que para que dicho fuero se verifique *«debe necesariamente atenderse al rango constitucional del órgano y verificarse de modo concurrente que el mismo sea parte integrante de la organización del Poder Público Nacional prevista en la vigente Constitución»*. Más recientemente, en decisión de fecha 15 de febrero de 2001 (Caso: María Zamora Ron) la Sala señaló que en la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley de Amparo *«deben entenderse incluidas las máximas autoridades y los órganos de mayor jerarquía de los organismos de la rama Nacional del Poder Público»*.

Conforme a este criterio, el fuero especial previsto en el artículo 8 de la Ley de Amparo abarcaría también a la Asamblea Nacional, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el Consejo de Estado, el Consejo Moral Republicano, el Defensor del Pueblo, el Banco Central de Venezuela y el Consejo de Defensa de la Nación.

También será competencia de la Sala Constitucional, conforme a lo establecido en la sentencia Emery Mata Millán el conocimiento de las acciones de amparo ejercidas contra los actos, hechos u omisiones emanados de los funcionarios que sean subalternos de aquellos menciona-

⁵ "La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia, en la Sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucional violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República".

dos en el artículo 8 de la Ley de Amparo, cuando actúen por delegación de atribuciones. Con esta posición se modificó el criterio que habitualmente venía sosteniendo la Sala Político-Administrativa (Sentencia de fecha 6 de agosto de 1997. Caso Movilnet) al señalar que en éstos casos, por virtud de la delegación, debía entenderse que no era el Ministro el verdadero agravante pues el delegatario asumía la competencia como si fuese propia y era, por tanto, el responsable personal por la emisión del acto que se estimaba violatorio de derechos fundamentales.

De otra parte, en materia electoral, corresponderá a la Sala Constitucional conocer de los amparos autónomos que se ejerzan contra el Consejo Nacional Electoral como órgano de naturaleza constitucional inserto en el Poder Público Nacional. No obstante, debe tenerse presente que las acciones autónomas de amparo ejercidas contra los demás organismos electorales distintos a los tipificados en el artículo 8 de la Ley de Amparo serán competencia de la Sala Electoral. Así lo estableció la Sala Electoral en decisión de fecha 26 de julio de 2000 (Caso: Cesar Acosta) al considerar que el monopolio ejercido por la Sala Constitucional en materia de amparo autónomo, que limita la competencia de la Sala Electoral al conocimiento de los amparos cautelares, provoca que los actos, actuaciones y omisiones de algunos órganos electorales distintos a los tipificados en el artículo 8 de la Ley de Amparo (como sería el caso de los actos de admisión o rechazo de una candidatura emanados de Juntas Electorales, Comisiones Electorales de Universidades, entes gremiales u organizaciones con fines políticos y organizaciones de la sociedad civil) no puedan ser objeto de acciones de amparo autónomo lo que lesiona, a juicio de la Sala, el derecho de toda persona a ser amparado por los tribunales de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Constitución.

Finalmente, en materia funcional la Sala Constitucional—cambiando el criterio que antiguamente imperaba en la jurisprudencia— ha señalado que a ella le corresponde el conocimiento de las acciones autónomas de amparo que se intenten contra alguna de las autoridades previstas en el artículo 8 de la Ley de Amparo, con independencia de que se trate de controversias de índole funcional. Ello en virtud de que, a juicio de la Sala, el artículo 8 de la Ley de Amparo no prevé excepción alguna al establecer la competencia del Máximo Tribunal para conocer de estos amparos y constituye una norma especial de aplicación preferente a la regla

general de atribución de competencia prevista artículo 7 ejusdem. (Sentencia de la Sala Constitucional del 13 de julio de 2000. Caso: C. A. Madrid).

7.2. Los amparos contra sentencias dictadas en última instancia

Corresponde también a la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo incoadas contra las sentencias dictadas en última instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstas infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales. De esta forma la Sala Constitucional se sustituyó en la competencia del amparo contra sentencia que antes era ejercida por la Sala Político-Administrativa respecto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y la Salas de Casación Civil y Penal respecto de los tribunales superiores en esos ámbitos de competencia.

No obstante, debe tenerse presente que el conocimiento de las acciones autónomas de amparo que se intenten contra los Juzgados Superiores cuando éstos ejerzan competencia contencioso administrativa corresponderá a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y no a la Sala Constitucional a tenor de lo establecido en el artículo 185 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tal como lo determinó posteriormente la propia Sala en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2000 (Caso: H. Franco).

Asimismo, en decisión de fecha 18 de diciembre de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera (Caso: Tim International B.V. vs sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) la Sala determinó que el Tribunal competente para conocer de una acción de amparo ejercida contra un sentencia que resuelve un amparo cautelar será el Tribunal superior que normalmente conocería de la apelación ejercida contra esa sentencia de amparo conjunto. Concretamente, la Sala dispuso:

“las acciones de amparo incoadas conjuntamente con los procesos de nulidad son conocidas por los Tribunales competentes para la nulidad, es decir, por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Tales tribunales, si son Superiores, son a su vez competentes

para conocer las apelaciones y las consultas que se dicten en los amparos a tramitarse conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Consecuencia de lo anterior, es que la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, sería la competente para conocer de las apelaciones y consultas de los amparos que sean dictados de manera cautelar por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Siendo así, los amparos autónomos intentados por terceros contra las decisiones que se dicten en esos amparo conjuntos, lo lógico es que sean conocidos por los tribunales que pueden decidir las apelaciones y consultas, a fin que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias en ese tipo de amparos, y ello es razón suficiente para que esta Sala no sea competente para conocer los amparos autónomos de partes o terceros interpuestos contra los fallos que se dicten en los amparos incoados conjuntamente con las acciones de nulidad de los actos administrativos”.

De esta forma, la competencia en estos supuestos será de la Sala Político-Administrativa –si la sentencia accionada hubiere sido dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo– o de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –si la sentencia accionada hubiere sido dictada por un Juzgado Superior Contencioso Administrativo–.

En ejercicio de esta competencia, la Sala ha llegado incluso a anular las actuaciones procesales verificadas en aquellos procesos en los que se han transgredido derechos y garantías protegidos por la Constitución. Ejemplo de ello es la decisión dictada por la Sala Constitucional en fecha 28 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz (Caso: Aeroexpresos Ejecutivos, C.A. y Aeroexpresos Maracaibo, C.A.), en la que luego de determinar la improcedencia del litisconsorcio planteado por las demandantes y concluir que la demanda intentada debió ser declarada inadmisibile por el *a quo*, acordó declarar la nulidad de todas las actuaciones producidas al estado de que la acción fuera nuevamente admitida.

En el caso concreto, la Sala consideró que el litisconsorcio planteado por las accionantes no se ajustaba a las exigencias contenidas en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil que en criterio de la Sala reglamenta el derecho de acción y el debido proceso previstos en los artículos 26, 49 y 253 de la Constitución.

Dicha norma prevé que varias personas podrán demandar o ser demandadas como litisconsortes: a) siempre que se hallen en estado de comunidad jurídica con respecto al objeto de la causa; b) cuando tengan un derecho o se encuentren sujetas a una obligación que derive del mismo título; c) en los casos previstos en los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 52 ejusdem, esto es, cuando haya identidad de personas y objeto, cuando haya identidad de personas y título aunque el objeto sea distinto y cuando haya identidad de título y objeto aunque las personas sean diferentes.

Señaló la Sala que en el caso sometido a su consideración el litisconsorcio propuesto no era procedente por las siguientes razones:

- a) Que cada demanda acumulada tenía un demandante diverso. Dicho de otra manera, no había co-demandantes;
- b) Que cada demanda contenía una pretensión diferente dado que cada una de las actoras perseguía el pago de sumas dinerarias diferentes.
- c) Que cada pretensión demandada se fundamentaba en una causa petendi distinta, a saber: en cuatro relaciones individuales de trabajo, singularmente diferenciadas una de la otra; y
- d) Que había dos demandadas comunes en cada una de las demandas acumuladas.

En vista de tales razones, la Sala consideró que al haber admitido la demanda el *a quo* transgredió el derecho de las demandadas a obtener un debido proceso pues el litisconsorcio planteado era a todas luces improcedente por ser contrario al orden público y a disposición expresa de la ley, razón por la cual resultaba procedente la declaratoria de nulidad de todas las actuaciones realizadas. Asimismo, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 335 de la Constitución para establecer doctrina con

carácter vinculante, la Sala ordenó a todos los tribunales de la República aplicar de inmediato dicho criterio a todos los procedimientos en curso, laborales o no, sometidos a la regulación del artículo 146 del Código Procedimiento Civil y, en consecuencia: a) se niegue la admisión de las demandas incoadas que aun no hayan sido admitidas y b) que en las demandas ya admitidas en contravención del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, se disponga, aún *ex officio*, la nulidad de todo lo actuado en el ámbito del procedimiento respectivo y se reponga la causa al estado de admisión.

7.3. Las consultas y apelaciones de decisiones sobre amparos autónomos

Compete a la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones ejercidas contra las sentencias dictadas por los Juzgados Superiores, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal, cuando éstos conozcan la acción autónoma de amparo en primera instancia. Este lineamiento fue posteriormente precisado y modificado por la propia Sala Constitucional en decisión de fecha 14 de marzo de 2000 (Caso: Elecentro) al señalar que en los casos en que el conocimiento de las acciones de amparo en primera instancia corresponda a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las apelaciones y consultas que se intenten contra sus sentencias corresponderá a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quedando a salvo la facultad revisora de la Sala prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución.

8. La competencia revisora (artículo 336, ordinal 10 CN)

Esta facultad se traduce, según se expresa en la exposición de motivos, en la posibilidad de revisar las decisiones definitivamente firmes dictadas en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad por cualquier Tribunal de la República. Si bien el desarrollo de esta potestad extraordinaria es deferida a la ley orgánica que al efecto se dicte, la cual *“podrá establecer, por ejemplo, un mecanismo extraordinario de revisión de ejercicio discrecional por la Sala Constitucional, tal como el writ of certiorari que utiliza la Suprema Corte de los Estados Unidos de América; un mecanismo cuyos rasgos de discrecionalidad no sean absolutos, como el utilizado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania; o bien un mecanismo cuyos requisitos de admisibilidad y*

procedencia estén preestablecidos en la ley”, es lo cierto que la regulación de esta figura, hasta tanto se dicte la ley correspondiente, ha sido determinada por vía jurisprudencial por la Sala Constitucional.

En este sentido, la Sala Constitucional, en decisión de fecha 2 de marzo de 2000 (Caso: Francia Josefina Rondón), definió la facultad revisora como la posibilidad de revisar por vía excepcional y discrecionalmente, esto es, sin atender a recurso o solicitud específica, aquellas sentencias de amparo que sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia por estar conociendo de la causa en apelación y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de consulta. La revisión será igualmente aplicable en aquellos casos en los que se dicte una sentencia que desconozca la doctrina vinculante dictada en materia constitucional por la Sala.

Asimismo, la Sala extiende ese poder revisor a todo amparo. Así en los supuestos en los que el accionante alegue la violación de un determinado derecho o garantía, si la Sala estima que los hechos probados tipifican una infracción distinta, no argumentada por el accionante, ésta puede declararla de oficio. Así lo dejó establecido la Sala Constitucional en sentencia de fecha 6 de febrero de 2001 (Caso: Corpoturismo) al establecer que su facultad revisora estará regida por los siguientes principios:

1. Es inadmisibles la revisión de sentencias definitivamente firmes en juicios ordinarios de cualquier naturaleza por parte de esta Sala.
2. Es inadmisibles cualquier demanda incluyendo la acción de amparo constitucional que se ejerza contra cualquier tipo de sentencia dictada por el resto de las Salas del Máximo Tribunal, con excepción del proceso de revisión extraordinario establecido en la Constitución, y definido a continuación.
3. Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, la Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

Como punto previo, cabe señalar que el carácter excepcional y extraordinario del recurso de revisión ya establecido por la Sala Constitucional es ratificado por la exposición de motivos al establecer que ésta competencia *«no puede ni debe entenderse como parte de los derechos a la defensa, tutela judicial efectiva y amparo consagrados en la*

Constitución, sino como un mecanismo extraordinario de revisión cuya finalidad constituye únicamente darle uniformidad a la interpretación de las normas y principios constitucionales». Así, sólo podrán ser revisadas las siguientes decisiones:

3.1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

3.2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3.3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

3.4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional.

En cuanto al procedimiento aplicable para tramitar la solicitud de revisión, la Sala Constitucional consideró que, en ausencia de una regulación especial, era aplicable analógicamente el procedimiento consagrado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Un ejemplo patente de esta facultad revisora lo constituye la reciente decisión dictada por la Sala Constitucional en fecha 14 de diciembre de 2001, con ponencia del Magistrado Antonio García García (Caso: DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros), mediante la cual revocó el criterio que venía aplicando la Sala Político-Administrativa conforme al cual la perención de la instancia podía ser declarada en estado de sentencia, después de vista la causa, y anuló la sentencia que acogía el mismo por estimar que violaba los

derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

En criterio de la Sala, resulta un desacierto sancionar a las partes con la perención de la instancia después de vista la causa, pues en esa fase del procedimiento éstas no pueden efectuar acto procesal alguno. En tal sentido, señaló la Sala «que si el legislador confina la última actuación de las partes al acto de informes, no podría al mismo tiempo requerirles actuaciones posteriores a éste», sostener lo contrario, sería imponer a las partes el cumplimiento de una carga procesal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

En vista de ello, la Sala consideró que el razonamiento esgrimido por la Sala Político-Administrativa en sus decisiones en torno a la perención de la instancia no resulta compatible con los principios consagrados en la Constitución, ni con el criterio interpretativo vinculante establecido por la propia Sala Constitucional en su decisión de fecha 1 de junio de 2001 (Caso: Frank Valero González) en relación a la improcedencia de la perención de la instancia después de vistos. De allí que, podrán ser revisadas extraordinariamente por la Sala Constitucional todas las sentencias de la Sala Político-Administrativa que decreten la perención de la instancia después de vista la causa, dictadas con posterioridad al 1 de junio de 2001, fecha en la cual la Sala Constitucional estableció como doctrina vinculante la improcedencia de dicha figura en estado de sentencia.

9. Competencia para conocer del recurso de interpretación constitucional

La Sala Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos 335 y 336 de la Constitución, ha determinado su competencia para conocer de aquellos recursos de interpretación que se intenten con el objeto de determinar el alcance de los preceptos constitucionales, al establecer que es ella el órgano jurisdiccional encargado de velar por el control de la constitucionalidad de los actos del Poder Público y de ser el máximo intérprete de la Constitución.

Así lo estableció la Sala en decisión de fecha 22 de septiembre de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Jesús Eduardo Cabrera (Caso: Servio Tulio Briceño), al señalar que si bien el recurso de interpretación de las

normas y principios constitucionales no se encuentra regulado expresamente ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es lo cierto que en ejercicio de la facultad interpretativa que le confiere el artículo 335 de la Constitución puede asumir la interpretación, no sólo en los procesos contenciosos que decida, sino también mediante el especial recurso de interpretación constitucional.

De esta forma, la Sala concluyó que al corresponderle con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución, lo natural es que sea ella quien conozca de los recursos de interpretación de la Constitución *«no siendo concebible que otra Sala diferente, como lo sería la Sala Político-Administrativa, pueda interpretar como producto de una acción autónoma de interpretación constitucional, el contenido y alcance de las normas constitucionales, con su corolario: el carácter vinculante de la interpretación»*.

En concreto, en dicha decisión la Sala determinó su competencia para conocer de dicho recurso al expresar:

«Así como existe un recurso de interpretación de la ley, debe existir también un recurso de interpretación de la Constitución, como parte de la democracia participativa, destinado a mantener la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (artículo 335 de la vigente Constitución), por impulso de los ciudadanos. El proceso democrático tiene que ser abierto y permitir la interacción de los ciudadanos y el Estado, siendo este “recurso” una fuente para las sentencias interpretativas, que dada la letra del artículo 335 eiusdem, tienen valor erga omnes.

[...]

Viene a convertirse la Sala en una fuente para precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles, al conocerse previamente cuál es el sentido y alcance de los principios y normas constitucionales necesarios para el desarrollo del Estado y sus poderes, y de los derechos humanos de los ciudadanos.

Establecido lo anterior, la interpretación del contenido y alcance de las propias normas y principios constitucionales es posible, tal como lo expresa el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 336 eiusdem, y por ello, el recurso de interpretación puede estar dirigido, al menos ante esta Sala, a la interpretación constitucional, a pesar que el recurso de interpretación al ser considerado tanto en la propia Constitución (artículo 266 numeral 6), como en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (numeral 24 del artículo 42) se refieren al contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley.

Surge así, una distinción que nace del propio texto constitucional y de la intención del constituyente comprendida en la Exposición de Motivos, cual es que existe un recurso de interpretación atinente al contenido y alcance de las normas constitucionales, y otro, relativo al contenido y alcance de los textos legales. El primero de estos recursos corresponde conocerlos a esta Sala, mientras que el segundo, fundado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia».

De otra parte, la Sala estableció que para el ejercicio del recurso de interpretación constitucional no se requiere de autorización legal expresa que habilite su interposición a diferencia del recurso de interpretación legal que compete a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Señala la Sala que *«esto tiene que ser así, ya que dentro de una democracia participativa, como lo expresa el Preámbulo de la Constitución de 1999, la defensa de la Constitución, en un Estado entre cuyos valores está la responsabilidad social (artículo 2 de la vigente Constitución), el acceso al órgano jurisdiccional competente para que interprete el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, no puede estar supeditado a que una ley limite el recurso de interpretación sólo a determinados casos».*

En cuanto a la legitimación para ejercer este tipo de recurso, la Sala ha establecido que resulta necesario que, por un lado, exista una

conexión con un caso concreto y, por el otro, que se verifique la existencia de una duda razonable en la interpretación de las normas constitucionales que amerite su esclarecimiento por la Sala. Así, la Sala ha señalado que *«quien intente el recurso de interpretación constitucional sea como persona pública o privada, debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica. En fin es necesario que exista un interés legítimo, que se manifiesta por no poder disfrutar correctamente la situación jurídica en que se encuentra, debido a la incertidumbre, a la duda generalizada»*. (Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 22 de septiembre de 2000. Caso: Servio Tulio Briceño y 1 de junio de 2001. Caso: Nelson Álvarez Medina).

En lo que concierne al ámbito material del recurso de interpretación constitucional, la Sala ha establecido que éste puede ser ejercido en los siguientes casos:

1. Aquellos relacionados con el entendimiento de las normas constitucionales cuando se alega que éstas contradicen los principios constitucionales y valores sociales que constituyen la base del ordenamiento jurídico y presiden la interpretación y aplicación de las leyes.

2. Aquellos en los cuales la Constitución remite a principios doctrinales sin precisar en que consisten, cual es su alcance y aplicación. Asimismo, el recurso de interpretación será aplicable cuando esté referido a derechos humanos que no están regulados en la Constitución; a tratados internacionales protectores de derechos humanos que no han sido convertidos en leyes nacionales y cuyo texto y vigencia requieren de aclaratoria.

3. Cuando exista contradicción entre dos o más normas constitucionales como por ejemplo aquellas ambigüedades que existan entre las normas de la Constitución y las de los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, a los cuales la propia Constitución confiere jerarquía constitucional.

4. Aquellos relacionados con la constitucionalidad, vigencia y aplicación de aquellas disposiciones dictadas por organismos multiestatales creados a través de tratados y convenios internacionales, que son aplicables a los Estados suscriptores a pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional.

5. Aquellos dirigidos a determinar, por vía de interpretación, los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales a que se refiere el artículo 31 de la Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos.

6. Cuando existan lagunas o ambigüedades derivadas la vigencia simultánea del régimen transitorio y del régimen constitucional.

7. Aquellos dirigidos a determinar el contenido y alcance de las normas constitucionales cuyo desarrollo legislativo aun esta pendiente.

8. Aquellos destinados a esclarecer la ambigüedad de las normas constitucionales.

9. Cuando existan contradicciones entre la Constitución y las facultades del Constituyente.

Con relación a la admisibilidad de este tipo de recurso la Sala estableció que si éste no persigue los fines antes enumerados o no se constata el interés jurídico actual del actor, el recurso deberá ser declarado inadmisibile. Igualmente será inadmisibile la solicitud de interpretación cuando no se exprese con precisión en que consiste la oscuridad o contradicción cuya interpretación se pretende, o cuando la ambigüedad planteada ya hubiese sido resuelta por la Sala Constitucional en sentencias anteriores. También será inadmisibile el recurso cuando tenga por objeto la solución de una controversia entre particulares, entre órganos públicos, o entre ambos, o tenga por fin el lograr un opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley.

Respecto del procedimiento a seguir para sustanciar el recurso de interpretación de normas constitucionales, la Sala ha dispuesto que una vez admitido el mismo y a los fines de garantizar la participación de la sociedad en la interpretación de la Constitución, se podrá emplazar por Edicto a

cualquier persona que estuviere interesada en coadyuvar u opinar sobre el alcance y sentido que ha de darse a la interpretación, para lo cual se fijará un lapso de preclusión dentro del cual éstos expongan por escrito lo que estimen conveniente.

Asimismo, deberá notificarse de la admisión de la acción a la Fiscalía General de la República y a la Defensoría del Pueblo para que presenten sus observaciones en torno a la interpretación que se haya solicitado. En ese sentido, la Sala ha dejado claro que corresponderá al libre criterio del Juzgado de Sustanciación la determinación del término para que los interesados y la Fiscalía y Defensoría presenten sus opiniones, sin perjuicio a que por la urgencia de la interpretación solicitada se notifique únicamente a los mencionados órganos del Poder Moral.

Una vez vencidos los términos fijados por el Juzgado de Sustanciación, se pasarán los autos al ponente nombrado en el auto de admisión quien presentará un proyecto que estará sujeto en su presentación y discusión por las normas que rigen la ponencia.

En criterio de la Sala, la declaración de certeza que se derive de la decisión del Recurso, constituye una de las manifestaciones de la tutela preventiva del control de la constitución, pues al despejarse las dudas o ambigüedades que existan sobre el texto constitucional se precaven posibles acciones futuras de inconstitucionalidad. A su vez el Recurso constituye también un sector concreto de la participación ciudadana en la conformación del derecho.

10. Competencia para la protección de intereses difusos y colectivos

Finalmente, será competencia de la Sala Constitucional, tal como se estableció en decisión de fecha 30 de junio de 2000 (Caso: Defensoría del Pueblo), la protección de los intereses difusos y colectivos pues en criterio de la Sala, ello constituye materia del dominio de lo constitucional y, por ende, de la jurisdicción constitucional que a ella exclusivamente le corresponde, ya que *“estos derechos de defensa de la ciudadanía vienen a ser el desarrollo de valores básicos de la Constitución y del derecho positivo, por lo que debe corresponder a esa Sala Constitucional el conocimiento de tales acciones, mientras la ley no lo atribuya a otro tribunal”*.

LA CASACIÓN FRANCESA Y LA REVISIÓN ALEMANA. ESTUDIO COMPARATIVO

Aristides Rengel-Römberg

1. Introducción

El estudio comparativo de la casación nos lleva, por necesidad ineludible, al estudio de las condiciones sustanciales y formales del Recurso de Casación, porque estas condiciones varían en las diversas legislaciones, y como lo expresa Morello, “cuando se estudia la casación no se está en presencia de una única y excluyente interpretación –absoluta, inmodificable, perfecta y de tono abarcadoramente general– por lo que al contrario, conviene relativizar una concepción que, en la vida concreta de su experiencia funcional, es susceptible de razonables diferenciaciones y encuadramientos técnicos procesales que, con realismo, le permiten ajustarse a las exigencias –no idénticas– de las sociedades en las que ha radicado”¹.

Y en efecto, estas divergencias se manifiestan, tanto en relación a problemas de orden *técnico* relativo a la estructura organizativa de la Corte, como a problemas de orden *dogmático* atinentes al sistema y a la función institucional de la casación, que dan lugar generalmente al dilema: ¿casación o tercera instancia? Así, v.gr. el Tribunal Supremo es único en Italia después de la unificación de la Corte Suprema de Casación por Decreto del 30 de enero de 1941 sobre Ordenamiento Judicial; en cambio, en Argentina, cada provincia tiene establecido su Tribunal Supremo de casación, y se sostiene, que la casación es y funciona –en su medida– como tercera instancia, aunque se insista hasta el hartazgo que la casación no es una tercera instancia revisora de las conclusiones *a quo*, pues como lo expresa Morello, las soluciones que para la Casación se esbozan en la vida del tribunal no pueden evadirse de la realidad y del peso de ciertos factores gravitantes, que son los de decisiva influencia, entre otros, la idea cada vez más interiorizada en los consumidores de la Jurisdicción, de que cualquier me-

¹ Cfr., MORELLO, Augusto. M. “La Casación. Un modelo intermedio eficiente.” Abeledo-Perrot. 1993, p.69.

dio de impugnación, aún los más sofisticados, como la casación, son medios enderezados principalmente a obtener una sentencia justa para el caso concreto; lo que ha llevado al mencionado autor argentino a concluir, que no es, por cierto, *tercera instancia*, pero la verdad es que no transcurre un solo día de acuerdos sin que los fallos establezcan que cuando hay defectos en la valoración de la prueba, desde la "omisión" de toda evaluación, hasta que es groseramente desvirtuadora de su importancia, sentido y alcance, la sentencia así expedida *resulta arbitraria* y descalificable por inconstitucional al lesionar la garantía la defensa².

Conviene, por tanto, en el caso de nuestro tema, examinar las diferencias y las coincidencias existentes entre la casación francesa y la revisión alemana, porque el problema de las diferencias dogmáticas entre ambos sistemas es generalmente reducido al dilema: ¿Casación o Tercera instancia?; y determinar si estas dos vías de recurso, que la doctrina se ha esforzado en presentar como antagonistas, conduce a un control similar en Francia y en Alemania, o si existen entre ellas diferencias dogmáticas sustanciales que justifiquen el mencionado antagonismo.

2. Características del Recurso de Casación francés

Del Recurso de Casación francés, tal como lo encontramos hoy en el nuevo Código Procedimiento Civil que entró en vigencia el 1º de enero de 1977, podemos destacar las siguientes características fundamentales:

a) Es un recurso *extraordinario* (Art. 527 cpc) cuyo objeto es hacer *anular* por la Corte de Casación las sentencias dictadas en violación de las reglas de derecho (Art. 604 cpc).

b) La violación de las reglas de derecho, en sentido amplio, comprende 1) la violación u omisión de las formas sustanciales. 2) las contravenciones a la ley, sea por errónea interpretación del texto, sea por error en la aplicación del mismo; y 3) la falta de base legal por insuficiencia de la constatación de los hechos que son necesarios para decidir sobre el derecho; que es una creación puramente jurisprudencial.

² Cfr. DE LA RUA, Fernando, "El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino". Víctor p. de Zavalía. Editor. Buenos Aires. 1968. p.83. Cfr. MORELLO, ob. Cit. P.57 y ss.

c) La Corte de Casación no conoce a fondo de los asuntos, sino solamente de la condición de la sentencia pronunciada sobre el mérito de la causa; o como dice la doctrina francesa: los tribunales y las cortes juzgan los procesos; la Corte de Casación juzga las decisiones.

d) Casada la sentencia, el asunto es reenviado, salvo disposición en contrario, ante otra jurisdicción de la misma naturaleza de aquella que dictó la sentencia casada, o ante la misma jurisdicción, compuesta de otros magistrados (Art. 626 cpc).

e) La Corte de casación puede casar sin reenvío cuando la casación no implique que ella sea una nueva decisión sobre el fondo. Casando sin reenvío, la Corte puede poner fin al litigio cuando los hechos, tales como han sido soberanamente constados y apreciados por los jueces del fondo, le permitan aplicar la regla de derecho apropiada (Art. 627 cpc).

3. Características del Recurso de Revisión alemana

Del Recurso de Revisión alemana tal como lo encontramos regulado hoy en la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), podemos destacar las siguientes características:

a) Es un recurso extraordinario, como la casación francesa aunque no lo dice expresamente la ZPO alemana; sin embargo, la revisión se diferencia fundamentalmente del recurso ordinario de apelación en que la revisión abarca solamente a los puntos de derecho de la sentencia impugnada, no los de hecho como la apelación. Es ésta –enseña Lent– la diferencia de mayor relieve respecto de la apelación³. Si el tribunal de apelación hubiere dejado sentada la verdad o falsedad de un hecho, el de casación quedaría obligado por la determinación del Tribunal de apelación (Art. 561 ZPO 1° aparte); sólo excepcionalmente, cuando la casación se pida por infracción de la ley en lo que atañe al procedimiento, en el escrito de motivación se indicarán los hechos demostrativos de la falta. (Art. 554 ZPO segundo aparte, ord. 2° b).

³ Cfr. LENT, Friedrich. "Diritto Processuale Civile Tedesco". Parte Prima. Trad. de Edoardo Ricci. Morano Editore. Napoli. 1962. p.285.

b) La revisión debe basarse en una violación de la ley (Art. 549 ZPO); y se considera infringida la ley cuando no se aplique una norma jurídica o se aplique erróneamente (Art. 550 ZPO). Como observa Rosenberg: "toda violación del derecho que no sea afirmación de hechos, tiene abierta la revisión;" y una norma jurídica es violada cuando no se la ha aplicado a la situación de hecho establecida por el Tribunal de apelación, a pesar de darse sus presupuestos, o ha sido aplicada cuando faltan. O como lo expresa Lent: Estamos en presencia de una violación de ley en cualquier caso en que esta última no sea aplicada, o lo sea inexactamente; la segunda hipótesis comprende los errores de interpretación" (Art. 550)⁴.

El Art. 551 de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) establece expresamente algunos casos en los cuales se considera que en la sentencia se ha infringido la ley: 1º, si el Tribunal sentenciador no hubiese estado legalmente constituido; 2º, si en la votación de la sentencia hubiese intervenido algún juez excluido por ley del ejercicio de la función judicial, a no ser que tal impedimento se hubiese alegado en forma de recusación que hubiese sido desestimada; 3º, si hubiese intervenido en la resolución del negocio algún juez contra el que se hubiese propuesto recusación por sospecha de parcialidad, y la misma se hubiese estimado; 4º, si el Tribunal se hubiese declarado indebidamente competente o incompetente; 5º, si alguna de las partes no hubiese estado legalmente representada en el procedimiento, y no hubiere ratificado expresa o tácitamente la gestión procesal del que no tenía su representación; 6º, si en los debates antecedentes a la sentencia se hubiesen infringido los preceptos sobre la publicidad del procedimiento; y 7º, si la sentencia no se hubiere motivado.

Por ley debe entenderse en el derecho alemán —dice Rosenberg— toda norma jurídica en sentido material; y comprende también el derecho consuetudinario, los convenios internacionales del Imperio alemán, de la República o de los Estados particulares, los decretos y los preceptos jurídicos comprendidos en las ordenanzas administrativas. Todo lo que en la sentencia impugnada no sea afirmación de hechos, sino una premisa mayor que sirva para su apreciación —añade Rosenberg— es ley en el sentido del Art. 549 ZPO y a ella pertenecen, en primer lugar, las máximas de experiencia (costumbres del tráfico, usos de comercio, etc.) que en verdad

⁴ Cfr. ROSENBERG, Leo. "Tratado de Derecho Procesal Civil" Trad. de Ángela Romera Vera. EJEA. Buenos Aires. 1955. Tomo II, p.408 y 410. Cfr. LENT, ob. cit. p. 287.

no son normas jurídicas; pero forman la premisa mayor del silogismo judicial; o sirven para la comprobación de los hechos, en particular, en la apreciación de la prueba para examinar el probatorio del medio de prueba y para concluir de los hechos no controvertidos o probados la verdad de otros hechos discutidos; y forman así la premisa mayor del silogismo judicial con respecto a la estimación de las afirmaciones sobre hechos⁵. En cambio, no son normas jurídicas, sino objeto de declaración de hechos, los estatutos de asociaciones, instituciones o fundaciones, los actos administrativos, como circulares de servicio, el otorgamiento de patentes, etc.; y en especial, no son los negocios jurídicos de las partes; pero la interpretación de estos sucesos y manifestaciones –dice Rosenberg– puede representar una violación de derecho revisible.

c) El Tribunal de revisión, por regla general, no conoce del fondo del asunto. Al revocarse la sentencia recurrida (*iudicium rescindens*) el Tribunal de revisión devuelve (reenvío) la causa al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo (*iudicium rescissorium*). La devolución podrá hacerse a una Sala distinta de la que hubiese dictado la sentencia anulada. El Tribunal de apelación deberá atenerse para su nueva decisión al juicio de derecho emitido por el Tribunal de revisión y puesto como fundamento de la anulación (Art.565 ZPO). El reenvío –como dice Lent– es la regla, y la inmediata nueva decisión de la litis es excepcional. Se verifica una o la otra hipótesis según haya necesidad de ulterior o el hecho controvertido esté ya completamente esclarecido para la solución de la litis. El juez de revisión no puede llevar a efecto nuevas valoraciones de hecho, y si de éstas no se puede prescindir, el reenvío es necesario. Pero, si la causa está madura para la decisión y de la sentencia impugnada se pueden tener todos los elementos para decidirla, el juez de revisión debe retener la causa y decidirla (casación sin reenvío).

En efecto, el Art. 565 ZPO, permite por excepción que el Tribunal Supremo dicte nueva sentencia en lugar de la anulada: “1º, si la sentencia se hubiese anulado simplemente por infracción de ley en la aplicación de la misma a los hechos aprobados, y con tal que, según éstos, el negocio pueda ser decidido sin nuevo procedimiento; 2º, si la sentencia se hubiese anulado por incompetencia del Tribunal o por no pertenecer el asunto a la vía de la jurisdicción ordinaria civil”.

⁵ Cfr. ROSENBERG, Leo. Ob. Cit. Tomo II p.211 y p.408.

“Si en estos dos casos, en la nueva sentencia sobre el fondo hubieran de aplicarse leyes cuya infracción, según el Art. 549 ZPO, no puede tomarse como motivo de casación, la causa se podrá devolver al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo”.

Como observa Ferrand, al examinar la técnica de la censura en Francia, la anulación se hace clásicamente mediante reenvío a una jurisdicción del mismo rango que aquella cuya sentencia ha sido censurada, o aún a la misma jurisdicción, lo cual es el caso en los sistemas donde el reenvío no es obligatorio; en Alemania, la jurisdicción de revisión está obligada a anular sin reenvío en los casos expresamente previstos en el Art. 565 ZPO, y a poner así fin al asunto, lo que es, sin embargo, raro en la práctica.

Lo que hemos visto hasta ahora en este examen comparativo entre el sistema francés y el sistema alemán, induce a pensar que existe un verdadero paralelismo entre ambos sistemas; que la casación francesa ha tenido evidente influencia en el desarrollo de la revisión alemana; que la Casación y la Revisión, no son dos clases distintas de casación, sino expresiones diversas de una misma realidad: terminologías distintas para referirse a la misma institución, que es única por su peculiar estructura y naturaleza, pero con ciertas particularidades nacionales incontestables que no desvirtúan la naturaleza propia de la única institución.

Sin embargo, en Italia, Calamandrei sostiene: “...la principal, por no decir la única diferencia que tiene lugar entre nuestro recurso de casación y el remedio derivado de él en las legislaciones germánicas es precisamente esta: que en ellas se ha construido como un medio de gravamen, esto es, como un medio para provocar una tercera instancia normal *in iure* antes de que se forme el fallo, lo que en nuestro derecho es una acción de impugnación, dirigida a obtener, por vicios que deberían representar una excepción, la anulación del fallo ya formulado.” Y en Alemania, Wach afirma: “La revisión de la ZPO, es un recurso original. Tiene cierto parentesco con los recursos anteriores del derecho particular, pero nada que le sea igual. Es una apelación, en el sentido del derecho común, limitada a la revisión de la sentencia impugnada en cuanto a la cuestión jurídica. Es *revisio in iure*, no *in facto*. La cuestión de derecho, no la cuestión de hecho, debe ser sometida a un examen ulterior. La posibilidad de la revisión estriba en la separación principal de ambas cuestiones. Por consiguiente, se excluyen los

hechos nuevos y medios de prueba nuevos relativos a la causa misma. Se los admite únicamente con el objeto de exponerle fundamento de la revisión (Art. 516 inc. 2, 3 y Art. 524 ZPO, éstos, según la redacción de la ZPO de 30 de enero de 1877, hoy Art. 553 y Art. 554 inc. 3, ord. 2°, ZPO, según texto vigente desde el 1° de enero de 1934).

Para nosotros, la cuestión se presenta dudosa por los diversos factores que intervienen: el factor histórico, el factor técnico-jurídico y el terminológico, a los cuales conviene hacer una breve referencia.

Respecto del factor histórico, es sabido que la Ordenanza alemana del 14 de diciembre de 1833, estableció dos recursos: mantuvo el recurso de revisión que ya existía como pura instancia de hecho, y creó el recurso de nulidad, limitado a la constatación de los puntos de derecho, vías éstas que sólo podían ser ejercidas por las partes. La idea de unidad del derecho, no servía de fundamento y objetivo sino al recurso de nulidad, y la revisión tendía en esa época a permitir a las partes una tercera instancia de hecho. Pero en 1864 un Proyecto de Código de Procesamiento Civil prusiano ensayó hacer del recurso de nulidad una revisión *iu iure* en general, que llegaría a ser la sola vía de recurso supremo, y quedó abolida la revisión de la Ordenanza de 1833. Más tarde, en 1870, fue redactado el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la región de Alemania del Norte, que en su Art. 834 reglamentaba el recurso de nulidad ante la jurisdicción suprema, el cual no podía estar fundado sino en la violación de la ley; pero este proyecto fue modificado, y reemplazó el recurso de nulidad por un recurso de revisión al cual fue asignado el fin de unificar el derecho y la jurisprudencia. Luego, después de la unificación alemana en 1871, el imperio alemán fue dotado de una nueva organización judicial, y los redactores de la Ordenanza Procesal Civil de 1877 no obstante haber tenido en cuenta la expresión francesa, optaron en esta materia por la histórica denominación de recurso de revisión para la nueva institución, no obstante su particular naturaleza y regulación positiva tan diferente de la primitiva apelación del derecho común, y se le atribuyó a la Corte Federal de Justicia el conocimiento del recurso de revisión contra las decisiones por los tribunales regionales superiores, o más raramente, contra las decisiones de primera instancia de los tribunales regionales (casación per saltum) Art. 566 a. ZPO.

El mencionado factor histórico que caracteriza a la revisión alemana como un medio de gravamen que conduce a una tercera instancia; o como una apelación en el sentido del derecho común, nos deja en la duda acerca de la naturaleza de la revisión alemana, tal como aparece concebida en la vigente Ordenanza Procesal Civil (ZPO); pues según ésta: “La apelación podrá interponerse contra las sentencias definitivas dictadas en primera instancia.” (Art. 511 ZPO); y el recurso de casación podrá interponerse contra las sentencias dictadas en apelación por los tribunales de apelación,” (Art. 545 ZPO); lo que significa que en Alemania, como en la mayoría de los países, existe el doble grado de jurisdicción, y se ha abolido del sistema de los recursos la tercera instancia o sistema de la doble conformidad de los fallos, que conducía a la tercera instancia, la cual, no ha pasado de ser más que una etapa en la historia de la apelación, moderadamente desechada de los ordenamientos procesales por las duras críticas que ha sufrido el sistema en todas partes.

Es sentido técnico-jurídico, como es sabido, la apelación es un recurso ordinario que provoca un nuevo examen de la relación convertida in iure et in facto (novum iudicium) y hace adquirir al juez de segunda instancia la jurisdicción sobre el asunto, con facultad para decidir la controversia y conocer ex novo tanto de la quaestio facti como de la quaestio iuris; y en esto se diferencia del recurso extraordinario de casación, limitado a considerar exclusivamente los quebramientos de formas (errores in procedendo) y las infracciones de ley (errores in iudicando) en que haya incurrido el juez en la sentencia recurrida, sin que pueda la casación extenderse al fondo o mérito de la controversia, ni al establecimiento o apreciación de los hechos por parte del juez a quo, salvo las excepciones previstas en la ley. Por ello desde el punto de vista técnico-jurídico, resulta impropio asimilar la casación alemana a una tercera instancia, porque si fuere tal, debería tener, por su naturaleza, el mismo cometido que la primera y la segunda instancia, esto es: conocer de la controversia ex novo, tanto in iure como in facto y decidir el mérito de la causa, sin limitación alguna; y esto no es lo que caracteriza a la revisión alemana, pues como admite el mismo Wach, la comprensión de este recurso depende, sobre todo, de la determinación exacta del fundamento de la revisión, que es la violación de la ley, violación que es causal para la sentencia, quedando la comprobación de los elementos de hecho, que forman el material procesal a juzgarse, exclusivamente al juez inferior.

Lo anterior nos lleva a considerar que el aspecto terminológico podría estar gravitado en la consideración de la Revisión alemana, al calificársela de “medio de gravamen”, “apelación limitada”, “tercera instancia”; siendo que por su estructura de una revisio in iure y no in facto, le correspondería más bien la calificación de “recurso extraordinario de revisión”, que es diferente de la apelación, pues ésta tiene por objeto el examen ulterior de toda la causa, in facto et in iure, elevándola a segunda instancia, como se establece en la Ordenanza Procesal Civil alemana, según la cual: “La apelación podrá interponerse contra las sentencias definitivas dictadas en primera instancia” (Art. 511 ZPO); y “El recurso de casación podrá interponerse contra las sentencias dictadas en apelación por los tribunales de apelación.” (Art. 545 ZPO).

En conclusión, puede decirse que entre la casación francesa y la revisión alemana encontramos las siguientes coincidencias fundamentales, que a nuestro juicio no caracterizan a la revisión alemana como una tercera instancia: 1) En ambos sistemas decide el recurso el órgano supremo de la jerarquía judicial: La Corte de Casación en Francia y la Corte Suprema Federal en Alemania. 2) Ambas Cortes están destinadas a garantizar la unidad del derecho y de la jurisprudencia. 3) El recurso abarca solamente los puntos de derecho de la sentencia impugnada: violación de ley (in iure) y no in facto.(Art. 549 ZPO). 4) Las sentencias revisables son solamente las de la última instancia, esto es, las sentencias dictadas en apelación por los tribunales de apelación. (Art. 545 ZPO). 5) La decisión de la Corte se concreta a la revocación (casación) de la sentencia (iudicium rescindens) y devuelve la causa (reenvío) al Tribunal de apelación para que la vea y decida de nuevo (iudicium rescissorium) Art. 565 ZPO. 6) El Tribunal de reenvío deberá atenerse en su nueva decisión al juicio de derecho puesto como fundamento de la anulación por la Corte (Art. 565 ZPO). 7) La Corte puede decidir sin reenvío excepcionalmente, cuando la causa está madura para la decisión y de la sentencia impugnada pueden tenerse todos los elementos para decidirla; posibilidad ésta que es obligatoria en Alemania en los casos previstos en el Art. 565 ZPO, esto es : 1º si la sentencia se hubiese anulado simplemente por infracción de ley en la aplicación de la misma a los hechos probados, y con tal de que, según éstos, el negocio pueda ser decidido sin nuevo procedimiento; y 2º si la sentencia se hubiese anulado por incompetencia del Tribunal o por no pertenecer el asunto a la vía de la jurisdicción ordinaria civil. Si en estos dos casos, en la nueva sentencia sobre el fondo hubieran de aplicarse leyes cuya infracción, según el Art.

549, no puede tomarse como motivo de casación, la causa se podrá devolver al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo.

4. Conclusiones

Del breve estudio comparativo de los mencionados sistemas de casación, se concluye lo siguiente:

1° Que entre el sistema de casación francés y el alemán, existe un verdadero paralelismo. Que la casación francesa y la revisión alemana, no son dos clases distintas de casación que permitan caracterizar a la primera de “casación pura” y a la segunda de “casación instancia”, sino una misma realidad; una misma institución, que es única por su peculiar estructura y naturaleza, pero que para identificar a una de ellas (la revisión alemana) se ha empleado una terminología inapropiada, que no se corresponde con la naturaleza de la institución. Así, cuando Calamandrei afirma que la casación alemana ha sido construida como un medio de gravamen para provocar una tercera instancia normal *in iure* antes de que se forme el fallo; y cuando Wach sostiene que la revisión de la ZPO alemana es un “recurso original”, “una apelación en el sentido del derecho común”, y admite a la vez que es una “revisio *in iure*, no *in facto*”, se está utilizando una terminología propia del histórico derecho germánico que rigió en 1833, se modificó en 1864 por el proyecto prusiano, más tarde, en 1870 por el proyecto para la región alemana del Norte, y después de la unificación alemana en 1871, por la ZPO de 1877.

2° Entre la casación francesa y la revisión alemana existen las siguientes coincidencias fundamentales que confirman la unidad de la institución y la similar naturaleza de ellas:

a) En ambos sistemas decide el recurso el órgano supremo de la jerarquía judicial: La Corte de Casación en Francia y La Corte Suprema Federal en Alemania.

b) Ambas Cortes están destinadas a garantizar la unidad del derecho y de la jurisprudencia.

c) El recurso abarca solamente los puntos de derecho de la sentencia impugnada: violación de Ley (*in iure*) y no *in facto* (Art. 604 cpc francés y Art. 549 ZPO).

d) Las sentencias revisables son únicamente las de última instancia, esto es, las dictadas por los tribunales de apelación (Art. 605 cpc francés y Art. 545 ZPO).

e) La decisión de la Corte se concreta a la anulación (casación) de la sentencia (*iudicium rescindens*) y se devuelve la causa (*reenvío*) al Tribunal de apelación para que la vea y decida de nuevo (*iudicium rescissorium*) (Art. 626 cpc francés y Art. 565 ZPO).

f) La Corte puede casar sin reenvío excepcionalmente, cuando la casación no implique que ella sea una nueva decisión sobre el fondo. La casación sin reenvío pone fin al juicio cuando los hechos, tales como han sido soberanamente constatados y apreciados por los tribunales del fondo, le permiten aplicar la regla de derecho apropiada (Art. 627 cpc francés y Art. 565 ZPO). En Alemania, el Tribunal Supremo está obligado a dictar nueva sentencia en lugar de la anulada en los siguientes supuestos: 1° si la sentencia se hubiese anulado simplemente por infracción de ley en la aplicación de la misma a los hechos probados, y con tal de que, según éstos, el negocio pueda ser decidido sin nuevo procedimiento. 2° si la sentencia se hubiese anulado por incompetencia del Tribunal o por no pertenecer el asunto a la vía de la jurisdicción ordinaria civil. Si en estos dos casos, en la nueva sentencia sobre el fondo hubieran de aplicarse leyes cuya infracción, según el Art. 549, no puede tomarse como motivo de casación, la causa se podrá devolver al Tribunal de apelación para que la vea y falle de nuevo.

Como se vé, no existe en Alemania la llamada casación de tercera instancia, sobre todo si se entiende la "tercera instancia" en su propio sentido y naturaleza, esto es, como aquel sistema ya abandonado en los ordenamientos modernos, que admitía una nueva decisión de la relación jurídica objeto de la controversia y un nuevo conocimiento en los hechos y en el derecho, buscando sobre todo la *doppia conforme* cuando la decisión de primera instancia y la de segunda eran contrarias; pues en la otra acepción de la tercera instancia, tomada del derecho germánico, desarrollada de la casación francesa, el juez de la casación quedaba vinculado al establecimiento de los hechos contenidos en la sentencia de segundo grado, y en base a

éstos, aplicaba la ley, lo cual es, precisamente, lo establecido en la casación francesa y en la revisión alemana (Art. 627 cpc francés y Art. 565 ZPO).

DESPENALIZACIÓN E INMORALIDAD CIVIL EN LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS

Rafael Domingo

Desde hace ya unos decenios –quizá por una desorbitada aplicación de los principios de subsidiariedad¹ y de mínima intervención²– estamos asistiendo en Europa a un acusado fenómeno de progresiva abolición de figuras delictivas que podríamos denominar tradicionales.

El Código Penal español ha suprimido, por ejemplo, los delitos de desacato³, parricidio⁴ e infanticidio⁵. Por lo demás, con anterioridad a su promulgación, fue suprimido, por la ley orgánica de 1998, el delito de blasfemia⁶. Otras veces, más que suprimir totalmente un delito, el nuevo Código ha restringido su tipo, de suerte que comportamientos anteriormente castigados han quedado despenalizados en determinados supuestos. Tal es el caso del delito pornografía (arts. 186 y 189), del delito de prostitución (arts. 187 y 190) o del delito de exhibicionismo (art. 185) que prácticamente sólo se castigan cuando se realizan con menores de edad.

En esta ocasión, quisiera referirme a los posibles efectos civiles de actos despenalizados por la ley penal. Para centrar el tema, adelantaré algunos ejemplos: el hecho de que la blasfemia haya sido despenalizada en

¹ Sobre la aplicación de este principio en el derecho penal, vid. Sobre todo ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil 2* (München 1994) 482-483; y FIANDACA-MUSCO *Diritto penale. Parte Generale 2* (Bologna 1993) 40-43.

² Sobre este principio, vid. PRADEL, *Droit pénal general 10 I* (Paris 1995) 122-123 con literatura. Este principio, sin embargo, ha tenido poca acogida en Francia.

³ Regulado en los arts. 240 y 244 del Código anterior (de 1973).

⁴ Regulado en el art. 405 del Código anterior.

⁵ Regulado en el art. 410 del Código anterior.

⁶ La blasfemia fue despenalizada en España por el artículo 2 de la ley orgánica 5/1988, de 9 de junio (BOE. 11 de junio de 1988), que dejó sin contenido el art. 239 del Código penal entonces vigente. Esa misma ley despenalizó las faltas de “imprensa contra la moral, la buenas costumbres o la decencia pública” (art. 566, 5), las faltas “de blasfemia y contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública” (art.567, 1 y 3), así como las faltas

España, ¿hace válida una donación condicionada “a blasfemar ante las cámaras de televisión”?; despenalizando el exhibicionismo obsceno ante mayores de edad, ¿sería válida la condición potestativa “si te ‘exhibes’ en una universidad”?; la parcial despenalización del aborto ¿convierte en válidos los contratos de prácticas abortivas despenalizadas?; ¿es válido el contrato que realiza un hospital privado con una empresa de publicidad para que promocióne sus técnicas abortivas?; despenalizada la prostitución con mayores de edad, ¿sería válido el contrato de servicios con una prostituta para que trabaje en un hotel?; ¿es indigna para suceder la madre que provoque el aborto despenalizado con el fin de heredar a su marido?; la despenalización del adulterio, ¿impide que pueda alegarse éste como causa de separación?

Con carácter general, los códigos civiles europeos, siguiendo el Derecho romano⁷, sancionan, con la nulidad de pleno derecho, aquellos contratos celebrados con causa ilícita o inmoral (*contra bonos mores*⁸). Así, el “Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten” (1974)

“cometidas por quienes se bañaren faltando a las reglas de decencia o seguridad establecidas por la autoridad (art. 577, 1). El nuevo Código de 1995 también h omitido la regulación de la blasfemia, así como el de estas faltas mencionadas. El iter de la regulación de la blasfemia en los distintos códigos españoles (desde 1822 hasta 1944) puede seguirse mediante las concordancias que ofrecen LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS Y UIZ DE GORDEJUOLA, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias* (Madrid 1988) 1380. Mucho más respetuoso con los sentimientos religiosos es el Código penal alemán, que tipifica un delito sobre insultos contra confesiones religiosas o agrupaciones que tengan su propio credo (“Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen”, § 166) y otro sobre molestias en el ejercicio de la religión (“Störung der Religionsausübung”, § 167); cfr. el comentario de estos parágrafos de HERZOG, *Nomos. Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Baden-Baden 1995) II.11.

⁷ Vid. por ejemplo, Papiniano, D. 28, 7, 15 (...*facta...*, *contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*); Paulo, D. 2, 14, 27, 4 (*pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda.*); Ulpiano, D. 17, 1, 6, 3 (*rei turpis nullum mandatum est...*); una interesante exposición de la causa en los negocios jurídicos, con abundante bibliografía, ofrece ahora GUARINO, *Diritto privato romano 10* (Napoli 1994) 389-400.

⁸ Sobre esta expresión vid. MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, en *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien u. a 1986) 151-167; una breve síntesis de la evolución de la expresión *boni mores* en el Derecho romano ofrece ahora en su “Kurzlehrbuch” *Römisches Privatrecht* (Wien-New York 1991) 89-90; PLESCIA, *The Development of the Doctrine of “boni mores” in Roman Law*, en RIDA. 344 (1987) 265-310. FUSCO, *Adulescens luxuriosus. Ulp. D. 17.1.12.11-ein Mandat contra bonos mores?*, en *Mandatum und Verwandtes* (Berlín y otras ciudades 1993) 387-406.

establecía, en el §68 del título quinto de la primera parte, que “Verträge über unerlaubte Handlungen gelten eben so wenig, als über unmögliche”. El “Code” de Napoleón dispone en su art. 1131 que “L’obligation sans cause, ou sur une cause fautive, ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effect”. El art. 1133 señala que es ilícita la causa “quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou á l’ordre public”. De contenido semejante es el art. 1275 del Código civil español: “los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral⁹”. El art. 1343 del Codice italiano dispone que “la causa e illecita e contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume”. Por su parte el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. (§879, 1) establece que “Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig”. Por último, también el BGB., en su parágrafo §138, dispone algo semejante: “Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig¹⁰”.

Algo parecido sucede con los negocios jurídicos sometidos a condición ilícita o inmoral: en los códigos austriaco, francés, español e italiano, se establece que si se trata de actos inter vivos, son inválidos, y, si tienen lugar mortis causa, se tendrán las condiciones por no puestas¹¹. Un poco distinta es la relación del §§139 del BGB que establece que si una parte (“Teil”) de un negocio jurídico es nula, es nulo todo él, a no ser que se entienda que hubiese sido celebrado incluso sin la parte nula.

⁹ Un comentario de este artículo puede verse en ALBARCA-LÓPEZ y SANTOS BRIZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia* IV (Madrid 1991) 689-704.

¹⁰ Un extenso comentario de este parágrafo ofrece MAYER-MALY, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Allgemeiner Teil 3* (München 1993) 1130-1182; cfr. también PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch 53* (München 1994) 115-131.

¹¹ Cfr. los §§698 y 898 del ABGB.; los arts. 900 y 1172 del Código de Napoleón; los arts. 1116 en relación con el 792 del Código civil español; los arts. 634 en relación con el 626, y 1354 del Código italiano. Aunque haya varios textos que implícitamente la recojan (cfr. Juliano, D.45, 1, 65; también en tema de estipulaciones Papiniano D. 45, 1, 123; Marciano, D. 28, 7, 14; PS. 3, 4b, 2), esta distinción de efectos entre actos inter vivos y mortis causa no fue definitivamente asentada en Derecho romano clásico, sino más bien por la Pandectística; cfr. en este sentido las observaciones de DE RUGGIERO, *Condizioni immorali e contra leges*, en *BIDR.* 16 (1904) 162-192, que siguen válidas, así como las de TALAMANCA, *Instituzioni de Diritto Romano* (Milano 1990) 255-256.

Del hecho de que estos códigos no hagan mención al carácter o no delictivo de los ilícitos civiles parece desprenderse que la moralidad o inmoralidad de los actos, a efecto civiles, no depende de su penalización o despenalización, sino que más bien responde a principio metajurídicos informadores de la legislación civil, y no de la penal, sometida, en todo caso, al principio de legalidad. Uno de estos principios metajurídicos es éste de la invalidez civil de los actos inmorales, estén o no penalizados. Y lo llamo metajurídico porque la moralidad o inmoralidad de los actos no viene determinada por el Derecho, sino por el objeto, fin y circunstancias de los mismos actos. De ahí que haya intrínsecamente malos, como la blasfemia, la prostitución, el exhibicionismo, etc., que, si figuran como causa o condición en un contrato, no podrán más efectos civiles que los negativos de la nulidad o de tenerlos por no puestos.

Lo mismo ocurre con los contratos relacionados con las prácticas abortivas (prestación de servicios, compraventa de instrumentos, aparatos y medios para provocar el aborto, contratos de publicidad, etc.), que, en principio, son nulos por inmorales. En el nuevo código penal español, ha desaparecido el antiguo art. 416, en virtud del cual se castigaba al fabricante o negociante que vendiere medicamento, sustancia, objetos e instrumentos, etc. que sirven para provocar el aborto, a personas que no pertenezcan al cuerpo médico o a comerciante que no estuvieran autorizados para su venta. La despenalización de esta conducta hasta ahora delictiva no afecta en modo alguno a la invalidez civil de estos contratos, que seguirán siendo nulos, a tenor de lo establecido en el art. 1275 de Código español. El único efecto civil que produce esta despenalización es que los efectos de la nulidad se resolverán a tenor de lo previsto en el art. 1306 del Código civil español, que trata de la causa torpe no constitutiva de delito ni falta, y no según lo previsto en el art. 1305, que se aplica cuando la nulidad proviene de causa constitutiva de delito o falta. Según el art. 1306,1, cuando la causa torpe no constitutiva de delito o falta “este de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud de contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”. Sin embargo, el parágrafo 2 dispone que si la causa torpe está de parte tan sólo de uno de los contratantes, éste no podrá repetir ni reclamar, pero el que fuera extraño a esta causa “podrá reclamar lo que hubiese dado, sin obligación de cumplir lo que hubiese ofrecido”. Se trata, pues, de una traslación del régimen romano de la *condictio*.

Absolutamente inconsecuente es, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993¹², en materia de aborto. En el apartado V, núm. 6 (JZ,p.30), el que el Tribunal Constitucional señala que “la obligación estatal de proteger la vida del no-nacido no puede llevar a considerar jurídicamente ineficaces los contratos médicos y hospitalares sobre abortos no penalizados en virtud del sistema de asesoramiento (“Beratung”). El concepto de asesoramiento exige más bien que el intercambio de prestaciones entre el médico y la mujer tenga la consideración de relación jurídica, a fin de que se realicen con fundamento jurídico”. A mi comentario sobre esta sentencia me remito¹³.

El derecho civil, quizá por su carácter privado, está más atento a la moral personal que el derecho penal, que tiende a proteger –influido por el liberalismo¹⁴– la Ética social que debe ser imperativa y coactivamente impuesta a los ciudadanos. Esto hace que los límites de la ilicitud civil sean más estrictos que los de la ilicitud penal. Por lo demás, el derecho penal, al estar informado por el principio de legalidad, no puede servirse de principios metajurídicos, ni tan siquiera incorporándolos en la propia ley.

El ámbito de lo inmoral y de lo penal no necesariamente coinciden, pues hay comportamientos inmorales no delictivos y delitos que no lo son por naturaleza. Permítaseme citar algunos ejemplos: un senadoconsulto de fecha desconocida –que d’Ors conjetura pudo ser el Liboniano, del 16 d.C.¹⁵– consideró inmoral y tuvo por no respuesta la llamada condición captatoria, es decir, aquella que supedita el nombramiento de heredero o legatario a la recepción de una liberalidad que se reciba, en el futuro, del así instituido¹⁶. Pero también existen ejemplos recientes, como puede ser la llamada condi-

¹² Debido al interés de la sentencia, está ha sido publicada en varias revistas jurídicas: *Neue Juristische Wochenschrift* 28 (1993) 1751-1779; *Europäische Grundrechte* 9-10 (1993) 229-275, así como en una edición especial de la *Juristen Zeitung* de 7 de junio de 1993.

¹³ Vid. *Otrosí* 12 (1993) 34-37, una versión ampliada, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 11 (1995) 323-330.

¹⁴ Sobre la distinción entre “moral individual” y “ética social”, vid. ahora A D’ORS, *Liberalismo moral y liberalismo ético*, en *Razón española* 75 (1996) 9-19.

¹⁵ Vid. A. D’ORS, *Derecho Privado Romano* 8 (Pamplona 1991) 341.

¹⁶ Cfr. Gayo, D. 30, 64; Papiniano, D. 28, 5, 71 (70); Paulo, D. 28, 5, 72 (71), pero vid., sin embargo, Labeón D. 28, 7, 20, 2.

ción “de celibato” (Zölibatsklausel), que ha sido declarada inmoral en Alemania¹⁷.

Pero el hecho de que no coincidan estos dos ámbitos no significa que dejen de estar íntimamente relacionados. Esta conexión es lo que explica precisamente que la ley pueda convertir en ilícito un acto moralmente lícito (la compraventa de animales protegidos; arrancar plantas briofitas, etc.). Lo que no podrá hacer la ley penal, sin embargo, es suspender los efectos civiles de los actos despenalizados que sean de suyo inmorales, *contra bonos mores*. Aquí radica, sin lugar a dudas, unos de los límites éticos más claros de los ordenamientos occidentales¹⁸. A sensu contrario, se puede decir que no le compete a la ley civil penalizar actos que sean contrarios a ella, sino tan sólo declararlos nulos. El art. 217 del nuevo código penal, por ejemplo, castiga la pretensión de contraer con efectos civiles segundas o ulteriores nupcias realizadas “a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior (matrimonio)”. Una supuesta despenalización de este delito no llevaría consigo en modo alguno la validez civil de la poligamia, pues el segundo matrimonio por derecho civil, seguirá siendo nulo *ipso iure*, exista o no en el ordenamiento un delito que penalice la poligamia.

Tampoco altera los efectos civiles de los hechos inmorales despenalizados el hecho de que éstos hayan sido autorizados por acto administrativo. Tal sería el caso del contrato de práctica de la prostitución con mayores de edad en un prostíbulo autorizado por un acto administrativo. Naturalmente, al menos en España, el acto administrativo sería válido¹⁹, pero no lo serían los contratos de prostitución. En mi opinión, el acto administrativo se ajustaría al hecho de la despenalización —tal acto sería válido precisamente en virtud de la despenalización—, pero no afectaría al principio de invalidez civil de los contratos inmorales, como tampoco al Derecho penal.

¹⁷ Cfr. *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts* 4 (Berlin 1958) 274-285. En España una cláusula contractual de este estilo se tendría por no puesta, en virtud del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores. Texto refundido de 14 de marzo de 1995.

¹⁸ Sobre el problema de la armonización de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales, vid. las Actas del XIII Simposio de la Fundación Alexander von Humboldt *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen* (Köln-Berlín 1995)

¹⁹ Cfr. art. 62, 1c) de la Ley 30/1992 sobre el Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que establece que los actos son nulos de pleno derecho cuando “sean constituidos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”.

A pesar de su despenalización, continúa teniendo relevancia civil –sin lugar a dudas por su naturaleza inmoral– el adulterio²⁰, que es tenido en cuenta, sin distinción de sexos, en los juicios de separación, a tenor del art. 82 del Código civil español, que señala como causa de separación la “infidelidad conyugal”. También acude a él el §543 del ABGB.: “Personen, welche des Ehebruches, oder des Blutschande gerichtlich geständig, oder überwiesen sind, werden unter sich von dem Erbrechte aus einer Erklärung des letzten Willens ausgeschlossen”.

Problema distinto se plantea cuando la ley civil hace un reenvío a la ley penal. Tal es el caso en tema de indignidad para suceder. En efecto, el art. 463 del Código civil italiano excluye de la sucesión como indigno al que voluntariamente mató a un descendiente del de cuius “purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale”. Este inciso final excluirá de indignidad a la viuda feticida que –amparándose en una causa despenalizada de aborto– eliminará al nasciturus con la finalidad de heredar ella de su marido, y no el hijo, de su padre. El art. 756 del Código civil español, sin embargo, no se remite expresamente a la ley penal, sino que exige “condena judicial”. Con este requisito de la “condena judicial” no excluye en todo caso que los tribunales civiles puedan apreciar causas de indignidad con independencia del proceso penal²¹, queda abierta la duda de si causar la muerte al feto sin consentimiento del difunto, en supuesto de aborto despenalizado, sería en España causa de indignidad.

En resumen, se puede decir que la despenalización de un hecho delictivo no tiene efectos civiles, salvo que la propia ley civil remita a la ley penal; sin embargo, la penalización de una conducta anteriormente lícita sí tiene efectos civiles, ya que, por ejemplo, convertiría en ilícita la causa o condición contractual, y no se daría en este caso el principio de irretroactividad propia de la ley penal. Esto no es sino una consecuencia de que el ámbito de lo punible debe ser más restringido que el ámbito de lo ilegal.

²⁰ Tanto el adulterio como el amañebamiento fueron despenalizados en España por Ley 22/1978 de 26 de mayo (BOE. 30.5.1978). Esta ley siguió considerando el adulterio como causa de desheredación de herederos forzosos (último inciso del art. 852 del Código civil español). Esta causa de desheredación, sin embargo, fue suprimida por ley 11/1990, de 5 de octubre (BOE. 18.10.1990) sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo.

²¹ Vid. en este mismo sentido el comentario al art. 756 de ALCABAR LÓPEZ y DE CASTRO GARCÍA, en *Código civil. Doctrina y jurisprudencia III* (Madrid 1991) 462.

COMENTARIOS SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO ¹

Rafael G. Prado Moncada

SUMARIO

Introducción; I. Aspectos generales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva; II. El derecho a la tutela judicial efectiva durante la vigencia de la Constitución de 1961; III. La Constitución de 1999 ¿Bases para el desarrollo de la justicia administrativa?; IV. Influencia del Derecho a la tutela judicial efectiva en los distintos momentos del proceso; Reflexiones finales.

INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho a la tutela judicial efectiva significa referirse a uno de los pilares sobre los cuales descansa la idea del Estado Social y de Derecho.

En oportunidades anteriores², hemos resaltado el alcance de tan fundamental derecho constitucional y su influencia en los distintos momentos del proceso judicial.

¹ El presente estudio se inserta dentro de la investigación que el autor está realizando a los fines de obtener el título de Doctor en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, España.

² Las ideas expresadas en este trabajo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se corresponden, en parte, con las ideas sostenidas en nuestro estudio "*De nuevo sobre el Derecho a la tutela judicial efectiva (Avances legislativos a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999)*" publicado en el #9 de la Revista de Derecho Administrativo, Caracas, Ed. Sherwood, 2000, p. 93 y ss. Vid también nuestros trabajos: "*Algunas notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la justicia administrativa venezolana (propuestas para la reforma del sistema contencioso-administrativo)*" en Revista Apuntes Jurídicos

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Carta Fundamental venezolana, así como en el artículo 24 de la Constitución Española, se ha erigido como una suerte de faro que dirige a los distintos procesos judiciales. Ello así, constituye uno de los factores más influyentes, por no decir el que más incide, dentro del buen funcionamiento de la justicia administrativa de un determinado Estado, esto debido a que si no se establecen las garantías necesarias para brindar una tutela judicial efectiva, se desvanece la idea del Estado de Derecho por no existir una administración de justicia eficaz.

De ahí la importancia de un buen funcionamiento de la justicia, y concretamente, en este estudio nos referimos a la justicia administrativa.

El presente estudio tiene por finalidad transitar por la evolución del derecho a la tutela judicial efectiva y su influencia en la justicia administrativa venezolana. Para ello, hemos separado su contenido en cuatro partes fundamentales. En una *primera parte* estudiaremos los aspectos generales del derecho a la tutela judicial efectiva, a saber, su evolución histórica, contenido y alcance. En la *segunda parte*, trataremos el tratamiento del derecho a la tutela judicial efectiva durante la vigencia de la Constitución de 1961, época durante la cual no gozaba de consagración expresa en la Carta Fundamental. De igual manera, en la *tercera parte*, estudiaremos la consagración constitucional expresa de tan fundamental derecho ocurrida con la promulgación de la Constitución de 1999.

Finalmente, en la *cuarta parte*, plantearemos la incidencia del derecho bajo estudio en los distintos momentos o etapas del proceso, así como los distintos obstáculos legales existentes en el ordenamiento jurídico venezolano que impiden su desarrollo y ejercicio pleno. Como punto final del estudio, estableceremos nuestras reflexiones finales.

GLOBAL #2, Mendoza (Argentina), 1999; “*El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el contencioso de los contratos administrativos (estudio jurisprudencial del ordenamiento jurídico venezolano)*”, en Revista de Derecho Administrativo #6, Caracas, Ed. Sherwood, 1999; y “*¿Ocaso o fortalecimiento del agotamiento de la vía administrativa como requisito previo para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa?*” (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)” en coautoría con el Prof. Luis A. Ortiz-Alvarez, publicado en la Revista de Derecho Administrativo #11, 2001, pp. 217 y ss.

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva tiene su origen, como derecho constitucional, luego de la segunda guerra mundial, en Europa, como una fuerte reacción a la situación jurídica anterior al conflicto mundial. Como plantea el profesor JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ, las nuevas Constituciones pretendieron frenar los embates del poder público en los dos frentes más amenazados: en materia penal y contencioso-administrativa. En cierto modo a neutralizar el acoso en el primer frente se dirigieron las reglas procesales que están inmediatamente ideadas para los procesos penales; y, por contraste, para superar el primitivo estadio en que se hallaban las jurisdicciones administrativas, se consagró el derecho a la tutela judicial efectiva en sentido estricto³.

Así, la Constitución italiana de 1947, fue la primera que consagró expresamente tan fundamental derecho, estableciendo en su artículo 24 lo siguiente:

Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado de procedimiento.

De igual manera, en Alemania, el artículo 19 IV de la Grundgesetz (1949) consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo tenor es el siguiente:

Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios.

El artículo 19.IV constituye la manifestación más elemental de la cláusula del Estado de derecho. Su objeto no es otro que el de garantizar la

³ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: *La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)*, en obra colectiva *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*; Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 136.

más completa y efectiva tutela jurisdiccional de los derechos e intereses del individuo que sean lesionados por los poderes públicos. Como afirma BARNÉS VÁZQUEZ, "El precepto, pues, no se limita a garantizar el acceso a la jurisdicción, sino que asegura un nivel mínimo de control o revisión jurisdiccional"⁴.

La misma existencia de la tutela judicial efectiva obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto (frente al poder público).

Es por esto que el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende del objetivo principal por el cual fue establecido, como lo es el acceso a los órganos de justicia para batallar contra los atropellos del Estado fascista. Efectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva debe entenderse no solo como la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino, además, como una serie de garantías que aseguren el respeto de los derechos de los particulares, incluso en aquellos procedimientos que no impliquen la presencia de la Administración Pública como parte, es decir, procesos entre particulares, de derecho privado.

Y es que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene una amplitud muy grande. Este derecho engloba bajo su manto varias manifestaciones que emergen para establecer un sistema de control jurisdiccional. En este sentido, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no solamente supone el acceso a los órganos de la jurisdicción, sino que va mucho más allá y regula el acceso a los distintos recursos que prevé el ordenamiento jurídico, un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, así como la observación de ciertas garantías que aseguren el derecho a un debido proceso y supone, igualmente, la obtención de una sentencia eficaz.

Ciertamente, como plantea MARÍA AMPARO GRAU, siendo la justicia una de las funciones del Estado, el acceso a los órganos encargados de impartirla, se erige en un derecho necesario para garantizar la primacía del ordenamiento y de los derechos que éste confiere, aunque lo más importante sea, sin duda, el respeto de los derechos humanos.

⁴ *Idem.*, pp. 138-139.

La tutela judicial efectiva debe vincularse entonces con la garantía de la seguridad jurídica que protege esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales y patrimoniales, individuales y colectivos. Pero además, la tutela judicial es mecanismo garante del respeto del ordenamiento jurídico en todos los órdenes y la sumisión a derecho tanto de los individuos como de los órganos que ejercitan el Poder⁵.

Ello así, en los distintos instrumentos de orden internacional, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo tenor es el siguiente:

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

De igual manera, en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que reza de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

En el mismo orden de ideas, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969, establece:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un

⁵ GRAU, María Amparo: *Tutela judicial efectiva*, conferencia dictada en la Universidad Monteávila de Caracas; revisada en la página web www.badellgrau.com

juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Y, finalmente, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, cuyo contenido es el siguiente:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

En consecuencia, plantea la profesora GRAU, el estudio de la tutela judicial efectiva comprende, como derecho fundamental, tres objetos:

- a. El acceso a una vía judicial idónea para imponer el respeto de los derechos humanos y restablecerlos cuando ellos hayan sido vulnerados;
- b. El acceso a una vía judicial idónea para enfrentar la arbitrariedad en el ejercicio ilegal del Poder Público, en todas sus manifestaciones y restablecer las situaciones infringidas y responsabilizar al Estado y sus agentes por los daños ocasionados; y
- c. El acceso a una vía judicial idónea para resolver los conflictos entre particulares y establecer con carácter definitivo la responsabilidad de éstos en los ámbitos penal, civil y administrativo⁶.

En España, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad ejercitable sin más, sino un derecho de prestación no incondicionado y ab-

⁶ *Idem.*

soluta, de configuración legal, lo que implica que las partes que intervienen en un proceso no pueden desentenderse de su configuración legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellas, formulando sus peticiones en los trámites y plazos que la ley establezca, entre otros deberes. Pero, por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que se observen todas las garantías necesarias dentro del proceso para que las partes puedan ejercer su derecho a la defensa o hacer valer sus derechos frente a la Administración de una manera efectiva.

Es ilustrativa la jurisprudencia que ha dictado el Tribunal Constitucional Español sobre el derecho *in commento*, así, por ejemplo, la sentencia 1/91 estableció lo siguiente:

“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico según reiterada doctrina del TC (SSTC 20/82, 39/85, 110/86, 23/87 y 74/90) el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable”.

De igual manera, la sentencia 96/91 indicó que el contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva es la obtención de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, favorable o desfavorablemente, sobre el fondo de la pretensión deducida, a lo que podemos agregar que esa resolución se produzca dentro de los plazos establecidos por la ley para que el órgano jurisdiccional la dicte y una plena eficacia al momento de ejecución de las resoluciones.

En el mismo orden de ideas, la STC 71/91 estableció un criterio amplio en relación con el contenido del derecho *in commento*, de la siguiente manera:

“El art. 24.1 CE impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva (...) ya que allí donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (...) mientras exista la lesión actual de un in-

terés propio, un derecho insatisfecho al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción”.

Queda claro y reforzado con lo establecido por el Tribunal Constitucional, la importancia del derecho a la tutela judicial efectiva dentro del ordenamiento jurídico de un Estado establecido bajo la idea de funcionar como un Estado Social de Derecho.

II. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Durante la vigencia de la Constitución de 1961, el derecho a la tutela judicial efectiva no se encontraba consagrado expresamente en la Carta Fundamental, sino que se desprendía, como jurisprudencialmente así fue establecido, de la interpretación de los artículos 68 y 206, los cuales establecían lo siguiente:

“Artículo 68: Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado y grado del proceso”.

“Artículo 206: La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

Como expresa la profesora MARÍA AMPARO GRAU, “puede entonces observarse que el derecho de acceso al uso de los órganos de administración de justicia, lo cual en la práctica no siempre garantizaba la efectividad de la tutela judicial, pues en los términos y condiciones establecidos en la ley, podían conspirar contra ello.

Fue la jurisprudencia, fundamentalmente en materia de amparo constitucional y en el área de lo contencioso administrativo, en la cual las inmunidades y prerrogativas del Poder Ejecutivo y de la Administración en general obstaculizan la tutela judicial efectiva, que este principio se fue imponiendo, como base de muchas de las decisiones en las que en efecto se establecía que el mero acceso al órgano judicial era insuficiente, si éste no otorgaba una protección justa y eficaz de los derechos del accionante”⁷.

Efectivamente, de la interpretación de los artículos transcritos *supra* se infiere la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva. Prueba de ello, como hemos mencionado, la jurisprudencia patria se pronunció positivamente, no en pocas ocasiones, sobre la existencia de tan fundamental derecho. En este sentido, podemos citar algunas de las sentencias más relevantes al efecto, como por ejemplo la Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (Hoy Tribunal Supremo de Justicia) de fecha 22-11-1990 bajo ponencia del Magistrado Dr. R.J. Duque Corredor con ocasión del caso *E.L. FUENTES MADRIZ y otros (Mochima II)*, en donde se sostuvo lo siguiente:

“ ... En el procedimiento a que se refieren estas actuaciones, esta Sala en decisión de fecha 16 de noviembre de 1989 acordó suspender los efectos de la orden de demolición contenida en el artículo 3º del Decreto N° 270 de fecha 09-09-89, como medida precautelativa, para garantizar los posibles efectos anulatorios de la sentencia definitiva, en razón de que:

“La remoción o demolición de las aludidas construcciones, envuelve para los recurrentes un daño de difícil reparación por la sentencia definitiva, caso de que su recurso prosperara, desde que devolver las

⁷ *Idem.*

bienhechurías a su estado original hacen procedente lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la suspensión de los efectos del acto, y así se declara”.

Frente a decisiones de esta naturaleza cabe referirse brevemente al problema capital de los sistemas procesales de control de legalidad y de la legitimidad de la actuación de los entes del estado, y en el caso concreto, al del contencioso administrativo, como lo es la ejecución de sus sentencias. En este problema se conjugan aspectos constitucionales y procesales. En efecto, en primer término, en la garantía de la defensa judicial de los derechos a que se contrae el artículo 68 de la Constitución, se halla implícito el derecho a la ejecución de las sentencias, como forma de hacer efectiva esa tutela. En este sentido vale la pena traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional español, que ha expresado lo siguiente: “(...) la inejecución pura y simple de una sentencia contencioso administrativa (...) dejaría ignorados los derechos e intereses de la parte que obtuvo su tutela efectiva a través de sentencia favorable a los mismos, derecho también reconocido en (...) la Constitución que este Tribunal no puede desconocer”. (...) El reconocimiento de tal derecho resulta, por otra parte, fundamental para el Estado de Derecho. En este orden de ideas, el mismo Tribunal Constitucional citado ha dicho: “... difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes (...). Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza– se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones firmes.”. (...) De manera, pues, que en el deber de sujetar el ejercicio de sus atribuciones a la Constitución y las leyes, que el artículo 117 del mismo

texto constitucional impone al Poder Público, y en el deber general de cumplir y obedecer la Constitución y las leyes, y las órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público (artículo 52 eiusdem), y en el derecho a la defensa judicial a que se refiere el artículo 68 eiusdem, se encuentra el fundamento del derecho de los ciudadanos de lograr la ejecución de las sentencias dictadas en contra de los entes del Estado, como un derecho fundamental dentro de la estructura del Estado de Derecho. Así, un reputado autor ha expresado: “El principio de santidad de una cosa juzgada (capital en el Estado de Derecho) ha de ser respetado por la Administración y que el ciudadano titular de una ejecutoria tiene verdadero derecho (al cumplimiento de la sentencia) en calidad del contenido integrante del derecho a la tutela efectiva” (Parejo, Luciano, ...).

Ahora bien, es al Poder Judicial, como titular de la jurisdicción, a quien corresponde ejecutar lo juzgado. Así se reconoce en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que desarrolla el contenido de la función jurisdiccional, incluyendo dentro de ella, no sólo la facultad de decidir definitivamente las causas de que conozca, sino también la potestad de ejecución, es decir la de “ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare”. Esta atribución y responsabilidad constitucional se traduce procesalmente en el poder atribuido a los órganos jurisdiccionales de adoptar medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución, y para asegurarlas (...). E igualmente esta potestad de ejecución principal y complementaria se les reconoce también para garantizar las medidas precautelativas que hubieren dictado. En efecto, el artículo 588 eiusdem [Código de Procedimiento Civil] primer aparte, respecto del mantenimiento de las medidas preventivas que dicten los jueces, expresa “Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”. Principios éstos también aplicables al procedimiento contencioso administrativo por vía de la re-

misión que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace a los principios generales contenidos en el Código de Procedimiento Civil ”⁸. Corchetes nuestros.

En el mismo orden de ideas, la Sentencia de la misma Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 09-05-1991, con ocasión del caso *Sanitanca vs. IMAU*, sostuvo lo siguiente:

“... Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de sus bienes, que de manera general se enuncia en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y por el llamado principio de legalidad presupuestaria a que se contrae el artículo 227 de la Constitución, que ratifica el artículo 17 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Según el primero de tales principios, los jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de los principios señalados, se establece que cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que en realidad es la propia administración la que ejecuta sus sentencias y no el Poder Judicial, lo que podría dar lugar a que tales sentencias sean ineficaces en la práctica, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el derecho constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción como el derecho subjetivo público y

⁸ Sentencia revisada en BREWER-CARÍAS, Allan y ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *Las grandes decisiones de la jurisprudencia Contencioso-Administrativa*; Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 849 y ss.

*autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten (...). Derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponde garantizar, conforme a las facultades que se desprenden de los artículos 204 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictado condenas contra la Administración Pública..."*⁹.

De igual manera, la sentencia de la SPA-CSJ de fecha 18-05-1995 bajo ponencia del Magistrado Humberto La Roche y con ocasión del caso *Plásticos El Guárico, C.A.*, dejó sentado lo siguiente:

"... De las normas anteriormente citadas por esta Sala, se evidencia que es la propia Administración la que debe ejecutar en principio las sentencias en su contra. Ahora bien, siempre al Poder Judicial, como titular de la jurisdicción, corresponde ejecutar en todo caso lo juzgado. Así se reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual desarrolla la función jurisdiccional, incluyendo en ella, no sólo la facultad de dictar sentencias definitivas, sino también de ordenar su ejecución.

El derecho a la ejecución de sentencias, como forma de hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, está implícito en el artículo 68 de la Constitución.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Político-Administrativa al señalar que:

"El derecho constitucional de acceso a la justicia, no sólo comprende la acción como derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los tribunales, sino también el lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten..."(...).

⁹ *Idem*, pp. 1009-1011.

El autor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el particular expresa:

“Un sistema de tutela judicial efectiva no es sólo un sistema que permita abrir los procesos y en cuyo seno se produzcan sentencias ponderadas y sabias. Estas sentencias también tienen que ser efectivas ellas mismas, y, por tanto deben necesariamente que poder ejecutarse. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración”.

... Es por esto que la ejecución de las sentencias es de capital importancia para la efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho, por ello resulta difícil hablar de un Estado de Derecho cuando no hay efectividad al momento de la ejecución de las mismas.

Por las consideraciones anteriormente expuestas y respetando las prerrogativas de ciertos entes estatales, como el demandado, esta Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional, garantizando la ejecución de sus fallos. Como un medio de salvaguardar el derecho a la justicia que se desprende del artículo 68 de la Constitución, aplica por analogía al caso de autos el proceso de ejecución de sentencias condenatorias contra los municipios establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; por tratarse de un supuesto semejante al de ejecución de un fallo judicial por un ente público. Así se declara”¹⁰.

En el mismo orden de ideas, pero en el campo de las medidas cautelares, la sentencia de la SPA-CSJ de fecha 15-11-1995 (caso *Lucía Hernández y Arnoldo Echagaray*), estableció lo siguiente:

“... Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la solicitud de amparo cautelar formulada por los actores,

¹⁰ *Idem*, pp. 1011-1014.

por la cual aspiran a que, mientras se decide definitivamente sobre la anulación del acto impugnado, sean suspendidos sus efectos mediante la paralización de la convocatoria para designar jueces titulares en los tribunales en los que se desempeñen provisoriamente.

(...) En consecuencia, a pesar de que el amparo cautelar solicitado por los actores –como antes lo ha señalado la Sala...– no resulta en principio el medio idóneo legalmente para ser ejercido en este tipo de juicios contra actos de efectos generales no normativos, considera la Sala, sin embargo, que ello no debe repercutir, de plano, en la negación absoluta de la medida cautelar solicitada, sino que –en defensa del derecho constitucional a la defensa– debe acudir al poder cautelar general que a todo Juez, por el hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, le es inherente. Lo anterior, por cuanto una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenadas o, al menos, menoscabada.

*Por tanto, con el fin de ajustar el proceso a los principios que orientan nuestro ordenamiento –concretamente para adaptarlo al derecho a la defensa– esta Sala pasa a verificar el cumplimiento de los requisitos que toda cautela debe cumplir para su procedencia, a saber: el *periculum in mora* y la presunción de buen derecho, por cuanto éstas constituyen, sin lugar a dudas, un aspecto esencial del derecho a la defensa, a las que todo Juez debe dar uso –sin limitaciones formales de ningún tipo y como una facultad que le es inherente– con el objetivo inmediato de garantizar la eficacia plena del fallo definitivo que emitirá una vez oídas las partes y con la finalidad última*

de hacer verdaderamente operante la administración de justicia”¹¹.

Finalmente, y también dentro del mundo de las medidas cautelares, la Sentencia del Tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 23-08-1995, bajo ponencia del Juez Suplente Luis A. Ortíz-Alvarez y con ocasión del caso *Almacenes La Colmena, S.R.L.*, sostuvo lo siguiente:

“... Considerando, que los particulares tienen un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho cuya existencia en el ámbito del Derecho Público moderno es actualmente admitida sin discusiones; que este derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en lo que respecta a Venezuela –de forma similar a muchos países, ad exemplum, Alemania, Colombia, España, Francia, Italia, etc.– está consagrado a nivel de Constitución, lex superior, norma normarum, de aplicación directa y preferente, consagración que se observa con claridad en los artículos 68 y 206 de la Constitución de 1961. Que este derecho a la tutela judicial efectiva, o como lo ha calificado un sector de la doctrina nacional “derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva frente a la Administración” (Brewer-Carías...), supone que los particulares tienen un derecho –de igual rango y fuerza constitucional– a la protección cautelar efectiva; que ciertamente el sentido común y la sensibilidad constitucional dejan ver que para que exista una buena administración de justicia, que garantice tanto los intereses de los particulares como los de la Administración, es esencial que los litigios contencioso-administrativo sean juzgados rápidamente (giustizia riterdata giustizia denegata) o que, al menos, el Juez contencioso administrativo disponga de las más amplias –y rápidas– posibilidades de dictar medidas cautelares, posibilidad que –se insiste– es una de las más contundentes manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva.

¹¹ *Idem*, pp. 829-932.

Que dentro de la perspectiva anterior, este Tribunal Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo acoge la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional Español según el cual “la efectividad de la tutela judicial respecto a los derechos e intereses legítimos de todas las personas que impetren aquélla, reclaman no tan sólo in ejercicio viable, en cuanto exento de toda suerte de traba u obstáculo, de tales derechos e intereses ante jueces y tribunales, que permita una real accesibilidad al examen y decisión de las pretensiones formuladas en la instancia judicial, sino también, si se quiere dar al precepto todo su sentido y cabal significación, que una eventual decisión –sentencia– estimatoria de las pretensiones ejercitadas sea susceptible de tener incidencia real en la esfera jurídica o situación para la que se reclama la tutela jurisdiccional, de modo que logre una reparación verdadera de aquéllas, y en cuanto este principio es trasladable a la jurisdicción contencioso-administrativa, que la sentencia anulatoria de los actos o disposiciones recurridos permita una virtual restauración de la situación jurídica en la que viene a incidir” (sentencia del 17 de julio de 1982), todo lo cual más recientemente ratifica dicho Tribunal Constitucional al manifestar que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en un proceso” (Sentencia del 10 de febrero de 1992); asimismo, acoge este Juzgado la doctrina del Tribunal Supremo de Español el cual estableció claramente que el artículo 24 de la Constitución Española –norma equivalente al artículo 68 de la Constitución venezolana– implica “el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal” (Sentencia del 20 de diciembre de 1990); así como otra doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco en la cual estableció que “el derecho fundamental a la obtención de la tutela judicial efectiva (...) obliga no sólo a una reinterpretación del sistema de medidas cautelares

normado en la Ley de Jurisdicción, sino, sobre todo a afirmar el deber que sobre los Tribunales de Justicia pesa de adoptar aquellas medidas tutelares que sean necesarias para asegurar la plena efectividad del acto terminal del proceso, pues aquel derecho fundamental implica sin duda, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar en cuanto instrumento no sólo idóneo, sino imprescindible a veces para la efectividad de aquél." (Auto de fecha 14 de octubre de 1991); tomando en consideración igualmente que, vista la protección cautelar en el contencioso administrativo como una filial directa e inmediata del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, las medidas cautelares en este ámbito no son entonces meramente discrecionales de los jueces, sino que éstos tienen un poder-deber, esto es, que una vez cumplidos los requisitos mínimos para el otorgamiento los jueces deben dictar dichas medidas provisionales, todo lo cual supone también que las referidas medidas cautelares no poseen una naturaleza excepcional y no pueden ser estudiadas bajo concepciones restrictivas, sino más bien bajo criterios pro cives y pro libertate que estén a la altura del derecho fundamental a la protección cautelar.

... Teniendo en cuenta, de acuerdo con todo lo expuesto, que si bien el referido derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva (consagrado principalmente en los artículos 68 y 206 de la Constitución) que tienen los ciudadanos, no aparece totalmente incompatible con la existencia del principio del carácter ejecutivo y ejecutorio de las decisiones administrativas, ni tampoco pareciera necesariamente exigir la generalización del efecto suspensivo de los recursos, resulta sin embargo que dicho derecho fundamental sí impone la presencia de un régimen efectivo de medidas cautelares en el contencioso-administrativo, por lo que los ciudadanos deben disponer de un verdadero derecho constitucional a demandar y a obtener la suspensión de actos administrativos —sean estos de contenido positivo o sean estos actos denegatorios— e igualmente a obtener el otorgamiento de

cualesquiera otras medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de la protección jurisdiccional..."

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1999 ¿BASES PARA EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA?

La Constitución venezolana del 99, bajo la influencia que la norma Constitucional española y la doctrina administrativa ejercen en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, consagra ahora, de manera expresa, un derecho tan fundamental como lo es la tutela judicial efectiva.

La Constitución Española, –como hemos dicho– por su parte, concebía este derecho de acceso a la justicia en el sentido de la obtención de una tutela judicial efectiva, en su artículo 24 citado *supra*.

La nueva Constitución, en su polémica exposición de motivos¹² proclama la garantía procesal efectiva de los derechos humanos. La tutela judicial efectiva se ha consagrado "como una de las implicaciones del Estado democrático y social de derecho y de justicia".

¹² En relación con la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 existe una gran polémica por cuanto la misma fue publicada por primera vez en la ocasión de la reimpresión del texto constitucional por supuestos errores de gramática, sintaxis y estilo. Lo cierto es que un sector de la doctrina liderizado por el profesor Allan R. Brewer-Carías, quien en su artículo "*Comentarios sobre la ilegítima Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 relativa al Sistema de Justicia Constitucional*" publicado en la Revista de Derecho Constitucional #2, Caracas, Ed. Sherwood, 2000, pp. 47 y ss. sostiene su ilegitimidad expresando "... La Exposición de Motivos decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, definitivamente no fue discutida ni aprobada por la Asamblea, ni su texto fue conocido con anterioridad al 30-01-2000, fecha en la cual supuestamente fue decretada; y ni siquiera con anterioridad al 24-03-2000, fecha de su publicación en al *Gaceta Oficial*. Dicha Exposición de Motivos por tanto, no es tal".

Al respecto, creemos que el hecho de que la Constitución de 1999 es considerada como un producto de la voluntad del pueblo venezolano, el cual la aprobó mediante referéndum que tuvo lugar durante el mes de diciembre de 1999, su validez engloba todo el texto que fue dado a conocer mediante publicación en la Gaceta Oficial de fecha de 30 de diciembre de 1999, lo que nos lleva a pensar que el hecho de haber sido la supuesta Exposición de Motivos publicada por primera vez en la Gaceta Oficial de fecha 24 de marzo de 2000, goza de ilegitimidad, por cuanto no fue aprobada por referéndum popular y por lo tanto el pueblo venezolano, quien supuestamente está llamado a aprobar la validez del texto constitucional, no la conocía para la fecha en que tuvo lugar el referéndum, lo que forzosamente, como lo sostiene el profesor Brewer-Carías, determina que la Exposición de Motivos no es tal.

Este aspecto positivo de tan polémica Constitución ve su materialización en el artículo 26 de la misma, cuyo tenor es el siguiente:

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

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

Resalta de la norma constitucional citada el derecho de los particulares de acceder a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos frente a las posibles vulneraciones de que puedan ser objeto, incluso de intereses colectivos y difusos.

Sin duda alguna, el artículo *in commento* es inspirado por el artículo 24.1 de la Constitución española.

De esta manera, y en base a lo previsto en el artículo 26 bajo estudio (norma que encuentra refuerzo y apoyo en otros preceptos constitucionales tales como los artículos 49 y 257), el derecho a la tutela judicial efectiva logra el rango constitucional tan anhelado, como lo expresamos *supra*, lo que significa un gran avance en materia legislativa para el ordenamiento jurídico venezolano, ya que, la constitucionalización de la tutela judicial efectiva lo coloca junto con los ordenamientos extranjeros de mayor nivel (vgr. España, Francia, Alemania, Italia, entre otros); lo que nos lleva a pensar que de alguna manera el artículo 26 ha establecido las bases de una revolución jurídica —como lo fue el artículo 24.1 de la Constitución española en su tiempo— que puede desembocar en el mejoramiento del sistema judicial venezolano. No obstante lo anterior, creemos que es solamente el principio, ya que, es necesario todavía muchas reformas para lograr el sistema judicial ideal y soñado por todos los que, de alguna manera, tienen la necesidad de acudir ante los órganos de justicia para hacer valer sus derechos.

IV. INFLUENCIA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS DISTINTOS MOMENTOS DEL PROCESO

Es obvio que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una incidencia directa en los distintos momentos del proceso, etapas que podemos resumir en tres momentos fundamentales, a saber, el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la ejecución de lo juzgado.

a) El acceso a la jurisdicción:

El acceso a la jurisdicción representa uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De esta manera, para una eficaz prestación de justicia, es necesario la posibilidad de acceder a ella, a través de los órganos jurisdiccionales.

Así, como primer aspecto importante, nos encontramos con la delimitación de competencias. Efectivamente, el derecho a la tutela judicial efectiva exige de una delimitación clara de competencias, para de esta manera facilitar la interposición de los recursos que los particulares estimen pertinentes para la defensa de sus derecho e intereses. Ahora bien, como nos explica el maestro GONZÁLEZ PÉREZ¹³, tampoco puede ponerse en tela de juicio la constitucionalidad del requisito de la competencia. Siempre que en un orden jurisdiccional existan varios órganos se impone delimitar la esfera de competencia de cada uno de ellos. Y si la pretensión se formula ante un órgano que carece de competencia, la declaración en tal sentido no constituye lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, si bien, es elemento necesario para que pueda satisfacerse el derecho en cuestión, que existan medios para resolver los conflictos suscitados cuando se declaren incompetentes los tribunales a que se dirijan los particulares, solicitando la obtención de la tutela judicial. Ejemplo de estos medios es la remisión de las actuaciones al tribunal competente, mecanismo que en Venezuela no se practica.

Siguiendo con el acceso a la jurisdicción, en Venezuela, conforme a la legislación vigente (entiéndase Ley Orgánica de Procedimientos

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*; Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 95.

Administrativos¹⁴, Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹⁶), se les exigen a los administrados el cumplimiento de ciertas condiciones para poder acceder a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que atentan contra lo propuesto por el artículo 26 de la Constitución. Estos requisitos son: el agotamiento previo de la vía administrativa y la legitimación para recurrir, además de tratar el tema de la naturaleza objetiva del proceso administrativo.

El primer punto que nos ocupa es el relativo al *agotamiento previo de la vía administrativa*¹⁷. El requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, sugiere la acción que debe desarrollar el presunto agraviado por las actuaciones de la Administración -independientemente de que sean lícitas o ilícitas-, de agotar los medios o recursos administrativos determinados por ley, ante la misma Administración presunta agravante.

Así las cosas, en teoría, el agotamiento previo de la vía administrativa puede verse de dos perspectivas, a saber, como una prerrogativa de la Administración o como una forma de protección a los particulares recurrentes, o incluso desde una perspectiva mixta.

En palabras de ALLAN BREWER-CARIÁS, “en su esencia, la necesidad de agotar la vía administrativa antes de intentarse el recurso contencioso-administrativo, constituye una prerrogativa de la Administración. En efecto, el agotamiento de la vía administrativa protege a la Administración en el sentido de que la misma, o sus actos, no pueden ser demandados ni recurridos jurisdiccionalmente sin antes haber la Administración tomado posición respecto a la futura materia litigiosa. Pero en otro sentido, la necesidad de agotar la vía administrativa protege también a los demandantes o recurrentes, al menos en teoría en el sentido de que los previene de introducir recursos referentes a cuestiones sobre las cuales la Adminis-

¹⁴ Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de 1 de julio de 1981.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 1.893 Extraordinario de 30 de julio de 1976.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 27.921 de 22 de diciembre de 1965.

¹⁷ Para un estudio más profundizado sobre este requisito procesal, ver nuestro trabajo “¿Ocaso o fortalecimiento del Agotamiento de la Vía Administrativa como requisito previo para acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)” en Revista de Derecho Administrativo #11, Caracas, Editorial Sherwood, 2001. En coautoría con el Profesor Luis A. Ortiz-Álvarez.

tración estaría dispuesta a dar amigable y administrativamente una satisfacción”¹⁸.

Efectivamente, desde ambas perspectivas se puede estudiar el requisito previo del agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin embargo, es evidente que, por una parte, la finalidad o el propósito del establecimiento del requisito previo de agotamiento de la vía administrativa se ha tergiversado, dando pie a la falta de pronunciamiento –en la mayoría de los casos– de la Administración¹⁹ y a una consecuente dilación del proceso. Por otra parte, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se han hecho cada día social, legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente más intensas siendo cada vez más intolerable el mantenimiento del carácter obligatorio de las vías administrativas, las cuales, en la práctica, suelen ser ineficaces y, por tanto, una carga excesiva.

En nuestro arcaico ordenamiento jurídico, el agotamiento de la vía administrativa puede significar conductas distintas que deben ser ejecutadas por el administrado, dependiendo si se trata de recursos contra actos administrativos de efectos particulares que no hayan causado estado o de demandas contra el Estado.

En el caso del *recurso contencioso-administrativo de nulidad* de actos administrativos de efectos particulares que no hayan causado estado, el particular que considere pertinente recurrir por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, debe previamente intentar los recursos en sede administrativa previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a saber, el recurso de “reconsideración” y el recurso “jerárquico”, establecidos en los artículos 94 y 95 *eiusdem*, respectivamente.

El recurso de reconsideración, como lo profesa la norma que lo consagra, procede contra todo acto administrativo de carácter particular y deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notifi-

¹⁸ BREWER-CARÍAS, Allan. *Instituciones Políticas y Constitucionales Tomo VII: La Justicia Contencioso Administrativa*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – UCAT, 1997, p. 141.

¹⁹ Para un estudio reciente de la figura del “silencio administrativo” ver Luis A. ORTÍZ-ÁLVAREZ, *El silencio administrativo en el derecho venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood, 2000.

cación del acto que se impugna, por ante el funcionario que lo dictó. Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone decidirá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del mismo. Por su parte, el recurso jerárquico procederá cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración. En este caso, el interesado podrá, dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión del recurso de reconsideración, interponer el recurso jerárquico directamente por ante el Ministro del ramo.

En el caso de las *demandas* contra la República se debe ejercer el denominado “antejuicio administrativo” o procedimiento previo, consagrado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En efecto, quien pretenda demandar patrimonialmente a ciertos entes de la Administración (como la República), debe dirigirse previamente al Ministerio al cual corresponde el asunto, conforme lo establece la Ley Orgánica de la Procuraduría de la República en sus artículos y exponer, mediante escrito, sus pretensiones en el caso (estas pretensiones pueden cambiar, pero no sustancialmente, una vez abierta la vía judicial); de la presentación de este escrito se le dará recibo al interesado, así como también, se dejará constancia en nota estampada al pie.

Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción del escrito, el Ministerio respectivo formará expediente (con todos los recaudos necesarios); y en ese mismo plazo, remitirá dicho expediente a la Procuraduría General de la República. Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la recepción del expediente en la Procuraduría General de la República, se emitirá un dictamen, sin carácter vinculante, que se remitirá al Ministerio respectivo.

Recibido el dictamen, el Ministerio respectivo deberá hacer del conocimiento del interesado dentro de los 8 días hábiles, si el Ministerio se apartará del criterio sustentado por la Procuraduría General de la República, llevará a conocimiento del interesado la opinión que el ente sustenta (en todo caso, la opinión que emita el Ministerio se debe mantener y no cambiar sustancialmente, si eventualmente se acude a la vía judicial). El interesado deberá responder por escrito al Ministerio, pudiendo surgir dos alternativas: La primera, si se acoge el criterio, el asunto será resuelto según éste; la segunda, si no se acoge el criterio, quedará plenamente facultado para acudir a la vía judicial. El Ministerio deberá enviar copia de la respuesta del

interesado a la Procuraduría General de la República, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la recepción de éste. Vencidos los lapsos establecidos anteriormente sin que el reclamante fuese notificado del resultado de su presentación, quedará plenamente facultado para acudir a la vía judicial. Si el Procurador disiente de la opinión que sustenta el Ministerio, se abstendrá de actuar, teniendo que manifestar por escrito, en un plazo no mayor de 5 días hábiles, al Ejecutivo Nacional de esta situación; el Tribunal de la causa o la Autoridad competente por ante quien curse el asunto, suspenderá el procedimiento hasta tanto asuma otra persona la representación de la República, vacante que será llenada por los directores de mayor antigüedad al servicio del despacho, en el orden sucesivo. Si el Procurador acepta el criterio del Ministerio, ejercerá la defensa ampliamente; y no podrá el interesado invocar como medio de prueba, cualquier opinión o actuación anterior.

Como es sabido, la ley prevé una prohibición a los tribunales, según la cual, no deben dar curso a ninguna acción que se intente contra la República sin el cumplimiento de las formalidades antes descritas, al igual que resulta inamisible el recurso de nulidad contra los actos que pretendan impugnarse directamente sin el respectivo agotamiento previo de la vía administrativa.

Todo este radical sistema, solamente quedaba suavizado por algunas excepciones legislativas de corto alcance, tales como las relativas a la pretensión conjunta de recursos de nulidad con solicitudes de amparo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo²⁰) y las previsiones tradicionales del Código Orgánico Tributario, las nuevas de la Ley de Telecomunicaciones relativas al carácter optativo de los recursos administrativos y el supuesto del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, a los cuales se suman los supuestos en los cuales el legislador expresamente dispone que una decisión administrativa determinada agota por sí misma la vía administrativa, por lo que puede ser recurrida ante los jueces sin tener que ejercer previamente recurso administrativo alguno. Fuera de estos casos, sin embargo, la regla tradicional ha sido la persistencia del requisito del

²⁰ En este sentido, el párrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo establece lo siguiente: "Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aun después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento de la vía administrativa".

agotamiento de la vía administrativo como paso previo ineludible para poder acceder a la sede judicial.

No hay que esforzarse mucho, teórica ni prácticamente, para concluir que el carácter preceptivo de las vías administrativas es una cuestión discutible, pues tales vías son muy lentas y es típica la costumbre de los entes administrativos de declarar sin lugar o no resolver los recursos administrativos, al igual que el antejuicio administrativo, todo lo cual da como resultado una situación frontalmente contraria al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 68 y 206 de la Constitución de 1961 y arts. 26, 49, 257 y 259 de la Constitución de 1999), por lo que, como ocurre en gran parte del Derecho Comparado, los recursos contencioso-administrativos deberían siempre poder presentarse *omisso medio*, quedando los recursos administrativos como recursos *optativos* mas no obligatorios.

Fue esta nueva visión moderna, como lo expresamos en su momento²¹, la cual, luego de muchos requerimientos doctrinarios e incluso por mandato y por exhortación constitucional, finalmente fue aceptada de manera clara y convincente por nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, en un grupo de sentencias de avanzada dictadas durante el año 2000 por la CPCA y el TSJ²², las cuales se erigieron como un precedente esperanzador, aunque luego cómo los mismos rápida y misteriosamente se desvanecieron, volviéndose a ratificar, por vía jurisprudencial, la obligatoriedad del agotamiento de las vías administrativas.

Las anteriores sentencias que comentamos, sin duda constituyen *grands arrêts* de nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, los cuales venían a encajar perfectamente dentro de las modernas tendencias doctrinarias y el marco evolutivo mundial de la justicia administrativa a la luz del

²¹ “¿Ocaso o fortalecimiento del Agotamiento de la Vía Administrativa como requisito previo para acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)” en Revista de Derecho Administrativo #11, Caracas, Editorial Sherwood, 2001. En coautoría con en Profesor Luis A. Ortiz-Álvarez.

²² Las sentencias a que se hace referencia son: (i) Caso *Ramón Díaz/Municipio Sucre del Edo. Miranda*, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) en fecha 24-5-2000, (ii) Caso *Raúl Rodríguez Ruiz vs. Sentencia del Tribunal de Carrera Administrativa*, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (CPCA) en fecha 24-5-2000, (iii) Caso *Liborio Guarulla*, dictada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 18 de septiembre de 2000; (iv) Caso *Víctor José Fernández* de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 17-04-2001

derecho a la tutela judicial efectiva, derecho que, como es sabido, fue ratificado de forma particularmente categórica e intensa por nuestra nueva Constitución de 1999.

Efectivamente, desde hace algunos años y muy en especial con la promulgación de la Constitución de 1999, el derecho a la tutela judicial efectiva²³ se ha revestido de un protagonismo importante en nuestro sistema contencioso administrativo. De esta manera, y en base a lo previsto en el artículo 26 antes citado (norma que encuentra refuerzo y apoyo en otras normas del mismo texto constitucional, tales como los artículos 49, 257 y 259), el derecho a la tutela judicial efectiva logra no tanto el rango constitucional (pues tal rango ya estaba ganado en la anterior Constitución así como por la jurisprudencia), pero sí logra una anhelada mejor consagración y elevación constitucional, la cual, como se desprende de la lectura de las normas referidas, se ha hecho con contundencia y fuerza, así como gran técnica.

Desde esta perspectiva, puede ciertamente hablarse de un gran avance en materia legislativa para el ordenamiento jurídico venezolano, ya que, la mejor constitucionalización de la tutela judicial efectiva nos coloca junto con los ordenamientos extranjeros de mayor nivel (vgr. España, Francia, Italia, Alemania, entre otros); lo que nos lleva a pensar que de alguna manera el artículo 26 y las otras normas referidas de la nueva Constitución venezolana han establecido (o por lo menos están llamados a establecer) las bases de una revolución jurídica –como lo ha sido el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978– que puede desembocar en el mejoramiento del sistema judicial venezolano.

No obstante lo anterior, está claro, y con particular evidencia en el caso de Venezuela, que todavía estamos en el comienzo del trayecto, ya que todavía son necesarias muchas reformas –no sólo legislativas sino, esencialmente, jurisprudenciales– para lograr el sistema judicial “efectivo” al cual todos tienen derecho. En esta línea de pensamiento se pronuncia la Exposición de Motivos de la Constitución venezolana de 1999, al exponer

²³ Sobre el significado del derecho a la tutela judicial efectiva, y además de los trabajos ya citados y por citar, puede también verse ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, “Tutela judicial efectiva, contencioso administrativo y Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1999, pp. 15 y ss.

los fundamentos del Título III denominado “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes –donde se inserta dentro de las Disposiciones Generales el artículo 26 *in commento*– de la siguiente manera:

“Se reconocen los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en virtud de los cuales toda persona puede acceder a los órganos de administración de justicia para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluidos los colectivos o difusos. A tal efecto, los referidos órganos están representados por las cortes y tribunales que forman parte del Poder Judicial, así como por los demás órganos del sistema de justicia previsto en la Constitución, entre los cuales se encuentran los ciudadanos que participan en la administración de justicia o que ejercen la función jurisdiccional de conformidad con la ley.

Como una de las implicaciones del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en que se constituye a Venezuela por obra de la Constitución, y con el fin de erradicar uno de los principales problemas de la Nación venezolana, en virtud del cual el Poder Judicial se caracterizó por su corrupción, lentitud e ineficacia y, especialmente, por restringir el acceso de la población de escasos recursos a la justicia; la Constitución exige al Estado garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

De esta forma se consagra la justicia gratuita como un derecho humano que encuentra su principal fundamento en los derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva que reconoce la Constitución y que tiene por objeto permitir el libre acceso de toda persona a la justicia, sin discriminación alguna”.

Ideas las anteriores que consagran un sistema de justicia ideal pero, lamentablemente, muy distante de la realidad en el caso venezolano, por

cuanto no solamente es necesario la consagración constitucional expresa del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo hemos señalado en líneas anteriores, sino que hace falta una serie de cambios estructurales —muy en particular el aumento sustancial del número de magistrados— para lograr un mejor sistema judicial ²⁴ y, por otro lado, poner fin a la larga espera de una ley especial que regule la jurisdicción contencioso-administrativa que tanto falta hace, y de la cual se han hecho varios anteproyectos que no han llegado a emerger a la superficie, quedando en el olvido, a lo cual se suma el riesgo —cuya materialización en ya tradicional— de que, al final, se pierda la oportunidad y se promulgue una nueva Ley inadecuada o menos moderna de lo que ha debido ser.

No es secreto que tan fundamental derecho —a la tutela judicial efectiva— incide directamente en los distintos momentos del proceso: acceso a la jurisdicción, debido proceso, protección cautelar amplia y efectiva, obtención oportuna de una sentencia justa y ejecución eficaz de las mismas. Ahora bien, las tres sentencias bajo examen, se refieren, con gran tino, a un momento procesal de suma importancia como lo es el acceso a los órganos de justicia, específicamente a la admisibilidad de los recursos y demandas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El acceso a los órganos de justicia, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De esta manera, para una eficaz prestación de justicia, es necesario que exista una forma de lograr un fácil acceso —o por lo menos lo menos obstaculizado posible— a los órganos jurisdiccionales.

En apoyo a lo anterior, al menos en el plano de los principios, el Tribunal Constitucional Español ha dado cuenta de ello en la sentencia 78/93 de fecha 15 de abril de 1993, entre otras, donde se estableció lo siguiente:

²⁴ Sobre el particular, vid. ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis A., “Buscando el Norte (Reflexiones sobre la situación y los recientes avances de la jurisprudencia contencioso administrativa)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 291 y ss. También, “Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por más jueces y por procesos más rápidos)”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, Caracas, 1998, pp. 301 y ss.

“Es esencial para el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva el principio pro actione que exige una interpretación de las normas que rigen al acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo (modo normal de finalización de un proceso y de cumplimiento de la tutela judicial), sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales...”²⁵.

Ahora bien, como ya vimos existían (existen) dentro del ordenamiento jurídico venezolano normas que consagran lo que muchos consideramos como auténticos *obstáculos de acceso efectivo a los órganos de justicia*. Las normas que establecen la *obligatoriedad* del agotamiento previo de la vía administrativa, tanto por su contenido *per se* (duplicidad de recursos y extensos lapsos para resolver) y, muy en particular por su ineficacia práctica (excesivo número de recursos, retardos en decidir y presencia constante de silencio administrativo), han perdido –a nuestro modo de ver– el norte de su finalidad fundamental, a saber, consagrar un supuesto beneficio para los particulares y a la vez la posibilidad de que una Administración (civilizada), en ejercicio de la denominada *autotutela administrativa*, pueda rápidamente ‘*rectificar*’ su errónea actuación.

Autotutela administrativa que, en palabras de los maestros españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, “no enuncia simplemente un sistema de simples facultades de la Administración, sino que define un ámbito necesario de actuación, donde el poder del juez queda excluido, salvo en un momento singular de esa actuación y con poderes notablemente tasados. El juez no puede penetrar en el ámbito de autotutela administrativa, interferir su desarrollo. No podrá prohibir o evitar que la Administración dicte un acto ejecutorio, o (...) privar a dicho acto de ejecutoriedad, o interferir la ejecución forzosa del mismo, o paralizar la actuación administrativa, y ni siquiera pronunciarse sobre el contenido eventual de una relación antes que la Administración lo haya ejecutoriamente declarado. Enunciado en forma positiva: El juez debe respetar la realización íntegra (declarativa y ejecuti-

²⁵ Sentencia revisada en GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995 Estudio y reseña completa de las primeras 3052 sentencias del TC*; Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 273.

va) por la Administración de su potestad de autotutela; únicamente podrá intervenir cuando la autotutela declarativa esté ya producida y precisamente para verificar si la misma, considerada en su singularidad, se ajusta o no al derecho material aplicable”, lo que en principio supondría un beneficio o privilegio para los particulares, ya que de esta forma supuestamente podrían evitarse los procesos judiciales, aun cuando la realidad ha demostrado y demuestra a diario que tales supuestos beneficios se han transformado en un perjuicio para estos últimos, puesto que en la mayoría de los casos –por no decir la totalidad de ellos– la Administración venezolana no reconoce sus errores y por ende no modifica sus decisiones, incluso, rara vez –por no decir nunca– emite una respuesta o pronunciamiento alguno.

Ante esta notoria realidad, exigirle a los particulares que consideren vulnerados de una u otra forma sus derechos que para acudir a los tribunales de *Justicia* deben, preceptivamente, ejercer los recursos administrativos consagrados en las leyes, supone una carga excesiva, una evidente dilación del proceso y un mecanismo ideal de generación de daños irreparables o de difícil reparación por los particulares y, por tanto, un atentado al *núcleo esencial* del derecho a la tutela judicial efectiva.

Claras son las palabras del autor español JOSÉ LUIS RIVERO YSERN, quien expresa que “La vía administrativa previa al contencioso-administrativo constituye un privilegio de la Administración, justificable en la medida en que sirva de cauce para evitar controversias, no en los términos en que actualmente está configurada. Conforme a los actuales presupuestos constitucionales, la vía administrativa de recurso debiera establecerse con carácter facultativo. Si se mantiene su actual carácter preceptivo y se parte de que en gran parte de los casos es un procedimiento lento y no deseado, considero que es de plena aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional que no considera conforme al principio de tutela judicial efectiva la existencia de obstáculos impeditivos de un conocimiento judicial del fondo de las pretensiones, consideración que, en no pocos casos en la práctica, nos merece la vía administrativa previa”²⁶. Si bien la opinión citada se corresponde a la situación del ordenamiento jurídico español antes de la promulgación de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencio-

²⁶ RIVERO YSERN, José Luis. “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”; en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 75, Madrid, Editorial Civitas, 1992, pp. 381 y ss.

so-Administrativa –la cual estableció como optativo el ejercicio del recurso de reposición (aunque conservo, en nuestra opinión de forma inconstitucional, la obligatoriedad del recurso de alzada o jerárquico siempre que la actuación frente a la que se ha de demandar justicia proceda de un órgano administrativo sujeto a la jerarquía de otro)–, sus planteamientos son totalmente válidos para reflejar la situación española actual, al igual que la venezolana.

En la misma dirección, el Maestro GONZÁLEZ PÉREZ ha sostenido que: “la generalidad –casi unanimidad– de la doctrina se muestra contraria al mantenimiento de la vía administrativa como presupuesto procesal... Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los Tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del Ordenamiento jurídico en que el acto que incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo”²⁷. Confundentes las palabras del maestro español, pero totalmente acertadas y enfocadas con las realidades española y venezolana.

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, obra cit., 1998, tomo I, p. 23; también de este autor, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 46 y ss., en relación al resto de la doctrina que apoya esta posición los estudios son abundantes, entre otros: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, tomo II; TOMÁS R. FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso”, *DA*, núm. 221, pp. 5 y ss.; RIVERO ISERN, “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”, *REDA*, núm. 75, 1992,

En el mismo sentido, se pronuncia doctrina autorizada en Argentina. Así, entre otros, el profesor CASSAGNE concluye lo siguiente en un reciente artículo: "En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso administrativo"²⁸.

En lo que respecta a la doctrina venezolana, ya desde hace algún tiempo especialistas en la materia han venido proponiendo la conversión de las vías administrativas de obligatorias a opcionales, vista su manifiesta ineficacia y su incompatibilidad con el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

Así, parecía pronunciarse hace varios años el profesor BADELL MADRID, al señalar que los recursos administrativos no son una exigencia del derecho a la defensa, por lo que podía interpretarse que para este autor su establecimiento optativo es perfectamente posible, tal como sucede en Francia, mucho más cuando los mismos son vistos como una carga y no una garantía²⁹.

Sobre el particular, también resulta de interés hacer referencia a la opinión del profesor CARLOS AYALA CORAO, quien en varios trabajos

pp. 383 y ss.; GUILLÉN PÉREZ, M. E., *El silencio administrativo*, obra cit., 1997, pp. 189 y ss. Sobre la timidez de la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional en relación al punto, aunque se han dado cambios y sean previsibles otros de mayor impacto en este aspecto y en general sobre las causales de admisibilidad de los recursos judicial, vid. igualmente la obra de ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.

²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 11, Buenos Aires, 1999, pp. 525 y ss. En igual sentido, este autor también remite al trabajo de FERNANDO SORIA, Daniel, "El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la provincia de Buenos Aires", en *REDA*, Argentina, núm. 24/26, pp. 53 y ss.

²⁹ Vid. BADELL MADRID, Rafael, "Agotamiento de la vía administrativa, en el caso de las decisiones emanadas de la Comisión creada por el Decreto 6", en *Revista de la Procuraduría General de la República*, núm. 3, 1988, pp. 143 y ss.

había venido sosteniendo la incompatibilidad de las vías administrativas obligatorias con los derechos constitucionales relativos a la efectividad jurisdiccional. Así, señalaba este autor (bajo el imperio de la Constitución de 1961, pero cuyas reflexiones siguen estando vigentes) que “entre nosotros, dicho requisito (agotamiento de la vía administrativa mediante el ejercicio previo de los recursos administrativos), no encuentra basamento constitucional, si consideramos que el precepto constitucional (art. 206) relativo a la jurisdicción contencioso administrativa establece pura y simplemente su objeto —sin sujetarlo al requisito previo del agotamiento de la vía administrativa por el ejercicio obligatorio de los recursos administrativos—... De la misma forma, el contenido del derecho a la tutela judicial (art. 68 Constitución) no permite inferir la necesidad u obligatoriedad al legislador, para que establezca el ejercicio previo y obligatorio de recursos administrativos, como condición insoslayable para la utilización de los órganos de la administración de justicia para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos... Por ello podemos considerar, que la legislación (LOPA y LOCSJ) ha desarrollado inadecuadamente el derecho a la defensa y en particular la tutela judicial en la esfera contencioso administrativa, al exigir para su ejercicio, como regla general, el requisito previo del agotamiento de la vía administrativa mediante el ejercicio obligatorio de los recursos administrativos...”³⁰.

Finalmente, es de suma importancia destacar que la propia *Exposición de Motivos* de la Constitución de 1999, sin duda haciendo referencia a una de las consecuencias más evidentes de los artículos 26, 49, 257 y 259 del texto constitucional (por lo que no se trata de una mera exhortación al legislador sino de un auténtico y categórico mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos, lo que incluye al poder judicial y a su jurisprudencia), señala lo siguiente en torno al Título VIII relativo a la “Protección de la esta Constitución”, Capítulo I “De la garantía de la esta Constitución”:

³⁰ Vid. CARLOS AYALA CORAO, “Consideraciones sobre el desarrollo legislativo inadecuado de derechos y garantías constitucionales”, en *Constitución y reforma*, Copre, Caracas, 1991, pp. 285 y ss. De igual modo, ya en un trabajo anterior el profesor CARLOS AYALA CORAO afirmaba que si bien la suspensión de los efectos del acto recurrido en vía administrativa está prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es práctica general y reiterada de nuestra Administración, nunca suspender los efectos del acto impugnado, ratificando así la arbitrariedad de la actuación administrativa, “La acción de amparo constitucional en Venezuela”, en *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucional*, EJV, Caracas, 1988, p. 173.

“Siguiendo una tendencia presente en España, Francia, Italia, Portugal, Rumania y en algunos países latinoamericanos, cuyas constituciones regulan la justicia constitucional en un título o capítulo distinto del que se refiere al Poder Judicial, la Constitución incluye en el Título VIII un Capítulo denominado *De la Garantía de esta Constitución*, que contiene las disposiciones fundamentales sobre la justicia constitucional y consagra las principales competencias que corresponden a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicho Capítulo da eficacia a los postulados contenidos en el artículo 7 del Título I, que consagra los *principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución*, base sobre la cual descansa la justicia constitucional en el mundo.

En el mencionado Capítulo se describe el sistema venezolano de justicia constitucional y al efecto se indica que *todos los jueces de la República están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución* en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en su texto y en las leyes, reafirmando de esta manera, que la justicia constitucional en Venezuela la ejercen todos los tribunales de la República, no sólo mediante el control difuso de la constitucionalidad, sino además, por otros medios, acciones o recursos previstos en la Constitución y en las leyes...

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

Como se observa, pues, el horizonte de expectativas constitucional, así como el doctrinario y social, postulaban con urgencia la modificación del sistema tradicional de agotamiento obligatorio de los recursos administrativos. En este sentido, y sin necesidad de mayores comentarios, se entiende por qué suponía un gran avance para el contencioso administrativo la posición

jurisprudencial de finalmente declarar a las vías administrativas y al antejuicio administrativo como opcionales u optativas, avance que como vimos quedaba instaurado.

Como es normal, y constitucional, era de esperar que todo el nuevo enfoque jurisprudencial contenido en las antes referidas sentencias del año 2000 fuese ratificado en posteriores decisiones, tal como de hecho ocurrió en la jurisprudencia inmediata de la Corte Primera. Sin embargo, al poco tiempo y en conjunción con el cambio de magistrados, sucedería algo insólito en el año 2001, aunque no nuevo en nuestra tradición jurisprudencial. Por una parte, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no apoyaría la nueva y moderna doctrina y, de hecho, con argumentos muy poco convincentes, la echaría por la borda, ello para dar paso, de nuevo, a la situación clásica de ficción e insatisfacción, literalmente de farsa, de las vías administrativas como requisito preceptivo de acceso a la vía judicial contencioso administrativa. Por otra parte, también la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo giraría repentinamente el timón, retornando a la antigua tesis, ello, en base a varios argumentos todos igualmente discutibles³¹.

Así, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fallo de muy reciente data (6 de febrero de 2002, bajo ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa) y apartándose totalmente de las ideas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva proclamadas por la Constitución de 1999 y algunas sentencias modelos, comentadas *supra*, estableció lo siguiente:

“Del análisis del expediente se evidencia que, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declinó en esta Sala la competencia para conocer del caso de

³¹ Las sentencias que retomaron la obligatoriedad de la vía administrativa son: (i) Caso *Nora González vs. UCV*, dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 13 de marzo de 2001, (ii) Caso *Fundación Hogar Escuela José Gregorio Hernández*, dictada por la Sala Político Administrativa en fecha 27 de marzo de 2001, (iii) Caso *Antonio Alves Moreira*, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 26 de abril de 2001. Para ver los comentarios a estas sentencias, remito a nuestro trabajo “¿Ocaso o fortalecimiento del Agotamiento de la Vía Administrativa como requisito previo para acceder a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa? (Comentarios sobre las últimas contradicciones jurisprudenciales)” en *Revista de Derecho Administrativo* #11, Caracas, Editorial Sherwood, 2001. En coautoría con el Profesor Luis A. Ortiz-Álvarez.

autos, por considerar que el asunto planteado debe ser subsumido en el supuesto de hecho del ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual en concordancia con el artículo 43 eiusdem señala que es competencia de esta Sala: "Declarar la nulidad cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional".

Al respecto considera esta Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:

La antigua Corte Suprema de Justicia a través de jurisprudencia reiterada interpretó que, el criterio atributivo de competencia contenido en la norma supra transcrita procedía únicamente en los casos en que el acto administrativo de efectos particulares recurrido, emanara de la máxima autoridad administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, del Presidente de la República, de los Ministros o de los Jefes de las Oficinas Centrales de la Presidencia, quedando así, excluidos los actos dictados por los órganos jerárquicamente inferiores de la Administración Pública Nacional.

Dicha interpretación restringida de la norma, obedecía a criterios de desconcentración de competencias tendientes a poner en manos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a través de la competencia residual dispuesta en el artículo 185 ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la facultad para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos dictados por autoridades inferiores a las arriba señaladas.

Así, la mencionada interpretación encontraba su fundamento en la estructura jerárquica de los órganos que componen a la Administración Pública Nacional.

Efectivamente, la compleja actividad desempeñada por los órganos del Poder Ejecutivo Nacional aunada a la estructura interna de las instituciones que lo conforman, redundan en una eventualmente conspicua cantidad de recursos, tendientes al control de la legalidad de los actos dictados, así como de acciones relativas al restablecimiento de situaciones jurídicas vulneradas, que a la luz del sostenido criterio, debían ser delegados cuando el órgano del cual emanara el acto no fuese el máximo jerarca administrativo, a los fines de soslayar la saturación de causas incoadas ante este Máximo Tribunal.

En este sentido, del análisis de la norma supra transcrita, se desprende un supuesto de hecho complejo en el cual se evidencian dos situaciones concurrentes para su procedencia, a saber, que el acto recurrido sea un acto administrativo de efectos particulares, es decir, que su alcance afecte a uno o a un grupo determinado de sujetos de derecho y en segundo término, que el mismo haya sido dictado por alguno de los órganos de la Administración Pública Central.

De lo expuesto se colige, que la interpretación de la antigua Corte Suprema de Justicia atribuyó a la norma, un sentido distinto al contenido en su supuesto de hecho, toda vez que, el ordinal 10 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no alude a la estructura interna del órgano, sino a la rama del poder del Estado que dicta el acto y al alcance de sus efectos.

Además de haberse traducido en la práctica una situación en la cual, quedaba en manos del administrado recurrente, la posibilidad de determinar el órgano competente para resolver el asunto, situación ésta no deseable en un sistema de derecho que persigue la uniformidad de criterios dentro de un sistema de justicia social equitativa.

En consecuencia, conforme a los argumentos expuestos debe esta Sala pasar a resolver la declinatoria de competencia planteada y en tal sentido observa:

El recurso incoado tiene por objeto la nulidad de la Resolución multa dictada por la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, por el presunto incumplimiento en el deber de convertir las divisas producto de sus exportaciones a bolívares, como consecuencia del régimen cambiario vigente para la fecha.

En tal sentido, el acto administrativo impugnado tiene un evidente carácter individual, toda vez que su objeto es sancionar la presunta conducta omisiva de la recurrente en la convertibilidad requerida a través de la norma general contenida en el artículo 13 del Decreto 268, dictado por el Presidente de la República el 9 de julio de 1994, con lo cual, sus efectos se circunscriben a la esfera jurídica de la accionante.

Efectivamente, la aplicación del referido artículo constituye la indubitable particularización de la norma general en la multa impuesta, por lo que, ciertamente el acto impugnado no es más que la individualización de ley en sentido material al caso concreto.

Asimismo, resulta evidente que la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, es un órgano del Poder Ejecutivo Nacional, toda vez que, los Ministerios tal como se señaló ut supra son órganos de la Administración Pública Nacional, a través de los cuales se ejerce la actividad administrativa lato sensu.

Por lo tanto, siguiendo los razonamientos precedentemente expuestos y visto que la situación plantada se ajusta al supuesto de hecho del artículo 42 ordinal 10 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de

Justicia, esta Sala acepta la competencia para conocer del recurso incoado y en consecuencias pasa a proveer sobre la admisibilidad del mismo y en tal sentido observa:

El ordinal 2° del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia dispone que serán inadmisibles los recursos de nulidad cuando no se hubiere agotado la vía administrativa.

Asimismo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en sus artículos 92 y 93 lo siguiente:

“Artículo 92. Interpuesto el recurso de reconsideración, o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir”.

“Artículo 93. La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos en las leyes correspondientes”.

De las normas transcritas en concordancia con el artículo 124 ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se desprende que ciertamente constituye un requisito ineluctable para el ejercicio de los recursos administrativos.

La referida regla encuentra actualmente su única excepción en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece en su artículo 5, la posibilidad de ejercer el recurso contencioso adminis-

trativo de nulidad conjuntamente con la acción de amparo cautelar, sin que sea necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.

Al respecto, la Dirección General Sectorial de Inspección y Fiscalización del Ministerio de Hacienda, es un órgano jerárquicamente inferior al Ministro de Hacienda (hoy Ministro de Finanzas), cuyos actos son atacables en sede administrativa a través del recurso de reconsideración ejercido oportunamente ante la propia Dirección y posteriormente ante el Ministro, mediante la interposición del recurso jerárquico, en cuyo caso quedaría abierta la jurisdicción contencioso administrativa.

En este sentido, del examen de las actas del expediente se desprende que la recurrente no agotó la vía administrativa, mediante el ejercicio de los recursos supra señalados por lo que el presente recurso resulta inadmisibile y así se declara”.

Luego de las observaciones que hemos realizado a lo largo del presente estudio –y en oportunidades anteriores–, por demás pertinentes y valederas para la sentencia citada, sobre el agotamiento de la vía administrativa, cabe observar, adicionalmente, lo siguiente, expresa la sentencia citada que “*La referida regla (haciendo referencia a la necesidad de agotamiento de la vía administrativa para poder acudir a los órganos jurisdiccionales administrativos) encuentra actualmente su única excepción en la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que establece en su artículo 5, la posibilidad de ejercer el recurso contencioso administrativo de nulidad conjuntamente con la acción de amparo cautelar, sin que sea necesario el agotamiento previo de la vía administrativa.* Lo anterior, no es más que una demostración de desconocimiento del ordenamiento jurídico, pues, adicionalmente a la norma contenida en la Ley Orgánica de Amparo, encontramos disposiciones que consagran el agotamiento optativo de la vía administrativa, Así pues, las previsiones tradicionales del Código Orgánico Tributario (COT) y las nuevas de la Ley de Telecomunicaciones (LOT) relativas al carácter optativo de los recursos administrativos, y el supuesto del artículo 7 de la novísima Ley Orgánica de Administración Pública (LOAP), a los cuales se

suman los supuestos en los cuales el legislador expresamente dispone que una decisión administrativa determinada agota por sí misma la vía administrativa, por lo que puede ser recurrida ante los jueces sin tener que ejercer previamente recurso administrativo alguno.

Así, las disposiciones comentadas establecen lo siguiente:

“Artículo 259 (COT): El recurso contencioso tributario procederá:

Contra los mismos actos de efectos particulares que pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso jerárquico, sin necesidad del previo ejercicio de dicho Recurso.

Contra los mismos actos a que se refiere el numeral anterior, cuando habiendo mediado recurso jerárquico éste hubiere sido denegado tácitamente conforme al artículo 255 este Código.

Contra las resoluciones en las cuales se deniegue total o parcialmente el recurso jerárquico, en los casos de actos de efectos particulares.

Parágrafo Primero: El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico, en el mismo escrito, para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de éste.

“Artículo 204 (LOT): La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se aplicará supletoriamente a los procedimientos que instruya la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Las decisiones que adopte el Consejo Directivo y el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones serán recurribles directamente ante el Ministro de Infraestructura o ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado. En el primer caso, el recurso deberá ejercerse dentro

de los quince días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto y no podrá recurrirse ante la Sala Político Administrativa hasta tanto se haya adoptado la decisión correspondiente, o se haya vencido el lapso para decidir el mismo, sin que exista pronunciamiento alguno al respecto.”

“Artículo 7 (LOAP): Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:

(...) 9. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa”.

Queda claro, con las normas citadas, cuál es la tendencia del legislador, ya lo vimos plasmado en la exposición de motivos de la Magna Carta y, como evidencia, los preceptos citados, que se adaptan a las exigencias modernas del derecho a la tutela judicial efectiva, situación que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa parecen desconocer.

Otro aspecto sobre el cual debe tener una influencia directa el derecho a la tutela judicial efectiva, es el caso de la *legitimación para interponer los recursos*, independientemente de su naturaleza. En este sentido, la LOCSJ establece en su artículo 121 la necesidad de un interés personal, legítimo y directo para recurrir actos administrativos de efectos particulares, lo que supone la existencia previa de una relación jurídico-administrativa. Paralelamente, el artículo 112 *ejusdem* exige la lesión de derecho e intereses, para recurrir actos administrativos de efectos generales.

No obstante lo anterior, la Constitución de 1999 es clara al establecer en el artículo 26 antes citado que *“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*, redacción que no establece distinción alguna sobre el tipo de interés necesario para acudir a los órganos de justicia cuando se considere necesario.

Así las cosas, la jurisprudencia ha considerado necesario un interpretación sobre los criterios de legitimación previstos en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que consagran la exigencia de un interés *personal, legítimo y directo* para recurrir. En este sentido, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de abril de 2000, bajo ponencia del Magistrado José Rafael Tinoco (Caso: Banco Fivenez), estableció lo siguiente:

“Como punto previo, considera esta Sala oportuna realizar algunas precisiones en torno al tema de la legitimación activa exigida para recurrir; aspecto sobre el cual se pronuncia de manera previa el fallo apelado en el siguiente sentido:

“...corresponde a esta Corte emitir su pronunciamiento respecto a la alegada inadmisibilidad del recurso de nulidad ejercido conjuntamente con amparo, por carecer el recurrente –a juicio del apoderado de la Junta de Emergencia Financiera– de la legitimación activa exigida en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a cuyo efecto observa que tal circunstancia ya fue decidida por auto del Juzgado de Sustanciación de fecha 1° de junio de 1999, en los términos allí expuestos. No obstante, aun cuando fuere procedente tal alegato, no es esta la oportunidad para esgrimirlo, lo cual será objeto de análisis, en todo caso, en la oportunidad de decidir el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se declara”.

A este respecto, observa esta Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con base en el argumento antes transcrito, evitó hacer un pronunciamiento en relación a la cualidad de legitimado del recurrente; cualidad que, como se aprecia, fue objetada por el presunto agravante. En este sentido, debe esta Sala señalar que si bien lo concerniente a la legitimación activa se considera un tema de fondo y no un aspecto meramente

procesal, que debe resolverse en la sentencia definitiva y no con anterioridad a la misma, la resolución de una solicitud de medida cautelar (como es el amparo conjunto) exige del juez una indagación (aunque sea sumaria) sobre dicho requisito (legitimación), en tanto constituye una condición que exige la ley para ser parte en un determinado proceso.

En efecto, la adopción del amparo cautelar sólo es posible cuando aparezca como jurídicamente aceptable la posición material del solicitante (fumus boni iuris), a cuyos fines es indispensable comprobar presunción grave de lesión del derecho constitucional cuyo goce y ejercicio se persigue, así como el aparente derecho o interés que ostenta el solicitante en la concesión de la medida. Lo contrario sería admitir la posibilidad de dictar una medida cautelar en favor de quien no tiene aptitud para ser parte en el proceso principal, cuyos resultados se pretende asegurar con la adopción de la medida cautelar.

Naturalmente, a los fines de resolver la solicitud de medida cautelar, el juez tendrá que conformarse con la "apariencia" del buen derecho que, como dijo Calamandrei, resultará de una cognición mucho más rápida y superficial que la ordinaria (sumaria cognitio). Una de las notas esenciales de las medidas cautelares es la urgencia, de allí que, para poder cumplir la función de prevención urgente, el juez que adopta la medida no puede aspirar a alcanzar la absoluta certeza de que ese derecho invocado por el recurrente existe, pues ello requiere a veces lentas y largas indagaciones. Debe aquí también destacarse que, de acuerdo a la naturaleza de las medidas cautelares, el pronunciamiento que recaiga sobre la "aparente" legitimación activa en la decisión que resuelva la solicitud de medida cautelar será siempre provisional y nunca definitivo; pudiendo el juez, cualquiera que haya sido el sentido de la decisión cautelar, modificar su criterio en la sentencia definitiva. (Chinchilla Marín, C., La tutela cau-

telar en la nueva justicia administrativa. Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 45).

En definitiva, no puede compartir esta Sala el criterio esgrimido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a que no puede haber un pronunciamiento en relación al tema de la legitimación en sede cautelar. Como antes se indicó, lo que no puede hacer el juez que decida la medida cautelar es emitir un pronunciamiento "definitivo" en relación al tema de la legitimación activa; mas, sin embargo, sí puede y debe el juez, a los fines de comprobar la apariencia de buen derecho necesaria para otorgar la medida cautelar, hacer una indagación en la que determine la apariencia del derecho o interés legitimador del solicitante. Como consecuencia de lo antes expresado, debe concluirse que, a los fines de decidir la solicitud de amparo cautelar, sí podía y debía la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo realizar una apreciación, aunque sumaria y a título provisional, sobre la legitimación del recurrente y su condición de titular de un derecho o interés suficiente para ser parte en el proceso dentro del cual se solicita el amparo. Así se declara.

En este mismo orden de ideas, valga señalar que, a los efectos de reputar que el actor ostenta un derecho o interés legítimo suficiente, basta con que la declaración jurídica pretendida lo coloque en situación fáctica o jurídica de conseguir un determinado beneficio, sin que ello implique que necesariamente haya de obtenerlo al final del proceso. El criterio con el cual el juez de analizar el interés del recurrente debe ser amplio, favorable al derecho constitucional al acceso a la justicia, a los fines de evitar que en situaciones dudosas se cierre el acceso al particular a la revisión jurisdiccional del acto cuestionado. Este ha de ser el sentido en que se oriente la jurisprudencia contencioso administrativa en relación al problema de la legitimación activa, interpretando el concepto de interés legítimo con criterio más bien amplio y progresivo y no restrictivo.

Lo antes expresado se halla reforzado en las disposiciones de la Constitución de 1999, la cual ha supuesto un importante avance en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al tema de la legitimación para recurrir. En efecto, el artículo 26 de la Constitución de 1999 en su primer párrafo señala que:

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

Como sabemos, al menos en lo que respecta al ejercicio del recurso contencioso administrativo de nulidad contra actos de efectos particulares, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa han venido exigiendo la legitimación contemplada en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la nulidad de los actos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate. Se exige pues, conforme a esta concepción legal, una relación directa entre el acto que se impugna y el sujeto que lo impugna, de manera que la actividad administrativa afecte de manera particular la esfera jurídica del administrado.

Se aprecia, pues, que los criterios de legitimación fijados en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son coincidentes con los de la nueva Constitución: la legitimación prevista en la citada Ley es más restringida que la de la Constitución de 1999. El concepto de “interés” es obviamente más amplio que el de “interés personal, legítimo y directo”. De allí que considera esta Sala que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incom-

patible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo.

En efecto, el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo "legítimo", ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos. La legitimidad del interés es consustancial al interés como criterio de legitimación para la admisión del recurso contencioso administrativo, pues el ordenamiento jurídico no puede otorgar protección a los particulares en razón de intereses contrarios a la Constitución o a las leyes. Sin embargo, en lo que respecta a la condición de "directo", debe afirmarse que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución no se puede exigir tal condición a los recurrentes. Así que, cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo y el recurrente, debe admitirse que éste es titular de un "interés indirecto", lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo.

No pueden, pues, los tribunales de lo contencioso administrativo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, inadmitir los recursos contencioso administrativos con fundamento en que el recurrente no es titular de un "interés directo", pues la nueva Constitución no exige este requisito, razón por la cual ha de entenderse suficientemente legitimado para actuar quien ostente un "interés indirecto" en la resolución del asunto. Tal restricción es contraria frontalmente al artículo 26 de la nueva Constitución, antes transcrito; derecho que, por su carácter constitucional, vincula de forma inmediata y directa a todos los poderes públicos y, en especial, a la administración pública y al poder judicial, cuyos órganos están obligados en consecuencia a admitir en base al mismo la impugnación de actos por todas las personas que

actúen en defensa de sus intereses legítimos. Es suficiente, pues, que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo, impugnar actos de efectos particulares como actos de efectos generales. En lo que respecta a la exigencia de que el interés sea "personal", debe señalarse que la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses "difusos" y "colectivos". En efecto, el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.

Ahora bien, por último, cabe destacar que, no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular. En esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado. El fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, y sólo procede en los casos en que éste la admita."

Visto lo anterior, entendemos que la nueva interpretación jurisprudencial sobre la legitimación activa significa que el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia quedó *tácitamente derogado*, bastando para acudir a la vía judicial que el recurrente ostente un simple interés, aun indirecto. No obstante, como consecuencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, creemos que, en una futura reforma legislativa, se flexibilicen los requerimientos para poder recurrir los actos administrativos, estableciéndose como legitimación, el hecho de que a los particulares se le hayan lesionado o violado sus derechos e intereses, independientemente de la naturaleza de los mismos y la magnitud de la lesión.

b) El debido proceso:

El derecho al debido proceso implica el establecimiento de las debidas garantías –dentro del proceso, se entiende– para que el derecho a acudir o acceder a los órganos jurisdiccionales, que poseen los particulares –manifestación expresa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva– no derive en indefensión. Son notables las palabras con que el maestro GONZÁLEZ PÉREZ se refiere al punto “(...) la tutela jurisdiccional no quedará prestada efectivamente con la recepción de la pretensión por un órgano jurisdiccional y con la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad con el ordenamiento jurídico. La tutela sólo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y, antes de dictar la sentencia, sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes. No se emplea, por tanto, la expresión proceso debido en el sentido estricto en que suele utilizarse. Llamo proceso debido a aquel proceso que reúne las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva (...)”³².

A manera de síntesis, el debido proceso denota las garantías esenciales para que los particulares puedan obtener una tutela judicial efectiva. Sin embargo, creemos –y confiamos– en que el sistema contencioso–administrativo venezolano se vea contagiado con estas garantías, caso que implica procesos más rápidos y eficaces, entre otros, a fin de evitar la constante indefensión que afecta generalmente a los particulares que acceden a los órganos jurisdiccionales.

El derecho a la tutela judicial efectiva profesa la existencia de un sistema efectivo de garantías que permitan la defensa de las partes, entre ellas, el derecho de usar cuales medios de pruebas se consideren necesarios para defender los derechos de los particulares. En relación con esto, consideramos oportuno traer a colación la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional Español, perfectamente aplicable al ordenamiento jurídico–administrativo venezolano.

La idea de la prueba como pilar fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, se nos presenta como derecho integrante y asociado al

³² Citado en HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Ob. Cit.*

derecho a un proceso debido, ambos orientados hacia el norte que representa el derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, se ha afirmado³³ que el derecho a un proceso con todas las garantías es un derecho complejo que aparece siempre unido a garantías específicas y no a un genérico derecho al proceso, o incluso al derecho a un pronunciamiento sobre el fondo. Como señala CALDERÓN CUADRADO³⁴, la doctrina y la jurisprudencia constitucional coinciden en que el derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de forma que la ausencia de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que ha de realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la actuación misma de éstos, origina la vulneración de aquel derecho.

El artículo 49 de la Constitución de Venezuela establece el derecho del debido proceso en los siguientes términos:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

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

Claramente, observamos que la Magna Carta de Venezuela consagra el derecho de utilizar los medios de prueba que se consideren pertinentes para el ejercicio de la defensa de los derechos e intereses de los particulares, como un derecho asociado a la idea del derecho al debido

³³ SERRANO ALBERCA, José Manuel y Enrique ARNALDO ALCUBILLA en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*; Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 571.

³⁴ Citado en la obra comentada en la nota anterior.

proceso; derecho que como hemos expuesto, se erige como contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva y a la idea del Estado de Derecho.

Así, nos explica IÑAKI ESPARZA³⁵, se entiende indisoluble la relación entre Estado de Derecho (prescindimos ahora de los calificativos social y democrático que no añaden nada al concepto nuclear, limitándose a definir alguna de las modalidades en las que el Estado de Derecho puede desenvolverse), y conceptos tales como derechos humanos, derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales y proceso debido. Ello es así porque el concepto de Estado de Derecho según una concepción moderna, supone una lucha contra todas las formas de arbitrariedad política y la exigencia de un control del Estado por el derecho.

Por su parte, en España, el artículo 24.2 de la CE claramente profesa que *todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...*. El precepto constitucional citado consagra un postulado elemental de un sistema de justicia que se considere eficaz, en concordancia del derecho a la defensa de toda persona.

De esta manera lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español, mediante la sentencia 246/2000, entre otras, cuyo contenido es el siguiente:

“Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el artículo 24.2 CE, reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso (por todas, STC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3.º). Asimismo, este Tribunal ha podido declarar en diversas ocasiones que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa

³⁵ ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *El principio del proceso debido*; Barcelona, J.M. Bosch Editor, S.A., 1995, pp. 176.

constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del artículo 24.2, CE.

Esta doctrina quedó expuesta, por ejemplo, en la STC 1/1996, de 15 de enero (FJ 1.º), en la que, con cita de anterior jurisprudencia, se afirmó que “dada su naturaleza de derecho de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad (STC 167/1988, FJ 2.º). Consiguientemente, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es conditio sine qua non para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 212/1990, 87/1992, 24/1992, entre otras muchas). El corolario que de lo expuesto se sigue es a todas luces evidente, a saber, que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda (STC 149/1987, FJ 3.º; fórmula que se reitera, en términos prácticamente idénticos, en la STC 212/1990, FJ 3.º)”. En el mismo sentido se pronuncia la STC 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2.º

Es igualmente doctrina constitucional reiterada que, en el proceso constitucional, sólo procede entrar en el examen de la queja de amparo fundada en la eventual lesión del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que se reconoce en el artículo 24.2, CE, cuando la falta de práctica de la prueba propuesta, ya sea porque fue inadmitida, no llegó a practicarse por causas no imputables al demandante, haya

podido tener influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 59/1991, de 14 de marzo; 357/1993, de 19 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/199, de 15 de enero) puesto que el ámbito material protegido por el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no haya generado una real y efectiva indefensión (SSTC 1/1999, 170/1998 y 37/2000).

Por ésta razón hemos precisado también que la tarea de verificar si la prueba es “decisiva en términos de defensa” y, por ende, constitucionalmente trascendente, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen ex officio de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. Exigencia de acreditar la relevancia de la prueba denegada que se proyecta en un doble plano. De una parte, el recurrente ha de demostrar en esta sede “la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas” (STC 149/1987, de 30 de noviembre, FJ 3.º, y en idénticos términos, aunque relativos a las pruebas no practicadas, se pronuncia también la STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ2.º, entre otras muchas). Y de otro lado, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado la prueba objeto de la controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, 147/1987, de 25 de septiembre, 50/1988, 357/1993 y 1/1996, por todas), ya que sólo en tal caso –comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado–. Podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por ese motivo solicita el amparo constitucional (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8.º; 1/1996, FJ3.º; 170/1998, FJ2.º, 7 37/2000, FJ 3º)”

La jurisprudencia española, en específico del Tribunal Constitucional, ha interpretado el derecho *in commento*, considerando que consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el juez o tribunal, lo que no supone despojar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que le es propia para poder apreciar la pertinencia, por relación al *thema decidendi*, de las pruebas propuestas, ni librar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan, de tal manera que la denegación de pruebas que el juzgador estime inútiles, no implica necesariamente indefensión. (STC 87/1992).

Así, cabe acotar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para ejercer la defensa de los derechos de los particulares no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, sino que las mismas deben observar, como lo planteamos al hablar de la definición de prueba, en primer lugar las formalidades legales que revisten su práctica y, en segundo lugar, la pertinencia con respecto a la defensa que se pretenda realizar, correspondiendo al juez la apreciación de esa pertinencia.

Es ilustrativa, como mencionamos, la doctrina del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Supremo al respecto, pudiendo traer como ejemplo las siguientes sentencias:

“El art. 24 de la CE ha convertido en un derecho fundamental el de utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho, inseparable del de defensa, al haber sido constitucionalizado, impone una mayor sensibilidad en relación con las normas procesales atinentes a ello, de forma que, admitida la prueba, el Tribunal no necesitaba impulso de parte para dictar las resoluciones pertinentes en orden a su práctica.” (STS, 8 de julio de 1988).

De igual manera, la sentencia del TCE 205/1991 estableció lo siguiente:

“Según reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el art. 24.2 CE, ejercitable en cual-

quier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva. Ello no supone despojarse a los órganos jurisdiccionales de su competencia para apreciar la pertinencia, por relación al *thema decidendi*, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan, para evitar con la denegación dilaciones innecesarias. Pero basta con que la denegación o inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional”.

En el mismo orden de ideas, la STC 33/1992, sostuvo lo siguiente:

“... las limitaciones del derecho consagrado en el art. 24.2 CE a servirse de las pruebas pertinentes para la defensa como derecho constitucional, no justifican su sacrificio a intereses indudablemente dignos de tutela pero de rango subordinado, como puede ser la economía del proceso, la celeridad de éste o la eficacia de la Administración de Justicia. Por eso una resolución injustificada de inadmisión de un medio de prueba merma las posibilidades probatorias de la defensa. Es pues doctrina reiterada del TC (...) que la constitucionalización del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes es inseparable del derecho mismo a la defensa (...) aunque puede que no llegue a producirse un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, porque no existe relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o porque el interesado pese al rechazo pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.”

Finalmente, nos interesa citar, entre tantas, la STC 24/1994, cuyo contenido es el siguiente:

“El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE, distinto aunque complementario con el de tutela judicial efectiva), inseparable del de defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal pero no la pérdida de la facultad judicial de libre apreciación de la prueba. Tanto la declaración de pertinencia de la prueba como su valoración son funciones que corresponden a los órganos de la jurisdicción ordinaria (...) pero si el órgano judicial estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique y siempre y cuando dicha omisión, no atribuible a la parte recurrente, produzca indefensión material (...), no puede en suma el órgano judicial declarar pertinente una prueba primero y no practicarla después”.

En definitiva, queda claro que entendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho a que se haga justicia; a que cuando se consideren violados los derechos de los particulares y se pretenda su reparación, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso que observe las garantías requeridas legalmente, el mismo exige, como uno de sus postulados primordiales, la utilización de los medios de pruebas que los particulares consideren necesarios para el ejercicio de la defensa de sus derechos. Ello así, el derecho a usar los medios de prueba no faculta para exigir la admisión judicial de cualquier prueba, sino sólo las que se encuentren de *pertinencia* con la defensa de los derechos, siendo relevante, en relación con la posible violación de este derecho, aquellos casos de denegación o inadmisión irrazonable, que prive al solicitante de un medio prueba necesario para la defensa de hechos decisivos para su pretensión.

Otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y parte integrante del derecho al debido proceso es la presencia de un sistema de protección cautelar amplio y efectivo. De nada sirve que, al acceder a los órganos jurisdiccionales, los particulares vean frustradas sus pretensiones durante el proceso, si ven imposibilitada la ejecución de una sentencia favorable, en caso de obtenerla al final del proceso. En efecto, así como lo

expresa HERNÁNDEZ, “el derecho a obtener una protección cautelar, es un instrumento para el efectivo ejercicio del derecho a la tutela judicial. Las medidas cautelares, por tanto, quedarían comprendidas dentro de aquéllas destinadas a garantizar la tutela judicial efectiva, por lo que la consagración de este derecho en el ordenamiento constitucional, apareja la existencia a la tutela cautelar, la cual también debe ser efectiva³⁶.

Acertadas son las palabras inicialmente propuestas por el maestro CHIOVENDA y luego retomadas por CALAMANDREI, según las cuales “*Il tempo necessario ad avere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*” (la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para el que tiene razón); palabras que resumen, de una manera muy clara y precisa, la estrecha relación entre el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la protección cautelar efectiva.

Como se ha mencionado anteriormente, la jurisprudencia venezolana se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la relación existente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la protección cautelar en el proceso administrativo. En este sentido, La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa estableció, en decisión de fecha 15 de noviembre de 1995, citada *supra* (caso: *Lucía Hernández y Arnoldo Echagaray*), lo siguiente:

“... una protección integral del indicado derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir el tiempo en su totalidad sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada”³⁷.

De igual manera, la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de fecha 5 de mayo de 1997 (caso: *PepsiCola vs. embotelladoras CocaCola*) estableció lo siguiente:

³⁶ HERNÁNDEZ, José, Ignacio, *Ob. Cit.*.

³⁷ Sentencia revisada en BREWER-CARÍAS, Allan y ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis A., *Las grandes decisiones...*, *Ob. Cit.*, pp. 829 y siguientes.

“(...) Pues bien, en este particularísimo caso, este órgano jurisdiccional considera pertinente formular algunas consideraciones generales en torno al sutil tema de las medidas cautelares; en particular, de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo.

La jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 1.995, declaró rotundamente que todo juez, por el hecho de tener potestad de ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le permite tomar cualquier medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado (Sent. CSJ-SPA, 15-11-95. Lucía Hernández); lo cual no viene sino a poner de manifiesto la íntima relación existente entre el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 68 de la Constitución, y el derecho a obtener las medidas cautelares necesarias para una eficaz tutela jurisdiccional.

No a otra conclusión podría arribarse de una lúcida deliberación. La doctrina procesalista tanto nacional como extranjera no duda en imbricar en todo momento al poder jurisdiccional para resolver definitivamente una litis, con el poder cautelar general. Entre nosotros, por ejemplo, ha señalado HENRÍQUEZ LA ROCHE, siguiendo a CARNELUTTI: «El proceso cautelar existe cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautelar para) el buen fin de otro proceso (definitivo). Cautelar puede ser, no sólo un proceso, sino un acto, una providencia, contenida en el proceso definitivo. La función mediata del proceso cautelar implica, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo; el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el definitivo». (...).

Ciertamente, la existencia de un proceso, no implica a priori la necesidad de que sean dictadas medidas preventivas; pero no cabe duda de que si presupone una

potestad cautelar general por parte del juez para asegurar la efectividad de aquél. En efecto, de nada servirá disponer de facultades para componer la litis al final del proceso, si durante el proceso no se tuviesen adicionalmente las facultades necesarias para hacer posible esta definitiva composición procesal. Entonces, si el juez contencioso-administrativo puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, debe incluirse dentro de ello el poder cautelar general (...)"³⁸.

Visto lo anterior, sólo nos queda por mencionar que la jurisprudencia patria ha ido evolucionando en relación con el poder cautelar dentro del proceso administrativo, siendo los ejemplos citados, sólo una pequeña demostración de lo dicho.

c) Ejecución de sentencias

El último punto que nos ocupa, es el relativo a la obtención de una decisión justa y oportuna, y su ejecución eficaz en caso de ser favorable. El derecho a la obtención de una sentencia justa, denota la necesidad de que la decisión sea motivada, oportuna; características que implican un cúmulo de garantías y consideraciones que eviten, sobre todas las cosas, la indefensión del particular.

Como expresa JOSÉ I. HERNÁNDEZ, "... algunas consideraciones en torno al derecho a obtener una sentencia sin dilaciones indebidas: la tardanza del proceso convierte en ineficaz la tutela judicial, incluso ante amplísimas potestades cautelares del juez, ya que el carácter provisorio de éstas le impone ciertos límites. Pero no basta que el particular obtenga una sentencia sin dilaciones, sino que además, esa sentencia debe ser motivada, exigencia impuesta para controlar la discrecionalidad del juez que, con facilidad, desestima pretensiones sin mayor tipo de consideraciones. Por ello, el juez contencioso-administrativo tiene el deber de pronunciarse sobre todos los argumentos desarrollados por las partes, y motivar exhaustivamente las decisiones que adopte. Con ello, también, se evita una excesiva formalización del derecho a la tutela judicial efectiva, pues suele revertirse al

³⁸ Sentencia revisada en ORTÍZ-ÁLVAREZ, Luis A., *Ob. Cit.*, pp.103-104.

proceso, de garantías que, aparentando proteger ese derecho, lo ignoran por completo”³⁹.

Sin embargo, el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no se limita a la simple obtención de una sentencia eficaz y oportuna, sino que incluye todo un sistema de ejecución idónea y eficiente en caso de que la misma sea favorable. En palabras del maestro JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ “La pretensión no quedará satisfecha en la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando el contenido del fallo sea cumplido”⁴⁰.

Efectivamente, una manifestación importante del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva es la posibilidad de ejecutar las decisiones que consideren con lugar las pretensiones de los particulares. Como expresa LUCIANO PAREJO ALFONSO “La ejecución es, como toda la de este carácter, una actividad que, como regla general, debe estar en línea de continuidad con el título jurídico que le sirve de fundamento. Tiene por finalidad llevar a puro y debido efecto (realizar en la práctica) los pronunciamientos judiciales contenidos en la sentencia o resolución. Por lo que debe comprender todo, pero al mismo tiempo sólo lo necesario, a tal fin, de suerte que el resultado sea la identidad entre lo ejecutado y lo estatuido”⁴¹. No obstante, en Venezuela existen varias prerrogativas de la Administración que atentan contra este principio, y por ende, contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (LOHPN)⁴², establece lo siguiente:

“Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En consecuencia, los jueces que

³⁹ HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Ob. Cit.*

⁴⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La extinción de la eficacia ejecutiva de la sentencia administrativa*; en *Derecho Administrativo: Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*; Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1998, Págs. 1297-1314.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *La ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el derecho español*; en *I jornadas...*, Págs. 487-507.

⁴² Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario de 21 de junio de 1974.

conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego de que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado”.

De igual manera, el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece lo siguiente:

“Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la República, no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales ni en general a ninguna medida de ejecución preventiva o definitiva. Los jueces que conozcan de ejecuciones de sentencias contra la República, suspenderán en tal estado los juicios, y notificarán al Ejecutivo Nacional, por órgano del Procurador General de la República, para que fijen por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado.

Cuando se decrete alguno de los actos arriba indicados sobre bienes de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio público, o a una actividad de utilidad pública nacional, antes de su ejecución el juez notificará al Ejecutivo Nacional por órgano del Procurador General de la República, a fin de que se tomen las medidas necesarias para que no se interrumpa la actividad a que está afectado el bien. Vencidos sesenta (60) días a contar de la fecha de la notificación, sin que el Ejecutivo Nacional se haya pronunciado sobre el acto, el juez podrá proceder a la ejecución.”

De las normas citadas podemos deducir que, lamentablemente, la procedencia de la ejecución contra la Administración es casi imposible en nuestro ordenamiento jurídico. Como expresa CARLOS AYALA CORAO, “Estos privilegios, particularmente el de la LOHPN, es lo que García de

Enterría ha denominado *fósiles medievales*, que como vimos antes, contrarían el régimen de los derechos constitucionales y las potestades jurisdiccionales para ejecutar lo juzgado, consagrando un régimen general y absoluto de intocabilidad del sector público, y por ende, impidiendo —en principio— la ejecución forzosa de los fallos condenatorios (...)”⁴³.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, se pronunció sobre el asunto en sentencia de fecha 9 de mayo de 1991 (caso: Servicios Técnicos Sanitarios Municipales, C.A.), estableciendo lo siguiente:

“(...) de acuerdo a lo contemplado en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, la orden de ejecución consiste en la fijación de un lapso que no será menor de tres (3) días ni mayor de diez (10), para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, transcurrido el cual, sin que se hubiere dado tal cumplimiento, se procederá la ejecución forzosa, según lo advierte el artículo 526 eiusdem. En otras palabras, que dicho lapso se establece bajo la amenaza de proceder al embargo de bienes de la propiedad del deudor para su posterior remate, conforme a lo previsto en los artículos 527, 534 y siguientes, y 550, todos del Código citado.

Ahora bien, en el caso de ejecución de sentencias en contra de los entes del Estado, las anteriores reglas están modificadas por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de sus bienes, que de manera general se enuncia en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y por el llamado principio de legalidad presupuestaria a que se contrae el artículo 227 de la Constitución, que ratifica el artículo 17 de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Según el primero de tales principios, los

⁴³ AYALA CORAO, Carlos, *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*; en I Jornadas Internacionales Allan Brewer-Carías, Caracas, Funeda, 1995, Págs. 511 y siguientes.

jueces deben limitarse a notificar al Procurador General de la República, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado. Y de acuerdo al segundo de los principios señalados, se establece que cuando se trate de compromisos originados en sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, se pagarán con cargo a la partida del presupuesto que para tales fines se prevea para cada ejercicio. En otras palabras, que en realidad es la propia administración la que ejecuta sus sentencias y no el Poder Judicial, lo que podría dar lugar a que tales sentencias resulten ineficaces en la práctica, a pesar de que se haya seguido previamente todo un proceso. Por ello, la Sala entiende que en el derecho constitucional del acceso a la justicia, no sólo se comprende la acción como el derecho subjetivo público y autónomo de acudir a los Tribunales, sino también el de lograr la ejecución de los fallos que éstos dicten. (...). Derechos éstos que a esta Corte, como órgano del Poder Judicial, corresponde garantizar; conforme a las facultades que se desprenden de los artículos 204 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Poderes éstos que esta Sala ha proclamado en diversas sentencias en las cuales se han dictado condenas contra la Administración Pública (...).

Por tanto, aun respetando los anteriores principios, la Sala no puede dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional. Garantizando la ejecución de sus fallos, como un modo de garantizar el derecho a la justicia, que se desprende del artículo 68 de la Constitución de la República”⁴⁴.

De igual manera, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de enero de 1998 reiteró los principios que relacionan la ejecución de sentencias con la garantía

⁴⁴ Sentencia revisada en MUCI BORJAS, José Antonio, *La ejecución, según el derecho venezolano, de los fallos dictados por los jueces Contencioso-Administrativos*; en I Jornadas..., *Ob. Cit.*, pp. 551 y ss.

que impone el derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que obliga a la existencia de un sistema de ejecución *eficaz* de las decisiones jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 1 de junio de 2000, se estableció un método alternativo a lo establecido en los fallos citados *supra*, en vista de la ineficiencia del sistema de ejecución establecido en los mismos. El contenido del fallo in commento es el siguiente:

“Analizado el iter procesal llevado a cabo con posterioridad a la sentencia dictada en fecha 26 de mayo de 1999, anotada bajo la numeración que lleva esta Corte 99-740, se observa:

La recurrente señaló en diligencia de fecha 27 de enero de este año que:

“En vista del tiempo transcurrido sin que la universidad Nacional Experimental ‘Rafael María Baralt’, haya cumplido con lo ordenado por esta Corte de reincorporar a mi mandante, solicito de la misma la ejecución de la sentencia en el sentido que se ordene la reincorporación del ciudadano Onelio Ruz Arrieta, venezolano, portador de la cédula de identidad (...) a su condición de profesor ordinario, categoría de titular a dedicación exclusiva, tal y como fue solicitado en el petitorio y acordado en la decisión de fecha 26 de mayo de 1999.” (subrayado de esta Corte)

La sentencia de la cual se pide la ejecución señaló lo siguiente:

“Desechados los anteriores alegatos del recurrente, esta Corte debe pronunciarse acerca de la pretensión subsidiaria, en el sentido de que se ordene la reincorporación de recurrente, y al respecto observa que la jubilación es una de las formas de retiro de la Administración Pública, por lo que, al haber sido jubilado el recurrente, quedó retirado del personal activo de la Universidad Nacional

Experimental "Rafael María Baralt". Por tanto al resultar anulado dicho acto, el retiro que este implicaba quedó sin causal legal, por lo que ha debido ser reincorporado al cargo.

*Sin embargo, en el acto que anuló la jubilación del citado profesor no se ordenó la reincorporación, ni de autos se desprende que tal reincorporación se haya producido. **Por lo tanto, debe considerar procedente la reincorporación solicitada en forma subsidiaria, por el recurrente y así se decide.***

En relación a la indemnización solicitada por el recurrente, observa esta Corte que la misma se hace derivar de los daños producidos por la ilegal anulación de la jubilación de que disfrutaba". Ahora bien, habiendo sido desestimada la declaratoria de ilegalidad de dicha anulación, mal puede esta Corte acordar indemnización por tal concepto. Así se declara.

VII. DECISION

Por todos los razonamientos antes expuestos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, declara SIN LUGAR el recurso contencioso-administrativo de nulidad interpuesto por la abogada NELLY MERJANEH CHAKOUR, actuando en su carácter de apoderada del ciudadano ONELIO RUZ ARRIETA contra el acto administrativo contenido en el oficio N° 292196/CONDIR, de fecha 17 de octubre de 1996, emanado de la Secretaria de la Universidad Nacional Experimental "Rafael María Baralt", mediante el cual se le notificó al recurrente que el Consejo de Dirección de esa Universidad en su sesión ordinaria N° 014 de fecha 16 de octubre de 1996, declaró improcedente el Recurso de Reconsideración que ejerció por ante el propio Consejo, contra la decisión tomada por ese mismo órgano en su Sesión Extraordinaria N° 007 de fecha 18 de julio de 1996,

en la cual dicho órgano acordó anular la jubilación que le había sido acordada al accionante en fecha 8 de febrero de 1996, en virtud de lo cual esta Corte ordena al Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental "Rafael María Baralt", y cualquier otro órgano competente, para que se realice la reincorporación del accionante a su condición de Profesor Ordinario de esa Casa de Estudios.

Publíquese, regístrese y notifíquese." (Subrayado de la Corte).

Considerado todo lo anterior y visto que cursa en el expediente auto mediante la cual se ordenó oficiar al ciudadano Rector de la mencionada universidad a los fines de que en un lapso de tres (3) días de despacho remitiera informe a esta Corte los términos en que fue cumplida y acatada la sentencia parcialmente transcrita supra; y, visto de igual forma no solo el recibo de consignación de la notificación hecha por esta Corte —el cual cursa al folio 170 del expediente y que fuere expedido por el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela, de fecha 18 de febrero de 2000—, sino también el aviso de recibo de la mencionada notificación —documental ésta última que en su vuelto evidencia que en fecha 3 de marzo de este año fue recibido por el destinatario—, se observa lo siguiente:

1) Debe determinarse en primer lugar si se ha cumplido con lo ordenado en el auto de fecha 3 de marzo de este año, que solicitó información respecto a la ejecución de lo fallado.

Observa esta Corte que del estudio de los autos no existe respuesta alguna a lo solicitado por esta Corte, mas por el contrario existe dicho autentico del ente postal telegráfico (IPOSTEL), —el cual se valora de acuerdo con el artículo 1375 del Código Civil—, que señala haber entregado el oficio mediante el cual se requería la información in comento, lo cual para esta Corte, es motivo suficiente,

salvo prueba en contrario, para entender la voluntad reticente de la Universidad en informar sobre la ejecución de lo fallado por esta Corte y así se declara.

2) Determinado lo anterior, debe forzosamente precisarse por esta Corte, el tipo de obligación que se pretende ejecutar, para así determinar la fórmula de ejecución forzosa para este caso.

La sentencia in comento ordenó “al Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental “Rafael María Baralt”, y cualquier otro órgano competente, para que se realice la reincorporación del accionante a su condición de Profesor Ordinario de esa Casa de Estudios.”. Esta orden se encuadra dentro de lo que la doctrina denomina obligación de hacer, la cual tiene una fórmula propia de ejecución dentro del procedimiento civil.

En este sentido, y dada la carencia de una fórmula de ejecución propia en lo Contencioso Administrativo, los tribunales de esta especial sede han recurrido sistemáticamente a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y al artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para lograr ejecutar lo fallado, ello en virtud de la aplicación supletoria que ordena el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Empero esta Corte evidencia que ninguna de las fórmulas previstas en los artículos 528 al 531 del Código de Procedimiento Civil, recoge una fórmula directamente aplicable para el caso en cuestión, por cuanto la que está prevista para las obligaciones de hacer en el área civil –artículo 529–, prevé la ejecución por sustitución, a costa del deudor y en caso de su imposibilidad prevé el pago por equivalente, con lo cual no se cumpliría el mandato de “que se realice la reincorporación del accionante a su condición de Profesor Ordinario de esa Casa de Estudios”.

A la misma conclusión hay que llegar con disposición del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal por cuanto no resuelve plenamente el problema. En efecto esta disposición, recoge el cumplimiento de obligaciones de dar –específicamente la entrega de dinero– señala, así como la de hacer –entrega de bienes– y dispone lo siguiente:

“Artículo 104: Cuando el Municipio o el Distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicara al Alcalde, quien dentro del término señalado por el Tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobara o rechazara la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijara otro plazo para presentar una nueva proposición. Si esta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia según los procedimientos siguientes:

1º Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenara que se incluya el monto a pagar en la fecha enviara al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar, se cargara a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.

Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal a instancia de parte, ejecutara la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil; y

2° Si se tratare de entrega de bienes, el Tribunal pondrá en posesión de ellos a quien corresponda, pero si tales bienes estuvieren afectados al uso público, a un servicio público o actividades de utilidad pública prestados en forma directa por el Municipio, el Tribunal acordara la fijación del precio mediante peritos, en la forma establecida en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social; y determinado el precio, ordenara su entrega a quien corresponda, conforme a lo previsto en el numeral anterior. En este último caso, la fecha de sentencia se equiparara a la fecha del Decreto de Expropiación”.

Por ello estima esta Corte que no existe formula de ejecución prevista legalmente que canalice casos como el presente, existiendo solamente el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala:

“Artículo 11: Los tribunales para la ejecución de sus sentencias y de todos los actos que decreten o acuerden, pueden requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, y, en general, valerse de todos los medios legales coercitivos de que dispongan. Se exceptúa el caso de conflicto de poderes, el cual deberá ser sometido a la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

La autoridad requerida por un tribunal que obre en ejercicio de sus atribuciones, debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pida, ni la legalidad o la justicia de la sentencia o decreto que se trate de ejecutar.”

No obstante ello, para el caso de Marras estima esta Corte oportuno la aplicación “analógica-instrumental” de la disposición prevista en el encabezado del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, para la primera etapa de la ejecución forzosa, permitiéndose con ello la intervención del administrado en el control de lo que se va a ejecutar; aplicándose para una segunda, lo

previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como las medidas complementarias recogidas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Así pues, de acuerdo a lo expuesto, se deberá en primer lugar requerir una fórmula o proposición de ejecución por parte del ente administrativo. El administrador aprobará o rechazará la proposición realizada; si fuere rechazada el tribunal fijará otro plazo para que el ente administrativo presente una nueva proposición. Si ésta fuere rechazada o no se presentare ninguna nueva propuesta el tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, utilizando la fuerza pública si fuere necesaria, tal y como lo pauta el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para el caso en que conjuntamente con la obligación de hacer, se condene a una de dar –como suele suceder en las sentencias favorables a los administrados que se dictan en materia funcional– la vía para ejecutar el fallo, por lo que respecta a la obligación de dar, estaría representado por la ejecución contra la partida a la que se refiere artículo 42, de la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario publicada en Gaceta Oficial del 22 de marzo de 2000, el cual reza:

“Artículo 42: Con posterioridad al treinta y uno de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo al ejercicio que se cierra en esa fecha y los créditos presupuestarios, no afectados por compromisos, caducarán sin excepción (...) Los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada o reconocidos administrativamente, de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en el Reglamento de esta Ley, así como los derivados de reintegros que deba efectuar el Fisco Nacional por concepto de tributos recaudados en exceso, se pagarán con cargo a la partida

que, a tal efecto, se incluirá en el Presupuesto de Gastos.
(Resaltado de la Corte).

Lógicamente para el caso en que esa partida esté agotada o no se la haya previsto en el respectivo presupuesto anual, deberá necesariamente incluirse para el presupuesto fiscal siguiente, respetándose con ello con el principio de previsión legal del gasto previsto en el artículo 314 del texto constitucional. Para ello el juez deberá emitir mandato complementario de su fallo, a tenor de lo establecido en el artículo 588 primer párrafo, al órgano legislativo respectivo para la debida inclusión.

Si luego de estas gestiones, no fuere incluida la partida respectiva para la ejecución del fallo relativo a la obligación de dar, estima esta Corte que, aunado al conjunto de responsabilidades civiles, penales y administrativas que por desacato de la orden judicial pudiesen incurrir los funcionarios públicos que estuvieron relacionados con la ejecución, queda el juez habilitado para proceda conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil, esto es dictar cualquier medida ejecutoria contra los bienes del deudor, siempre que no estén afectos a la prestación de servicio público, todo ello según lo pauta el segundo párrafo del numeral primero del artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Esta aplicación Analógica-instrumental, la sustenta esta Corte en las provisiones constitucionales contenida en los artículos: **2**, - que prevé el modelo de estado de derecho y de justicia que rige el actuar de todo órgano del poder público e inclusive de los particulares-; **26** - que recoge entre otros el derecho al acceso a los órganos de justicia y a la tutela efectiva de los derechos que se reclaman-; **253** - que recoge el deber que tiene todo juez de ejecutar lo fallado, lo cual constituye un gran avance respecto al modelo pre-constitucional de ejecución retenida por parte de la administración a una ejecución delegada

en cabeza del poder judicial -; 257 - que recoge el principio de instrumentalidad del proceso para el logro de la justicia, sin formalismos inútiles -; y de conformidad con el artículo 7 de la Constitución, esta Corte esta sujeta un sistema de justicia fundado en la efectividad de la actividad de administración de justicia, y que de no respetarse, atentarían no solo contra el principio de seguridad jurídica sino contra la esencia misma del Poder Judicial y la razón de ser de esta Corte.

Así pues se considera que la vía instrumentalmente idónea para el caso sub-iudice es la expuesta anteriormente referente a la obligación de hacer, pero conminando al Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental "Rafael María Baralt" para que ejecute voluntariamente lo fallado por esta Corte tal y como lo dispone el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto esa oportunidad no se ha fijada, y así se declara.

Para ello, y visto que formalmente –como se dijo– no se ha dado la oportunidad para que dicha universidad cumpla voluntariamente lo fallado –pese a que consta que le fue requerida información respecto a la ejecución–, con base en el artículo 524 y 234 del Código de Procedimiento Civil, se ordena comisionar al Juez Superior Contencioso Administrativo de la Región Occidental para que aperciba del cumplimiento de lo sentenciado por esta Corte a la mencionada universidad; en función de ello deberá el comisionado notificar al Consejo de Dirección de la Universidad Nacional Experimental "Rafael María Baralt" para que cumpla voluntariamente lo ordenado por esta Corte en un lapso de tres (3) días hábiles siguientes a su notificación.

Ese Consejo deberá cumplir lo fallado por esta Corte en sentencia de fecha 26 de mayo de 1999; de haberlo hecho informará la forma como lo cumplió; si manifestare la forma de cumplimiento, el comisionado remitirá las re-

sultas de su gestión a esta Corte; en caso contrario, procederá ese mismo tribunal a hacer cumplir lo fallado, tal y como se señaló ut-supra; verificando a todo evento la incorporación en nomina del ciudadano Onelio Ruz Arrieta, así como su inclusión dentro de la plantilla de profesor ordinario de la Universidad Nacional Experimental "Rafael María Baralt, ante esa misma autoridad o ante la autoridad competente dentro de esa universidad. Para cumplir con lo anterior podrá hacer uso de la fuerza pública, si fuere necesario.

Cabe acotar que, recientemente, en fecha 5 de septiembre de 2000, fue promulgada la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público (LOAF), cuyo objeto es regular la administración financiera el sistema de control interno del sector público, y los aspectos referidos a la coordinación macroeconómica, al Fondo de Estabilización Macroeconómica y al Fondo de Ahorro Intergeneracional. Ley llamada a reunir en un solo texto las regulaciones financieras que conciernen a la Administración Pública.

No obstante, la LOAF deroga parcialmente la LOHP, dejando vigente el artículo 16 comentado, desechando de esta manera la oportunidad de establecer legislativamente un sistema eficaz de ejecución de sentencias contra la Administración Pública.

REFLEXIONES FINALES

Luego de revisar el tratamiento que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en el derecho comparado como en el ordenamiento jurídico venezolano, podemos señalar que el mismo goza de características propias que revisten de suma importancia a tan fundamental derecho. Ello así, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental obligatorio e inherente a toda persona, un derecho público subjetivo, en otras palabras, es un interés jurídicamente protegido esgrimible frente al Estado que es el responsable de la organización y funcionamiento de los órganos de administración de justicia.

Adicionalmente, podemos señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, lo que se traduce en que es de obligatoria observancia por ser un precepto legal, constitucional.

El contenido básico del derecho bajo estudio viene determinado por el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho; sin embargo, el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva no se limita a la premisa anterior, sino que implica que cualquier interés legítimo obtenga, valga la redundancia, tutela judicial efectiva, ya que donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, mientras exista la lesión actual de un interés propio, un derecho insatisfecho al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción.

De esta manera, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho irrenunciable, no sólo porque, como cualquier derecho fundamental, es inherente a la condición de la persona como titular de dichos derechos, sino incluso porque es obligación de los jueces y tribunales garantizarlo.

A raíz de la promulgación de la Constitución de 1999, en Venezuela el derecho *in commento* adquiere, como comentamos *supra*, la tan anhelada consagración constitucional expresa. Es así como el artículo 26 eiusdem-norma que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva— esta llamado a representar el pilar central de la reforma administrativa del país.

No obstante lo anterior, sabemos que la solución de los problemas que atañen al Poder Judicial venezolano no viene dada por un artículo constitucional, sino que serán necesarias más acciones y reformas tendientes al mejoramiento del sistema judicial.

CAUCES DE INTERVENCIÓN DE LA INICIATIVA ECONÓMICA PÚBLICA Y PRIVADA EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS

José Ignacio Hernández G.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. Las actividades primarias.

1.1. Formas de gestión de las actividades primarias.

1.1.1 Gestión directa por el Estado.

1.1.2 Gestión indirecta a través de empresas mixtas

1.2. El régimen exorbitante de las actividades primarias.

2. Las actividades industriales y comerciales.

2.1. Régimen general de las formas de gestión de las actividades industriales.

2.1.1 Gestión directa por la iniciativa pública.

2.1.2 Gestión directa por la iniciativa privada.

2.1.3 Gestión a través de empresas mixtas.

2.2. Régimen general de las formas de gestión de la actividad de refino.

2.2.1 La direccionalidad de la actividad de refino.

2.2.2 Disposiciones especiales referidas a la gestión privada de la actividad de refino.

2.3. Régimen de las formas de gestión de las actividades comerciales.

2.3.1 La reserva de ciertas actividades comerciales.

2.3.2 Régimen especial de la iniciativa privada en las actividades de comercio interior consideradas servicios públicos.

2.3.3 Ausencia de previsión del régimen del comercio exterior.

- 3. Regulación para promover la libre competencia.**
 - 3.1. El principio de acceso de terceros a las redes.**
 - 3.2. El principio de separación “jurídica contable”.**

- 4. Las obligaciones de servicio público.**
 - 4.1. Principio de continuidad y de prestación conforme a los parámetros definidos.**
 - 4.2. Principio de información debida y de separación de actividades.**

- 5. Algunas consideraciones sobre el desarrollo normativo de la LOH.**

- 6. Conclusiones generales.**
 - 6.1. El esquema general adoptado por la LOH.**
 - 6.2. La participación en las actividades primarias**
 - 6.3. La participación en las actividades industriales y comerciales.**

INTRODUCCIÓN

Sobre la base del artículo 302 de la Constitución, la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos (*GO* número 37.323 de 13 de noviembre de 2001, en lo adelante, LOH), ha reordenado los cauces de intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada en el mercado de los hidrocarburos.

Las vías previstas en la LOH para la intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada encuentran punto de engarce en las normas de los artículos 112, 299, 300 y 302 de la Constitución de 1999. Así, determinadas actividades del mercado de hidrocarburos se encuentran reservadas al Estado y en ellas sólo cabe la gestión directa del Estado así como la gestión indirecta de los particulares, todo ello con fundamento en el artículo 302 constitucional. Por otro lado, hay actividades no reservadas, en las cuales los particulares podrán intervenir en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica reconocido en el artículo 112 de la Constitución. También podrá intervenir en estas actividades privadas el Estado a través de empresas públicas, según lo pautado en los artículos 299 y 300 de la Constitución.

Sobre este esquema (actividades económicas reservadas-actividades económicas privadas) se basa toda la LOH, al consagrar los complejos mecanismos mediante los cuales podrán concurrir en ese mercado, como operadores económicos, el Estado y los particulares. La *summa divisio* de las actividades que integran ese mercado parte así de una distinción bipartita: las actividades primarias y las actividades industriales y comerciales.

El mejor entendimiento de lo que se expondrá a continuación (que abarca tan sólo un estudio parcial de la nueva Ley), aconseja efectuar cuatro consideraciones generales sobre el alcance y significado de la LOH.

En *primer lugar*, la LOH es una Ley general, con vocación de ordenar todos los hidrocarburos, con la sola excepción de los hidrocarburos gaseosos que quedan regulados por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (*GO* número 36.793, de 23 de septiembre de 1999, Ley desarrollada por Reglamento General publicado en la *GO* número 5.471 extraordinario de 5 de junio de 2000. Se deja a salvo lo expuesto más adelante, en relación con la exploración y explotación de los hidrocarburos gaseosos asociados). Y como tal, la LOH deroga integralmente todo el régimen jurídico anterior.

En efecto, señala su disposición derogatoria única que “*se deroga la Ley de Hidrocarburos del 13 de marzo de 1943, reformada parcialmente por las Leyes de Reforma Parcial de la Ley de Hidrocarburos del 10 de agosto de 1955 y la del 29 de agosto de 1967; la Ley Sobre Bienes Afectos a Reversión en las Concesiones de Hidrocarburos del 6 de agosto de 1971; la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos Derivados de Hidrocarburos, del 22 de junio de 1973; la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, del 29 de agosto de 1975; la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y Otros Combustibles Derivados de los Hidrocarburos para Uso en Vehículos Automotores, del 11 de septiembre de 1998; y cualesquiera otras disposiciones legales que colidan con las del presente Decreto Ley*”. Los reglamentos dictados al amparo de esa legislación derogada continuarán en vigencia, siempre y cuando no se opongan a la nueva Ley o no sean derogados expresamente (disposición transitoria primera).

En *segundo lugar*, la derogatoria de esa legislación abarca, también, a la reserva general que sobre el mercado de los hidrocarburos había sido declarada en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (en lo sucesivo, la LOREICH). Por tanto, cualquier reserva sobre actividades relacionadas con hidrocarburos, ahora, deberá estar expresamente consagrada en la LOH.

En *tercer lugar*, la LOH, desarrollando la disposición del artículo 302 de la Constitución, reservó al Estado las llamadas actividades primarias, esto es, la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos (artículo 9). Ese ámbito abarca también, como se verá, la exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos asociados, que no quedan sometidos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, tal y como se desprende del artículo 2 de esa Ley. Ninguna otra cláusula de reserva encontramos en la LOH, por lo que forzoso es concluir que únicamente las actividades de exploración y explotación se encuentran reservadas al Estado. En efecto, la reserva no puede ser interpretada extensivamente, ni abarcar aspectos más allá de los regulados por ella, tal y como afirmó la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso AVENSA. Habría que indicar, además, que en virtud del artículo 12 constitucional, los yacimientos de hidrocarburos se declaran bienes del dominio público por la

LOH (artículo 3). Por tanto, el uso de esos bienes ha quedado reservado al Estado en virtud del artículo 9 de la LOH.

Finalmente, y en *cuarto lugar*, las llamadas por la LOH “actividades industriales y comerciales” no se encuentran reservadas al Estado; en ellas el derecho fundamental de libertad económica no ha sido, por tanto, excluido. Tal es la principal novedad de la nueva Ley, que ha despubblicado o privatizado materialmente las actividades de industrialización y comercio (interno y externo) de hidrocarburos. Se reduce, por tanto, la reserva establecido en la LOREICH, ampliándose consecuentemente el ámbito de acción de la libre iniciativa privada. Por ello, la reforma del sector, operada en la LOH, bien podría ser calificada de liberalización parcial.

Como indicamos, en cada uno de los dos grandes grupos de actividades comprendidos por la LOH se ha previsto especiales mecanismos de intervención de la iniciativa económica pública y privada. La principal diferencia será que en un supuesto estaremos ante actividades reservadas en las que queda eliminado el derecho de libertad económica (actividades primarias); en otro, estaremos ante actividades económicas privadas que podrán ser explotadas directamente por los particulares; asimismo, también podrán desarrollarse por el Estado (actividades industriales y comerciales).

1. Las actividades primarias

Dispone el artículo 9 de la LOH que “...*las actividades relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos comprendidos en este Decreto Ley, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales, se denominan actividades primarias a los efectos de este Decreto Ley...*”. Son actividades primarias, por tanto, aquellas orientadas a la exploración y explotación de hidrocarburos comprendidos en la LOH. Ahora bien, aún cuando el artículo 2 de esa Ley establece que todo lo relativo a los hidrocarburos gaseosos se regulará de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, es lo cierto que ésta excluye de su ámbito a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos gaseosos asociados, es decir, el “gas natural que se encuentra en contacto con el petróleo o disuelto en él en un yacimiento” (cfr.: artículos 2 y 24 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos y artículos 2 y 27 de su Reglamento general). En consecuencia, la exploración y explotación de los hidrocarburos

ros gaseosos asociados debe ser considerada una actividad primaria, en tanto supone el aprovechamiento directo de esos yacimientos de petróleo, quedando en consecuencia reservada al Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 9 antes comentado.

Son actividades primarias, entonces, las orientadas a la exploración y explotación de hidrocarburos, incluyendo los hidrocarburos gaseosos asociados. Su rasgo característico es que estas actividades, según dispone el artículo 9 de la LOH, “*quedan reservadas al Estado*”, reserva que se extiende a “*las actividades relativas a las obras*” anejas a la exploración y explotación de hidrocarburos. Esta conclusión se desprende ya del artículo 302 constitucional, el cual reservó al Estado “*la actividad petrolera*”, concepto genérico ahora concretado en el artículo 9 comentado.

La reserva produce dos consecuencias jurídicas: la exclusión del derecho de los particulares a intervenir en estas actividades, esto es, la extinción de la libertad económica, y la asunción al Estado de la titularidad de la actividad que es reservada, lo que supone su encaje en un régimen jurídico especial. En relación con el Estado, la reserva es título para el ejercicio de potestades administrativas; para los particulares, supone la prohibición de ejercer las actividades primarias, salvo concesión, por parte de la Administración, del derecho a realizar éstas. El artículo 9 de la LOH consagra, en definitiva, la *publicatio* sobre las actividades primarias: la titularidad de esas actividades será pública, como público será el régimen jurídico que informa, preponderantemente, su desarrollo¹.

1.1. Formas de gestión de las actividades primarias

La reserva o *publicatio* admite dos grados: reserva intensa, cuando el Estado además de reservarse la titularidad de la actividad económica

¹ La *reserva de actividades económicas al Estado* supone siempre un efecto de *exclusión* sobre la libre iniciativa privada, que queda así impedida de actuar en las áreas que han sido reservadas, sin la previa concesión del derecho a participar en éstas. Tal es la principal consecuencia jurídica que se desprende del artículo 302 constitucional. Sobre ello, véase a BREWER-CARIAS, ALLAN, “Introducción al régimen jurídico de las nacionalizaciones en Venezuela”, en *Régimen jurídico de las nacionalizaciones*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 3, 1972-1979, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981 pp. 39-40 y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, p. 251.

se reserva también su gestión; reserva media, cuando la reserva no impide a los particulares intervenir en la gestión de la actividad. En ambos casos el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, solo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta. Observamos en este sentido que la reserva sobre las actividades primarias es *media*, desde que se admite la participación de la iniciativa privada. Las formas de gestión de estas actividades son, de esta manera, dos: gestión directa por el Estado y gestión indirecta. Cabe acotar que las empresas que desarrollen estas actividades, con independencia de su naturaleza jurídica, son denominadas por la Ley “empresas operadoras” (artículo 22)².

1.1.1. Gestión directa por el Estado.

Podría decirse que el cauce ordinario por medio del cual se desarrollarán las actividades primarias es mediante la iniciativa pública directa, es decir, a través de su gestión directa por el Estado.

La LOH regula dos mecanismos de gestión directa de las actividades primarias: por la propia Administración y por entes descentralizados.

1.1.1.1. Gestión directa por la Administración.

Conforme al artículo 22 de la LOH, las actividades primarias indicadas en el artículo 9 serán realizadas, en primer lugar, por el Estado “directamente por el Ejecutivo Nacional”. Dentro del esquema de división horizontal de Poderes Públicos que asume la Constitución de 1999 en

² La reserva o *publicatio* excluye a la iniciativa privada, mas no impide su participación en el sector concreto que ha sido reservado; antes por el contrario, tal participación será admisible si la Administración otorga o concede el derecho a emprender la actividad afectada por la reserva. De allí que pueda distinguirse entre la *publicatio intensa*, a través de la cual el Estado se reserva la actividad y, además, impide la participación de los particulares, de la *publicatio media*, en la cual la reserva sobre determinada actividad no empece a la intervención de los particulares, mediante la concesión u otro título similar. Así ocurría en Venezuela, por ejemplo, bajo la Ley de Telecomunicaciones de 1940 que, reservando al Estado tal mercado, admitió la gestión privada de los servicios de telecomunicaciones que fueron reservados, de suerte tal que alguno de ellos (i.e.: telefonía móvil) se prestaban en concurrencia. Cfr.: SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ MARÍA, *La actividad de la administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pp. 499.

su artículo 136, encontramos al Poder Ejecutivo, el cual queda integrado por distintas *Administraciones Públicas*. Tradicionalmente se ha distinguido entre la Administración Pública Central, que actúa a través de la personalidad jurídica de la República, y la Administración Pública Descentralizada, que tiene personalidad jurídica propia y distinta a la República.

El artículo 22 *eiusdem* alude así a la Administración Pública Central, como órgano mediante el cual el Estado podrá realizar las actividades primarias. Ahora bien, según el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública los Ministros son órganos superiores de la Administración Pública Central, correspondiendo al Ministerio de Energía y Minas, entre otros aspectos, la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de hidrocarburos (artículo 11.1 del Decreto número 1475, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central. Tanto la Ley como el Decreto aparecen en la GO número 37.305 de 17 de octubre de 2001).

De lo anterior puede concluirse que el Ministerio de Energía y Minas podrá, directamente, desarrollar las actividades primarias. Sin embargo, entendemos que no será ésta la solución común, dado que la intervención económica pública directa suele desarrollarse a través de entes *flexibles* que puedan acudir al *Derecho Privado*, principios difícilmente conciliables con la rigidez que informa la actuación de la Administración Pública Central³.

1.1.1.2. Gestión directa a través de entes descentralizados.

Las actividades primarias también podrán realizarse por el Estado “mediante empresas de su exclusiva propiedad”. Ahora bien, en este punto cabe efectuar, a su vez, una doble distinción, pues la creación de estos entes puede obedecer a una descentralización de primer o segundo grado.

³ La empresa pública actúa, *ad extra*, a través de un régimen principalmente informado por el Derecho civil, lo que impone su mayor flexibilidad frente a la Administración Pública *strictu sensu*, la cual, en ejercicio de sus potestades, actúa en un régimen restrictivo de Derecho Administrativo. Sobre ello puede verse, en general, a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 199 y ss.

a. Gestión directa a través de entes descentralizados de primer grado.

Dispone el artículo 27 de la LOH que “*el Ejecutivo Nacional podrá mediante decreto en Consejo de Ministros, crear empresas de la exclusiva propiedad del Estado para realizar las actividades establecidas en este Decreto Ley y adoptar para ellas las formas jurídicas que considere convenientes, incluida la de sociedad anónima con un solo socio*”. Nótese que la norma establece que las empresas creadas podrán adoptar cualquier forma jurídica, expresión que induce a confusiones, pues lo cierto es que el Ejecutivo Nacional directamente, sólo puede crear entes descentralizados *con forma de derecho privado*, es decir, cualquiera de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio. Además, y como ha sido tradición en la materia, se admite la figura de las sociedades comerciales unipersonales.

Lo peculiar es que debe tratarse de sociedades cuyo capital pertenezca, exclusivamente, a la República. Como veremos, las empresas creadas por el Estado, pero cuyo capital no pertenece en exclusiva a la República, encuentran regulación especial en la LOH.

b. Gestión directa a través de entes descentralizados de segundo grado.

La creación de empresas por la República supone una descentralización de primer grado. Cuando las empresas públicas crean a su vez otras empresas, o actúan como empresas *holdings*, estamos ante una descentralización de segundo grado, admisible como modo de gestión de las actividades primarias, al disponer el artículo 28 que “*sin desmejorar la reserva establecida*” en la LOH, las empresas reguladas en el artículo 27 “*podrán crear otras empresas para el desarrollo de sus actividades, previa aprobación de la respectiva Asamblea de Accionistas. Así mismo, deberá obtenerse esa aprobación para modificar el objeto de las empresas creadas, así como para fusionarlas, asociarlas, disolverlas, liquidarlas o para cualquier otra modificación estatutaria. Igual autorización será necesaria para las empresas a ser creadas por las empresas filiales*”.

La descentralización de segundo grado o la figura del *holding* o casa matriz no desvirtúa el sentido de la reserva, siempre y cuando las empresas creadas pertenezcan, exclusivamente, a las empresas inicialmente constituidas por la República⁴.

1.1.1.3. Régimen jurídico de la gestión directa

La gestión directa de las actividades primarias a través de empresas públicas se encuentra sometida a un régimen jurídico mixto: *ad intra*, es decir, las relaciones entre las empresas y la Administración se basan en normas de Derecho Administrativo; *ad extra*, es decir, las relaciones entre estas empresas y los demás sujetos que intervienen en el mercado de los hidrocarburos se encuentra sometido a la LOH, a sus normas reglamentarias y demás disposiciones dictadas por el Ministerio de Energía y Minas y por las normas “*del derecho común que les sean aplicables* (artículo 29)”. Estas empresas actúan en un ámbito reservado al Estado, en el cual rige, preponderantemente, el Derecho Administrativo, por lo que sólo supletoriamente estas empresas se regirán por las normas del derecho común, referibles principalmente a su organización como sociedades mercantiles.

En lo que respecta a las relaciones *ad intra* de las empresas públicas operadoras, el artículo 30 señala que “*el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, ejercerá las funciones de inspección y fiscalización de las empresas petroleras estatales y sus filiales, tanto en el ámbito nacional como en el Internacional y dictará los lineamientos y las políticas que deban cumplirse sobre las materias a que se refiere este Decreto Ley*”. De allí que las empresas públicas operadoras son entes instrumentales, primero, pues su actuación se somete al control de tutela reconocido en el artículo 30 a favor del Ministerio de Energía y Minas; segundo, por cuanto la actuación de estas empresas no dependerá de la decisión de sus órganos directivos, sino de los “lineamientos y políticas” dictados por el Ejecutivo.

⁴ El *holding* es un instrumento tradicional de control sobre la empresa pública, y su aplicación ha sido notable, precisamente, en la industria petrolera. Sobre este mecanismo puede verse a BOSCÁN DE RUESTA, Isabel, *El holding en la organización del Sector Económico Público*, Caracas, 1975.

1.1.2. Gestión indirecta a través de empresas mixtas.

Antes se ha establecido que la principal consecuencia de la reserva declarada sobre las actividades primarias es la exclusión del derecho de los particulares a intervenir en éstas, por lo que su participación requerirá siempre, y en todos los casos, un acto jurídico de la Administración por medio del cual se les conceda el derecho a intervenir en las actividades primarias.

Pues bien, el cauce mediante el cual los operadores económicos privados pueden participar en estas actividades es a través de las llamadas *empresas mixtas*. El artículo 22 de la LOH señala en este sentido que la gestión de las actividades primarias podrá efectuarse mediante empresas en las que el Ejecutivo Nacional "tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social".

1.1.2.1. Títulos de intervención de la iniciativa pública y la iniciativa privada en las empresas mixtas.

No es novedad, en el Derecho Administrativo Económico, la existencia de empresas en las que participen, conjuntamente, la Administración y los particulares. Su origen se sitúa en el Derecho francés, distinguiéndose a tales efectos dos títulos por medio de los cuales puede instrumentarse esa intervención: participación patrimonial, si la intervención consiste únicamente en la aportación de recursos patrimoniales, o participación de gestión, si la participación permite controlar o inferir en la conducta de la empresa.

La motivación perseguida variará los títulos de participación. Si la intervención del sector privado persigue la obtención de medios alternos de financiación, será una participación patrimonial; si por el contrario, la intervención del sector privado persigue coadyuvar en la gestión técnica de la empresa, estaremos ante una participación de gestión. El esquema adoptado por la LOH, como se verá, margina la intervención de los particulares a la participación patrimonial⁵.

⁵ Cfr.: RIVERO, Jean, *Derecho administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pp. 535 y ss. En Venezuela, se han conocido como *sociedades de economía mixta* (cfr.: GARRIDO ROVIRA, JUAN, *Temas de la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp.113-114).

a. Participación de gestión de la Administración.

De conformidad con el artículo 22 de la LOH, la intervención de la Administración en las actividades primarias podrá efectuarse mediante empresas mixtas, en las cuales (i) la Administración “tenga control de sus decisiones” y (ii), mantenga “una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”. Al tenor de estas disposiciones debe concluirse que la gestión de las empresas mixtas será siempre una gestión pública, pues la Administración deberá tener el control sobre las decisiones de la empresa y la titularidad de más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones.

Ello permite avanzar en otra conclusión: las llamadas empresas mixtas son, en realidad, empresas públicas. En efecto, dispone el artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que *“son empresas del Estado las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social”*. Si la Administración debe tener, al menos, más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de las empresas mixtas, puede afirmarse que éstas son empresas del Estado.

b. Participación patrimonial del sector privado en las empresas mixtas.

La intervención del sector privado en las actividades de exploración y explotación ha quedado relegada, por tanto, a la mera participación patrimonial, es decir, a la aportación en el capital social de una empresa del Estado, participación que además deberá respetar el límite conforme al cual el Estado tendrá “una participación mayor del cincuenta por ciento (50%) del capital social”.

El artículo 22 redujo, significativamente, los cauces de intervención del sector privado previstos en el parágrafo único del artículo 5 de LOREICH. Como se sabe, los convenios asociativos previstos en esa norma aludían a cualquier contrato de sociedad por medio del cual el sector privado, siempre bajo la tutela y control de la Administración, interviniese en las actividades entonces reservadas al Estado. El elenco de posibilidades

previstas en el régimen anterior queda reducido en la LOH a la figura de la empresa mixta que es, insistimos, una empresa del Estado⁶.

1.1.2.2. Régimen jurídico de las empresas mixtas.

La diferencia entre las empresas mixtas y las empresas públicas previstas en el artículo 22 de la LOH, estriba en que éstas son propiedad exclusiva del Estado, mientras que en aquéllas el sector privado puede ser titular de no más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de sus acciones. Al ser las empresas mixtas empresas del Estado, conforme demostramos anteriormente, resultará aplicable a su actuación, como norma general, el artículo 29 antes comentado.

De allí que la particularidad del régimen jurídico de esta forma de gestión indirecta de las actividades primarias reside en dos elementos: los requisitos formales necesarios para la constitución de la empresa mixta y los procedimientos de selección del sector privado.

a. Requisitos formales necesarios para la creación de las empresas mixtas.

El artículo 33 de la LOH establece los requisitos formales que deberán cubrirse para crear empresas mixtas. Así, *“la constitución de empresas mixtas y las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional, a cuyo efecto el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, deberá informarla de todas las circunstancias pertinentes a dichas constitución y condiciones, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República. La Asamblea*

⁶ El hoy derogado párrafo único del artículo 5 de LOREICH admitía la celebración de convenios de asociación con el sector privado, para realizar las actividades reservadas, exigiéndose en todo caso que el Estado ejerciera el control sobre la ejecución de esos acuerdos. Dentro de las distintas variables de los convenios de asociación exigibles cabía la figura de la empresa mixta que es, actualmente, el único mecanismo que admite la LOH como vía de participación de la iniciativa privada. Sobre tal carácter amplio vid. BOSCÁN DE RUESTA, ISABEL, “La Administración de la Industria Petrolera Nacionalizada y las formas de participación de personas privadas”, en *La apertura petrolera. I Jornadas de Derecho de Oriente*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1997, pp. 37 y ss.

Nacional podrá modificar las condiciones propuestas o establecer las que considere convenientes”.

La iniciativa para la creación de las empresas mixtas parte del Ejecutivo Nacional, quien deberá justificar razonadamente su solicitud, indicando las “circunstancias pertinentes a dicha constitución”, así como las condiciones básicas que regirán la creación de la empresa mixta, condiciones que, como mínimo, deberán cubrir los extremos previstos en el artículo 35:

1. Duración máxima de veinticinco (25) años, prorrogable por un lapso a ser acordado por las partes, no mayor de quince (15) años. Esta prórroga debe ser solicitada después de cumplirse la mitad del período para el cual fue otorgado el derecho a realizar las actividades y antes de los cinco (5) años de su vencimiento.

2. Indicación de la ubicación, orientación, extensión y forma del área donde haya de realizarse las actividades y las demás especificaciones que establezca el Reglamento.

3. En las condiciones deberán estar incluidas y cuando no aparezcan expresamente, se tendrán como incorporadas en las mismas las cláusulas siguientes:

a. Las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de continuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige

la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Si bien la participación del sector privado no se sujeta a la existencia de especiales condiciones, como sucedía en el régimen derogado, entendemos que el Ejecutivo deberá justificar la creación de la empresa mixta como deberá justificar, en general, la creación de las empresas de su exclusiva propiedad que actuarán como empresas operadoras⁷.

El control del Poder Legislativo es aprobatorio, es decir, un control previo, que podrá alcanzar incluso a la modificación de las condiciones inicialmente propuestas por el Ejecutivo. En este supuesto el Poder Legislativo condicionará la aprobación a la modificación voluntaria de estas condiciones por el Poder Ejecutivo, quien siempre podrá desistir de la solicitud inicialmente formulada. En el ejercicio de este control, y como principio general, no podrá el Poder Legislativo usurpar funciones propias del Poder Ejecutivo, tal y como prevé el artículo 136 constitucional.

Las condiciones mínimas contempladas en el artículo 35 deberán concatenarse con dos previsiones adicionales: el principio de irresponsabilidad de la República, en el sentido que las actividades primarias se realizarán a cuenta y riesgo de la empresa mixta, en lo que se refiere a la existencia de yacimientos (artículo 35) y la posibilidad de conceder a la República ventajas económicas especiales "*tales como el aumento de la regalía, de las contribuciones u otras contraprestaciones previstas en este Decreto Ley; el empleo y cesión de nuevas y avanzadas tecnologías, así como el otorgamiento de becas, oportunidades de entrenamiento técnico u otras actividades de desarrollo del factor humano*" (artículo 36). El principal inconveniente de esta norma es que su operatividad es difícil de

⁷ El párrafo único del artículo 5 de LOREICH supedita la celebración de los acuerdos de asociación a la existencia de *casos especiales*, siempre y cuando ello fuese conveniente al *interés público*, exigencias no previstas en la LOH para la creación de empresas mixtas. Ahora bien, la participación del Estado en la economía a través de empresas —como son las empresas mixtas de la LOH— debe orientarse siempre a alcanzar los fines de interés general a los que alude la Constitución, en sus artículos 299 y 300. Por ello, estimamos que la creación de las empresas mixtas deberá ser debidamente *justificada* por el Estado. En general, sobre la justificación necesaria para el ejercicio de la iniciativa pública directa, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., p. 63.

conciliar con la gestión pública de la empresa mixta: muchas de las “ventajas” enumeradas en la norma (i.e.: uso de nuevas tecnologías), se corresponden con decisiones empresariales que pueden ser adoptadas unilateralmente por la Administración como socio mayoritario de la empresa mixta.

b. Procedimientos de selección del sector privado

La selección del particular o particulares que actuarán como socios minoritarios de la empresa mixta se efectuará conforme a dos procedimientos pautados en el artículo 37 de la LOH.

El principio general es que la Administración deberá iniciar procedimientos licitatorios regidos por los principios de igualdad, concurrencia y publicidad. Así se desprende del artículo 37, el cual dispone que *“para la selección de las operadoras el organismo público competente promoverá la concurrencia de diversas ofertas. A estos efectos, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, creará los respectivos comités para fijar las condiciones necesarias y seleccionar a las empresas. El Ministerio de Energía y Minas podrá suspender el proceso de selección o declararlo desierto, sin que ello genere indemnización alguna por parte de la República”*⁸.

Excepcionalmente, cuando medien *“razones de interés público o por circunstancias especiales de las actividades”* la selección del particular o particulares beneficiarios se podrá realizar directamente. La discrecionalidad reconocida por la norma a la Administración queda sujeta al estricto cumplimiento de los supuestos de hecho mencionado, lo que evidencia el matiz excepcional de la adjudicación directa como procedimiento de selección del sector privado⁹.

⁸ Son éstas, observamos, notas comunes a todo procedimiento licitatorio. Cfr.: BADELL MADRID, RAFAEL, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2001, pp. 69 y ss.

⁹ No hay, en el Derecho venezolano, potestades *absolutamente discrecionales*, tal y como se desprende del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por ello, en el supuesto analizado la decisión sobre la adjudicación directa, si bien discrecional, deberá estar fundada en elementos reglados, como es la motivación necesaria para justificar, objetivamente, las razones que aconsejan tal adjudicación.

1.2. El régimen exorbitante de las actividades primarias

Es el artículo 302 de la Constitución la norma que fundamenta el régimen jurídico de las actividades primarias, las cuales al estar reservadas al Estado, quedan sometidas a un régimen exorbitante del Derecho Común. La reserva, ha entendido la jurisprudencia venezolana, justifica la expansión de potestades administrativas de control y supervisión, en las cuales el derecho de los particulares de libertad económica queda excluido, como excluida queda también la libre competencia (cfr.: sentencias de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno de 24 de abril de 1991, caso *Lagoven* y de 13 de febrero de 1997, caso *Venevisión*).

Pero hay otra característica que debe resaltarse. Las actividades primarias no sólo se encuentran reservadas al Estado, sino que además su gestión ha sido también asumida por el Estado, directamente, o indirectamente mediante la empresa mixta que es, realmente, una empresa del Estado. Por tanto, los particulares no pueden gestionar estas actividades a través de empresas privadas, ni tiene cabida la figura de la concesión. En estricto sentido, la admisión de la iniciativa privada en las actividades primarias se ha aceptado únicamente como modo de financiación de las empresas operadoras, y no como mecanismo para incorporar al sector privado a la gestión de las llamadas empresas mixtas. Es por tanto, una participación *mediata*.

No será posible entonces, según el esquema de la LOH, que los particulares concurren en las actividades primarias. Concurrencia y reserva no son, en modo alguno, principios antagónicos, desde que la Administración puede permitir que distintos operadores económicos privados concurren en actividades reservadas, otorgando diversos títulos concesionales (cfr.: sentencia de la Sala Político-Administrativa de 18 de junio de 1998, caso *AVENSA*). Mas esa posibilidad queda proscrita en relación con las actividades primarias, insistimos, pues los particulares no podrán gestionar directamente éstas¹⁰.

¹⁰ Como aclaramos antes, que una actividad se encuentre reservada al Estado no impide que su gestión se encomiende a los particulares, incluso, en régimen de concurrencia, tal y como sucedía en el régimen de las telecomunicaciones, hoy derogado. Cfr.: BADELL MADRID, Rafael y HERNÁNDEZ G., José Ignacio, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Venezuela*, Caracas, 2002, pp. 32 y ss.

Acotamos por último que la existencia de tal régimen exorbitante no impide exigir el cumplimiento del principio de legalidad administrativa en lo que atañe al control que la Administración podrá ejercer sobre las empresas mixtas. La presencia del sector privado en esas empresas operadoras exhorta al respeto de su derecho a participar patrimonialmente en éstas, por lo que la Administración deberá actuar siempre conforme al principio general de interdicción de la arbitrariedad, respetando también los derechos patrimoniales reconocidos a los particulares, cuya lesión podrá ser causa de responsabilidad patrimonial del Estado conforme lo pautado en el artículo 140 constitucional ¹¹.

2. Las actividades industriales y comerciales.

Junto a las actividades primarias, la LOH abarca también las actividades *industriales y comerciales*. Las actividades industriales o industrialización de hidrocarburos, según el artículo 49, “*comprende las actividades de separación, destilación, purificación; conversión, mezcla y transformación de los mismos, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias mediante la obtención de especialidades de petróleo u otros derivados de hidrocarburos*”. Por su parte, el artículo 57 define las actividades comerciales. Según esa norma, “*las actividades de comercialización a que se refiere este Decreto Ley, comprenden el comercio interior y el comercio exterior, tanto de los hidrocarburos naturales, como de sus productos derivados*”.

El rasgo que caracteriza a las actividades industriales y comerciales es que éstas no se encuentran reservadas al Estado, es decir, que la LOH no declaró su *publicatio*. Dos consecuencias jurídicas se desprenden de esta afirmación. Primero, que la LOH derogó la reserva que regía sobre las actividades industriales y comerciales relacionadas con los hidrocarburos, y que provenía de la LOREICH. Se produce, así, la privatización material de estas actividades, pues su titularidad se traslada al sector privado.

¹¹ En las actividades primarias el principio de legalidad se encuentra ciertamente relajado, en virtud de la reserva declarada. Sin embargo, ello no obsta que la intervención de la Administración en esas actividades se desarrolle siempre con sujeción plena a la Ley y al Derecho, tal y como dispone el artículo 141 de la Constitución, quedando proscrita también su actuación arbitraria. Con carácter general sobre el tema, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1997, pp. 153 y ss.

Segundo, que a diferencia de las actividades primarias, los particulares tienen el derecho fundamental a dedicarse a la actividad industrial y comercial de su preferencia, sin más limitaciones que las derivadas de la LOH y demás Leyes aplicables. Ello no impide que el Estado, mediante empresas públicas o formas afines, intervenga también como operador económico explotando tales actividades. Esta participación, aclaramos, tendrá como fundamento los artículos 299 y 300 de la Constitución, sin que resulte aplicable la norma del artículo 302¹².

Tanto la iniciativa pública como la iniciativa privada pueden participar, por tanto, en igualdad de condiciones en las actividades industriales y comerciales, teniendo plena vigencia el artículo 113 constitucional, que confirma a la libre competencia como atributo de todas las actividades económicas privadas. El respeto a esa norma exige, en consecuencia, que las empresas públicas que intervengan en este ámbito lo hagan en igualdad de condiciones que las empresas privadas, sin ningún tipo de ventaja competitiva injustificada¹³.

El estudio de los cauces formales de intervención de esta iniciativa recomienda efectuar un análisis individual según el distinto régimen jurídico aplicable a las actividades industriales y comerciales.

2.1. Régimen general de las formas de gestión de las actividades industriales.

La LOH define un régimen general para la gestión de todas las actividades industriales, que será de supletoria aplicación para la actividad de refino, sometida a especiales reglas jurídicas. A tales efectos, podemos identificar tres cauces mediante los cuales se instrumentará tal gestión: pública, privada y mixta.

¹² Nos hemos pronunciado sobre esta *privatización material*, ampliamente, en nuestra Tesis Doctoral *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, Universidad Complutense de Madrid, Junio de 2002, pp. 104 y ss.

¹³ Sobre el principio de paridad de trato entre la empresa pública y la empresa privada, vid. HUERGO LORA, Alejandro, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas" en *Revista de Administración Pública número 154*, Madrid, 2001, pp. 152-153

La norma que reconoce la concurrencia de la iniciativa pública y privada es el artículo 10, cuyo tenor es el que sigue:

“Las actividades relativas a la destilación, purificación y transformación de los hidrocarburos naturales comprendidos en este Decreto Ley, realizadas con el propósito de añadir valor a dichas sustancias y la comercialización de los productos obtenidos, configuran actividades de refinación y comercialización y pueden ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VIII de este Decreto Ley”.

Como antes afirmáramos, la LOH no reserva ninguna de estas actividades al Estado; por el contrario, reconoce que los particulares podrán participar directamente en éstas, lo que constituye una de las principales novedades del nuevo régimen, que amplía considerablemente los cauces por los que tradicionalmente la iniciativa privada podía participar en la industria y comercio de los hidrocarburos.

El segundo párrafo de la norma indica que *“las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones, propiedad del Estado o de las empresas de su exclusiva propiedad, dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas, quedan reservadas al Estado en los términos establecidos en este Decreto Ley”*. El sentido del artículo no queda claro. Entendemos, en todo caso, que éste declara que las instalaciones y obras existentes a la entrada en vigencia de la Ley, que sean propiedad del Estado o de entes de su exclusiva propiedad, y que estén afectadas a las actividades ahí enumeradas, *se consideran obras públicas y bienes del dominio público* excluidos del tráfico jurídico. De conformidad con lo pautado en el artículo 302 de la Constitución, la LOH ha declarado la *reserva demanial* sobre estos bienes, lo que impone su uso en exclusiva por la Administración y consecuentemente, la imposibilidad de su futura privatización o traspaso al sector privado.

2.1.1. Gestión directa por la iniciativa pública.

La iniciativa pública para emprender actividades industriales deriva, además de lo dispuesto en el artículo 10, del artículo 50, conforme al cual las actividades industriales con hidrocarburos refinados podrán ser realizadas directamente por el Estado –Administración Pública Central– o por empresas de su exclusiva propiedad.

Resultan aplicables a este supuesto las consideraciones arriba formuladas. Así, las actividades industriales podrán explotarse directamente por el Ministerio de Energía y Minas o a través de empresas creadas a tales efectos. La principal diferencia será que esta gestión operará en un ámbito privado, regido por el Derecho Común y en especial, por el principio de libre competencia. De allí que, y a diferencia de la gestión de las actividades primarias, las relaciones *ad extra* de las empresas públicas encargadas de la gestión de actividades industriales quedarán reguladas por un régimen jurídico privado, propio de las relaciones mercantiles entre empresas.

2.1.2. Gestión directa por la iniciativa privada.

Las empresas privadas pueden atender, directamente, las actividades industriales, tal y como se deriva del artículo 10 antes comentado. Al no ser ésta una actividad reservada al Estado, tal derecho dimana directamente de lo establecido en el artículo 112 de la Constitución, que al consagrar la libertad económica, reconoce a todos los particulares el derecho a iniciar y desarrollar la actividad de su preferencia, en condiciones de libre competencia y conforme a su libre autonomía privada¹⁴.

Pero el ejercicio de esa libertad puede ser sometida a diversas limitaciones que en relación con las actividades industriales alcanzan tres supuestos: la técnica autorizatoria; las obligaciones “de servicio público” y el registro previo.

¹⁴ En relación con el sentido e importancia de tal derecho fundamental en Venezuela, nos remitimos a lo que hemos expuesto en *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, cit., pp. 157 y ss.

2.1.2.1. *La técnica autorizatoria.*

Todos los particulares que deseen emprender las actividades industriales deberán cumplir con lo preceptuado en el artículo 53 de la LOH, según el cual *“las empresas privadas que se dediquen en el país a las actividades de industrialización de hidrocarburos refinados, deben obtener un permiso que será otorgado por el Ministerio de Energía y Minas”*.

Si antes hemos indicado que las actividades industriales pueden ser desarrolladas en virtud de un derecho fundamental propio de los particulares –la libertad económica– debemos concluir que el permiso limita o regula el ejercicio de un derecho preexistente, lo que permite afirmar que estamos frente a una autorización, técnica usual a la que acude la Administración económica para ordenar y limitar el ejercicio de la libre iniciativa privada.

La autorización supone una prohibición previa para ejercer la actividad de industrialización, prohibición que es levantada por la Administración al conciliar el interés general tutelado con el interés del particular de acceder al ejercicio de esa actividad. Para efectuar esa conciliación, el artículo 53 indica que las empresas privadas deberán “cumplir” con los siguientes requisitos:

- Identificación de las empresas y sus representantes.
- Indicación de la fuente de suministro de la materia prima.
- Definición del proyecto con señalamiento del destino de los productos.

En nuestra opinión la norma incurre en una imprecisión terminológica, pues esta enumeración no contiene los requisitos necesarios para el otorgamiento de la autorización, sino los extremos que deberán indicar los particulares al solicitar a la Administración el otorgamiento del correspondiente permiso. La LOH no enumera, en consecuencia, los requisitos objetivos y

subjetivos necesarios para otorgar el permiso, lo que afecta sensiblemente el derecho de los particulares a acceder al ejercicio de esas actividades¹⁵.

2.1.2.2. Las obligaciones de servicio público impuestas a los titulares de los permisos.

Que la actividad de industrialización sea privada no obsta a que la Administración intervenga para ordenar y limitar su ejercicio. Tampoco se opone a ello la privatización material que ha efectuado la LOH; antes por el contrario, lo común es que cuando el Legislador deroga la reserva existente sobre determinada actividad económica, adopte un conjunto de medidas regulatorias orientadas a asegurar que esas actividades, ahora privadas, sean atendidas por la libre iniciativa privada conforme a los parámetros de calidad exigidos. Este fin se alcanza imponiendo a las empresas privadas un conjunto de obligaciones positivas, convencionalmente denominadas obligaciones de servicio público¹⁶.

Tal es la orientación del artículo 51 de la LOH, según el cual “*el Ejecutivo Nacional adoptará las medidas necesarias para la industrialización en el país de los hidrocarburos refinados*”. Entre otras medidas, corresponde al Estado atender a los siguientes objetivos:

1. Estimular la mayor y más profunda transformación de los hidrocarburos refinados.
2. Fomentar las inversiones en proyectos generadores de sustancias que apoyen el desarrollo del sector industrial nacional.

¹⁵ Señala el artículo 112 de la Constitución que toda limitación al ejercicio de la libertad económica esté establecida en la Ley. Por tanto, el respeto a la reserva legal exige que la autorización, como técnica de intervención sobre ese derecho, esté consagrada en la Ley, la cual ha de abarcar también, al menos en sus condiciones esenciales, los requisitos necesarios para el otorgamiento de ese título, materia que ha sido silenciada en la LOH. En relación con este punto, véase lo expuesto en *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho Español y Venezolano*, cit., pp. 344 y ss.

¹⁶ Respecto esta técnica de intervención, en mercados liberalizados, véase por todos a ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, et al, *Principios de Derecho Público Económico*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 568 y ss.

3. Asegurar que las refinerías y plantas procesadoras de hidrocarburos bajo el control del Estado garanticen con carácter prioritario, respecto a la alternativa de exportación, el suministro oportuno para su posterior procesamiento de las sustancias básicas en cantidad y calidad y con esquemas de precios y condiciones comerciales que permitan el desarrollo de empresas competitivas en los mercados internacionales.
4. Desarrollar parques industriales alrededor de las refinerías y en zonas donde se facilite el suministro de hidrocarburos o sus derivados.
5. Que se estimule la creación y participación de entes financieros en la industrialización de los hidrocarburos en el país.
6. Que las empresas que realicen actividades de industrialización de hidrocarburos en el país fomenten a su vez la industrialización, aguas abajo, de los insumos que producen.
7. Cualesquiera otras que señalen los Reglamentos.

Con la excepción de lo previsto en el numeral 3, aplicable sólo a empresas públicas, los demás numerales emplazan al Estado a cumplir con una serie de objetivos que pueden derivar en limitaciones a la libre iniciativa privada. En especial, el numeral 4 puede traducirse en la obligación de las empresas privadas de “desarrollar parques industriales alrededor de las refinerías”; a igual conclusión se arriba de la lectura del numeral 6.

Estas obligaciones aplicables a las empresas que realicen la actividad de industrialización deben complementarse con las demás obligaciones de servicio público de general aplicación, previstas en los artículos 19 y 20 de la Ley, que serán comentados más adelante.

2.1.2.3. Registro previo.

Quienes se dediquen en el país a las actividades de industrialización de los hidrocarburos refinados –dispone el artículo 54 de la LOH– “deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Energía y Minas”. Entendemos que esta obligación de registro previo es

inherente al otorgamiento del permiso regulado en el artículo 53, por lo que las empresas que soliciten éste deberán, simultáneamente, solicitar su inscripción en el registro que a tales efectos lleve la Administración.

2.1.3. Gestión a través de empresas mixtas

Según el artículo 10 de la LOH, las actividades de industrialización también podrán ser ejercidas “por el Estado y los particulares” de manera “conjunta”, es decir, a través de la empresa mixta. Sin embargo, ninguna disposición de la Ley regula este mecanismo de gestión, por lo que resultará aplicable supletoriamente, y con las debidas matizaciones, lo dispuesto en la sección tercera del Capítulo tercero de la Ley, que ordena las empresas mixtas como forma de gestión de las actividades primarias.

Claro está, la rigurosidad de esa regulación, y el claro matiz restrictivo con el que tal gestión ha sido regulada, resultan a nuestro entender inaplicables a las empresas mixtas que operen en las actividades industriales, dado que no se trata del ámbito reservado al Estado. Tal es la matización que deberá efectuarse mientras persista la laguna legal a la que hacemos mención.

2.2. Régimen general de las formas de gestión de la actividad de refino.

La actividad de refino queda comprendida dentro del artículo 10 de la LOH, por lo que la iniciativa pública y la iniciativa privada podrán concurrir, en igualdad de condiciones, desarrollando tal actividad industrial, conforme a los principios generales antes expuestos. En todo caso, la LOH estableció ciertas reglas de especial aplicación a esta actividad.

2.2.1. La direccionalidad de la actividad de refino

La iniciativa económica (pública o privada) que participe en esta actividad, deberá estar orientada a cumplir los objetivos trazados en el artículo 11 de la LOH, según el cual *“las refinerías a ser construidas deberán responder a un plan nacional para su instalación y operación y deberán estar vinculadas a proyectos determinados aprobados por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas. Estas refinerías deberán estar dirigidas principalmente, a la moderniza-*

ción de los procesos a ser utilizados y a la obtención de combustibles limpios". Como veremos, esta direccionalidad se traduce en obligaciones y limitaciones contenidas en el título que habilita el ejercicio de la actividad de refinación.

2.2.2. Disposiciones especiales referidas a la gestión de la actividad de refino.

Queda dicho ya que esta actividad puede ser desarrollada por el Estado a través de los mecanismos previstos en el artículo 10 de la LOH, que han sido reiterados en el artículo 50, conforme al cual "*las actividades industriales con hidrocarburos refinados podrán ser realizadas directamente por el Estado, por empresas de su exclusiva propiedad, por empresas mixtas con participación de capital estatal y privado, en cualquier proporción y por empresas privadas*". La gestión directa por la Administración Central o por entes descentralización se regirá por las mismas reglas antes señaladas. Lo propio cabe afirmar respecto a la gestión mixta.

Sin embargo, la intervención del sector privado en la explotación de la actividad de refino sí queda sometida a especiales principios, relacionados con la *licencia* como título habilitante necesario para iniciar y desarrollar esta actividad económica.

2.2.2.1. La licencia. Características generales.

Dispone el artículo 12 de la LOH que "*las empresas para ejercer las actividades de refinación de los hidrocarburos naturales, deberán obtener licencia del Ministerio de Energía y Minas, quien podrá otorgarla previa definición del correspondiente proyecto y conforme a lo establecido por este Decreto Ley y su Reglamento*". La actividad de refino no se encuentra reservada al Estado por la LOH; es por tanto una actividad económica privada que puede ser realizada por cualquier particular, en virtud del derecho fundamental de libertad económica. De allí que la licencia ordena el ejercicio de un derecho previo, lo que denota su naturaleza autorizatoria¹⁷.

¹⁷ La autorización, como técnica de intervención de la Administración económica, se caracteriza *por la naturaleza del derecho ejercido*. Cuando la Administración incide sobre el

Pero además, esta autorización ordena positivamente el ejercicio de la iniciativa privada, la cual, como antes indicamos, deberá orientarse a los fines establecidos en el artículo 11 *eiusdem*. Tal es la finalidad del proyecto que deberán definir los interesados al solicitar este título habilitante.

El control de la Administración se extiende también a los actos de disposición o gravamen sobre las licencias, desde que su cesión, traspaso o gravamen “deberá contar con la previa aprobación del Ministerio de Energía y Minas, sin la cual no surtirán efectos. En caso de traspasos forzosos por ejecución, el Estado podrá sustituir al ejecutante previo pago del monto de la ejecución” (artículo 12 *in fine*). En lo que puede ser considerado un error de técnica legislativa, esta disposición aparece reiterada en el artículo 16, conforme al cual “la cesión, gravamen y ejecución de los derechos que otorgan las licencias para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, requerirán la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas”.

2.2.2.2. Requisitos para el otorgamiento de la licencia. *Registro previo.*

El ejercicio de la actividad de refino por los particulares se supedita a la obtención de la licencia, lo que supone por parte de la Administración un juicio de ponderación de intereses, que dependerá de los requisitos legalmente exigidos para otorgar este título. El artículo 13 contempla, precisamente, estos “requisitos”:

1. Identificación de las empresas y sus representantes.
2. Descripción del proyecto, con indicación de la tecnología aplicable y del destino de los productos, así como de los recursos económicos aplicables al proyecto.

ejercicio del derecho de libertad económica, estaremos frente a la autorización, que es un acto declarativo; en contra, si la Administración interviene en actividades reservadas al Estado, en las que se ha extinguido la libertad de empresa, estaremos frente a la concesión, que tiene carácter constitutivo. En el caso analizado, la técnica de intervención incide sobre el ejercicio de actividades que, al no estar reservadas al Estado, pueden ser emprendidas por los particulares en virtud de su derecho fundamental de libertad económica. Es, por tanto, una autorización. Respecto tales cuestiones, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 193.

3. Duración de la empresa o del proyecto, la cual no será superior a veinticinco (25) años, prorrogables por un lapso a ser acordado no mayor de quince (15) años, si se han cumplido los requisitos del proyecto.

4. Indicación de las ventajas especiales que se ofrezcan a favor de la República.

Nuevamente debemos criticar la técnica empleada en la LOH, pues en realidad no se está enumerando los requisitos necesarios para obtener la licencia, sino los requisitos de la petición por medio de la cual se solicita la obtención de ese título. De allí que al igual que la regulación de los permisos, la LOH no ha definido qué parámetros deberá considerar la Administración para otorgar las licencias.

Finalmente, dispone el artículo 14 que *“quienes se dediquen en el país a las actividades de refinación de los hidrocarburos naturales, deberán inscribirse en el registro que al efecto llevará el Ministerio de Energía y Minas. Igualmente deberán asentarse en dicho registro, las cesiones, traspasos, gravámenes o ejecuciones de las licencias”*.

2.2.2.3. Reversión.

En las licencias *“que se otorguen para las actividades relacionadas con la refinación de hidrocarburos naturales, deberán indicarse expresamente las disposiciones contenidas en el artículo 34, numeral.3, literales a y b del presente Decreto Ley, y de no aparecer expresamente, se tendrán como insertas en el texto de la licencia”* (artículo 15). Tal y como fue expuesto, el artículo 34 regula las condiciones que deberán cumplirse para la creación de empresas mixtas. El tenor de los literales a y b del numeral 3 de esa norma es el siguiente:

a. Las tierras y obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integrante de ellas, cualesquiera otros bienes adquiridos con destino a la realización de dichas actividades, sea cual fuere su naturaleza o título de adquisición, deberán ser conservados en buen estado para ser entregados en propiedad a la República, libre de gravámenes y sin indemnización alguna, al extinguirse por cualquier causa los derechos otorgados, de manera que se garantice la posibilidad de con-

tinuar las actividades, si fuere el caso, o su cesación con el menor daño económico y ambiental.

b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

La aplicación, a la actividad de refino, del literal b, que consagra una reserva de jurisdicción, no presenta ningún inconveniente. Si objetamos, por el contrario, el contenido del literal a, conforme al cual las obras ajenas a la actividad de refino, una vez extinguido el plazo de la licencia –plazo de refino en la LOH– serán entregadas en propiedad a la República sin indemnización alguna.

La norma regula la reversión de los bienes anejos a la actividad de refino. Ha sido ésta figura tradicional del Derecho Administrativo en la ordenación de la concesión de servicio público: el vencimiento del plazo de la concesión produce, *ope lege*, la traslación del derecho de propiedad sobre los bienes afectos al servicio público, del concesionario a la Administración. Tres son los fundamentos de esa institución: primero, la naturaleza pública del servicio se proyecta sobre los bienes afectos a éste; segundo, que es ésta una condición que debe tener en consideración el concesionario al formular sus pretensiones económicas en el contrato de concesión. Se entiende así que finalizada la concesión, el concesionario habrá amortizado el valor de estos bienes; de lo contrario, se produciría una alteración en el equilibrio económico financiero del contrato, con el consecuente deber de la Administración de indemnización los daños causados. Finalmente, la reversión tiende a asegurar la continuidad del servicio público, una vez extinguida la concesión¹⁸.

Ninguna de estas razones son, sin embargo, aplicables a la actividad de refino, desde que no es ésta una actividad de servicio público reservada al Estado ni su prestación queda amparada por un contrato administrativo

¹⁸ Ello puede verse en MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 634.

de concesión. El artículo 15 supone por tanto una importante afectación al derecho de propiedad privada, que la Constitución reconoce en su artículo 115. A ello debemos agregar las críticas usualmente asociadas a la figura de la reversión, que constituye un desincentivo para el fomento de la inversión en las infraestructuras asociadas, en este caso, al refino.

2.2.2.4 *Revocación.*

Las licencias “*otorgadas conforme a este Decreto Ley, serán revocables por el Ministerio de Energía y Minas, por la ocurrencia de causas de revocatoria establecidas en la propia licencia o por realizarse su cesión, gravamen o ejecución sin la autorización de dicho Ministerio*” (artículo 14). La revocación es un acto de gravamen para el particular afectado, lo que impone (i) la exégesis restrictiva de este precepto y (ii) la tramitación de un procedimiento previo, en aras a garantizar su derecho a la defensa.

2.3. Régimen de las formas de gestión de las actividades comerciales

Las actividades de comercio de los hidrocarburos –que no se encuentran, insistimos, reservadas al Estado– pueden ser divididas en dos grandes grupos: comercio interno y comercio externo (artículo 56 de la LOH). El principio general, refrendado en el artículo 10, es la *libertad de comercio*, entendida como derivación de la libertad económica que reconoce el artículo 112 constitucional. Todos los particulares, en consecuencia, podrán dedicarse a la actividad comercial de su preferencia, lo que no obsta a la intervención directa del Estado, en régimen de libre competencia.

La gestión de las actividades comerciales se rige, en definitiva, por el esquema general adoptado por la LOH. Primero, pueden ser explotadas por la Administración, directamente o mediante entes descentralizados “de su exclusiva propiedad”. Segundo, por las empresas mixtas y, por último, por la libre iniciativa privada. Es éste el principio que deriva del artículo 10, arriba transcrito. La regulación de la Ley, sin embargo, induce a confusiones, tal y como veremos de seguidas.

2.3.1 La reserva de ciertas actividades comerciales.

El principio general del artículo 10 de la LOH, conforme al cual la comercialización de hidrocarburos puede “*ser realizadas por el Estado y los particulares, conjunta o separadamente*”, aparece desvirtuado por el artículo 57, cuyo tenor es el que sigue:

“Las actividades de comercialización de los hidrocarburos naturales, así como la de los productos derivados que mediante Decreto señale el Ejecutivo Nacional sólo podrán ser ejercidas por las empresas a que se refiere el artículo 27 del presente Decreto Ley”.

El artículo abarca dos actividades: la comercialización de los “hidrocarburos naturales”, y la comercialización de los “productos derivados” de hidrocarburo, esto es, los productos derivados de procesos de industrialización. Ha de tratarse, además, de hidrocarburos o productos “señalados” por el Ejecutivo mediante Decreto. Pues bien, la comercialización éstos hidrocarburos y productos solamente podrá ser ejercida por las empresas a que se contrae el artículo 27, esto es, por empresas públicas, de “exclusiva propiedad del Estado”. La intención del artículo 57 parece ser, por tanto, excluir a la empresa privada de las actividades “señaladas”, contrariando el sentido del artículo 10 *eiusdem*. La confusión es mayor, si nos atenemos al texto del artículo siguiente, el 58:

“Las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior, podrán ser realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas”.

La norma se refiere a la comercialización de productos “señalados” por el Ejecutivo Nacional, esto es, de productos excluidos. Conforme al artículo 57, éstos solamente podrán ser comercializados por empresas públicas; según la norma comentada, éstos podrán ser comercializados “por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier

proporción y por empresas privadas”. El artículo 58 contradice la letra del artículo 57, que a su vez resulta contrario al artículo 10.

Atendiendo a la necesidad de interpretar armónicamente estos preceptos; recordando que la actividad de comercialización no fue reservada al Estado de conformidad con el artículo 302 constitucional, y finalmente, en aplicación del principio *in dubio pro libertate*, estimamos que los artículos 10, 57 y 58 de la LOH deben ser interpretados conforme a tres principios rectores:

En primer lugar, de conformidad con el artículo 10 de la LOH, todos los particulares tienen el derecho de libertad económica para explotar la actividad de comercio interno o externo de hidrocarburos.

En segundo lugar, el Ejecutivo Nacional, a través de Decreto, puede excluir la comercialización de determinados hidrocarburos del tráfico jurídico-privado. La consecuencia de ese Decreto es que los hidrocarburos y productos excluidos únicamente podrán ser comercializados por empresas públicas. Al ser la excepción a la regla general del artículo 10, y al representar una limitación a la libertad económica, este supuesto de exclusión debe interpretarse restrictivamente.

Por último, y en tercer lugar, queda claro que los hidrocarburos no excluidos podrán ser atendidos por la libre iniciativa privada o por el Estado, siempre en concurrencia con las empresas privadas. En nuestra opinión, el artículo 58 incurrió en un error material, pues en vez de referirse a “las actividades de comercialización de los productos derivados que estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior”, ha debido referirse a “*las actividades de comercialización de los productos derivados que no estuvieren excluidos conforme a lo previsto en el artículo anterior*”. En efecto, las actividades no excluidas según la norma del artículo 57, podrán ser atendidas tanto por la iniciativa privada como por la iniciativa pública.

2.3.2 Régimen especial de la iniciativa privada en las actividades de comercio interior consideradas servicios públicos

Lo expuesto anteriormente conforma el régimen general del comercio de hidrocarburos. Con la sola excepción de los hidrocarburos excluidos *ex artículo 57*, la LOH ha reconocido el principio general de libertad comercial.

Ahora bien, tal libertad es restringida, notablemente, en las actividades de comercio interior que pueden ser declaradas *servicios públicos*. En éstas, acotamos, no se excluye la iniciativa empresarial privada. Sin embargo, los operadores económicos que deseen emprender y desarrollar las actividades declaradas *servicios públicos* por el Ejecutivo quedarán sometidos a un régimen especial conformado por las siguientes notas: (i) el acto de afectación de determinados hidrocarburos; (ii) su sujeción a un régimen de servicio público y (iii) la regulación del permiso de comercialización.

2.3.2.1 *El acto de afectación.*

Serán objeto de las regulaciones sobre comercio interior establecidas en la LOH “*aquellos productos derivados de los hidrocarburos que mediante Resolución señale el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas*” (artículo 59). El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, y mediante Resolución, podrá afectar a determinados productos derivados de hidrocarburos a un régimen jurídico especial, con la finalidad de asegurar su adecuada atención por parte de la iniciativa privada. Sólo podrán afectarse, en consecuencia, los productos cuyo comercio interno satisfaga directamente necesidades colectivas de relevante interés social.

2.3.2.2 *Régimen de servicio público.*

Los productos afectados de conformidad con el artículo 59, quedarán sometidos al régimen de “servicio público” definido en el artículo 60, y cuyas notas son las siguientes:

a. Actividades afectadas.

Constituyen un servicio público “*las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de los hidrocarburos, señalados por el Ejecutivo Nacional conforme al artículo anterior, destinados al consumo colectivo interno*”. La afectación podrá recaer, por tanto, sobre actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio, conceptos técnicos cuya precisión debería ser abordada por el Reglamento.

b. Regulación de precios. Garantía de suministro.

El Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Energía y Minas, “*fijará los precios de los productos derivados de los hidrocarburos*”. Constituye ello una limitación a la libertad de precios que informa a la libertad de comercio. La regulación admite cierta flexibilidad en aplicación, pues los precios “*podrán fijarse mediante bandas o cualquier otro sistema que resulte adecuado a los fines previstos en el presente Decreto Ley, tomando en cuenta las inversiones y la rentabilidad de las mismas*”.

Asimismo, estas actividades se someterán a una especial regulación cuya finalidad será asegurar “*el suministro, la eficiencia del servicio y evitar su interrupción*”. El artículo 60 permite así a la Administración dictar medidas para asegurar que la prestación de las actividades declaradas *servicios públicos* se rija por los principios de continuidad, regularidad, igualdad de prestación y universalidad.

2.3.2.3 *El permiso de comercialización.*

Aún sometiéndose a una especial regulación, la actividad de comercialización de estos hidrocarburos podrá ser efectuada por la libre iniciativa privada, siempre y cuando obtenga el *permiso de comercialización*, que al ordenar el ejercicio del derecho previo de libertad económica es una verdadera autorización. Las notas de este permiso son las siguientes.

a. Régimen general.

Dispone el artículo 61 que *“las personas naturales o jurídicas que deseen ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, deberán obtener previamente permiso del Ministerio de Energía y Minas. Estos permisos estarán sujetos a las normas establecidas en este Decreto Ley, su Reglamento y las Resoluciones respectivas. Las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades antes señaladas, podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas”*. Nótese que la LOH tampoco definió los requisitos necesarios para obtener esa autorización, lo que dificulta la aplicación práctica del artículo.

b. Actos de disposición y gravamen.

La parte *in fine* del artículo comentado señala que *“la cesión o traspaso de dichos permisos requerirán la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas”*.

c. Permiso especial de instalaciones.

Las actividades de comercio interno quedan afectadas, además, por otra técnica de limitación, cuya finalidad es regular las instalaciones anejas al comercio. Así, conforme al artículo 62, la *“construcción, modificación, ampliación, destrucción o desmantelamiento de establecimientos, instalaciones o equipos, destinados al comercio interior de los productos derivados de hidrocarburos, deberán ser previamente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas”*. Es posible diferenciar el permiso para ejercer actividades de comercio y el permiso para construir, modificar o desmantelar obras o infraestructuras necesarias para explotar el comercio interno. Nada impide que estos títulos se otorguen conjuntamente, esto es, que el permiso para desplegar la actividad de comercio abarque también la autorización para construir infraestructuras.

d. Revocación.

El Ministerio de Energía y Minas *“podrá revocar los permisos cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en este*

Decreto Ley, su Reglamento o en Resoluciones, comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de personas y bienes” (artículo 63). La intención de la norma es salvaguardar el respeto de las notas de *servicio público* que deberán informar la prestación de esta actividad.

e. Prohibición de enajenar y gravar.

Como limitación al derecho de propiedad privada sobre las obras anejas al comercio interno, el artículo 64 establece que *“las oficinas subalternas de registro y notarías se abstendrán de dar curso a documentos relacionados con actos que requieran autorización del Ministerio de Energía y Minas, si no están acompañados de dicha autorización. Los documentos que se otorguen en contravención de lo aquí previsto no tendrán valor alguno a los efectos del presente Decreto Ley”*. Se deduce, por tanto, que actos de gravamen o disposición de las obras anejas al comercio interno requerirán previa autorización de la Administración, siempre y cuando, agregamos, tales actos afecten o amenacen con afectar la continuidad y regularidad en la prestación de este servicio.

f. Régimen transitorio.

El artículo 65, con vocación transitoria, dispone lo siguiente:

“Las personas naturales o jurídicas que actualmente ejercen las actividades de comercialización interna de los productos derivados de hidrocarburos objeto de este Decreto Ley, en igualdad de condiciones, tendrán derecho preferente ante terceras personas para continuar ejerciéndolas. En caso de que la industria petrolera nacional o cualquiera otra persona decida ofrecer en venta, los bienes inmuebles destinados al ejercicio de dichas actividades, las personas que actualmente las ejercen, en igualdad de condiciones, tendrán derecho preferente para adquirirlas”.

Como en otras disposiciones de la LOH, el sentido de la norma comentada no queda claro. A nuestro entender, tal norma se refiere a los operadores económicos que, para el momento de entrada en vigencia de la Ley, ya ejercían actividades de comercio interno de los hidrocarburos. Pues bien, el régimen jurídico anterior a la LOH estaba conformado por una Ley de reserva general y de preferente aplicación –la LOREICH– tal y como

señaló la Corte Suprema de Justicia en Pleno en sentencia de 23 de abril de 1991, caso *Lagoven*. El ámbito de esa reserva o *publicatio* general fue sin embargo alterado por la Ley Orgánica de apertura del mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores (*GO* número 36.537 de 11 de septiembre de 1998, en lo adelante *LOAMIG*), la cual derogó la reserva existente entonces en ese mercado en concreto. Y de allí que, salvo los mecanismos de participación previstos en el artículo 5 de la *LOREICH*, la intervención directa de la iniciativa privada sólo era posible en el “mercado interno de la gasolina y otros combustibles derivados de los hidrocarburos para uso en vehículos automotores”, conforme la *LOAMIG*, la cual, observamos, fue expresamente derogada por la disposición derogatoria única de la *LOH*. Es de destacar, asimismo, que el artículo 65 de la *LOH* es la transcripción del artículo 5 de la *LOAMIG*.

Por ello, el artículo 65 de la *LOH* regula el régimen transitorio de los operadores económicos que, participando en el mercado interno conforme a los cauces previstos en la *LOAMIG*, pasan a ser regulados, ahora, por la nueva Ley. No hay, destacamos, aplicación retroactiva de ésta: la *LOH* no se aplicará a las consecuencias jurídicas *pasadas* de las actividades desplegadas al amparo de la *LOAMIG*; sí se aplicará, por el contrario, a las consecuencias jurídicas *futuras* de esas actividades, consecuencias que se regirán por lo dispuesto en la *LOH*. Y en tal sentido, el artículo 65 consagra el principio de continuidad, en virtud del cual los servicios explotados conforme al régimen derogado continuarán desarrollándose según la nueva normativa.

Finalmente, ante procesos de privatización de las empresas públicas que desarrollen la actividad de comercio interno, los operadores que a la entrada en vigencia atiendan también esa actividad, tendrán un derecho preferente, lo que supone una excepción legal al principio de igualdad que rige a la enajenación de empresas públicas, conforme el marco delineado por la Ley de Privatización¹⁹.

¹⁹ El derecho preferente que la *LOH* consagra debe concordarse con los derechos preferentes establecidos en los artículos 13 y siguientes de la Ley de Privatización. Al respecto, vid. los comentarios que efectuamos en *Régimen jurídico de la privatización*, Cuadernos Bades & Grau número 3, Caracas, 1997, pp. 135 y ss.

g. Posible aplicación de este régimen al comercio de hidrocarburos no afectados por el Ejecutivo.

Dentro de las actividades de comercio interior habrá que distinguir aquéllas declaradas servicio público de las que no resulten afectadas por tal declaración, tal y como se derivan de los artículos 59 y 60 de la LOH. La principal consecuencia de ello es que las actividades afectadas se someterán al especial régimen de servicio público, antes delineado.

Ocurre sin embargo que la Ley silencia la regulación de las actividades de comercio interno no declaradas servicio público. Ante tal silencio, debemos recordar que estas actividades pueden ser emprendidas por los particulares en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, que la Constitución de 1999 consagra en su artículo 112. Por tanto, la Administración no podrá entorpecer el ejercicio de las actividades de comercio interior si no cuenta con específica cobertura legal ²⁰.

2.3.3. Ausencia de previsión del régimen del comercio exterior.

Además de la posible laguna legal existente por la falta de previsión legal del régimen del comercio interno de hidrocarburos “no afectados”, observamos que la LOH tampoco ha regulado el régimen del comercio externo de hidrocarburos, más allá de las disposiciones generales que resulten aplicables (i.e.: artículo 10). Como veremos, la existencia de diversas lagunas legales en la LOH afecta la seguridad jurídica –presupuesto para el estímulo de la iniciativa privada en el sector– lo que justifica la corrección de esas omisiones a través del recurso previsto en el artículo 7 *eiusdem*, que comentamos *infra*.

3. Regulación para promover la libre competencia.

El régimen jurídico de la industria y comercio de los hidrocarburos ha sufrido un importante cambio en la LOH, pues ésta abandonó la reserva

²⁰ Lo que afirmamos, en el texto principal, es que toda limitación administrativa a la libertad de empresa, y por tanto, a la libertad de los operadores de emprender actividades de comercio interior, debe estar establecida en actos con rango y fuerza de Ley. Así lo ha señalado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Recientemente, vid. la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de mayo de 2000, caso *Banco Venezolano de Crédito S.A.C.A.*

o *publicatio* sobre la que asentaba la derogada LOREICH. Con la sola excepción de las actividades primarias, el resto de las actividades reguladas por la LOH no se encuentran reservadas al Estado, por lo que pueden ser explotadas directamente por la iniciativa privada, según las limitaciones legalmente establecidas.

Que no se trate de actividades reservadas, y que la LOH suponga su privatización material, no impide concebir al comercio e industria de los hidrocarburos como un mercado de interés general sometido a una intensa regulación. Tal y como ha ocurrido entre nosotros con la reestructuración de la electricidad, los hidrocarburos gaseosos y las telecomunicaciones, la promoción e incentivo de la iniciativa privada, especialmente mediante la derogatoria de la reserva previamente declarada (proceso conocido como despublicación, y que aquí hemos denominado privatización material conforme a la doctrina alemana), demuestra que en muchos casos es necesario adoptar novedosas técnicas regulatorias cuyo fin será asegurar que los operadores económicos actúen en un marco de competencia efectiva, conforme lo exige el artículo 113 de la Constitución, que encomienda a los Poderes Públicos adoptar las medidas que aseguren la existencia de condiciones efectivas de competencia en la economía²¹.

La LOH ha abordado esta misión adoptando dos técnicas regulatorias que, aún limitando la iniciativa privada, tienen por finalidad tutelar la libre competencia. Nos referimos al principio de acceso de terceros a las redes y al principio de separación de actividades.

3.1. El principio de acceso de terceros a las redes

Ciertas actividades, dentro del mercado de la industria y el comercio de los hidrocarburos, requieren para su explotación el uso de infraestructuras en red: en concreto, nos referimos al transporte, almacenamiento y distribución. Estas redes, conocidas como *oleoductos*, suponen un *fallo de mercado* que atenúa la libre competencia, desde que las actividades de ese mercado serán desarrolladas más eficientemente por un solo operador,

²¹ El Derecho Comparado enseña que la modificación del marco regulatorio de actividades ajenas al interés general, suele ir acompañada de técnicas especiales de control, cuyo fin es la tutela de la libre competencia. Puede verse al respecto, en general, a GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, *Los mercados de interés general*, Comares, Granada, 2001.

dado los costes fijos asociados a la construcción de nuevas redes. Es, pues, un supuesto de *economía de escala*.

Este *fallo de mercado* justifica la adopción de un nuevo marco regulatorio, cuya base es la distinción de las actividades asociadas a las redes, de las actividades no vinculadas a éstas, asegurando, en aquéllas, la gestión independiente de la infraestructura en red, la cual se considera un recurso esencial (*essential facilities*), no sustituible, cuyo uso debe otorgarse en igualdad de condiciones a todos los operadores que deseen acceder al mercado. Según hemos señalado en otro lugar, con ello, se establece una carga sobre el derecho de propiedad de la red, puesto que su titular no tendrá ya el derecho de uso exclusivo sobre ese bien. El principio clave es el acceso de terceros a la red (basado en la doctrina del THIRD PARTY ACCESS, TPA): considerándose a la red como un bien esencial no sustituible, y estimando que la duplicación de redes atentaría contra la eficiencia económica, se establece como derecho de todos los operadores el acceso en igualdad de condiciones a la red, en nuestro caso, de canalización de hidrocarburos gaseosos²². Es éste el principio que subyace tras el artículo 21 de la LOH:

“Las personas que realicen las actividades de almacenamiento, transporte y distribución previstas en este Decreto Ley, están obligadas a permitir el uso de sus instalaciones a otros almacenadores, transportistas o distribuidores, cuando dichas instalaciones tengan capacidad disponible para ello y así lo exija el interés público o social. Tal uso se realizará en las condiciones que las partes convengan. A falta de acuerdo, el Ministerio de Energía y Minas fijará las condiciones para la prestación del servicio”.

Se consagra el acceso regulado a las redes, desde que, además de los convenios suscritos por las partes interesadas, será aplicable la norma-

²² Sobre este principio nos hemos pronunciado ya, respecto del mercado de los hidrocarburos gaseosos, en “Aspectos Jurídicos de la Liberalización de los Hidrocarburos Gaseosos en Venezuela”, *Petróleo YV número IX*, Caracas, 2001. Sobre el principio de acceso a las redes, y su relación con la libre competencia, vid. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, “Sobre infraestructura en red y competencia entre redes”, en *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 197 y ss.

tiva que a tales efectos dicte la Administración. Además, ésta podrá dictar, en sustitución de la voluntad de las partes, la *orden de acceso a las redes*. Lo peculiar de este régimen es que el titular de las redes tiene una posición especial en el mercado, dado que tales infraestructuras son recursos esenciales. Por tanto, toda negativa injustificada a permitir el acceso de terceros supondrá una decisión que, al lesionar –en principio– la libre competencia, quedará sometida al control y supervisión de la Administración²³.

3.2.El principio de separación “jurídica contable”.

Otro de los fallos presentes en actividades basadas en infraestructuras en redes es la integración vertical de actividades, integración usualmente criticada con base a tres argumentos: (i) se crean empresas con *poder de mercado* suficientemente para controlar unilateralmente el mercado; (ii) se dificulta la gestión independiente de las redes y (iii) se promueve la existencia de subsidios cruzados. La solución ante este fallo, en la reciente liberalización de mercados de interés general, ha sido sancionar el principio de separación de actividades, que el artículo 61 de la LOH recoge al señalar que las personas naturales o jurídicas que ejerzan las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos, “*podrán realizar más de una actividad, siempre que exista la separación jurídica y contable entre ellas.*”

Nótese que la Ley requiere, simultáneamente, la separación jurídica y contable, cuando lo cierto es que se trata de dos principios distintos: la separación jurídica exige que el objeto social de la empresa sólo se refiera a una actividad; la separación contable, por el contrario, permite la acumu-

²³ Pudiera afirmarse, desde la perspectiva del Derecho de Competencia, que el propietario o gestor de las redes tiene un *poder de mercado significativo*, que no necesariamente le otorga una *posición dominante* dentro del mercado relevante. En cualquier caso, tal poder de mercado es objeto de una específica regulación en la cual corresponde a la Administración ordenar positivamente el uso de las redes. Cfr.: BREYER, Stephen y STEWART, Richard, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, Little, Brown and Company, Boston, 1992, pp. 6-11. Así también, vid. DOHERTY, BARRY, “Just what are essential facilities?”, en *Common Market Review volumen 38 número 2*, Leiden (The Netherlands), 2001, pp. 397 y ss.

lación de más de una actividad en el objeto social de la empresa, siempre y cuando en su desarrollado se efectúe una contabilidad separada. Más allá de la confusa redacción de la norma, este principio promueve por la transparencia y la libre competencia, favoreciendo el ejercicio de la libre iniciativa privada²⁴.

El artículo 20 extiende el principio de separación contable a las empresas que ploten conjuntamente actividades primarias e industriales y comerciales, como veremos después.

4. Las obligaciones de servicio público.

Todas las actividades reguladas por la LOH quedan afectadas por el principio de direccionalidad, cuya norma básica es el artículo 5:

“Las actividades reguladas por este Decreto Ley estarán dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo al uso racional del recurso y a la preservación del ambiente. A tal fin se promoverá el fortalecimiento del sector productivo nacional y la transformación en el país de materias primas provenientes de los hidrocarburos, así como la incorporación de tecnologías avanzadas.”

Conservación de los hidrocarburos; promoción del desarrollo económico del país; tutela del medio ambiente; promoción de las nuevas tecnologías (reminiscencia de la tradicional *cláusula de progreso* en las concesiones), son los fines a los que deben estar orientadas todas las actividades del sector, lo que encaja con los principios del orden socio-económico definidos en el artículo 299 constitucional. Este principio es concretado, respecto la actividad de refino, en el artículo 11, y en relación con la actividad de industrialización, con el artículo 51. Ambas normas han sido comentadas anteriormente.

Ahora bien, al igual que la reestructuración del mercado de los hidrocarburos no se opone a la adopción de mecanismos regulatorios orien-

²⁴ Sobre la distinción entre la separación jurídica y la contable, vid. DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 124 y ss.

tados a tutelar la libre competencia, tampoco es contrario a tal reestructuración la adopción de mecanismos cuyo fin es asegurar que la prestación de las actividades relacionadas con los hidrocarburos respeten los principios generales derivados del artículo 5, principios que entroncan con los cometidos asumidos por la cláusula del Estado social consagrada en el artículo 2 de la Constitución, cuyo respeto es indeclinable para los Poderes Públicos.

Esta finalidad adquiere mayor peso en relación con las actividades industriales y comerciales desarrolladas por la libre iniciativa privada. En efecto, en las actividades primarias el control de las actividades será ejercido directamente por la Administración, pues sólo ésta –por sus propios órganos o a través de entes descentralizados, incluyendo las llamadas empresas mixtas– podrá explotar tales actividades. Así también, la supervisión de las empresas públicas que operen en las actividades industriales y comerciales se logrará a través del control que la Administración ejerce sobre este tipo de sociedades.

Por tanto, es en relación con las empresas privadas que la tutela del interés general adquiere mayor importancia, conforme a las pautas desarrolladas en el artículo 5. Este control –como ha sucedido entre nosotros con la nueva ordenación de la electricidad, gas y telecomunicaciones– se ejercerá a través de las llamadas obligaciones de servicio público, es decir, a través de obligaciones positivas que limitan la libre iniciativa privada y que usualmente están contenidas en el título habilitante que permite el ejercicio de la libertad económica²⁵.

4.1. Principio de continuidad y de prestación conforme a los parámetros definidos

La primera obligación de servicio público está contenida en el artículo 19 de la LOH, conforme al cual “*las personas que realicen las actividades*

²⁵ Para el concepto y significado de las llamadas *obligaciones de servicio público* véase a GARCÍA DE COCA, José Antonio, *Sector Petrolero español: análisis jurídico de la despublicatio de un servicio público*, Tecnos, Madrid, 1996, cit., pp. 427 y ss. De cara al Derecho venezolano, nos hemos pronunciado sobre la regulación de estas obligaciones en los mercados de la electricidad, gas y telecomunicaciones en “Intervención administrativa y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, *Revista de Derecho Administrativo número 9*, Caracas, 2000.

a las cuales se refiere este Decreto Ley, deberán hacerlo en forma continua y eficiente, conforme a las normas aplicables y a las mejores prácticas científicas y técnicas disponibles sobre seguridad e higiene, protección ambiental y aprovechamiento y uso racional de los hidrocarburos, la conservación de la energía de los mismos y el máximo recobro final de los yacimientos". Los objetivos perseguidos por la norma (la prestación continua de las actividades conforme a los parámetros de calidad definidos en ella) justifican que la Administración imponga obligaciones positivas, que limiten la libre iniciativa privada.

4.2. Principio de información debida y de separación de actividades.

Así también, el artículo 20 de la LOH impone como obligación de todos los operadores, el deber *"de suministrar al Ejecutivo Nacional toda la Información que éste requiera, relacionada con el ejercicio de dichas actividades. A tal fin aquellas que realicen actividades primarias conjuntamente con actividades industriales y comerciales, deberán llevar y presentar por separado las cuentas relativas a tales actividades. El Ejecutivo Nacional guardará la confidencialidad de la información suministrada, cuando el interesado así lo solicite y sea procedente"*. Si bien la norma se aplica a todas las empresas, entendemos que su operatividad será mayor en las empresas privadas, dado que la información de las actividades desplegadas por las empresas públicas o del Estado (incluyendo las llamadas empresas mixtas) se alcanzará a través del control que la Administración ejerce sobre estos entes.

Observamos, además, que el artículo establece el principio de separación contable para las empresas que, conjuntamente, desarrollan actividades primarias y actividades comerciales e industriales, ello sin perjuicio del principio de separación "jurídica y contable" exigido respecto a estas últimas, conforme al artículo 61.

5. Algunas consideraciones sobre el desarrollo normativo de la LOH.

Antes hemos denunciado la escasa densidad normativa de la LOH, pues ésta, en ocasiones, se limita a establecer principios generales; en muchos casos, además, silencia por completo la regulación aplicable, tal y

como ocurre con el comercio exterior de hidrocarburos. La existencia de Leyes-marco, de Leyes generales, es muy común en materia económica, pues la especificidad y dinamismo de la materia a regular recomienda la existencia de leyes especiales, con un ámbito concreto de aplicación e, incluso, justifica que el Legislador delegue en el Reglamento el desarrollo de aspectos por él no tratados²⁶. Dos límites generales derivamos de esta especial categoría de Leyes.

En primer lugar, que la generalidad no puede derivar en ambigüedad, en lagunas legales que omitan abordar aspectos cuya regulación debe ser efectuada por el Legislador. Uno de los principios del sistema económico venezolano, conforme al artículo 299 constitucional, es la seguridad jurídica, lo que exige (i) claridad y certeza en las normas jurídicas que ordenen actividades económicas y (ii) la estabilidad del marco jurídico aplicable, estabilidad que se vería menoscaba si la fuente fundamental de ese marco son los Reglamentos llamados a suplir las continuas omisiones del Legislador²⁷.

Así ocurre, en concreto, con los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para que los particulares obtengan las autorizaciones reguladas en la LOH: el Legislador no reguló tal materia, lo que merma la seguridad jurídica de los operadores económicos y desestimula la inversión privada en esos sectores, contrariando el emplazamiento del artículo 112 constitucional, que encomienda a los Poderes Públicos promover el ejercicio de la libre iniciativa privada. No negamos que la regulación de estos aspectos ataña a materias técnicas, de difícil regulación por el Legislador. Lo recomendable hubiese sido, sin embargo, que la Ley regulase los objetivos esenciales que

²⁶ Las leyes de intervención económica suelen distinguirse por su escasa densidad normativa y por remitir al Reglamento el desarrollo de las materias por ella abordadas. Tal flexibilidad se justifica por el *dinamismo* de la economía, que recomienda que el ordenamiento jurídico se *adapte* con facilidad a los cambios propios del sistema económico. Empero, es indispensable que el Legislador contemple las concretas restricciones que la Administración podrá imponer al ejercicio de la libertad económica, pues éstas son materia de reserva legal, tal y como precisa el artículo 112 constitucional. Puede verse al respecto a CIRIANO VELA, César, *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier administrativo, Barcelona, 2000, pp. 112 y ss.

²⁷ La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia de la seguridad jurídica en la ordenación pública de la economía, en la sentencia de 14 de febrero de 2001, caso *La Ley de Promoción y Protección de Inversiones*.

deberían salvaguardarse a través de estos títulos habilitantes, delegando en el Reglamento su desarrollo normativo²⁸.

En segundo lugar, y en relación con las actividades industriales y comerciales, debemos recordar que el ejercicio de ésta sólo podrá implementarse a través de las limitaciones *establecidas* en la Ley, esto es, que debe tratarse de restricciones expresamente contenidas en la LOH, tal y como exige el artículo 112 de la Constitución. La ausencia de previsión legal ni la escasa densidad normativa de la Ley pueden habilitar entonces a la Administración para adoptar restricciones más allá de las expresamente reguladas por Ley.

Que la LOH es una Ley-marco, llamada a regular tan sólo aspectos básicos y esenciales del sector de hidrocarburos, es premisa que se constata del artículo 7, según el cual:

“Las actividades señaladas en el presente Decreto Ley están sujetas tanto a las disposiciones de la misma, como a las contenidas en otras leyes, decretos o resoluciones, dictadas o que se dictaren, en todo cuanto les fuere aplicable”.

La interpretación de la norma debe matizarse, pues la ordenación jurídico-administrativa del sector de los hidrocarburos, especialmente de las actividades industriales y comerciales, no puede estar contenidas en “decretos o resoluciones” ya que, insistimos, toda limitación a la libertad económica debe estar consagrada en actos con rango y fuerza de Ley. Los llamados reglamentos independientes, esto es, los reglamentos que ordenan determinado sector sin ejecutar las previsiones de la Ley, quedan proscritos en materias que, como las limitaciones de la libertad económica, son de reserva legal²⁹.

²⁸ En materias de la reserva legal, como son las limitaciones administrativas al ejercicio de la libertad económica, puede el Legislador remitir al Reglamento el desarrollo normativo de éstas, *siempre y cuando establezca, con precisión, los parámetros básicos o esenciales que deberá seguir el Reglamento*. La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado sobre estas exigencias en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 17 de junio de 1999, caso *Universidad Simón Bolívar*.

²⁹ Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, cit., pp. 12.

Pareciera entonces que las lagunas legales de la LOH serán suplidas por Leyes especiales que ordenarían aspectos concretos del mercado de hidrocarburos: las actividades primarias; las actividades de comercio interior, estén o no formalmente afectadas o las actividades de comercio exterior. El resultado será, por tanto, que el sector de los hidrocarburos estará regulado, en primer lugar, por la LOH, Ley de cabecera, y luego por diversas Leyes especiales y sus respectivas normas de desarrollo.

6. Conclusiones generales

Los cauces de intervención de la iniciativa pública y de la iniciativa privada en el mercado de hidrocarburos, según la LOH, se encuentra regido por tres principios generales.

6.1. El esquema general adoptado por la LOH.

Tanto la iniciativa pública como la iniciativa privada pueden concurrir en ese mercado conforme al siguiente esquema general. La iniciativa pública intervendrá a través de tres causas: primero, directamente por la Administración Pública Central, en concreto, a través del Ministerio de Energía y Minas; segundo, por empresas de exclusiva propiedad del Estado, obedeciendo ello a una descentralización de primer o segundo grado; y por último, mediante las empresas mixtas. Si bien en éstas concurren el sector público y el sector privado, por lo que son un cauce indirecto de participación de éste, las empresas mixtas son en realidad empresas del Estado, en las que la Administración debe tener más del cincuenta por ciento (50%) del capital social y, por tanto, el control sobre su gestión. La iniciativa privada podrá, por su parte, intervenir directamente sólo en las actividades industriales y comerciales, previa obtención del correspondiente título autorizador, denominado en la Ley conforme a diversa terminología (permisos o licencias).

6.2. La participación en las actividades primarias

Lo que caracteriza a las actividades primarias es que se encuentran reservadas al Estado, quedando excluido el derecho de libertad económica. Por tanto, estas actividades únicamente podrán ser gestionadas directamente por la Administración; por empresas de su exclusiva

propiedad o por empresas mixtas. El fundamento de tal régimen es el artículo 302 constitucional.

La LOH redujo el ámbito de intervención del sector privado en las actividades de exploración y explotación, pues de las distintas posibilidades admisibles bajo la LOREICH, ahora sólo resulta aplicable el mecanismo de gestión a través de la empresa mixta que es, insistimos, una empresa del Estado en la que la intervención de los operadores económicos privados queda marginada a la simple participación patrimonial.

6.3. La participación en las actividades industriales y comerciales

La principal novedad de la LOH es que amplió el ámbito de participación del sector privado en actividades industriales y comerciales, las cuales han sido privatizadas materialmente (o despublicadas). La derogación de la reserva existente supone la admisión, en ese ámbito, del derecho fundamental de libertad económica, cuyo ejercicio por parte de los particulares se condiciona a la obtención de la correspondiente autorización.

Dado que la Constitución económica de Venezuela parte del principio de coindicativa, el carácter privado de las actividades económicas conformadas por la industria y comercio de los hidrocarburos no excluye la intervención directa del Estado, no ya en virtud del artículo 302 de la Constitución, sino según lo pautado en los artículos 299 y 300 del Texto Fundamental. Si bien el esquema de participación del Estado no varía (gestión directa por la propia Administración o entes descentralizados; gestión a través de las empresas mixtas), el carácter privado de estas actividades exigirá que la intervención del Estado como operador económico se efectúe en respeto a las normas sobre libre competencia, tal y como dispone el artículo 113 constitucional.

REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN VENEZUELA: UN PROCESO INCONCLUSO

María Bernardoni de Govea

1. Introducción

Las cifras sociales oficiales arrojan la dramática situación de cerca de un millón quinientos mil personas desocupadas, que sumadas al grueso sector informal que crece indeteniblemente y que agrupa ya casi a cinco millones de personas, representan más del 60% de la fuerza de trabajo del país en condiciones de desprotección y de pobreza. Esta inmensa miseria económica y moral, en tanto que el trabajo es el primer instrumento de dignificación del hombre, aunadas a otros indicadores, tales como las cifras semanales de muertes violentas o el apoderamiento por parte del Ejecutivo Nacional de todas las esferas del poder institucional, hacen concluir en que lo está planteado es una reconstrucción de todos los órdenes de la vida nacional, a partir de la peor crisis social, económica, política y moral de los últimos 43 años; y, lo que golpea más en el sentir de los venezolanos, con una sociedad desesperanzada, por la rapidez con que ha visto truncada su confianza en promesas mesiánicas que le condujeron a esperar soluciones milagrosas repartidas desde el magnánimo y poderoso Estado.

Con este telón de fondo, desde el año 1997 los actores sociales venezolanos vienen haciendo esfuerzos por reformar el sistema de seguridad social, sin que hasta los momentos lo hayan logrado. Causas de distinto orden, entre ellas las políticas e ideológicas, han dificultado un nuevo consenso en la materia, luego de que la concertación lograda en 1997 en el Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI) junto con las leyes que de él surgieron, sucumbieran con la llegada del nuevo gobierno en 1999, cuyo objeto político fundamental, hoy considerado cumplido, fue eliminar y sustituir por otro el sistema político establecido en Venezuela a partir de 1958, aunque con él se sacrificaran las reformas logradas al viejo sistema de los seguros sociales, totalmente colapsado.

Es por todo ello nuestro objeto, hacer un recorrido desde el nacimiento de esta disciplina, nacida para aliviar las necesidades del hombre, para adentrarnos luego en el proceso venezolano, todavía inconcluso, buscando contribuir a aclarar el confuso panorama y a encontrar respuestas a la crítica situación social y económica que hoy vivimos, que eleven los niveles de bienestar del venezolano.

2. Surgimiento de la Seguridad Social

En todas las etapas de la historia de la humanidad ha sido constante la preocupación del hombre por lograr una protección contra los infortunios o riesgos que acaecen durante la vida, y que sobrepasan las capacidades del hombre para cubrir los gastos económicos que traen aparejados.

Es así como en la Antigüedad, la institución de la ciudad griega o “polis” estaba asociada al concepto de Aristóteles según el cual sólo se consideraría lograda la conformación de dicha institución si la masa asociada puede proveer a todas las necesidades de su existencia.

En la antigua Roma se formaron los Colegios que agrupaban a quienes desempeñaban un mismo oficio y su finalidad principal era proveer asistencia a éstos frente a la enfermedad o muerte.

En esta etapa, la filosofía cristiana con su prédica de la fraternidad entre los hombres, representa un hito importante en la conformación de lo que hoy en día constituye el fundamento de la seguridad social.

Las Corporaciones medievales, que se conformaban en base al oficio o profesión desempeñado por sus integrantes, cumplían muchas de las funciones que hoy han sido asumidas por el Estado, entre ellas la de previsión social, basados en la solidaridad de sus miembros.

La revolución industrial acaecida en el siglo XIX, con sus consecuencias económicas y sociales, conocidas como “cuestión social”, enraizadas en una concepción liberal que partía de la no intervención del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo que quedaban al “libre” designio de patrono y trabajador, “partes iguales” del contrato de trabajo, constituye el desencadenante de dos disciplinas sociales que habrían de irrumpir para poner freno a la explotación del trabajo reinante, sobretodo de las

llamadas medias fuerzas, mujeres y niños: el Derecho del Trabajo a finales del siglo y la Seguridad Social ya entrado el siglo XX.

En efecto, aunque desde finales del siglo XIX se dictaron en Alemania las primeras leyes de seguros sociales, no es sino comenzando el siglo XX cuando se vislumbra el surgimiento de la nueva disciplina, que aparece ya delineada en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT-1919) y que se reafirma en el Plan elaborado a petición del gobierno de Gran Bretaña por Sir William Beveridge (1941) dirigido a la “liberación de toda necesidad” y en la Declaración de Filadelfia (1944) adoptada por la Conferencia General de la OIT. Es a partir de entonces cuando se inicia el tránsito de la beneficencia y de los seguros sociales, como medidas de política social aisladas, hacia la disciplina integral que hoy nos ocupa.

3. El objeto de la Seguridad Social y los Principios que la informan

Luego que las primeras formas de protección asociativa, e incluso las primeras normas sobre seguros sociales que se dictaron, atendían a garantizar protección contra los riesgos o infortunios que aquejaban al hombre, como la enfermedad la invalidez y la muerte, la Seguridad Social expande el campo de aplicación para comprender también la protección de aquellos incidentes que, si bien pudieran ser queridos y felices, representan una necesidad económica por cuanto no pueden ser atendidos con los recursos ordinarios del hombre y su familia, tales como el matrimonio, el nacimiento de los hijos, el descanso de vacaciones, la carga familiar, etc.

Es así como se centra el objeto de la Disciplina en la protección contra las **contingencias sociales**, entendiendo por éstas aquellos eventos riesgosos o infortunios y normales o felices, que producen una pérdida o disminución de los ingresos habituales o generan gastos adicionales, provocando una necesidad económica al ser humano.

Los principios que la informan son la Solidaridad, la Universalidad, la Obligatoriedad, la Integralidad, la Responsabilidad Social, la Subsidiariedad y más recientemente, sobretodo con ocasión del dilema del costo de la seguridad social, aparecen como tendencias, los principios de la eficiencia, eficacia, equidad y equilibrio financiero.

Nos detenemos en dos de los principios mencionados, el de Solidaridad y el de Subsidiariedad, que, a mi manera de ver, deben tomarse en cuenta para orientar las soluciones en los grandes problemas que se debaten hoy en toda reforma de la Seguridad Social, es decir, sobre la gestión pública o privada de las prestaciones y servicios que brinda y sobre el régimen de reparto (solidaridad) o de capitalización individual (ahorro).

La Solidaridad, “es la garantía de protección a los menos favorecidos en base a la participación de todos los contribuyentes al sistema”¹, fundada en la ética social que impone un deber de cooperación en todos los miembros de la sociedad.

La Subsidiariedad, que comporta que el hombre y las organizaciones sociales a las cuales pertenece (agrupaciones vecinales, familia, cooperativas, asociaciones profesionales) son depositarios de la primera responsabilidad para satisfacer las necesidades esenciales del individuo, correspondiéndole al Estado asegurar a éste las condiciones generales que le permitan disponer de sus propios medios de existencia².

4. Auge y crisis de la Seguridad Social

La evolución experimentada es muy disímil según que nos refiramos a los países más desarrollados, o a aquéllos en vías de desarrollo. En este sentido, la OIT en su Informe sobre el trabajo en el mundo 2000, dedicado a la Seguridad de los Ingresos y la Protección Social, señala:

“En los países desarrollados, la proporción del PIB que se transfiere a quienes más lo necesitan ha aumentado mucho en los últimos cincuenta años y absorbe hoy (incluidos los gastos de asistencia médica) casi el 25% del PIB, lo cual ha contribuido enormemente a la atenuación de la pobreza que, sin ello, hubiese agudizado los riesgos inherentes a una salud deficiente, a la vejez, a la invalidez y al desempleo...Se ha basado en las cotizaciones obligatorias a la seguridad social y en los

¹ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral; art. 4, G.O. N° 5.199 extraordinario de 30/12/1997.

² HÜNICKEN, Javier; *Manual de Derecho de la Seguridad Social*; Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 31.

impuestos generales, en relación con lo cual el consenso es manifiesto. Ha corrido pareja con planes privados y disposiciones personales complementarios de los regímenes públicos. La salud de la población ha mejorado sensiblemente; la esperanza de vida es ahora mayor...el desempleo ha dejado de ser sinónimo de pobreza y se atiende a los inválidos y minusválidos...No ha ocurrido precisamente lo mismo en los países en desarrollo ni en muchos de ingresos medianos. Una gran parte de su población activa trabaja en el sector no estructurado, y muchos trabajadores, más que desempleados, están subempleados...Los mecanismos de gobernación son muy débiles y se cumplen apenas las leyes relativas a los impuestos o a la seguridad social, con lo que mengua la base de los ingresos fiscales o de las cotizaciones a la seguridad social. La distribución de los ingresos está muy sesgada por lo que es difícil llegar a un consenso en materia de redistribución...Por todo ello, muchos países en desarrollo carecen de la base fiscal necesaria para poder financiar los regímenes de asistencia social, así como de los dispositivos de cobro necesarios para financiar los regímenes contributivos. No ha cuajado todavía en la realidad la esperanza de que, con el tiempo, los modelos de los países desarrollados pudieran implantarse en los países en desarrollo³ (subrayado nuestro).

No obstante, a pesar de que en los países desarrollados se ha logrado llegar bien cerca de la meta de aplicación universal de la seguridad social, tanto en éstos países como en América Latina y resto de países en vías de desarrollo, la Seguridad Social se ve sometida a una serie de reformas, a los fines de asegurar su viabilidad financiera en los próximos años. Variadas son las causas de lo que se ha dado en llamar la crisis de la Seguridad Social, siendo la mayoría comunes a todos los países.

La vigencia del llamado Estado Bienestar o Benefactor, es cuestionada en el viejo y el nuevo mundo, para dar paso a nuevas ideas que ponen el acento en el individualismo por encima de lo colectivo, del mercado en relación a la planificación estatal, de la igualdad de oportunidades en

³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO; Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2000; Ginebra, pág. 3.

relación con la igualdad de resultados⁴, ideas que tienen un impacto en la concepción de la seguridad social que ha venido aplicándose en los últimos años, gestionada fundamentalmente por el Estado y fundamentada en sistemas de reparto según los cuales los trabajadores activos financian las pensiones de los que han llegado a la edad de retiro. Es así como, alentadas por las nuevas ideas, la participación del sector privado en las diferentes instancias de la previsión social, se promueve, así como el ahorro de cada persona para la conformación de su pensión.

Los cambios en la estructura demográfica, representados por una disminución de la tasa de natalidad y una prolongación de la expectativa de vida, hacen que la antigua pirámide poblacional se invierta, por lo que ya no es suficiente el financiamiento de las pensiones por la fuerza activa que se ve disminuida por el envejecimiento de la población. Es así como comienza a replantearse el concepto de una pensión que comienza a la edad de la jubilación, ya que, se afirma, fué una creación del Estado Bienestar, cuando la expectativa de vida era de 62 años, por lo que es necesario adaptarlo a las nuevas realidades que anuncian una vejez larga y que aconsejan mantener el mayor tiempo posible al ser humano en actividades productivas, no sólo por razones económicas sino porque el retiro es fuente de perturbaciones en la psiquis del hombre que ve así menguada su autoestima, "...la tercera edad no debería verse como una época de derechos sin responsabilidades..."⁵.

El desempleo afecta mundialmente la viabilidad de sistemas que se soportan con las cotizaciones de empleados y patronos y con impuestos, se estima que un tercio de la población activa mundial se encuentra fuera del mercado de trabajo⁶; asimismo, la estructura del empleo, que ha cambiado para dar paso a formas nuevas de contratación, por lo general con mayor inestabilidad y menor nivel de protección, tales como el trabajo a tiempo parcial, temporal, a domicilio, el teletrabajo, impacta negativamente la posibilidad que construir o mantener sistemas previsionales generales y con prestaciones altas.

⁴ APARICIO V. Luis; *La Reforma de la Seguridad Social; Perspectivas y Proyecciones*; Lima, 1995, Mím. Pág 4.

⁵ GIDDENS, Anthony; *La Tercera Vía*; México, Ed. Aguilar, 1999. Pág. 143.

⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO; Informe sobre el Trabajo en el Mundo; *Ibíd*em, Pág 4.

En los países latinoamericanos, se agregan los efectos negativos de la estructura familiar; "...La familia ampliada –punta tradicional de la seguridad de los ingresos para la mayoría de las personas en el mundo en desarrollo– es cada vez más reducida y más dispersa. En los grandes países en desarrollo, el 20% o más de las familias están encabezadas por una mujer, en ausencia de su consorte. Esta evolución (...) exige la adopción de medidas políticas en lo tocante a la seguridad social, los servicios sociales y el empleo..."⁷.

En los países en vías de desarrollo se agregan además la informalización de grandes sectores de la economía, caracterizados por una alta demanda de prestaciones sociales y una escasa o nula participación en el pago de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social, así como la baja calidad de las estructuras de gestión y administración, la desigual distribución de los ingresos, baja eficacia y rendimiento del sistema fiscal y el nivel de la renta nacional.

5. La Seguridad Social en Venezuela

Venezuela se incorpora tardíamente a la tendencia mundial de establecimiento de sistemas de seguros sociales, tendencia impulsada desde fines del siglo XIX a partir de la ley de seguro social bismarckiana adoptada en Alemania. En efecto, incluso muchos países latinoamericanos desde principios del siglo XX, instauran sus primeros programas previsionales; es el caso de Chile, Colombia, Uruguay y México.

Entre nosotros, no es sino a partir de 1940 con la Ley del Seguro Social, cuando se comienza a legislar en la materia, llevada a la práctica en 1945 con la creación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), que ha sido, hasta ahora, la principal institución de seguridad social en el país; "...En un inicio el IVSS se dedicó exclusivamente a la prestación de servicios de salud y no es sino hasta 1968 cuando crea un sistema de pensiones de vejez...En términos prácticos esto significa que en Venezuela el primer pensionado por vejez no aparece sino hasta 1983, unos cien años después de que Bismarck estableciera la seguridad social pública en Prusia..."⁸.

⁷ Ibídem; Pág. 5.

⁸ CONCHESO, Aurelio; *Misión Imposible*; Caracas, Ed. Panapo de Venezuela, C.A., 1998. Pág. 15

La Constitución Nacional de 1961 previó una concepción amplia de seguridad social en su artículo 94: "En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la República contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cualquiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar. Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos, tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de la seguridad social".

La sociedad venezolana, en la espera de la concreción de la seguridad social anunciada en la Constitución, fue testigo del lento pero indetenible proceso de descomposición del IVSS; muchas han sido las causas que se han señalado para dicho proceso, baste mencionar la burocratización de su estructura de personal, que atiende más a requisitos político partidistas que criterios de eficiencia y méritos; "...Más del 70% de sus ingresos por concepto de cotizaciones se dedica al pago de una abultada nómina que sobrepasa las 54.000 personas. Sumido en un déficit crónico que podría llegar para 1999 a más de Bs.270 millardos (U.S.\$ 460 millones); (...) la escasa cobertura de apenas un 32% de la PEA"⁹. La utilización del fondo de pensiones para otros fines, como el apuntalamiento del mercado de cédulas hipotecarias, emisiones de deuda pública a tasas de interés muy inferiores al mercado, el traslado de fondos para cubrir el déficit del fondo de salud, y, en materia de salud, la apertura de los hospitales del IVSS para atender a toda la población, aún la no asegurada, por la ineficiencia de los hospitales públicos del Ministerio de Sanidad, permiten repasar las causas del colapso.

No es sino hasta 1997, a partir del Acuerdo Tripartito sobre Seguridad Social Integral y Política Salarial (ATSSI), celebrado entre los representantes mayoritarios de trabajadores y empleadores y el gobierno nacional, cuando se aprueba la primera Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral¹⁰, que creó un sistema integral de carácter orgánico, interrelacionado e interdependiente, con naturaleza de servicio público, de carácter

⁹ DÍAZ, Luis Eduardo; *Régimen Financiero y Administrativo de la Seguridad Social en Venezuela*; Mim. Pág.2.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 5.199 Extraordinario de 30 de diciembre de 1997.

obligatorio y contributivo, bajo la dirección, coordinación, control, regulación y supervisión del Ejecutivo Nacional, abriendo la posibilidad de gestión al sector privado, conformado por los subsistemas de pensiones, salud, paro forzoso y capacitación profesional, Vivienda y Recreación; asimismo, dicha Ley hizo hincapié en la Asistencia Social, como una obligación del Estado para quienes carezcan de recursos, y previó la posibilidad de crear prestaciones no contributivas para quienes se encuentren en estado de necesidad y no hayan podido cotizar, financiadas con recursos fiscales.

Completado el diseño legislativo en 1998 y habilitado el Ejecutivo Nacional mediante Ley, dicta los decretos Leyes que desarrollan los sub-sistemas previstos en la Ley Orgánica o Ley Marco de la Seguridad Social ¹¹. El nuevo Sistema debía comenzar a funcionar parcialmente en el año 1999, mediante la creación de la infraestructura institucional requerida, y plenamente en el año 2000, para lo cual se aprobó la *vacatio legis* o suspensión de la efectividad de sus normas hasta el 1º de Enero de ese año.

Como es sabido, las objeciones hechas por el nuevo gobierno en el sentido de que las leyes eran neoliberales y privatizadoras, en tanto que permitían la administración privada de los fondos de la seguridad social, eliminaban el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, desconocían los derechos adquiridos nacidos de los regímenes especiales de salud y pensiones para el sector público y excluían a los no contribuyentes a la seguridad social y a los trabajadores por cuenta propia del sector informal de la economía, impulsaron la aprobación de un nuevo marco normativo para la seguridad social en la nueva Constitución Nacional de 1999 y que se prorrogara la *vacatio legis* de las leyes en tres oportunidades, mientras se estudiaban nuevos proyectos, todo lo que ha conducido a que para Septiembre de 2001, se analizan en la Asamblea Nacional no menos de 5 proyectos de leyes de seguridad social ¹², lo que ha hecho temer que se

¹¹ Decreto Ley N° 2963 (Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Profesional); Decreto Ley N° 2992 (Subsistema de Vivienda y Política Habitacional); Decreto Ley N° 2993 (Subsistema de Pensiones) publicados en G.O. de 5/11/1998 N° 36.575 y Decreto Ley N° 2944 (Subsistema de Salud) publicado en G.O. de 27/10/1998 N° 36.568.

¹² Además del presentado por la Comisión designada por el Presidente de la República el 5 de Agosto de 2000, están los siguientes: Movimiento Primero Justicia; Movimiento Salud Social; Federación de Profesores Universitarios y el de la Comisión de Desarrollo Social de la AN.

venza la última de las prórrogas (31/12/2001)¹³, sin haberse podido aprobar el nuevo Sistema de Seguridad Social.

En efecto, para el día de hoy, Diciembre de 2001, se aprobó en primera discusión el proyecto de Ley elaborado por la Comisión de Desarrollo Social de la AN (Véase infra, nota N° 14), sujeta a observaciones provenientes de la misma representación oficialista en la AN que deben ser atendidas antes de la segunda discusión, y como era de esperar, se aprobó una nueva prórroga de las leyes aprobadas en 1997 y 1998.

Las observaciones a que hacemos referencia tienen relación, esencialmente, con la poca viabilidad económica del proyecto aprobado, el cual modificó al inicialmente elaborado por dicha Comisión y prevé la creación de un Ministerio de la Seguridad Social, del cual dependerían los Institutos con competencia en Recaudación, Registro e Inversión, en la Administración de los recursos, en Empleo y en Medio Ambiente de Trabajo.

La idea de crear un Ministerio especializado en área de seguridad social no es nueva, fue planteada en 1997 por el hoy extinto Ministerio de Estado para La Reforma de la Seguridad Social; habría que tomar en cuenta, además de la viabilidad fiscal, el desmembramiento y virtual cierre del Ministerio del Trabajo, al cual se le estarían eliminando, para pasarlas al nuevo Organismo, las competencias en materia de empleo e inspección de condiciones de trabajo, funciones clásicas de dichos Ministerios, además de las funciones de Defensa de los Trabajadores y de conocimiento de los procedimientos de tutela de la libertad sindical que le son extraídas por vía de la reforma procesal proyectada, y la de conciliación en las negociaciones y conflictos que se plantean en la Administración Pública Nacional, que le ha sido extraída en virtud de la recientemente aprobada Ley sobre el Estatuto de la Función Pública (G.O. N° 5.557 Extraordinario de 13/11/2001).

Por otra parte, si tomamos en cuenta la tendencia mundial hacia garantizar mayor autonomía de los actores sociales en la conducción de las relaciones colectivas de trabajo y el uso de medios alternativos de medios de solución de conflictos, a mediano plazo, también perdería las funciones de conciliación y arbitraje en el sector privado de la economía.

¹³ Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral de 28/06/2001 (G.O. de 11/07/2001, N° 5.543 Ext.)

Las disposiciones de la nueva Constitución Nacional (C.N.) que precisan los contornos que deberá adoptar el nuevo Sistema de Seguridad Social, son fundamentalmente:

- Derecho de toda persona a la seguridad social: considerada ésta como un servicio público de carácter no lucrativo.(Art.86 CN)
- Contingencias cubiertas: maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, , pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social.(Art. 86 C.N.)
- Derecho a la Salud: garantizado mediante la creación del Sistema Público Nacional de Salud, cuyos financiamiento, rectoría y gestión corresponden al Estado, regido por los principios de gratuidad y solidaridad, entre otros. (Art. 84 CN)
- Prestaciones no contributivas: La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. (Art. 86 C.N.)
- Pensiones mínimas: Las pensiones y jubilaciones otorgadas por el Sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. (Art. 80 C.N.)
- Salario mínimo vital: El Estado garantiza el ajuste anual del salario mínimo, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. (Art. 91 C.N.)
- Nuevos sujetos protegidos: Amas de casa y trabajadores culturales. (Arts. 88 y 100)

5.1. Cuadro comparativo de la Ley Orgánica de Seguridad Social de 1997 (LOSSI), con los Proyectos de Leyes elaborados por la Comisión Presidencial (2001) y por la Comisión de Desarrollo Social de la Asamblea Nacional (2001).

Ley Orgánica de Seguridad Social (1997)	Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social elaborado por la Comisión Presidencial (CP-2001)	Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social elaborado por la Comisión de Desarrollo Social de la AN (CDS-2001)
Naturaleza: Servicio Público de afiliación obligatoria y carácter contributivo.	Naturaleza: Servicio Público nacional de carácter no lucrativo.	Naturaleza: Servicio Público no lucrativo.
Principios: Universalidad, Solidaridad, Integralidad, Unidad, Participación, Autofinanciamiento, Eficiencia.	Principios: Universalidad, Solidaridad, Integralidad, Concurrencia, Eficiencia, Legalidad Presupuestaria, Equilibrio Fiscal, Participación.	Principios: Universalidad, Solidaridad, Integralidad, Concurrencia, Unidad y Equidad.
Ambito de Aplicación: Habitantes de la República que se afilien; Prestaciones no contributivas requieren aprobación del Ejecutivo Nacional y son de financiamiento fiscal.	Ambito de Aplicación: Todas las personas sin discriminación; la ausencia de capacidad contributiva no excluye de los beneficios; disfrute progresivo de beneficios.	Ambito de Aplicación: Derecho irrenunciable; ausencia de capacidad contributiva no excluye la protección.
Rectoría: Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social.	Rectoría: Presidente de la República a través de la Comisión Rectora.	Rectoría: Consejo Nacional de la Seguridad Social (Instituto Autónomo adscrito a la Presidencia de la República).
Afiliación: Servicio de Registro e Información de la Seguridad Social.	Afiliación: Servicio Autónomo de Recaudación e Información de la Seguridad Social.	Afiliación: Instituto Autónomo de Registro y Recaudación de la Seguridad Social.
Recaudación: Convenios entre el ente público rector y entes públicos, privados o mixtos.	Recaudación: Servicio Autónomo de Recaudación e Información de la seguridad Social.	Recaudación: Instituto Autónomo de Registro y Recaudación de la Seguridad Social.
Fiscalización: Ministerio de Hacienda (SENIAT)	Fiscalización: Servicio Autónomo de Recaudación e Información de la Seguridad Social.	Fiscalización: Instituto Autónomo de Registro y Recaudación de la Seguridad Social.
Gestión: Pública, privada o mixta.	Gestión: Comunidades organizadas e instituciones privadas podrán concurrir, bajo la regulación y rectoría del Estado, en las prestaciones y actividades del Sistema de Seguridad Social.	Gestión: Se garantiza la participación de las personas, según las condiciones establecidas en las leyes de los distintos regímenes, en las actividades de la seguridad social.

5.1. Continuación del Cuadro Comparativo

Ley Orgánica de Seguridad Social (1997)	Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social elaborado por la Comisión Presidencial (CP-2001)	Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social elaborado por la Comisión de Desarrollo Social de la AN (CDS-2001)
Estructura del Sistema: Subsistemas de Salud, Pensiones, Paro Forzoso y Capacitación Profesional y Vivienda y Política Habitacional y Recreación.	Estructura del Sistema: Subsistemas de Salud, Pensiones, Empleo y Desarrollo Laboral, Riesgos Laborales y Vivienda.	Estructura del Sistema: Se subdivide en los regímenes prestacionales de: Salud, Dinerario, de Empleo, de Salud, Seguridad y Medio Ambiente de Trabajo, y de Vivienda.
Sector Informal: Amparo sujeto a afiliación y contribución no obligatorias.	Sector Informal: Amparo sujeto a afiliación y contribución no obligatorias.	Sector Informal: De afiliación y contribución obligatorias, pero remite a la Ley del Régimen Prestacional Dinerario lo relativo al establecimiento de aportes y procedimientos distintos para grupos de población que así lo ameriten.
<p>Subsistema de Pensiones:</p> <p>-Regímenes:</p> <p>a) Capitalización Individual: Funciona bajo la modalidad de cuentas individuales para cada uno de los afiliados.</p> <p>b) Solidaridad Intergeneracional: Funciona bajo la modalidad de capitalización colectiva, es decir, las cotizaciones constituyen un fondo común propiedad de los cotizantes.</p> <p>c) Riesgos Laborales: A cargo del empleador o patrono.</p> <p>Requisitos mínimos para adquirir el derecho:</p> <p>a) 60 años de edad y 240 cotizaciones; Excepción: mujeres que hayan cumplido 45 años a partir de la vigencia de la Ley, a las cuales se les aplicará el régimen vigente anteriormente.</p> <p>b) Revisión: Decisión del Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo Nacional de la Seguridad Social.</p>	<p>Subsistema de Pensiones:</p> <p>- Regímenes:</p> <p>a) No contributivo; pensión mínima de vejez a los mayores de 65 años, aún sin haber cotizado, en estado de necesidad. Administración pública.</p> <p>b) Contributivo:</p> <p>b.1) Pilar solidario (Fondo de Solidaridad Intergeneracional); administración pública a cargo del Ministerio de Finanzas.</p> <p>b.2) Pilar individual (Cuenta de Capitalización Individual; administración a cargo de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).</p> <p>- Requisitos mínimos para adquirir el derecho:</p> <p>a) 60 años de edad y 360 cotizaciones.</p> <p>b) Incremento requisito de edad: automáticamente cada 2 años hasta alcanzar 65 años.</p> <p>c) Revisión de requisitos: Decisión del Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo Nacional de la Seguridad Social.</p>	<p>Subsistema de Pensiones: (Prestaciones dinerarias de largo plazo):</p> <p>-Regímenes (Niveles):</p> <p>a) Nivel básico: para personas sin capacidad contributiva. Administración pública.</p> <p>b) Nivel de aseguramiento colectivo obligatorio: personas con capacidad contributiva. Administración pública.</p> <p>c) Nivel de protección complementaria de carácter voluntario. Administración privada.</p> <p>- Requisitos mínimos para adquirir el derecho:</p> <p>a) Se remite a la Ley Orgánica del Régimen Prestacional Dinerario.</p> <p>b) Dicha Ley podrá establecer aportes distintos para grupos especiales.</p>

5.2. Diferencias fundamentales entre los distintos regímenes

- **Participación social en su diseño:** El Sistema de 1997 fue diseñado por una amplia Comisión Tripartita, integrada por tres de las cuatro Confederaciones Sindicales (CTV, CGT, CODESA), la totalidad de los Organismos Empresariales (FEDECAMARAS, FEDEINDUSTRIA, CONSECOMERCIO, CONINDUSTRIA y FEDEAGRO). El Proyecto elaborado por la Comisión Presidencial en 2001, por el contrario, si bien contó con la participación de algunas personas que forman parte de organismos empresariales y sindicales, lo hicieron de manera personal y no en representación de dichas organizaciones. Es decir, las leyes de 1997, son leyes paccionadas, producto de una concertación entre los actores sociales, en tanto los proyectos actuales no ostentan dicha condición, predominando en ellas la orientación de la representación del Ejecutivo Nacional en la Comisión, lo que se evidencia de los votos salvados de varios de sus integrantes. El Proyecto de la CDS de la Asamblea Nacional, fue elaborado por una Comisión asesora de carácter técnico por lo que el diálogo con los actores sociales fue definitivamente obviado¹⁴.

- **Estructura:** La rectoría en la Ley del 97 corresponde a un Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que es el mismo Ministerio del Trabajo que ya tiene funciones en esta área, el cual debería ser fortalecido institucional y presupuestariamente para asumir su nuevo rol; en los Proyectos de Leyes, se crean nuevos órganos con este fin, en un caso es una Comisión y en otro un instituto autónomo adscrito a la Presidencia de la República.

- **Distribución de Funciones:** En la Ley del 97 se cuidó de garantizar que las funciones de registro, liquidación, recaudación, distribución, fiscalización y administración de recursos no se centralizaran en el mismo ente, tratando de evitar la experiencia perniciosa del Seguro Social. Por el contrario, en los Proyectos todas estas funciones corresponden a un mismo ente de carácter público, por lo que ya se señala que habrá una reedición de los males del sistema que se reforma.

- **Participación del sector privado:** En la Ley del 97, quedó explícita la visión del Ejecutivo nacional en cuanto a la participación del sector privado en la gestión de la Seguridad Social, bajo el control y rectoría del

¹⁴ Léase Diario El Universal; 9/09/2001; Economía, pág. 2.

Estado, no es así en el Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad Social elaborado por la Comisión Presidencial, aunque en el Proyecto de Ley del Subsistema de Pensiones de ésta, se adopta el mismo esquema de la Ley del 97, con participación de las Administradoras de Fondos de Pensiones Privadas en la administración de las cuentas de capitalización individual. En el Proyecto de la Comisión de Desarrollo Social de la AN, se prevé asimismo la participación de dichos entes privados, pero de una manera muy marginal, en tanto que administrarían sólo las cuentas que voluntariamente decidan abrir los ciudadanos, complementarias al régimen obligatorio de carácter público. El monopolio del Estado en la gestión se observa en el Proyecto de Ley del Subsistema de Salud elaborado por la CP, así como en el de Ley Orgánica de la CDS, coherentes con el nuevo postulado constitucional ya comentado.

- **Carácter no lucrativo:** Establecido en la Constitución Nacional, por lo que ambos Proyectos lo incorporan; no obstante, en el proyecto de ley del subsistema de pensiones elaborado por la CP se prevé la gestión de las cuentas de capitalización individual por Administradoras de Fondos de Pensiones, al igual que en la Ley de 1997, lo que ha sido considerado violatorio de la Constitución nacional, criterio que fundamenta la posición adoptada por el nuevo Proyecto de la CDS que reduce la presencia de dichas Administradoras.

- **Prestaciones no contributivas:** En la Ley de 1997, su otorgamiento quedó sujeto a la decisión del Ejecutivo Nacional y a la disponibilidad presupuestaria para ello; en el Proyecto de la CP, en consonancia con la Constitución de 1999, se garantiza el derecho a las personas en situación de necesidad al disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, no obstante, se deja claro en sus disposiciones transitorias, que la efectividad de los mismos se hará progresivamente, volviendo así a la moderación de la Constitución de 1961, moderación que estuvo ausente en la elaboración de la nueva Constitución Nacional¹⁵. Por el contrario, en el Proyecto de la CDS, se elimina el carácter progresivo de dichos beneficios y se pretende

¹⁵ El consultor Carmelo Mesa Lago señala en su Informe que “la implantación simultánea de todos los programas contenidos en la Constitución generaría un costo fiscal enorme y tomaría la mayoría del Presupuesto Nacional” (Análisis, Recomendaciones y Alternativas a los Proyectos de Ley Orgánica de Seguridad Social y Subsistema de Pensiones en Venezuela; 5 de julio de 2001).

evitar el efecto perverso de la nivelación entre todas las pensiones (contributivas y no contributivas), estableciendo para éstas últimas un monto mayor a la mínima, que como se ha dicho debe ser igual al salario mínimo urbano según mandato constitucional, aunque se objeta que dicha previsión no responde a estudios que soporten su viabilidad financiera.

- **Pensión mínima:** En la Ley del Subsistema de Pensiones de 1998 el Estado garantiza una pensión mínima vital a los afiliados al sistema, que varía según el número de cotizaciones acumuladas por la persona, que van desde 50% del salario promedio de cotización si se han aportado 240 cotizaciones hasta el 70% si se ha cotizado 360 aportes (Art. 45); dicha pensión mínima vital aumenta según el ahorro que se haya acumulado en la cuenta de capitalización individual. En el Proyecto de la CP, la pensión mínima es igual al salario mínimo urbano, tanto para contribuyentes como para no contribuyentes, y en el Proyecto de la CDS, se diferencia entre la pensión mínima de los que no cotizan, que es igual al salario mínimo, de aquella de los que han cotizado, que tendrá una porción adicional, igual al número y monto de los aportes realizados¹⁶.

6. Perspectivas de la Seguridad Social en Venezuela

La situación social y económica del país se ha venido deteriorando progresivamente, sin que los elevados ingresos petroleros de los últimos dos años hayan contribuido a solventar los problemas estructurales de desempleo y empleo precario, ni a detener la carrera ascendente de los niveles de pobreza. Si comparamos las cifras de desempleo de hoy con las habidas en 1998, observamos que el porcentaje de desocupados en relación con la fuerza de trabajo nacional, se ha incrementado en dos puntos, es decir de 11.3 a 13.2; igual sucede con el sector no estructurado de la economía, o sector informal, que ha venido compensando la incapacidad del mercado formal de trabajo y se ha incrementado en igual período de 48.0% a 53.0%. Esto hace que en dos años, cerca de 800.000 personas hayan incrementado los sectores de desempleados o subempleados, por lo que la base de la seguridad social es más frágil al tener una mayor población no cotizante ni contribuyente a la cual darle satisfacción.

¹⁶ En ninguno de los países latinoamericanos que garantizan una pensión mínima, se nivela ésta con el salario mínimo; Brasil la fija en menos del 25% del salario mínimo, mientras que Costa Rica y Chile le ponen un máximo de 50% de la pensión mínima del régimen contributivo (Mesa-Lago, 2001)

Por otra parte, la Constitución sancionada en 1999, dio un brinco cualitativamente importante al reconocer el derecho universal a la seguridad social, aunque no se estimaron los costos económicos y se tema ahora por la viabilidad de las reformas. Por ello sabiamente, las disposiciones del Proyecto de Ley Orgánica elaborado por la Comisión Presidencial, dejan claro el carácter progresivo que tendrá la efectividad de los beneficios, aunque el Proyecto de la CDS de la Asamblea Nacional silencia este carácter.

Todo esto hace que la concepción del nuevo Sistema de Seguridad Social deba tomar en cuenta varios aspectos sociales, económicos y políticos para así garantizar su aplicación práctica y que podamos comenzar el siglo XXI con una nueva cara, más solidaria y justa que en años anteriores. Proponemos en este sentido:

- **Importancia social y económica de la seguridad social:** La seguridad social es un componente necesario de una economía organizada y moderna. No es posible una economía exitosa con un nivel de seguridad social precario, ya que el fin último del proceso económico es el hombre. Además de que, la estabilidad política, fundamental para el crecimiento de la economía, exige lograr un equilibrio entre lo económico y lo social. Es preciso además asumir que la seguridad social no es sólo un costo para el sistema económico, ella contribuye con éste a través de la mejora de la productividad del trabajo. No es posible diferir más la puesta en vigencia del nuevo Sistema, para esperar que la economía crezca. Cuando se evalúe los costos del Sistema, es preciso compararlos con los que representaría su no aplicación; se ha estimado que en el 2000 las pensiones representaron un 1.8% del PIB, cifra que pudiera aumentar a 6% en 10 años si no se aplica un nuevo esquema¹⁷.

- **Consenso social:** Los esfuerzos hechos en 1997 no han sido suficientes, menos aún los que, según las declaraciones del gobierno, se han adelantado recientemente en la Comisión para la reforma de la Seguridad Social; podemos apreciarlo de las declaraciones públicas de muchos de sus miembros que disienten de muchos de los aspectos contenidos en los Proyectos. Es preciso ampliar la representación de los actores sociales, patronos y trabajadores, así como integrar la representación de la sociedad

¹⁷ CONCHESO, Aurelio; *Fondos de Pensiones, Situación Actual*; Economía. ElUniversal.com

civil, de los sectores que verán modificados sus estatutos de protección actuales, tales como los universitarios, empleados públicos, trabajadores de las empresas del Estado, para que las reformas cuenten con el mayor consenso posible. A partir de la Constitución de 1999, la concertación debería comprender los aspectos de ella que han generado mayores tensiones, como el término “no lucrativo” o la “administración con fines sociales” de los beneficios de la seguridad social.

- **Subsidiariedad del Estado:** Es necesario entender que el modelo de Estado Bienestar, omnipotente y omnipresente, pareciera no poder responder a las complejidades del mundo posmoderno, y que, en gran parte, el fracaso de los modelos de seguridad social centralizada y pública, al menos en los países latinoamericanos, tiene que ver con la inadecuada e ineficiente administración por parte de las instituciones públicas. Mientras mayor sea la participación de todos los sectores de la sociedad, mayor será la posibilidad de éxito. Ello no quiere decir que el Estado delegue su responsabilidad de garantizar las condiciones para que se genere mayor bienestar; ello implica mayor dirección, supervisión, regulación y control desde su esfera. Se trata de distribuir y compartir funciones y responsabilidades.

- **Reforma Laboral:** Deben acometerse ambas reformas conjuntamente por su estrecha conexión, interrelación e impacto económico. Es preciso tomar en cuenta que ante la ineficiencia de la seguridad social pública, las empresas asumieron a través de políticas internas o de la convención colectiva, una serie de prestaciones propias de la seguridad social. El Proyecto de Ley Orgánica de Seguridad social, elaborado por la Comisión Presidencial, ordena el ajuste de la contratación colectiva del sector público a sus previsiones, justo es que se tome en cuenta también el costo que representaría una duplicación de beneficios en el sector privado.

- **Ampliación de la cobertura:** El primer objetivo es lograr que mayor número de personas coticen y estén amparados por el Sistema. La responsabilidad social en que descansa el Sistema debe ser promovida en todos los niveles.

- **Flexibilizar incorporación del sector informal:** Mediante la posibilidad de que coticen sólo a algunos de los subsistemas, como salud y/o pensiones, para hacer menos onerosa su participación y protección. Es necesario entender que dicho sector está conformado en su mayor parte

por trabajadores por cuenta propia, que deberán cotizar su parte y la de un patrono inexistente, y que los ingresos obtenidos por los trabajadores informales en su mayoría, son menores y están sometidos a mayor inestabilidad. Otras fórmulas que se promueven desde la OIT, es la conformación de regímenes especiales para dicho sector, que ofrezcan una serie restringida de prestaciones a cambio de una cotización más baja, tales como los micro seguros, administrados por los mismos trabajadores, para lo cual ameritarían el apoyo de la seguridad social y del gobierno para la creación de la estructura jurídica y administrativa. De esta manera, no sólo se aliviaría la carga del Estado ante un sector beneficiario potencial en el futuro de pensiones no contributivas y asistencia médica pública, sino que se promovería la incorporación a la formalidad de estos ciudadanos.

- **Integración de los distintos niveles de atención de la salud:** Un estudio de calificados funcionarios del Departamento de Seguridad Social de la OIT, hace recomendaciones a los países en vías de desarrollo en materia de organización de la prestación del servicio de salud: "...en la situación presente de los países en desarrollo, es inevitable que exista un sistema pluralista, más o menos evolucionado, de atención de la salud y de financiación. No es en modo alguno factible dispensar una atención de la salud de igual calidad a todos, independientemente de que estén o no en condiciones de pagarla...(sin embargo) existe la posibilidad de introducir reformas que redunden en beneficio mutuo. Para ello sería preciso consolidar los regímenes públicos de atención de la salud; racionalizar los sistemas especiales existentes, (...) reforzar los actuales programas de seguridad social; facilitar la implantación de servicios privados reglamentados, y, por último, establecer un grado de complementariedad, de cooperación y reciprocidad de recursos entre los tres niveles de prestaciones. Una estructura de esas características habría de estar sometida a la vigilancia de un organismo supervisor central eficaz y que mejorara apreciablemente la gestión y la administración de todas las modalidades de financiamiento de la atención de la salud"¹⁸.

- **Definir el destino de los programas de jubilación especial del sector público:** En opinión del Presidente de la Comisión Presidencial para la Reforma de la Seguridad Social, Isaías Rodríguez, dichos progra-

¹⁸ CICHON Michael y COLIN Gillion; *El Financiamiento de la atención de la salud en los países en desarrollo*; Revista Internacional del Trabajo, vol.112, 1993, num.3 Pág. 379.

mas de jubilación especial son privilegiados y deben revisarse, incluyendo los de Petróleos de Venezuela, Fuerza Armada Nacional y profesores universitarios¹⁹; por el contrario, en el Proyecto de Ley Orgánica elaborado por la CDS de la AN, se ordena respetar las expectativas de derecho para los trabajadores amparados por dichos regímenes, siempre que hayan cumplido 15 o más años de servicio al entrar en vigencia la Ley y no menos de 55 años de edad en el momento del retiro. Es importante tomar en cuenta el Informe del consultor Rubén Lo Vuolo del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP) de Argentina, contratado por el Ministerio del Trabajo en 1998, el cual destaca en relación con el punto:

- Problema principal de la seguridad social en Venezuela: fragmentación en diversos programas sin coordinación que ofrecen múltiples coberturas para un grupo de la población y ninguna cobertura para la mayoría. En el área de pensiones el problema central está en estos programas especiales.

- Constituyen en los hechos programas de pensiones no contributivas, ya que, aún cuando la cotización existe en algunos programas, las pensiones las sigue pagando el Estado.
- Los requisitos de acceso y el valor de los beneficios que ofrecen son mucho más generosos que los del régimen general del IVSS.
- Para 1994-1997, el gasto de las pensiones no contributivas del sector público sería, como mínimo, 36% superior al del IVSS.

7. A manera de conclusión (también inconclusa)

Luego de transcurrido más de medio siglo de haberse instaurado en Venezuela el sistema de los Seguros Sociales, inspirado en el modelo bismarckiano pero deteriorado con el tiempo, al punto de que una pequeñísima minoría percibe sus beneficios, y 40 años de consagrado en la Constitución Nacional el derecho de todo ciudadano a la seguridad social, permanecemos en mora con la historia, sin poder definir el curso que habrá de tomar el país a fin de hacer efectivo en la práctica el derecho de cada persona a la protección contra las contingencias sociales que la puedan afectar.

¹⁹ Diario El Nacional; 4/12/2000: E-I.

Las disyuntivas, ¿solidaridad o capitalización individual?, ¿gestión pública o privada?, que se plantean hoy en toda reforma de los sistemas de seguridad social, continúan en interrogante, sin que se haya logrado un punto de conciliación de las diferentes y encontradas posturas. En este sentido, debe llamar a la reflexión estudios de derecho comparado donde el análisis de las interrelaciones entre lo público y lo privado, se replantean hoy bajo nuevas perspectivas de integración y se concluye afirmando lo injustificado de los viejos “fundamentalismos” privatistas o estatistas cuando de lo que se trata es de la búsqueda de nuevas opciones estratégicas en función de consideraciones económico financieras, operativas y, sobretodo, de orden social ²⁰.

Cuando comenzamos un nuevo ciclo en la vida del país, alentado por el inicio de una nueva centuria, y de un nuevo siglo, la sociedad venezolana que ha atesorado una incuestionable trayectoria de libertad, pluralismo y democracia, está precisada a encontrar en el diálogo social la vía que permita responder a las nuevas generaciones por una legítima aspiración que no puede perderse en las trivialidades circunstanciales de un momento político de su historia.

²⁰ Véase en este sentido a GOLDIN Adrián; “Regímenes de Pensiones, sistemas nacionales de seguridad social y fondos privados” en Revista Derecho Laboral Tomo XLIII, N° 200; Montevideo, Uruguay; Octubre-Diciembre 2000; Pág. 903.

VENEZUELA: HISTORIA Y CRISIS POLÍTICA*

Allan R. Brewer-Carías

Desde hace más de 10 años, Venezuela transita por una grave crisis política que no logra superar; y que más bien se agrava. A pesar, incluso, del proceso constituyente de 1999 y de los cambios de gobierno ocurridos en los últimos tres años, los venezolanos aún estamos sin percibir salidas viables para la gobernabilidad del país. Se trata de una crisis del sistema político en su conjunto, que en su momento no se lo dejó evolucionar, y cuyas fallas, lejos de solucionarse, se han exacerbado con el actual régimen político.

Se trata de la crisis que sigue siendo de carácter terminal, que afecta al sistema de Estado Democrático Centralizado de Partidos que se instauró en nuestro país a partir de los años cuarenta del siglo pasado, precisamente para desarrollar el proyecto político de implantación de la democracia en el país de América Latina que, para entonces, era el que menor tradición democrática tenía. El objetivo se logró, al punto de que hasta hace pocos años, a pesar de sus fallas, podía decirse que Venezuela tenía una de las democracias más viejas de América Latina, pero ante el asombro de otros países latinoamericanos que nos la envidiaban, tenía muy poco prestigio en nuestro propio país.

En consecuencia, todas las esperanzas estaban puestas en el cambio político de la democracia que los venezolanos querían, y que a partir de 1998, se prometió, dando origen al proceso constituyente de 1999. Sin embargo, tres años después podemos constatar que nada ha ocurrido para permitir la profundización de la democracia. Ésta sigue siendo exclusivamente representativa de unos pocos partidos políticos, ahora en menor número que antes, y a pesar del discurso oficialista, no es nada participativa. La excepcional oportunidad histórica que tuvo el Presidente Hugo Chávez en

* Texto de la Conferencia leída con motivo del inicio del año académico 2001-2002. Residencia Universitaria Monteávila, Caracas, 4 de diciembre de 2001.

sus manos para realizar los cambios que la democracia requería, se perdió, y ya es irrecuperable bajo su conducción.

Pero a pesar de todos estos inconvenientes, y con todos sus problemas, los venezolanos nos hemos habituado a la democracia; es parte de la vida social, al punto de que la gran mayoría de los votantes en las últimas elecciones, nació en democracia. Nos parece natural el disfrute de la libertad, siendo sólo recientemente cuando con preocupación hemos comenzado a sentir el riesgo de perderla.

Sabíamos, sin embargo, desde hace años, que la democracia tenía que cambiar, pero el liderazgo político de los últimos lustros, encargado de orientar, no comprendió que para continuar y sobrevivir la democracia tenía que perfeccionarse y hacerse más representativa y más participativa.

Esa incomprensión del liderazgo, entonces, condujo al propio desprestigio partidista y de la democracia, y al tremendo vacío político que se produjo en 1998, el cual fue rápidamente copado por la figura del actual Presidente de la República, quien de fracasado golpista, irrumpió en la escena política prometiendo todos los cambios soñados e imaginables. El pueblo lo siguió, pero han bastado sólo tres años para que demostrara la más absoluta incomprensión de la realidad venezolana, y haya pasado, con su gobierno, a un nivel de fantasías que sólo él imagina, y a un nivel de incompetencia, degradación y corrupción nunca antes visto. Esta incomprensión, de entonces y de ahora, ha sido, precisamente la que nos tiene inmersos en esta crisis histórica, más que terminal, donde un cambio inevitable, querámoslo o no, sigue estando visible en nuestro horizonte político.

En estos últimos tres años, en realidad, lo que hemos vivido, antes que cambio político alguno, es el agotamiento definitivo del proyecto político y del liderazgo que implementó el sistema de Estado Democrático Centralizado en Partidos del cual, con suerte y quizás, su último representante podría ser Hugo Chávez Frías; pues su gobierno hoy resulta ser el producto más acabado de todos los vicios del sistema: partidismo a ultranza; centralismo avasallante; ausencia de control del poder; sumisión del Poder Legislativo al Ejecutivo; avasallamiento del Tribunal Supremo de Justicia; inexistencia del Poder Ciudadano; e impunidad y corrupción rampantes.

Lamentablemente, entonces, a pesar de todo lo ocurrido, prometido y hablado, en estos últimos tres años la crisis política se ha agravado, constituyendo la destrucción institucional el principal objetivo de la política gubernamental, al punto que hoy, definitivamente, nadie cree ni confía en la Asamblea Nacional, ni en el Poder Judicial, ni en el Poder Ciudadano, ni en el Poder Electoral, ni en la Administración Pública.

Y ello ocurre en medio de una de las crisis económicas más agudas del Estado petrolero, cuyos conductores, sin conciencia alguna de lo que significa, no sólo han literalmente malversado los recursos adicionales provenientes de los altos precios del petróleo, sino que han continuado deseducando a la población, que pide más, como si la riqueza petrolera fuera inagotable, y todo ello como si no se hubiera comprobado que el modelo de repartir dadivosamente esa riqueza ha sido no sólo una fuente de corrupción, sino una de las causas de la propia crisis por la que atravesamos.

Lo lamentable es que todo este desprestigio institucional del aparato del Estado, de las nuevas organizaciones políticas y de la forma autoritaria de gobernar, está originando un desconcierto colectivo sin que se entienda por qué tanta corrupción e ineficiencia. Los cantos de sirena autoritarios que se habían apoderado hasta del nombre de Bolívar, opacando incluso las propias virtudes de la democracia, han provocado, de nuevo, la situación de vacío político que hoy también sentimos, donde sin instituciones que sirvan de contrapeso al Poder, el Presidente de la República, con una máscara popular, se da el lujo de decir públicamente, como lo recoge la prensa de hoy: “la ley soy yo. El Estado soy yo” (*El Universal*, Caracas 4-12-01, pp. 1-1; 2-1). Ante esta situación y contrariamente a lo que ocurría en tiempos de Luis XIV, la opinión pública es la única que puede controlar el Poder. Por ello, hoy, la lucha por la preservación de la democracia comienza por la sobrevivencia de la libertad de manifestación y de expresión.

La mayoría de nuestro país, sin duda, quería cambios radicales, pero no para que un Presidente pretendiera encarnar, el sólo, la Ley y el Estado. Queríamos un cambio en libertad y sin autoritarismos. Por ello preocupa el discurso oficialista de la supuesta “revolución pacífica”, que no sólo no es tal revolución, sino que las ejecutorias públicas del gobierno son más bien violentas. Por ello los venezolanos comienzan a tomar conciencia de que la libertad puede quedar perdida, por haber quedado el país en manos

de un liderazgo antidemocrático. Por ello, el dilema que continuamos teniendo los venezolanos es cómo lograr los cambios inevitables, indispensables y necesarios que requiere el país y la sociedad en libertad y sin perder la democracia, la cual no es, precisamente, la culpable del deterioro ni está en su destrucción el camino para la reconstrucción de la Nación.

Lo que dijo el Presidente de la Federación Rusa en 1998 al poner fin al tiempo de la que se creía que era la Revolución más definitiva que ha conocido la historia moderna, con ocasión del sepelio de los restos de los Romanov, es una advertencia que tenemos que repetirle al aprendiz de revolucionario que por desgracia está conduciendo nuestro Estado; se trata de una de las más amargas lecciones de la historia de la humanidad; simplemente: "Que los intentos de cambiar la vida mediante la violencia están condenados al fracaso".

El Presidente de la República en cambio, con su ignorancia de la historia y de sus propias circunstancias, nos anuncia no sólo la mencionada "revolución pacífica", sino que agrega que es "armada" con todos los instrumentos de guerra y de violencia imaginables: misiles, tanques, obuses y quién sabe cuántas otras armas que los civiles no tenemos.

En todo caso, no es la primera vez en los dos Siglos que han transcurrido desde que en estas tierras se comenzó a configurar nuestro país, que nos encontramos en una situación crítica como la que hoy vivimos. La tragedia política de hoy ya la hemos vivido; por lo que no es su superfluo reflexionar sobre lo que nos ha ocurrido, precisamente para intentar entender lo que nos está ocurriendo y lo que vendrá.

Por supuesto, meter dos siglos de historia en un discurso inaugural de un curso universitario es tarea imposible, por lo que me limitaré a precisar, rápidamente, sólo algunos aspectos de los que han caracterizado nuestro devenir histórico en esos dos últimos siglos, para insistir en el presente y el futuro inmediato.

Todo comenzó a finales del Siglo XVIII, siglo durante el cual, en estas tierras, si bien se manifestaron muchas rebeliones autonomistas que anticiparon cambios revolucionarios, también se produjeron reacciones centralistas, no sólo económicas como la que originó la instauración de la Compañía Guipuzcoana, sino de carácter institucional, con las grandes reformas

realizadas por Carlos III. Con estas se produjo la integración territorial de las Provincias coloniales que conformaban estas tierras, y se modificó el cuadro territorial que existía en 1777. Aquí existían unas Provincias que se habían ido estableciendo y consolidando durante dos siglos y medio con un alto grado de autonomía, disgregadas y sin vínculo alguno entre ellas, y más bien con antagonismos. Esas Provincias estaban conducidas por Cabildos situados muy lejos de los centros de poder político a los que estaban sometidos, ubicados, para unos en Santa Fe de Bogotá y para otros en la isla de Santo Domingo. La respuesta borbónica a la autonomía local y provincial que tantos signos de rebeldía había originado, fue en realidad la que detonó el inicio de la configuración territorial de Venezuela, al juntarse las Provincias mediante la centralización militar, al crearse la Capitanía General de Venezuela; la centralización económica, con el establecimiento de la Real Intendencia; la centralización legislativa y gubernamental, con la creación de la Real Audiencia de Caracas, y la centralización judicial, con el establecimiento del Real Consulado. Todo ello había ocurrido en un lapso de 14 años, entre 1777 y 1793.

Al concluir los tres siglos de dominación española, por tanto, todo estaba preparado para que, con la Revolución de Independencia, el país entrara al Siglo XIX, que fue el Siglo del nacimiento del Estado bajo el signo del militarismo, del federalismo y de las guerras sociales.

Los “trescientos años de calma” –como los calificó Bolívar– que habían transcurrido desde el descubrimiento, habían terminado con una revolución –la de Gual y España–, en 1797, que había sido de carácter político, no precisamente de los desposeídos y de los esclavos negros, sino de las élites intelectuales, administrativas y militares, por la libertad política. El insumo teórico adicional del proceso lo suministraría Francisco de Miranda y provendría del bagaje escrito que penetró en nuestras tierras desde los Estados Unidos de Norteamérica y desde Francia, producto de las dos grandes Revoluciones de finales del Siglo XVIII.

En ese momento sólo faltaba una causa inmediata para la Revolución Municipal y esa fue la guerra de independencia que a partir de 1808, se desarrolló en España, contra la invasión napoleónica, y que dejó a estas Provincias efectivamente huérfanas, desde el punto de vista político; orfandad para la cual nadie estaba preparado por el vacío de poder que se había producido por la pérdida de legitimidad de la Corona. La máscara de Fernan-

do VII ciertamente fue la excusa para que se diera el golpe de Estado del 19 de abril de 1810, precisamente por quien sólo podía darlo, el Cabildo de Caracas, en el cual estaban representados los que dominaban social y económicamente la Provincia, los criollos blancos, y algunos nuevos y efímeros representantes del gremio de los pardos.

La Revolución, por tanto, la inició el Cabildo de la Capital de la entonces llamada Provincia de Venezuela; la cual sólo era una de las Provincias existentes en el territorio de la recién creada Capitanía General que estaba integrada, además, por las Provincias de Margarita, Mérida, Cumaná, Barcelona, Barinas, Trujillo, Maracaibo, Coro y Guayana. Estas, sin duda, tenían que sumarse al movimiento, de lo contrario fracasaba; y la mayoría —no todas— lo hizo, dictando sus propias Constituciones provinciales. Habían pasado sólo 34 años, menos de lo que nos separa actualmente del 23 de enero de 1958, desde que se había constituido la Capitanía General de Venezuela, la cual, por supuesto, no había logrado centralizar a estas Provincias, que siguieron autónomas y separadas unas de otras, con sus Cabildos gobernando.

El nuevo Estado independiente que se comenzó a construir, por tanto, sólo podía responder a una forma federal que uniera lo que nunca había estado unido, y ese modelo nos lo suministró la experiencia norteamericana recién iniciada. En 1810, en toda la historia del constitucionalismo no había otro modelo al cual pudieran haber recurrido nuestros próceres constitucionalistas, para solucionar el problema que surgía cuando unas Provincias Coloniales aisladas se independizaban de un imperio y pretendían constituirse en un Estado independiente; la experiencia había sido inédita hasta el proceso de Norteamérica. No había, por tanto, salvo las ideas monárquicas, otras que hubieran podido inspirar a nuestros conspiradores de 1810 y 1811, que no fueran las republicanas y federales.

En todo caso, trescientos años de aislamiento y separación interprovincial no podían simplemente eliminarse de un plumazo, ni podía pretenderse establecer en estas tierras, mediante un cañonazo, un Estado Unitario Centralizado. Ese y no otro, sin embargo, fue el fracaso del Libertador, quien con los mejores deseos y optimismo quiso crearlo en todo el territorio de las Provincias que conformaban no sólo Venezuela, sino incluso Ecuador y Colombia. Tremenda ilusión e incomprensión, precisamente

de los “trescientos años de calma” autonómica que los Cabildos de nuestras Provincias habían construido.

El Siglo XIX en todo caso, después del fracaso de las ideas bolivarianas de panamericanismo político, estuvo signado por los intentos fallidos de establecer y consolidar en estas tierras un Estado Nacional independiente y autónomo, que abarcara todas las Provincias que habían sido incorporadas a la Capitanía General de Venezuela, con una forma de organización centralizada.

El primer acontecimiento que signó el proceso fue la propia guerra de Independencia; la única de carácter social de todas las de Independencia de América Latina. No todos la querían ni la entendían, particularmente a medida que la máscara de Fernando VII se fue retirando de la cara republicana. Con ella estalló toda la relación estamental de la sociedad colonial, de manera que en las primeras de cambio los pardos se alinearon con el Rey contra los blancos terranientes y cabildantes que declaraban la Independencia; y lo mismo hicieron los negros y libertos para luchar contra sus amos, en procura de su libertad.

La Revolución la habían iniciado los blancos criollos mediante la toma del poder de los Cabildos que venían controlando; y contra ellos se rebelaron los otros estamentos de la sociedad colonial. No es de extrañar, por tanto, que Boves, aprovechando el resentimiento de castas, atrajese a unirse a sus bandos realistas, a los esclavos y libertos para luchar contra los amos, con promesas de reparto de las tierras que se les confiscarían a los patriotas.

De guerra política se pasó rápidamente a una guerra social, con motivo de la cual, para cambiar el curso de la misma, en 1813 Bolívar tuvo que acudir hasta al recurso extremo de la guerra a muerte; la cual fue, así, de exterminio, extremadamente cruel y brutal; una guerra en la cual el símbolo de nuestros Libertadores era nada menos que un pañuelo negro en el cuello y una bandera, también negra, con una calavera blanca en la lanza.

Después de la guerra vinieron varias tareas urgentes: por una parte, el repartimiento de la tierra y de los bienes confiscados a españoles, canarios y criollos opuestos a la Independencia, proceso del cual aparecerían los nue-

vos ricos y terratenientes, quienes pasaron, además, a ser los nuevos propietarios de los esclavos que servían la tierra.

Pero por otra parte, estaba la tarea de tratar de construir un Estado, ya no sólo en Venezuela sino conforme a la Constitución de Cúcuta de 1821, en todo el norte de Suramérica con la unión de los pueblos de Colombia. Los nuevos propietarios y terratenientes de las Provincias de Venezuela, que además habían sido los militares que habían luchado y ganado la Independencia, todo lo cual les había dado el poder real en cada Provincia, difícilmente iban a aceptar sumisión política alguna respecto de quienes gobernaban desde Bogotá. Por ello el maravilloso e ilusorio intento de Bolívar fracasó el mismo año de su muerte, y a partir 1830, el poder local, esta vez de los caudillos que había salido de la guerra, se entronizó en las Provincias de Venezuela.

El militarismo, así, marcó a nuestro país desde la Independencia durante todo el Siglo XIX y ha estado presente hasta nuestros días; de manera que, incluso, fue precisamente a través del militarismo que se aseguró la participación de todas las castas y grupos sociales en el proceso político. El pueblo uniformado venezolano recorrió todas las provincias y buena parte de América. La Independencia la hicieron estas milicias confederadas que luego, con la Federación, se entronizaron en cada Provincia; milicias, que no eran otra cosa que el peonaje rural armado bajo el comando de los terratenientes locales, y que sólo fueron sustituidas por un Ejército Nacional, cuando Juan Vicente Gómez lo construyó a fuerza de guerras a comienzos del siglo pasado. El llamado Ejército Nacional, por tanto, no tiene todavía cien años de estructurado.

En esta forma, todo el Siglo XIX, desde el punto de vista político fue el siglo del federalismo y de las Provincias convertidas luego en Estados soberanos; siglo que puede dividirse en dos períodos políticos claramente identificados: *primero*, el de la formación del Estado autónomo semi-centralizado que trataron de construir los líderes de la Independencia a partir de 1830 y que duró hasta 1863; y *segundo*, el del Estado Federal, que duró hasta 1901.

Después de tres lustros de la carnicería civil que fue la guerra de Independencia, los regionalismos políticos que venían desde la Colonia salieron fortalecidos. Por tanto, el problema de construir un Estado ya separa-

do de la Gran Colombia, estaba en la necesidad de conciliar esos regionalismos políticos con las fuerzas centrípetas del Poder. Para ello, en medio de la confrontación de poderes, la Asamblea Constituyente de 1830 optó por un modelo de organización política centro-federal, como un equilibrio entre los dos sectores de las clases dominantes que se habían ido formando: por una parte, el del Partido Liberal representante de los nuevos hacendados y nuevos ricos regionales militares que surgieron de las Leyes de Repartos de los antiguos latifundios; y por la otra, el del Partido Conservador, representante de la nueva burguesía comercial que se había consolidado, incluso con el abastecimiento de la guerra, con influencia en el gobierno central.

El primero seguía la idea federal para estructurar un gobierno que permitiera a los caudillos militares hacendados regionales mantener el control sobre las Provincias; tras la cual estaba la gran masa de la población no privilegiada ni con capacidad política que venía del trabajo agrícola, y cuyo origen remoto estaba mezclado a la esclavitud; el segundo, buscaba la consolidación de un poder central y la estructuración de un Estado Nacional.

Por la confrontación de esos partidos, el Siglo XIX también fue un siglo de revueltas, insurgencias y revoluciones, todas bajo la bandera federal, entre las cuales se destaca la propia Guerra Federal desarrollada entre 1858 y 1863, que por supuesto no fue la única. Entre 1830 y 1858, cada cuatro o cinco años hubo una revolución o revuelta, hasta que entraron en escena las masas rurales, los bandoleros del llano y los campesinos rebeldes, pero sin la conducción que habían tenido en la época de la Independencia; todo en preparación de la próxima guerra civil, social y política que se desarrollaría durante cinco años a partir de 1858, es decir, de las guerras federales.

Con este proceso puede decirse que terminó abruptamente el primer período histórico de la República, que abarcó la primera mitad del Siglo XIX, desde 1811 hasta las guerras federales y que duró algo más de cuatro décadas, la última de las cuales transcurrió en medio de una tremenda crisis política, económica y social que el liderazgo de los antiguos próceres y luchadores de la Independencia no pudo superar.

Es cierto que en 1858 se había reunido una Convención Constituyente en Valencia para traducir en una nueva Constitución los principios de la Revolución de Marzo. Pero como sucede tantas veces en política y ha

sucedido tantas veces en nuestra historia, la respuesta necesaria para solventar lo que había sido una larga crisis, lamentablemente había llegado demasiado tarde. Los jefes liberales expulsados por Castro, con Falcón, Zamora y Guzmán a la cabeza, preparaban su invasión con un Programa de la Federación, ayudados por las rebeliones locales de campesinos armados que se generalizaron en todo el país. Fue de nuevo una guerra de destrucción y exterminio, la segunda que tuvimos en menos de medio Siglo, que involucró materialmente a todo el territorio nacional mediante un proceso de movilización social, horizontal y vertical, que también empujó el proceso igualador entre los blancos ya mezclados de la oligarquía dirigente y las otras razas mezcladas, en una continuidad que se había iniciado en la guerra social de la Independencia. De allí el igualitarismo venezolano.

En todo caso, con el triunfo de la Revolución Federal se inició el segundo período histórico de la República que duró la segunda mitad del siglo XIX. En ese momento, Zamora tenía 46 años, Falcón 43 y Guzmán Blanco 34. Una nueva generación había llegado al poder en medio de una brutal crisis, con la tarea de implantar un nuevo esquema de organización política del Estado por el que se había estado luchando desde la propia Independencia: la forma federal que situaba la base del poder en las Provincias, ahora llamadas Estados y en sus jefes políticos y militares. Desapareció con ella todo vestigio de lo que podía configurarse como un Ejército Nacional, y se consolidó el esquema de milicias que organizaban los Estados bajo el mando de los caudillos regionales, ahora Presidentes de Estados. De nuevo apareció el esquema del pueblo en armas como una forma de participación política.

Lo que se ha dicho sobre la supuesta Federación de papel que tuvimos durante el siglo XIX, en mi criterio, no es más que el producto de la deformación provocada por la literatura centralista del siglo XX. Al contrario, la Federación del Siglo XIX fue una realidad política, legislativa, militar y administrativa. Ciertamente que fue pobre desde el punto de vista fiscal, pero porque todo el país era paupérrimo, y lo poco que había de ingresos se había ido acaparando por el gobierno nacional. El país continuaba siendo un país agrícola y pastoril, donde los hatos de ganado, las haciendas y plantaciones de cacao y de café dominaban la economía, incluso de las ciudades. La fuerza fundamental de trabajo en las faenas agrícolas, hasta mitades del siglo XIX, había continuado siendo esclava, cambiándose luego a estos, con su liberación, por peones enfeudados.

La Federación, sin embargo, no trajo estabilidad política, por lo que las últimas décadas del siglo XIX también fueron de revoluciones y rebeliones realizadas por los propios caudillos liberales, con sus huestes populares de peones armados. La guerra larga no había acabado con el habito de rebelión que la había originado. Por ello vino la Revolución Azul de 1868; seguida por la Revolución de Abril de 1870 comandada por Antonio Guzmán Blanco, quien de abogado devenido en guerrillero federal se convertiría en el *primus inter pares* en el esquema federal dominado por los caudillos regionales. En una forma u otra la alianza entre ellos lo mantuvo en el poder hasta 1888.

Al salir Guzmán del poder, de nuevo se generó otro gran vacío político en el país que había dominado durante casi dos décadas. La sucesión presidencial condujo al deterioro progresivo del Partido Liberal y la crisis se abrió francamente. De nuevo, como en 1858, se pensó que su solución estaba en una reforma constitucional que apuntaba a la eliminación del Consejo Federal, a la elección de los representantes mediante sufragio universal, directo y secreto, y al restablecimiento de los 20 Estados que habían sido reducidos por Guzmán. De nuevo, el remedio que se quiso dar a la crisis del sistema, fue demasiado tarde.

En 1891, efectivamente, se sancionó una reforma constitucional promulgada por Andueza Palacios sin ajustarse a la Constitución, lo que motivó la Revolución Legalista de Joaquín Crespo, con la cual tomó el poder al año siguiente, en 1892, con la bandera del restablecimiento de la legalidad constitucional violada. Terminó, sin embargo, haciendo las mismas reformas constitucionales con una Asamblea Constituyente, la de 1893.

El país estaba, de nuevo, en medio de una tremenda crisis económica por la baja de los precios de exportación del café y del cacao, por el endeudamiento externo e interno que venía arrastrándose desde la época de Guzmán Blanco; y de una crisis política que no concluía, que era efectivamente total, de nuevo, por el vacío de poder que existía, al no haber comprendido el liderazgo la necesidad de un cambio inevitable en el proyecto político liberal federal, que ya se había desdibujado.

No hay que olvidar que en la campaña para la elección presidencial de 1897 había participado como candidato liberal de oposición el general José Manuel Hernández, El Mocho, cuya popularidad hacía prever su triunfo.

No había encuestas, pero se sabía que era el favorito; y también había formas de coaccionar el voto. Un manejo fraudulento de los comicios, o al menos eso se alegó, condujo a la llamada Revolución de Queipa que se extendió a los llanos de Cojedes. El Mocho fue vencido en tierras falconianas y reducido a prisión, pero posteriormente participaría, aun cuando efímeramente, en el gobierno de Cipriano Castro.

Con el gobierno de Ignacio Andrade culminó la extrema descomposición del liberalismo tradicional y del sistema de partidos que se había comenzado a estructurar seis décadas antes, derrumbándose el sistema político iniciado con la Revolución Federal, que se cayó por su propio peso.

Pero para que concluyera este segundo período histórico republicano que abarcó la segunda mitad del Siglo XIX, también era necesario un motivo. Un exiliado político desde los tiempos de la Revolución Legalista, el otrora diputado Cipriano Castro, el 23 de mayo de 1899 invadió el país desde Cúcuta al frente de la Revolución Liberal Restauradora, con la bandera de que la designación de los Presidentes de Estado por el Presidente de la República que había dispuesto el Congreso, violaba la soberanía y autonomía de los 20 Estados de la República recién reconstituidos. En nombre del federalismo venció sucesivamente las tropas gubernamentales, y entró en Caracas el 23 de octubre de 1899. Sólo seis meses fueron necesarios para que dominara a un país que estaba como huérfano, sin conducción política y con partidos deteriorados.

Allí terminó el segundo período de nuestra vida republicana, y se inició el del Siglo XX, el siglo de la consolidación del Estado Nacional, del centralismo político, de la economía petrolera y de la democracia.

Pero durante el siglo anterior, los venezolanos nos habíamos quedado atrás en la historia. El Siglo XIX había sido, en el mundo occidental, el de la revolución industrial y urbana, el del inicio de la democracia y del surgimiento de un nuevo sentimiento de identidad nacional en los países europeos. En contraste, aquí no habíamos logrado realmente hacer un país ni construir un Estado Nacional. Lo que teníamos eran entidades políticas disgregadas, con centros urbanos paralizados, analfabetismo generalizado, industrias inexistentes, desocupación incluso en el campo y un esquema de gobierno central endeble, con una deuda externa que lo agobiaba y sin un liderazgo que lo condujera, entre otros factores, por el deterioro terminal de los parti-

dos políticos. En definitiva, lo que teníamos, realmente, era un país de monteras rurales y caudillos terratenientes que formaban el Partido Liberal; un país de hacendados de cosechas pobres, que no producían más de lo que un Siglo atrás, a finales de la época colonial, ya se producía. En fin, la caricatura de una sociedad feudal.

Ese fue el país que recorrió Cipriano Castro al invadir de andinos la capital, como medio Siglo antes lo había hecho Monagas con orientales. Castro, con experiencia política, tenía 41 años y Gómez, sin ella, 42 años. Ambos condujeron al país con mano dura; fue el período de la consolidación del Estado Nacional mediante un proceso progresivo de centralización política, militar, fiscal, administrativa y legislativa, que terminaron con los cien años precedentes de federalismo.

Pero Castro había llegado al poder sin programa alguno, salvo el de “nuevos hombres, nuevos ideales y nuevos procedimientos”, es decir, el de la promesa de cambio, pura y simplemente, que además para ese momento era inevitable, como antes lo había sido en la víspera de la guerra federal, y después, lo fue en la víspera de la Revolución de Octubre del Siglo pasado, y está ocurriendo precisamente en estos mismos tiempos presentes; cambio que, por supuesto, no se produjo de la noche a la mañana, como ningún cambio político se ha producido en la historia. Tomó varios lustros de crisis y de luchas.

La crisis económica agravada por la negativa de los banqueros locales de otorgar nuevos préstamos al Gobierno, que estaba quebrado, y la reacción de Castro, provocaron la rebeldía de los líderes liberales tradicionales, que por temor a lo que significaba el Mocho Hernández, habían permitido que Castro tomara el Poder. Entraron en guerra contra el gobierno, por lo que, de nuevo, a partir de 1900, el país recomenzó a estar infectado de guerrillas. Para luchar contra ellas había que permitir que el gobierno pudiera transformar el aluvional Ejército Restaurador triunfante en un verdadero Ejército Nacional, y eso fue lo que permitió la Asamblea Constituyente de 1901, otra de las grandes Asambleas Constituyentes de nuestra historia, al comenzar la modificación de la distribución del Poder Territorial y empezar a poner fin al federalismo. La reforma constitucional de 1901, en efecto, eliminó la norma que desde 1864 prohibía al Poder Central situar fuerzas y Jefes militares con mando en los Estados, sin el

acuerdo de los jefes políticos locales; nacionalizando además todos los pertrechos y las armas de guerra que existían en la República.

Por primera vez en nuestra historia se nacionalizaron las armas y la guerra. Con esos instrumentos, el Vicepresidente Gómez recorrió toda la geografía nacional en una nueva guerra, esta vez central, pero contra los caudillos regionales a quienes venció una y otra vez, incluyendo los de la Revolución Libertadora de Manuel Antonio Matos. Con el triunfo militar de Ciudad Bolívar de 1903 no sólo concluyeron cuatro años de guerra, sino que se procedió a otra reforma constitucional, la de 1904, que eliminó definitivamente toda posibilidad para los Estados de tener fuerzas o milicias propias. Con ello, los caudillos regionales no pudieron jamás volver a congregarse para asaltar el poder, abriéndose la vía para la consolidación de un Ejército Nacional, concluyendo así cien años de guerras civiles y de montoneras.

Con el enjuiciamiento de Castro en 1908, como autor intelectual del asesinato de Antonio Paredes, Gómez dio un golpe de Estado apoderándose del Poder, lo que legalizó con una nueva reforma constitucional en 1909, donde reapareció un Consejo de Gobierno en el cual ubicó a todos los caudillos liberales desocupados que quedaban y que aún campeaban sin milicias en el país, incluyendo al mismo Mocho Hernández.

Con la elite que lo rodeó, deslastrada de tanto guerrillero rural, inició el proceso de centralización política del país que en definitiva se configuró como un proyecto político de consolidación del Estado Nacional. Gómez, como Comandante en Jefe del Ejército Nacional, quedó convertido en el amo del Poder y de la guerra hasta su muerte, con lo que impuso la estabilidad política, muchas veces en la paz de los sepulcros.

Consolidado su poder político y militar procedió a centralizar el aparato del Estado a partir de 1918, con las importantes reformas comandadas por el Ministro Román Cárdenas, culminando el proceso con la reforma constitucional de 1925, que concluyó el diseño del Estado Centralizado Autocrático que caracterizó el período gomecista, y cuyos principios rigieron hasta la Revolución de Octubre de 1945, continuando luego los principios centralistas hasta nuestros días.

Para 1925, además, lo que en los primeros lustros del Siglo XX aparecía como borroso, en el presupuesto de ese año ya estaba claro: la renta petrolera había llegado a ser el renglón más importante de ingresos, significando un tercio de la renta interna, lo que al final del período gomecista haría que la renta minera llegara a proporcionar más de la mitad de la renta global, y Venezuela sería entonces el segundo país productor y exportador de petróleo del mundo. Con el petróleo, el país de los hacendados y de la agricultura que nos había sostenido durante más de cuatro Siglos, quedaría relegado totalmente; los viejos caudillos rurales habían sido definitivamente expulsados o desplazados, y con ellos las penurias de las pobres cosechas.

Se inició así, el modelo de Estado petrolero y de la sociedad dependiente del ingreso petrolero del Estado, en la cual materialmente nadie contribuye pero todos piden y esperan del Estado, porque los contribuyentes esenciales antes eran las empresas concesionarias de hidrocarburos, y ahora son las empresas de la industria petrolera nacionalizada.

Con la muerte de Gómez, a partir de 1936 puede decirse que indudablemente comenzó el surgimiento de una nueva Venezuela, no sólo desde el punto de vista político sino también desde el punto de vista económico y social, precisamente en virtud de los efectos de la explotación petrolera. En esos años la movilidad social se había acentuado; el antiguo campesino se había convertido en obrero petrolero y las ciudades comenzaron a ser progresivamente invadidas por todo tipo de buscadores de oportunidades que el campo no daba, iniciándose el proceso de marginalización de nuestras ciudades tan característico de la Venezuela contemporánea. La riqueza fue más fácil y a veces gratuita, quedando desvinculada del trabajo productivo. El petróleo así, enriqueció, pero también impidió que se llegara a implantar al trabajo como valor productivo de la sociedad, precisamente cuando el mundo vivía la más extraordinaria de las revoluciones industriales y se hubiera podido construir la etapa de despegue del desarrollo de nuestro país.

Ciertamente, a partir de 1936 resurgió paulatinamente el ejercicio de los derechos políticos y de las libertades públicas inexistentes cuando Gómez, y se inició la marcha del país en el campo demográfico, social y cultural que se había paralizado durante un cuarto de Siglo; pero ello ocurrió en un país que continuaba atrasado, ignorante de lo que sucedía en

el mundo y abiertamente saqueado por inversionistas extranjeros con sus aliados criollos.

Con la reforma constitucional de 1936, promulgada por Eleazar López Contreras, se inició el lento proceso de transición de la autocracia a la democracia, siendo el período de López testigo del nacimiento de los movimientos obreros y de masas y de las organizaciones que desembocaron en los partidos políticos contemporáneos y cuyo inicio estuvo en los movimientos estudiantiles de 1928. En 1941, en plena II Guerra Mundial, a López lo sucedió Isaías Medina Angarita, su Ministro de Guerra y Marina, como López antes lo había sido de Gómez, hecho que si bien significó en cierta medida la repetición dinástica del gomecismo, no detuvo, sino más bien alentó, la continuación de la apertura democrática.

Pero ya en la Venezuela de 1945 esa tímida apertura no era suficiente. A pesar de las importantísimas reformas legales que Medina realizó para ordenar la explotación petrolera y minera y hacer que las concesionarias pagasen impuestos; y a pesar de existir ya un país más abierto al mundo en la víspera del inicio de la democratización contemporánea provocada por el fin de la II Guerra Mundial, el liderazgo medinista no supo interpretar la necesidad de una sucesión presidencial mediante sufragio universal y directo. Lamentablemente, de nuevo, aquí también como tantas veces antes en la historia, la incomprensión del momento político encegueció al liderazgo perdido en tratar de imponer un candidato de origen andino para su elección por el Congreso, ante la sombra de López Contreras que amenazaba con su propia candidatura.

La Revolución de Octubre de 1945, provocada por la confusión candidatural generada por el liderazgo andino, de nuevo llevó a los militares al poder con una mediatización temporal, sin embargo, por el apoyo que le dió el partido Acción Democrática a la Revolución, que hizo gobierno a sus líderes. En ese momento, Pérez Jiménez, tenía 31 años; Rómulo Betancourt, 37 años; Raúl Leoni, 40 años y Gonzalo Barrios y Luis Beltrán Prieto Figueroa, 43 años.

No es el momento de juzgar a la Revolución de Octubre; en realidad tenemos mas de 50 años juzgándola y en todo caso, ya quedó en la historia. Lo importante a destacar es que seguramente se habría evitado si no es por la miopía política del liderazgo del lopecismo y del medicinismo, es decir, de

los sucesores del régimen de Gómez, en entender lo que habían hecho y logrado en sólo una década entre 1935 y 1945.

Para esta fecha, fin de la II Guerra Mundial, ciertamente que ya estaban en otro país totalmente distinto al que había dejado el dictador a su muerte, tanto desde el punto de vista político como social y económico. Ellos lo habían cambiado todo al comenzar e impulsar la apertura democrática; pero a la hora en que esta podía conducirlos a perder el control del poder, se cegaron en cuanto a la senda que debían continuar. Fueron incapaces de comprender y reconocer desde el punto de vista democrático, que la extraordinaria obra que habían realizado de abrir el país a la democracia, requería de un paso más que permitiera la abierta participación electoral de los partidos de masas que bajo su ala se habían constituido, con el riesgo, por supuesto, de que estos pudieran ganar la elección. Ese era quizás el precio que tenían que pagar por la continuación del proceso democrático. Reformaron la Constitución en abril de 1945, pero no fueron capaces de establecer la elección directa para la elección presidencial, ni el voto femenino salvo para las elecciones municipales, y seis meses después de la flameante reforma constitucional, les salió el lobo materializado en la Revolución de Octubre, con la bandera de establecer el sufragio universal y directo, enarbolada por el partido Acción Democrática.

La incompreensión del liderazgo de lo ocurrido en la década que siguió a la muerte de Gómez, puede decirse que hizo inevitable el golpe de Estado para hacer lo que aquél no había entendido como indispensable: terminar de implantar la democracia mediante el sufragio universal, directo y secreto. Ello, por supuesto, podía acabar democráticamente con la hegemonía del liderazgo andino, lo que en efecto ocurrió en el mediano plazo pero mediante un golpe militar, con todas las arbitrariedades, injusticias y abusos que acompañarían a un gobierno originado en un hecho de fuerza.

Las generaciones y el liderazgo político tienen la obligación de entender, en momentos de crisis, cual es el precio que hay que pagar para el mantenimiento de la paz, y en nuestro caso actual, para el perfeccionamiento de la democracia. Ese es el reto que tuvieron en 1945; y es el que ahora mismo tenemos los venezolanos.

En 1945 no quisimos identificarlo y se inició en Venezuela el cuarto de los grandes ciclos políticos de la época republicana. El Estado Centralizado

Autocrático de la primera mitad del Siglo XX comenzó a ser sustituido por el Estado Centralizado Democrático que encontró su marco constitucional en la Asamblea Constituyente de 1946, otra de nuestras grandes Constituyentes, que sancionó la Constitución de 1947. Su texto fue, básicamente, el mismo del de la Constitución de 1961 la cual, sin embargo, se dictó sobre una base política democrática que no existía en 1946: la del pluralismo. La diferencia abismal que existió entre una y otra, por tanto, no radicó en el texto mismo de la Constitución que fue casi igual, sino en su base política: en la Asamblea Constituyente de 1946 no estaban presentes todos los actores políticos, pues el medinismo estuvo ausente; en el Congreso de 1961, en cambio, sí estaban todos los actores políticos de manera que la Constitución respondió a un consenso o pacto para la democracia, sin exclusiones.

Lamentablemente fue necesaria una década de dictadura militar para que los venezolanos que se habían definido como proyecto político implantar a juro la democracia en Venezuela, con Rómulo Betancourt a la cabeza, se dieran cuenta de que la democracia no podía ni puede funcionar sobre la base de la hegemonía de un partido único o casi único sobre todos los otros, ni con exclusiones, sino que tiene que tener como soporte el pluralismo partidista y de ideas, donde el diálogo, la tolerancia, la negociación y la conciliación sean instrumentos de acción. El Pacto de Punto Fijo de 1958, firmado por los líderes políticos de los tres partidos fundamentales, Acción Democrática, Copei y Unión Republicana Democrática, y que pronto comenzará a ser revalorizado, lo veremos; fue el producto más depurado de la dolorosa experiencia del militarismo de los años cincuenta, precisamente con el objeto de implantar la democracia, dando sus frutos plenos en las décadas posteriores.

En esa tarea los partidos políticos asumieron el papel protagónico; por eso el Estado que comenzó a desarrollarse en 1958 fue un Estado Democrático Centralizado de Partidos; y tuvieron un extraordinario éxito: la democracia se implantó en Venezuela; pero lamentablemente, de Estado de Partidos se pasó a partidocracia, pues los partidos se olvidaron que eran instrumentos para la democracia y no su finalidad.

Asumieron el monopolio de la participación y de la representatividad en todos los niveles del Estado y de las sociedades intermedias, lo que sin duda había sido necesario en el propio inicio del proceso. Pero con

el transcurrir de los años se olvidaron abrir el cerco que tendieron para controlarlo y permitir que la democracia corriera más libremente. Y al final del último período constitucional de la década de los ochenta del siglo pasado, la crisis del sistema se nos vino encima cuando el centro del poder político definitivamente se ubicó afuera del Gobierno y del aparato del Estado, en la cúpula del Partido que en ese momento dominaba el Ejecutivo Nacional, el Congreso y todos los cuerpos deliberantes representativos; que había nombrado como Gobernadores de Estado incluso a sus Secretarios Generales regionales, y que designaba hasta los Presidentes de cada uno de los Concejos Municipales del país. El gobierno del Partido Acción Democrática durante la presidencia de Jaime Lusinchi, hizo todo lo contrario de lo que reclamaban las más de dos décadas de democracia que teníamos cuando se instaló, que era la apertura frente a la autocracia partidista que se había desarrollado y la previsión de nuevos canales de participación y representatividad. Fue el Gobierno donde más se habló de “reforma del Estado” para precisamente no hacer nada en ese campo, sino todo lo contrario, pues en ese período de gobierno fue que apareció la Partidocracia con todo su espanto autocrático. Afortunadamente al menos, de esa época quedaron los estudios de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado.

El Caracazo de febrero de 1989, a escasos quince días de la toma de posesión del nuevo Presidente electo por segunda vez, Carlos Andrés Pérez, fue el signo trágico del comienzo de la crisis del sistema de Estado de Partidos, que todavía padecemos, seguido de los dos intentos militaristas de golpe de Estado, de febrero y noviembre de 1992, los cuales, además de atentatorios contra la Constitución, costaron centenares de vidas. Sin embargo, asombrosamente algunos de los partidos políticos que apoyaron el segundo gobierno del Presidente Caldera y han apoyado al Presidente Chávez los calificaron como una “conducta democrática” de los militares para expresar su descontento, lo cual es un exabrupto, sobre todo si se releen los proyectos de Decretos que planeaban dictar.

En la historia, todos los acontecimientos tienen sus raíces en un proceso que siempre viene germinando desde mucho antes y finalmente brotan, a veces en la forma violenta, trágica o dramática de una revolución o de una guerra.

La crisis del sistema político establecido en 1958 para operar la democracia que aun hoy tenemos, y que desde hace años nos angustia, precisamente tiene sus raíces en las décadas anteriores de democratización. Y si todavía hoy tenemos democracia, más de diez años después del afloramiento de la crisis, sólo se debe a los remedios inmediatos de terapia intensiva, pero incompletos, que se le suministraron al sistema al inicio del segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez, con el comienzo del proceso de descentralización política, mediante la revisión constitucional que se hizo con la elección directa de Gobernadores y el inicio de la transferencia de competencias nacionales a los Estados, reformándose el viejo y dormido esquema federal; proceso ahora abandonado.

Pero sin duda, aquí, a pesar de todas las advertencias, las reformas en tal sentido las iniciamos demasiado tarde, sin anticiparnos a la crisis como hay que hacerlo, y más bien en medio de ella, reformas que fueron preteridas en el proceso constituyente de 1999, en el cual se centralizó aún más el Estado. Hoy por hoy, por tanto, la crisis de la democracia, de su consolidación y afianzamiento, esta visto que no se puede solucionar con una simple reforma constitucional, como la de 1999, sino abriendo efectivamente nuevos canales de representatividad y participación democrática para llenar el vacío que nos dejó el deterioro de los partidos políticos tradicionales, el cual no han logrado llenar los nuevos y aluvionables partidos que han asaltado el poder, y que de nuevo han colocado al país en una orfandad política; participación que, por supuesto, ya no puede ser la del pueblo armado en milicias que originó el caudillismo del siglo XIX, y sobre lo cual aparentemente sueña el actual Presidente de la República, al anunciarnos su "Revolución pacífica armada", y quererla, además, extender a la América andina, pensando quizás en la guerrilla colombiana. Al contrario, el reto que aún tenemos los venezolanos es el de formular un nuevo proyecto político democrático que sustituya el Estado Centralizado de Partidos por un Estado Descentralizado Participativo.

En 1998, y así lo sostuvimos repetidamente, para resolver la crisis en la cual aún nos encontramos, no teníamos otra salida que no fuera la de convocar democráticamente a una Asamblea Constituyente; y no porque la hubiera descubierto y propusiera el candidato Chávez, sino porque en la historia constitucional, en un momento de crisis terminal de gobernabilidad y de pérdida de legitimación del Poder, no ha habido ni hay otra forma de reconstituir al Estado y al sistema político que no sea mediante una convo-

catoria al pueblo. La idea de la Asamblea Constituyente, por tanto, no debió ser una propuesta partidaria de un candidato presidencial, pues pertenecía a todos.

Esa Asamblea Constituyente, en 1999, en momentos de crisis política generalizada, por otra parte, debió haber sido un mecanismo democrático para formular un proyecto de país, como lo habían sido las grandes Constituyentes de 1811, 1830, 1864, 1901 y 1947, pero con la diferencia de que aquéllas habían sido el resultado de una ruptura política y no el mecanismo para evitarla. En 1999, y en tiempos de crisis de la democracia, la Constituyente debió haber sido, como lo propusimos, un instrumento para que las fuerzas políticas pudieran llegar democráticamente a un consenso sobre ese proyecto de país. Para ello, la propia democracia debió haberla asumido como cosa propia, por supuesto, con el riesgo para el liderazgo existente de perder el control del poder que los partidos tradicionales habían monopolizado durante 40 años. Ese, quizás, era el precio que había que pagar para que la democracia continuara. Identificarlo era la tarea histórica que teníamos por delante en ese momento. Pero los partidos políticos, en 1998, no entendieron lo que ocurría en el país, y dejaron la bandera de la Constituyente en manos de quien menos se debía y en cuyas manos más peligro representaba para la democracia.

Así fue, por tanto, como el candidato Chávez le arrancó a los demócratas la salida constituyente, dándose inicio al proceso de violaciones constitucionales, desde el mismo momento en el que asumió el poder; violaciones que no han cesado hasta nuestros días.

Primero fue la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución de 1961, buscando imponer el principio de la soberanía popular manifestada en un referendo consultivo, por encima del principio de la supremacía constitucional. El aval para ello se lo dio la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia en una muy confusa y ambigua sentencia de enero 1999, de la cual podía deducirse cualquier cosa menos la respuesta clara a la consulta que se le había formulado de si para convocar el referendo sobre la Asamblea Constituyente era o no necesario reformar previamente la Constitución. La carencia de la sentencia, sin embargo, como ocurre frecuentemente en política, la suplió la opinión pública y, particularmente, el titular de un diario capitalino que fue el que efectivamente “sentenció” que si era posible el referendo sobre la

Constituyente sin reforma constitucional, cuando eso no estaba dicho en la sentencia.

Con este hecho, más que acto, se inició el proceso constituyente en el país, fundamentado en la interpretación de la Constitución de 1961 y de los alcances del derecho a la participación política que no estaba expresamente enumerado en el texto, como en cambio, ahora sí lo está, pero con violaciones más cotidianas. La Sala Político Administrativa, en sentencias posteriores del primer semestre de 1999 pretendió recoger los vientos que había sembrado en enero de 1999, y afirmó sucesivamente que el proceso constituyente se debía realizar en el marco de la Constitución de 1961, que la Asamblea Nacional Constituyente a la que se refería el referendo del 25 de abril de 1999 no podía tener carácter originario y que, mientras duraba su funcionamiento, debía respetar los poderes constituidos conforme a la Constitución de 1961.

Por supuesto, ello fue una ilusión manifestada además demasiado tarde. Aún habiendo sido electa en el marco del referendo consultivo del 25 de abril, que la limitaba, desde el día de su instalación, el 3 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente asumió el carácter de poder constituyente originario, y ello, además, con una composición totalmente exclusionista y exclusivista. Con tales poderes que se fue auto atribuyendo progresivamente en cada acto que dictó: en su Estatuto de funcionamiento, en la intervención del Poder Judicial, en la intervención del Congreso, en la intervención de las Asambleas Legislativas y Concejos Municipales, y en la suspensión de las elecciones municipales; la Asamblea Nacional Constituyente dio un golpe de Estado en este país, hecho que se produce, precisamente, cuando un órgano constitucional electo irrumpe contra la Constitución.

Posteriormente, cuando conoció de la impugnación del Decreto de intervención del Poder Legislativo, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema, en octubre de 1999 dictó su sentencia de extinción, pensando que complaciendo al Poder se escaparía de la represalia; e, incluso, algunos magistrados disidentes en sus votos salvados trataron de explicar que era lo que habían querido decir, exactamente, en la sentencia inicial de enero de 1999. Demasiado tarde, por supuesto, tan tarde que a los pocos días de la intervención del Poder Judicial, la propia Corte Suprema, en un penoso Acuerdo, pretendió, a la vez, aprobar y desaprobar la intervención, permitiendo, sin embargo, que uno de sus Magistrados formara parte de la

Comisión de intervención judicial. Ello constituyó, por supuesto, la auto ejecución de la sentencia de desaparición ya dictada, pues en diciembre casi todos los magistrados fueron removidos, salvo aquéllos que, después de la honrosa renuncia de la Presidenta de la Corte, más se habían sometido al Poder.

La Constitución de 1961 fue pisoteada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual produjo un nuevo texto constitucional donde no sólo se cambiaron cosas para dejarlas igual, sino lo más grave, para que los defectos políticos del sistema se agudizaran. La Constitución de 1999, en efecto, preservó la partidocracia como sistema de control del poder aun cuando con nuevos partidos menos estructurados y más aluvionales que los tradicionales, agravada por el insólito hecho, *primero*, de pretender denominar a la República misma con el nombre de un partido político usando el nombre de Bolívar; y *segundo*, de que, sin pudor, el presidente del partido de gobierno es el Presidente de la República y sus más destacados Ministros son los coordinadores del partido. Recuerden que la Constitución, en vano, dice que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política, ¡qué ironía!

La Constitución de 1999, además, acentuó el centralismo de Estado, reduciendo las autonomías de los Estados y Municipios y minimizando su protagonismo político; exacerbó el Presidencialismo, eliminando las atenuaciones tradicionales del constitucionalismo y estableciendo incluso hasta la delegación legislativa sin límites expresos, cuyo ejercicio, entre otras causas, tiene actualmente al país en la grave crisis de gobernabilidad que a todos nos está afectando. La Constitución de 1999, además, desdibujó la separación y balance de los poderes del Estado, propiciando su concentración inusitada en el Presidente y en la Asamblea, con grave peligro para el juego democrático; acentuó el paternalismo del Estado y el estatismo, lo que resulta inviable con la crisis del Estado Petrolero; y constitucionalizó el militarismo en una forma que ni siquiera se consigue en las Constituciones gomecistas. Por ello hemos dicho desde el inicio, que la Constitución de 1999 es una Constitución autoritaria.

Pero además, todos los aspectos positivos de la Constitución, que los tiene, fueron secuestrados por la propia Asamblea Nacional Constituyente a la semana de haber sido aprobada la Constitución por el pueblo, mediante la emisión del famoso Decreto sobre Régimen de Transición del

Poder Público de 22 de diciembre de 1999, con el cual se dió origen a un régimen constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo. La Asamblea continuó, así, con el golpe de Estado, pero esta vez contra la nueva Constitución, hecho que fue lamentablemente avalado por el nuevo Tribunal Supremo cuyos Magistrados fueron, precisamente, producto del mismo régimen transitorio por ella diseñado.

Ello podía esperarse pero, ciertamente, no en la forma tan servil como lo hicieron. Este Tribunal Supremo, así, ha dicho que en Venezuela hay dos Constituciones: una, la aprobada por el pueblo y otra la dictada por la Asamblea Constituyente con la cual no sólo se suspendió la vigencia de la anterior, sino que es proteica, amoldada al gusto de los magistrados y de los requerimientos del Poder. Por ello, cuando en el país se trató de actualizar los excelentes mecanismos de participación política que regula la Constitución, con el régimen transitorio en la mano, la Asamblea Nacional, con el inefable aval del Tribunal Supremo, ignoró la Constitución al designar a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano y del Poder Electoral sin participación alguna de la sociedad civil, y en cuanto a la designación de los propios Magistrados del Tribunal Supremo, estos tuvieron la desfachatez, en su afán de ser ratificados, de llegar a decir que la Constitución no se les aplicaba a ellos mismos. Ignoraron, entre otras cosas, el principal de los derechos y garantías constitucionales del mundo moderno: ¡que nadie puede ser juez en su propia causa!

La participación política y la democracia participativa, que son las expresiones más usadas en la Constitución y la más expuestas verbalmente por quienes asaltaron el Poder en 1999, han sido totalmente secuestradas. El último ejemplo de ello ha sido el olvido de realizar la consulta popular establecida en forma obligatoria en la Constitución, como vía de participación política, en la elaboración de los decretos leyes habilitados, lo que incluso los hace nulos de nulidad absoluta, como lo dispone la recién dictada Ley Orgánica de la Administración Pública de octubre de 2001. Pero qué importa que eso lo diga la Ley, si como se puede constatar de las ejecutorias del gobierno ¡ésta no tiene valor alguno ante la arrogancia del Poder!

Venezuela vive, actualmente, por tanto, una tragedia política. Lo que podía haber sido un gobierno de cambio para profundizar la democracia que permitiera iniciar, con el propio Siglo XXI, un nuevo ciclo histórico político de democracia descentralizada y participativa, no ha resultado otra

cosa que una deformación y caricatura de todos los vicios del ciclo iniciado en 1945, el cual, por tanto, no ha concluido. En el cuadro de la historia, ese será el mayor castigo que tendrá el Presidente Chávez y sus tropas de asalto, haberse constituido en lo peor del ciclo del partidismo centralista, con todos los problemas económicos y sociales agravados. Además, imposible constatar mayor ineficiencia en la Administración Pública, cuyos jefes, muchos de ellos militares, como “concejales hambrientos” según el viejo dicho castizo, han llegado al poder para saciarse en un marco de corrupción nunca antes visto. Al punto, incluso, de que se confiesan públicamente delitos de salvaguarda, como ha ocurrido hace pocos días con lo dicho en la prensa por un General sobre la forma del manejo, en dinero efectivo, del llamado plan Bolívar 2000, aceptando la comisión de los delitos de peculado culposo y malversación genérica; y frente a esto, nadie sabe por dónde anda el Control General de la República, o si realmente tal funcionario existe.

La crisis política que estalló en 1989, por tanto, continúa agravada. Nada hemos superado y, al contrario, hemos complicado aún más las cosas. Pero no nos extrañemos; históricamente estas crisis han durado siempre en promedio dos décadas y ¡de la historia debemos aprender! Recordemos: la crisis y cambio político entre el primero y segundo período de nuestra historia republicana puede decirse que duró 26 años, desde 1848, el día del fusilamiento del Congreso con las Revoluciones de Marzo, la Azul y la de Abril y las guerras federales incluidas, hasta 1874 cuando Guzmán Blanco se consolidó en el Poder; el tránsito entre el segundo y tercer período de nuestra historia, que duro 20 años, se inicio en 1888 al dejar Guzmán Blanco el vacío de poder, con las Revoluciones Legalistas, Liberal Restauradora y Libertadora incluidas, hasta la consolidación de Juan Vicente Gómez en el Poder en 1908; y el tránsito del tercero al cuarto periodo político de nuestra historia, que duro 23 años, se inició con la muerte de Gómez en 1935, con la Revolución de Octubre y la década militar incluida, hasta la consolidación de la democracia, consecuencia del Pacto de Punto Fijo, en 1958.

La crisis política que está marcando al fin del cuarto período de nuestra historia como señalé, puede decirse que afloró con el Caracazo en 1989, y precisamente estamos en medio de ella; no ha concluido. Si le hacemos caso a las enseñanzas de nuestra historia, todavía tendremos una década de crisis política severa por delante, para solucionarla. Ello, además,

es muy probable que así sea, dado el grado de destrucción institucional que hemos tenido en estos últimos tres años.

Sólo reconstruir lo destruido, sin mayores mejoras, nos tomará más de un lustro, y siempre que la tarea la emprenda el país lo más pronto posible.

En todo caso, como hace tres años, la actual crisis política, como siempre ha sucedido en la historia, sólo puede enfrentarse con un acuerdo que garantice la gobernabilidad.

De eso precisamente se trata la democracia; lo cual no ha entendido el ex-militar que tenemos en la Presidencia de la República: de acuerdos, de consenso, de disidencias, de discusiones y de soluciones concertadas o votadas. Espanta leer, sin embargo, todos los epítetos inimaginables que aún salen de las cuevas y trincheras políticas, cuando para enfrentar el problema de gobernabilidad que tenemos se plantea la necesidad de un nuevo acuerdo político para asegurar la gobernabilidad democrática. Lo insólito es que si no lo hay, lo que vamos a perder es la propia democracia y quizás a ello está apuntando el Presidente de la República.

Un acuerdo que asegure la gobernabilidad, por supuesto insisto, exige identificar el precio que hay que pagar por la paz y la democracia por parte de cada uno de los que quieren que éstas continúen.

La democracia venezolana se mantuvo por cuarenta años gracias a que los partidos políticos abandonaron el exclusivismo sectario de los años cuarenta del siglo pasado, y tuvieron que comprender por la represión de la dictadura militar, que en estas tierras no se podía pretender gobernar ni con exclusiones ni con un partido único o mayoritario que impusiere su voluntad; y que había que llegar a un acuerdo de gobernabilidad democrática con los partidos existentes, así fueran minoritarios. Ese fue el Pacto de Punto Fijo, y ese acuerdo hizo posible la sobrevivencia de la democracia.

Pero ahora, con el vacío de poder que se nos avecina, el acuerdo que se necesita para asegurar la gobernabilidad futura, por tanto, es mucho más complejo que el de 1958. Requiere de la participación de muchos nuevos actores y, por sobre todo, requiere de un mecanismo que les garantice su representatividad democrática, sin exclusiones, con el objeto de

reconstituir el sistema político. Para ello hay que tratar de llegar a establecer unas reglas mínimas de juego político que permitan enfrentar de inmediato la crisis política, económica y social, que es de verdad, y que exige comenzar a adoptar medidas de mediano y largo plazo. Toda la imaginación creadora tiene que ser desplegada, pues lo que no podemos hacer ahora, es no hacer nada.

La historia también nos enseña que estas oportunidades creadoras, muy lamentablemente, muchas veces se han perdido. Sucedió con la crisis que comenzó a aflorar en los años que precedieron a la Revolución Federal, con dos reformas constitucionales y una Constituyente tardía, la de 1858; sucedió con la crisis de fin del Siglo XIX, también con dos reformas constitucionales y otra Constituyente tardía y mal convocada, la de 1891; y sucedió con la crisis de los cuarenta del siglo pasado, con una reforma constitucional y una Constituyente exclusionista, la de 1946. En ninguna de esas ocasiones el liderazgo pudo inventar nada nuevo para cambiar lo que era indispensable e inevitable cambiar, y lamentablemente fue inevitable la Guerra Federal para llegar a la Constituyente de 1863; fue inevitable la otra guerra de Gómez contra los caudillos federales para llegar a las Constituyentes de 1901 y 1904; fue inevitable el golpe de Estado del 18 de octubre para llegar a la Constituyente de 1946; y también fue inevitable el militarismo de los años cincuenta para llegar al Congreso reconstituyente de 1958.

En el actual proceso ya llevamos varios signos que tenemos que fijar para afrontar la crisis: los dos intentos de golpe de Estado militarista de 1992; el fracaso del intento de reforma constitucional del mismo año 1992; el enjuiciamiento del Presidente Pérez, por mucho menos de lo que hoy leemos confesado por altos jefes militares; el gobierno de transición del Presidente Velásquez; y la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, exclusivista y exclusivista.

Lo cierto, en todo caso, es que no tenemos ni podemos tener fórmulas prefabricadas para el futuro; y en todo caso, ya es demasiado tarde para ello. Además, un gobernante como el que tenemos, que gobierna basado en el arte del desconcierto, a veces impide fijar la atención sobre los problemas graves del país. Pero todo indica que por su fracaso, cuando tome realmente conciencia del mismo, terminará desconcertándose a su mismo. Aquí no habrá golpe de Estado, el gobierno se desmoronará a si

mismo, por lo que no hay otra actitud actual que no sea la de estar avisados y preparados para reconstruir; es todo lo que hoy podemos decir.

ANTE UN CAMBIO MAYOR (REFLEXIÓN PRIMARIA SOBRE EL 11S 01 Y SUS CONSECUENCIAS)*

José Rodríguez Iturbe

La acción de la demencia organizada

Fue hace un mes, exactamente. Fue una mañana clara la del 11S01 en casi toda la Costa Este de los Estados Unidos de América. Por eso todo el mundo pudo percibir con claridad la terrible eficacia destructora del ataque. El terrorismo suicida sembró muertes y escombros en Nueva York y Washington. Los símbolos del poderío económico y militar de la nación más poderosa de la tierra fueron directamente afectados. Pero su siembra no acabó con la cosecha macabra de las víctimas inocentes que murieron, ni con la destrucción de los objetivos materiales. El terrorismo sembró, sobre todo, en la actitud anímica de quienes sobrevivieron y de quienes tiene la responsabilidad de la respuesta, la inseguridad y la desconfianza. Había algunos esquemas que permitían la proyección optimista de los parámetros político-ideológicos de los vencedores de la guerra fría, de los que habían obtenido el éxito en la confrontación bipolar de medio siglo¹. Eso se hizo añicos a comienzos de la mañana del 11S.

Ya se había planteado, desde hace cierto tiempo, los riesgos efectivos que para la seguridad y defensa de los Estados y para la paz mundial representaban el terrorismo y el narcotráfico. El 11S obliga a profundizar

* Lección de apertura del Año Académico 2001-2002 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Caracas, 11 de octubre de 2001.

¹ Luis GIUSTI, en su intervención en la reciente LVII Asamblea Anual de Fedecámaras, realizada en Maturín (agosto 2001), al comienzo de su disertación sobre *La Oportunidad en la Globalización*, decía lo siguiente: "Hace 400 años en Francia Michel de Nostradamus, conocido por sus profecías, dibujó dos escenarios para la última década del siglo XX y para la entrada al siglo XXI: un escenario de guerra y destrucción total; y un escenario de paz y progreso iluminado". Y agregaba: "Habiendo ya cruzado el umbral del nuevo siglo, podemos afirmar con sosiego, con alegría y con optimismo, que aquel terrible primer escenario no se materializó". (Texto en *LVII Asamblea Anual de Fedecámaras* / 349). Nada, en efecto, hacía presumir, cuando tales palabras fueron pronunciadas, los terribles hechos del 11S y sus consecuencias.

ese planteamiento con urgencia, dolor y angustia. No existe un marco preciso de referencia para lograr una claridad conceptual. Parecen haber brotado, como consecuencia de la inseguridad y la angustia, no tanto simplismos primitivos que sólo sirven para edulcorar posiciones escapistas o para alimentar irracionalidades (los polos de demencialidad de las dialécticas suicidas), sino muchas interrogantes que no poseen cabal respuesta en los esquemas del pasado inmediato (los que se delineaban a partir de la caducidad del mundo bipolar, que caracterizó casi toda la segunda mitad del siglo XX).

Pareciera que algunos de los moldes cultural-políticos, con una vigencia (mayor o menor) en todo el lapso que va desde la II Guerra Mundial hasta hoy, están patentemente en crisis. No pretendo hacer, por las limitaciones propias de una exposición de esta índole, un desarrollo con aspiraciones de agotar un tema cuya discusión sólo comienza. Mencionaré, sin embargo, algunos de ellos, cuyo cuestionamiento, a raíz del 11S, luce evidente. No se trata de afirmar que el 11S es la causa de su crisis. Eso sería, además de una inexactitud, una estupidez. Se trata de poner de relieve el qué o el cómo el 11S ha hecho más patente un proceso que estaba en desarrollo desde hace un cierto tiempo. Haré, por tanto, referencia al economicismo, al multilateralismo y al militarismo.

La crisis del economicismo

Antes del 11S había signos de recesión mundial. La tragedia ha mostrado el rostro esquivo de la bonanza. En las bolsas de valores más importantes la tendencia sigue siendo a la baja. Pareciera que el terrorismo sí puso en evidencia la crisis del economicismo. Basta leer las opiniones de Alan Greenspan (llamado por sus admiradores *magic Greenspan* y considerado el artesano del *milagro americano*) para entender que resulta muy difícil, por no decir imposible, después de nueve años de crecimiento ininterrumpido, bloquear eficazmente las tendencias económicas ya existentes hacia la recesión luego de un golpe tan brutal como el del 11S. La economía requiere ambiente de confianza. Hoy, en los Estados Unidos, impera una sensación psicológica colectiva de inseguridad y de temor. Eso empuja a la recesión, no a sortear con éxito los caminos que en su desorientación conducen a ella. Sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo de recesión sigue amenazando a Japón y Europa se esfuerza en la búsqueda de equilibrios forzados.

La afirmación anterior requiere precisiones. La crisis del economicismo no es la crisis del capitalismo o de la economía de mercado. Más allá de que gusten o no, sus técnicas de estructuración social se han mostrado eficaces y gozan, al parecer, de buena salud. Se entiende aquí por economicismo la postura reduccionista de algunos que veían o ven en los postulados económicos del capitalismo y en los supuestos individualistas de la economía de mercado una especie de nueva religión secular, sustitutiva de todo credo religioso o político. Más aún: que consideraba toda creencia religiosa o toda convicción política como antagónica al exclusivismo fideísta de carácter económico que postulaban. El absolutismo economicista llevado a tal extremo sólo otorgaba validez a la religión o a la política en cuanto le permitiera reafirmarse a sí mismo. El economicismo ha sido la más burda de las manifestaciones del immanentismo moderno y postmoderno. Era ese economicismo el que llevaba a un cierto extremismo liberal individualista a la absoluta puesta entre paréntesis de todo lo atinente a la fe religiosa y a la prédica (lindante con el anarquismo) tanto de la crisis irreversible del Estado-Nación como de la satanización de la política. Exigía, por ello, la sumisión de lo público y la dinámica de sus actores a los vaivenes del mercado. Después del 11S, esa posición comienza a quedar un poco desvaída. Lo económico sigue conservando su importancia. La realidad del capitalismo o de sus técnicas de estructuración social sigue estando a la vista. La economía de mercado rige, en mayor o menor medida, la globalización económica. Pero el economicismo no es ya (sino a los ojos de sus fanáticos, que también los tiene) una verdad apodíctica.

La crisis del economicismo, aflorada por el terrorismo, es la crisis del individualismo liberal. El individualismo de viejo cuño se muestra culturalmente gravemente herido. *Politica ancilla oeconomiae* [La política, sierva de la economía] *Defensio ancilla oeconomiae* [La defensa, sierva de la economía]. Esto decían los nuncios más extremos de un economicismo que veían en la globalización el cumplimiento de su profecía de bienestar y progreso incontenible. El fin de la guerra fría fue visto por ellos como un fenómeno determinadamente y deterministamente económico: había nacido su Nueva Arcadia, en la cual la exigencia humanista (como respuesta al vacío del mundo post moderno) quedaba postergada. Ya los simplismos del economicismo no podrán decirse más. Al menos, no con la arrogancia previa al 11S. Con todos los respetos a la *mano invisible* de Adam Smith, ella no regirá la dinámica básica en el diseño y consolidación de la nueva estructura tendente a dar garantía sólida de respeto a la humana condición,

a la libertad y responsabilidad de los seres de un mundo convulso. Aunque nadie ponga en duda que la nueva economía seguirá siendo caracterizada por aquel que Jean Gadrey llamó *neoliberalismo high-tech*².

La naturaleza de la persona impone, sacudiéndose el constructivismo de la modernidad, su lógica. *Oeconomia ancilla politicae* [La economía sirva de la política]. *Oeconomia ancilla defesionis* [La economía sirva de la defensa]. La servidumbre mencionada no es condición de minusvalía; es indicación de funcionalidad: La economía en función de la política; la economía en función de la defensa. No se niega, pues, la importancia de la economía. Se niega, sí, la pretensión de su absoluta primacía rectora, como desajustadamente se proclamó. No se trata, a mi entender, del regreso al *tutto è politica* de Gramsci. Se trata de un nuevo renacimiento de la *areté* ciudadana (la fortaleza virtuosa, ética, como soporte del existir comunitario) que está, desde los griegos, en las bases mismas de la concepción social y política del mundo de occidente.

Frente a lo acontecido, el economicismo no tiene otra respuesta que la afirmación fundamentalista de su propio dogma; teóricamente, no podrá llegar más que a llamar a una *sui generis* guerra santa contra todos aquellos que no compartan su visión de las cosas. Con tales tambores bélicos se sueña con la muerte de otros. Como si el desafío del siglo XXI fuera el exterminio de aquellos que no vean su panacea del pasado como panacea del futuro. Desde el IIS está claro que la muerte puede ser la de cualquiera. Hasta de los más inocentes. En cualquier parte. En el momento menos esperado. La *mano invisible* de Adam Smith no otorga, *per se*, lo que en el momento presente la humanidad civilizada anhela: seguridad y confianza en un ambiente político que garantice libertad y justicia, y, por ello, pluralismo, tolerancia y capacidad de convivencia. No se trata de una lucha a muerte entre diferentes racionalidades. Se trata de una lucha agónica de la racionalidad contra el irracionalismo. Aunque ello suene a deslinde maniqueo. Mucho de lo aberrante que se ha vivido es consecuencia de la irracionalidad manipuladora, vista en el pasado reciente con indiferencia, en cuanto se consideraba que estaba en pro de los designios de la *mano invisible*, considerada ésta como motor de la historia.

² Cfr. GADREY, J., *Le néolibéralisme high-tech*, en la publicación de *Le monde* de AA. VV., *Le bilan du monde*, París, 2001, p. 6.

¿Frente a qué y frente a quién?

Brota, pues, después del 11S, una exigencia de humanidad que frene la barbarie de la violencia y la malévola óptica de la fuerza y del miedo. ¿Que es el terrorismo? En términos sencillos puede responderse a la pregunta diciendo que es el uso del terror para destruir al enemigo o frenar e impedir su acción. Queda la imagen de la destrucción material después del 11S. Es imposible reflejar una imagen de la ruptura del equilibrio anímico. En la Guerra Fría se hablaba del balance del miedo. Ahora no hay balance: es el desbalance de la inseguridad. Inseguridad total. Enemigo sin rostro. En medio de una densa niebla se reciben los golpes y se intenta golpear.

Se acude a analogías impropias y a un lenguaje que refleja, en su misma imprecisión e inexactitud, la complejidad de lo inesperado, a lo cual, inevitablemente, hay que hacer frente, sin la posibilidad de postergaciones. En Pearl Harbor la simultaneidad del ataque y de la declaración de guerra pudo considerarse felonía, pero un Estado, el Japón, el Imperio del Sol Naciente, un sujeto de derecho, era el responsable. Pearl Harbor obligaba a la referencia directa a Japón. La reacción frente al ataque, en el marco de una guerra convencional tenía un objetivo preciso, un enemigo concreto. Ahora se avanza a tientas y pidiendo a Dios la reducción de los márgenes de error.

En el 11S se busca al responsable porque nadie asume la acción criminal. El sospechoso más directamente señalado dice que él no fue y pide que le prueben su culpa. Sus amigos del Talibán afgano y los imitadores del talibán del mundo entero piden lo mismo. Como nadie duda que Osama bin Laden dirige una vasta red internacional de terroristas sus palabras suenan a media verdad. Y la media verdad es más perversa que la total mentira. Además, ¿puede buscarse la racionalidad de la irracionalidad? ¿Puede preguntarse si es posible una racionalidad enferma? ¿No será mejor preguntarse por las motivaciones del fanatismo, presumiendo que no es una manera distinta de racionalizar el comportamiento humano, sino la aniquilación de toda racionalización llevada al extremo de la autoeliminación (que no auto-aniquilación)?. ¿Es el fanatismo suicida algo que hace impredecible e incontrolable (en la práctica) el fenómeno terrorista llevado a esos extremos? ¿Y en el caso del terrorismo no suicida? ¿Cómo debemos calificar en términos de conflicto el fenómeno que genera la actual crisis? ¿Son aplicables

al mismo los términos de *alta intensidad, mediana intensidad y baja intensidad*?

No es algo simplemente académico. Desde la academia existe, sin duda, el afán de dar respuesta racional, ética y política, a un fenómeno que desborda hechos y fronteras, para convertirse en el primer gran desafío a la retoma teórica y al empeño práctico a nivel planetario, de la dignidad intrínseca de la persona y de los pueblos en el ámbito del nuevo siglo y del nuevo milenio³.

¿Cuál es el rostro del terrorismo? Por *Time Magazine* y *El Nacional*⁴ sabemos de la rápida investigación de los cuerpos norteamericanos de seguridad sobre algunos de los terroristas suicidas del 11S y de su aparente jefe. Más que sobre los terroristas suicidas pareciera de interés para el análisis centrar la atención sobre aquella que aparece como la principal red del terror y su jefe político, militar y financiero.

De Osama bin Laden se sabe que, nacido en Arabia Saudita, se incorporó como joven combatiente, apenas cumplidos los 20 años, en nombre del Islam, a la lucha contra el invasor soviético en Afganistán. Esa lucha fue financiada por Arabia Saudita, a través de hombres de confianza como Osama bin Laden, y en la misma participaron, junto a los afganos, musulmanes llegados al área de conflicto desde todas partes del mundo (incluso desde EUA). Eso fue a principios de los 80 del siglo XX. Por entonces el maestro de Osama bin Laden, Abdullah Azzam, fundó un grupo, *Maldab al Khidmat*, del cual luego surgió la organización *Al-Qaeda* (La Base)⁵.

³ Un conocido analista y académico, vinculado a la comunidad norteamericana de inteligencia estratégica, Edward N. LUTTWAK no vacila en calificar de *revolucionario* el viraje que supone en la política exterior de los EUA otorgar la más alta prioridad a la lucha contra el terrorismo. Pone de relieve que esa lucha supone la formación de una nueva alianza antiterrorista de múltiples naciones, entre las cuales destacan, por su importancia mundial, Rusia, China, la India, los países de la OTAN y el Japón. Cfr. LUTTWAK, E. N., *New Fears, New Alliances*, en *The New York Times*, 2 de octubre de 2001.

⁴ Cfr. BEYER, L., *Osama bin Laden. El hombre más buscado del mundo*, en *Time / El Nacional*, Caracas, 22 septiembre 2001.

⁵ Se estima que *Al Qaeda* surge a comienzos de los 90, a raíz de los incidentes que dieron lugar a la presencia norteamericana en la zona del Golfo Árabe-Pérsico. En su década de existencia siempre ha tenido como cabeza a Osama bin Laden.

Osama bin Laden se convirtió en su principal sostenedor económico y fue adquiriendo progresivamente responsabilidades en las tareas de reclutamiento y capacitación de los combatientes. Fue el heredero natural de Azzam en la conducción de *Al-Qaeda*. Una década después, siendo ya una leyenda entre los luchadores islámicos antisoviéticos en Afganistán, vino su ruptura con la dinastía de los Abdel-Aziz al Saud (a quienes su padre debía el éxito financiero del *bin Laden Group*, encargado, entre otros grandes proyectos, de la restauración de los lugares santos del Islam).

En 1990 (invasión a Kuwait por Irak) y 1991 (Guerra del Golfo) vino la ruptura de Osama bin Laden con los gobernantes saudíes. Reprochó duramente a los Abdel-Aziz al Saud su alianza con los EUA y que autorizaran la presencia estable de fuerzas militares estadounidenses en territorio saudí. Para Osama bin Laden eso era una ofensa al Islam y algo contradictorio con la condición de *custodios de los lugares santos del Islam*, título oficial de los monarcas saudíes. Por su confrontación con los monarcas de su patria de origen bin Laden debió abandonar Arabia Saudita e instalarse primero en Sudán y posteriormente en Afganistán, donde recibió protección del Talibán. Éstos habían llegado al poder luego de derrotar a los soviéticos y a la fracción afgana rival. Entonces el hombre fuerte de Afganistán era un clérigo musulmán llamado Hassan Al-Turabí. De él tomó bin Laden la idea de derribar los gobiernos no puramente islámicos en el mundo árabe. Como respuesta a su radicalización creciente y siendo ya visto como un enemigo de la casa real, Arabia Saudita lo despojó de su nacionalidad ⁶.

De su tiempo de lucha antisoviética y de sus actividades en la organización *Al-Qaeda* adquirió gran prestigio y nexos personales con varios miles de militantes fanatizados, hoy diseminados en más de 60 países. La gran pregunta es: ¿cómo se financia tal red terrorista? La respuesta más clara, que cualquier venezolano entenderá, es la siguiente: aplicando en su medio y en alta escala lo que en el nuestro la guerrilla colombiana llama *la vacuna*. Un impuesto revolucionario que, en realidad, es una extorsión.

⁶ Del periplo de Osama bin Laden se sabe que entre 1989 y 1991 estuvo entre Afganistán y Pakistán; entre 1991 y 1996 estuvo en Sudán; en 1996 regresó a Afganistán, al conquistar el Talibán, en la guerra civil de Afganistán, la capital, Kabul. El máximo dirigente del Talibán era ya el mulá Omar.

¿Es sólo *Al-Qaeda* la red clave del terrorismo internacional? Se supone que no. Se habla de una complicidad más allá de las diversas fronteras entre numerosas organizaciones que usan o no descartan el terrorismo en el marco más amplio de una acción política. Piénsese en los expertos en demoliciones con explosivos de nacionalidad irlandesa, vinculados al IRA (*Irish Republican Army*) detenidos recientemente en Colombia. La hipótesis divulgada por las autoridades colombianas es que, además de entrenamiento en explosivos a cuadros seleccionados de las FARC para un posible escenario de guerrilla urbana en Colombia, esos ‘delegados’ del IRA estarían recibiendo información sobre la *joint venture* guerrilla–narcotráfico operante en Colombia a efectos de su posible aplicación en ese volcán, donde la locura terrorista del IRA es alimentada por el fanatismo terrorista protestante, que es el Ulster. Algunos de estos ‘delegados’ del IRA hicieron, en su trayecto a Colombia, escalas en Cuba y Venezuela.

Más allá de las conexiones que *Al-Qaeda* posea con otras organizaciones terroristas, lo que está fuera de discusión es su extensa vinculación con el régimen genocida imperante en Sudán (donde fue capturado en una operación comando Carlos *El Chacal* y donde impera un terrorismo de Estado dedicado a una singular *limpieza religiosa* –contra los cristianos– análoga a la aberrante *limpieza étnica* aplicada en Bosnia–Herzegovina por las fuerzas serbias de S. Miloscevic contra la población musulmana); y con el MNLF (*Moro National Liberation Front*) que, surgido de discrepancias intra musulmanas, encabeza en Mindanao contra el Gobierno de Filipinas, la obsesión, también criminal y separatista, de Abu Sayyaf ⁷.

Después del 11S Osama bin Laden es el prototipo del terrorista buscado por los EUA y sus aliados. Paradójicamente, lo que logró el horror del 11S fue dar mayor notoriedad a tal búsqueda. Como los propios medios de comunicación de los EUA habían informado poco antes del ataque terrorista a New York y Washington, todos los millardos de dólares gastados por los EUA en contra-terrorismo, después de los atentados dinamiteros contra las Embajadas norteamericanas en Kenya y Tanzania en agosto de 1998 y

⁷ Sector del MNLF que no aceptó el tratado de paz firmado en Malacañang entre el Gobierno Filipino del Presidente Fidel V. Ramos y el MNLF liderizado por Nur Misuari el 2 de septiembre de 1996.

contra el *USS Cole* en octubre de 2000⁸, habían resultado sin éxito aparente para responder a Osama bin Laden y la *Al-Qaeda*. Más aún: se informaba que la inteligencia de Pakistán no estaba ayudando en la búsqueda de tal objetivo a la inteligencia norteamericana⁹.

Huntington, ¿profeta?

Uno de los que predijo el fin del economicismo, aunque no se refiriera directamente a ello, fue Samuel P. Huntington. Lo hizo desarrollando una tesis que personalmente no comparto, pero que algunos han considerado profética después del 11S. Huntington publicó en el verano de 1993 *The Clash of Civilizations? [¿El choque de las civilizaciones?]* en *Foreign Affairs*¹⁰. Tres años después, en 1996, publicó el libro *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order [El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial]*¹¹. Ha sido el libro del 96 el que se ha convertido en referencia habitual de analistas y académicos casi inmediatamente después de la tragedia que afectó directamente a los Estados Unidos y sacudió la recta conciencia de las personas de cualquier latitud. En ese libro Huntington intentó plasmar correctivos a su planteamiento del artículo original. Mis referencias, ahora, serán al artículo de *Foreign Affairs*, el 93, más que al libro del 96.

Huntington planteaba que la fuente fundamental de conflictos en el mundo post guerra fría no sería primariamente ideológica o económica, sino cultural. El choque de las civilizaciones dominaría, así, la política global. El conflicto entre las civilizaciones vendría a ser la última fase en la evolución del conflicto en el mundo moderno¹². Mientras que las etapas de

⁸ En el atentado contra la Embajada de Nairobi (Kenya) hubo 213 muertos y 4.500 heridos; en el atentado contra la Embajada de Dar-es-Salam (Tanzania) hubo 11 muertos. Ambos atentados fueron en agosto de 1998. El atentado contra el buque *USS Cole*, anclado en el puerto de Adén, fue el 12 de octubre de 2000 y hubo 17 muertos y 40 heridos.

⁹ Cfr. GERECHT, R. M., *The Counterterrorism Myth*, en *The Atlantic Monthly*, julio-agosto 2001, pp. 38-42.

¹⁰ Cfr. HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations?*, en *Foreign Affairs*, Summer 1993, vol. 72, n. 3, pp. 22-49.

¹¹ Cfr. HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, 1996. Existe edición castellana: *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1997.

¹² Cfr. HUNTINGTON, S. P., *The Clash of Civilizations?*, cit., p. 22.

conflictos anteriores habían sido conflictos primarios dentro de la civilización occidental (las *guerras civiles de Occidente*, en expresión de William Lind), los conflictos entre civilizaciones serían otra cosa. Huntington entendía por *civilización* una *entidad cultural* que podía abarcar un gran número de pueblos (colocaba como ejemplo a China) o un número muy pequeño de pueblos. Las civilizaciones, en su dinamismo, poseen su auge y su caída, pueden fundirse o dividirse¹³.

El conflicto entre las civilizaciones, según la visión de Huntington, posiblemente ocurriría por la falta de líneas culturales de separación entre una civilización y otra. Para él, el mundo se ha convertido en un pequeño espacio y las diferencias entre las civilizaciones no sólo es real, sino básica. Los procesos de modernización económica y cambio social han contribuido a separar a los pueblos de sus identidades locales. Sin embargo, las características y diferencias culturales son menos mudables y resultan menos comprometidas que las características políticas y económicas. Huntington destacaba la importancia de los bloques económicos regionales, señalando que la misma continuaría en el futuro, pero ya en su enfoque no era lo económico lo determinante de la dinámica mundial, y, específicamente, de la dinámica de los conflictos¹⁴.

Visualizaba el choque de civilizaciones en dos niveles. En un nivel micro, en los grupos adyacentes a lo largo de las líneas no existentes de separación entre las civilizaciones en pugna, sin excluir la violencia en la búsqueda del control del territorio del otro. Y en un nivel macro, donde el escenario global estaría marcado por la competencia entre Estados de diferentes civilizaciones por el poder relativo económico y militar, luchándose por el control de instituciones internacionales y por la promoción de los particulares valores políticos y religiosos. Así, las líneas entre las civilizaciones venían a reemplazar las fronteras ideológico-políticas de la guerra fría, donde se producían en el ayer cercano los focos de crisis y los conflictos sangrientos. Toynbee había ya advertido la presencia relevante del choque de culturas y civilizaciones en el contexto de la guerra fría. No vacilaba Huntington en señalar el 93 que si el fin de la guerra fría había supuesto el fin de la cortina de hierro, y con ello la superación de la división ideológica de Europa, había resurgido con fuerza impensable la división cultural

¹³ Cfr. *ibídem*, pp. 23-24.

¹⁴ Cfr. *ibídem*, p. 25.

europea entre la Cristiandad occidental, por una parte, y la Cristiandad ortodoxa y el Islam, por otra¹⁵.

Huntington mostraba en sus consecuencias el carácter suicida del malthusianismo antinatalista, dogma del fundamentalismo secularista, impuesto internacionalmente por las naciones más industrializadas, usando a menudo los mecanismos de las estructuras multilaterales. Destacaba, en efecto, el crecimiento espectacular de población de los países árabes, particularmente en África del Norte. Esa era una de las causas del incremento de la migración hacia Europa occidental. La minimización de las fronteras internas para impulsar el desarrollo común había, además, contribuido al desarrollo, dentro de los países de la UE, de movimientos xenófobos y, también, al incremento del racismo¹⁶.

Usando terminología acuñada por S. Greenway, Huntington hablaba del *kin-country syndrome*, el síndrome del país-familia. Cuando grupos de Estados provenientes de una civilización se ven envueltos en una guerra con un pueblo proveniente de una civilización diferente, tratan naturalmente de apoyar a los miembros de su propia civilización. Así, el hecho de integrar una familia de pueblos reemplazaría, según él, a la ideología política en el tradicional balance de poder. Formar parte de una familia de pueblos venía a ser el nuevo criterio básico para la cooperación internacional y el establecimiento de alianzas y coaliciones¹⁷. En su opinión, un mundo de civilizaciones enfrentadas resultaba, por otra parte y de manera inevitable, un mundo de *double standards*: los pueblos aplican un *standard* para sus *kin-countries* y un *standard* diferente para los demás¹⁸.

Las diferencias entre las civilizaciones son reales e importantes; y, para Huntington, la conciencia de formar parte de una civilización era un fenómeno que, a fines del siglo XX, consideraba *in crescendo*. Los conflictos entre civilizaciones, sustituyendo las confrontaciones ideológicas y otras formas de conflicto, serían, por ello, en el futuro inmediato, la *forma global dominante del conflicto*¹⁹.

¹⁵ Cfr. *ibídem*, pp. 29-30.

¹⁶ Cfr. *ibídem*, pp. 31-32.

¹⁷ Cfr. *ibídem*, p. 35.

¹⁸ Cfr. *ibídem*, p. 36.

¹⁹ Cfr. *ibídem*, p. 48.

Seguirá abierta, después del 11S, la polémica que generó el artículo de Huntington en *Foreign Affairs* el verano del 93, continuada por su libro del 96. Si por la conducta del hegemon de la post guerra fría y sus aliados o por la reacción que ella genere se da cumplimiento histórico a su intuición, sin duda sugerente aunque cuestionable, el mundo de inicios del siglo XXI puede convertirse en un infierno.

La necesidad del diálogo entre las culturas

Más que centrar la discusión académica y política en una u otra de las observaciones de Huntington, o en ellas en su conjunto, pareciera que es necesario otro enfoque. La diversidad de las civilizaciones y culturas está clara. De la simple ponderación de sus antagonismos sólo surgirán hipótesis de confrontación. Se trata, por tanto, partiendo del respeto profundo a la humana condición, de facilitar, a pesar de las complejidades y dificultades, no sólo la coexistencia sino la convivencia respetuosa y la cooperación entre las civilizaciones y las culturas. Más allá de los acontecimientos que de manera inmediata han provocado y provoquen los atentados terroristas del 11S, pareciera necesario afirmar, a diferencia del análisis de Huntington, la necesidad del diálogo entre las culturas, si se desea un futuro de paz.

Ese diálogo y la necesidad de respeto y cooperación entre culturas diversas fueron planteados (una vez más, lo ha hecho en distintas ocasiones) por el Papa Juan Pablo II a comienzos del 2001. Fue en su Mensaje con motivo de la Jornada Mundial de la Paz el 1º de enero de 2001²⁰. Se intituló *Diálogo entre las culturas para una civilización del amor y la paz*. El Papa reconocía los riesgos y peligros que conlleva la convivencia forzosa entre culturas y civilizaciones diferentes. Llamaba al estudio de las culturas diferentes de la propia, a la identificación de elementos comunes, promoviendo el respeto mutuo. Para evitar que la diferencia degenerara en conflicto y confrontación permanente, Juan Pablo II señalaba que debían examinarse los principios éticos subyacentes en cada cultura, con plena conciencia de que la actualidad y validez de las culturas deben medirse por el grado en que ellas promueven la dignidad de la persona humana.

²⁰ Cfr. JUAN PABLO II, *Mensaje con ocasión de la Jornada Mundial de la Paz* (1º de enero 2001), Roma, 8 de diciembre de 2000.

El Papa no vacilaba en señalar que en Occidente se está prescindiendo aceleradamente (y a veces con no poca violencia a las personas y a los pueblos) de la raíz cristiana perceptible en la historia de su civilización. Así, un *fundamentalismo secularista*, nutrido de un individualismo radical y de un ateísmo práctico, promovido a través de poderosas campañas, ha producido en los modelos culturales occidentales “por desgracia y siempre con mayor evidencia, un progresivo empobrecimiento humanístico, espiritual y moral”²¹. Recordaba con fuerza el Santo Padre que una cultura que dice perseguir el bien de la humanidad eliminando a Dios “pierde la propia alma y se desorienta transformándose en una cultura de la muerte”²².

Destacaba el Papa que el diálogo entre las culturas, si se deseaba que fuese constructivo, requería un sincero y profundo respeto a la identidad de cada cultura. El diálogo no puede buscar, en el orden cultural, una forzada uniformidad u homogeneización. Para Juan Pablo II ese diálogo es “la convergencia de una multiforme variedad, y por ello se convierte en signo de riqueza y promesa de desarrollo”²³. El diálogo entre las culturas debe estar, pues, basado en la solidaridad y en la justicia. Y así, promoviendo la paz, es necesario afirmar y respetar el valor de la vida, porque “no se puede invocar la paz y despreciar la vida”. La educación –señalaba el Papa– es clave en el diálogo entre las culturas, en cuanto “promueve la comprensión del otro y el respeto a la diversidad”²⁴.

Después del 11S, cuando junto al dolor por las víctimas del atentado terrorista y ante la reaparición del espectro de la guerra un clamor de paz sacude al mundo, hay que recordar que, en palabras de la Escritura Santa, *opus iustitiae pax*²⁵, que la paz es obra de la justicia. Los planteamientos de Juan Pablo II en su *Mensaje con ocasión de la Jornada Mundial de la Paz* del 2001 poseen una extraordinaria vigencia. Ahora se trata no solo de responder a una agresión criminal, sino de cimentar sobre bases sólidas el futuro. Se trata de castigar proporcionalmente el ataque recibido y de prevenir la amenaza de nuevas agresiones de un enemigo guiado por un

²¹ *Ibidem*, n. 9.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, n. 10.

²⁴ *Ibidem*, Conclusión.

²⁵ *Is.*, 32, 17.

fanatismo irracional. Para esa prevención y para la solidez y durabilidad de una paz que todo el mundo ansia, la enseñanza pontificia de Juan Pablo II luce una vía segura e insoslayable.

Del mundo Bipolar a la incertidumbre

El choque de las civilizaciones, desde los escritos de Huntington en los 90 hasta hoy, ha adquirido más visos de apariencia que de realidad. Se presta a ello la dinámica posterior al desplome del mundo bipolar. El mundo experimentó en las décadas finales del siglo XX notables variaciones políticas. El orden internacional que había regido desde la II post guerra, el llamado orden post Yalta, resultó alterado de manera definitiva por el derrumbe del mundo socialista en 1989 y por la Guerra del Golfo en 1991.

El derrumbe del mundo socialista se operó en un proceso que suele ubicarse entre 1985 (liderazgo de Mihail Gorbachov en la URSS y 27 Congreso del PCUS; la *perestroyka* [apertura] y la *glasnost* [transparencia]) y 1989 (derrumbe del Muro de Berlín; cambio del orden político en la Europa Central y Oriental). Durante la Guerra del Golfo, en la llamada Cumbre de Helsinki, a comienzos del 91, se consideró clausurada formalmente la Guerra Fría, y, además, desapareció la URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas) surgiendo la CEI (Comunidad de Estados Independientes), cuyo componente principal y determinante es la actual Federación Rusa²⁶.

El mundo bipolar produjo un panorama internacional signado por dos grandes bloques político-militares y socio-económicos, agrupados en torno a las dos superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética. Esa estructura de bloques generó, a su vez, *teorías de seguridad* apoyadas, desde el punto de vista operativo, en *Tratados regionales de defensa* (como la OTAN, la SEATO o el TIAR, por una parte; y el Pacto de Varsovia, por otra); e *hipótesis de conflicto de baja intensidad* (los llamados *Low Intensity Conflict*, LIC). La estabilidad político-militar estuvo acompañada, durante la vigencia del mundo bipolar, por grandes *unidades*

²⁶ Uno de los enfoques más pesimistas acerca del futuro de la Federación Rusa, que considera incontenible su descenso de antigua gran potencia a una catástrofe social y a una irrelevancia estratégica, puede verse en TAYLER, J., *Russia is Finished*, en *The Atlantic Monthly*, mayo 2001, pp. 35-52.

económicas de homogeneidad relativa. Así, por ejemplo, al ámbito de la OTAN correspondía la Comunidad Económica Europea (CEE); y al ámbito de la SEATO la ASEAN, en el área de los países industrializados del Asia. Por su parte, al Pacto de Varsovia correspondía el CAME (Consejo de Ayuda Mutua Económica).

Después del derrumbe del Bloque Socialista en 1989 se abrieron paso *nuevas doctrinas de seguridad*. Éstas fueron elaboradas teniendo como base a *alianzas bilaterales privilegiadas*, en el orden económico-político (como, p. e., la alianza Estados Unidos-Arabia Saudita); y a hipótesis de *conflicto de mediana intensidad* (los llamados *Mid Intensity Conflict*, MIC, prototipo de los cuales fue la Guerra del Golfo)²⁷.

En el *mundo unipolar con una sola superpotencia de hegemonía político-militar indiscutible*, Los Estados Unidos, subsisten, sin embargo, las grandes *unidades económicas de homogeneidad relativa*. Esas grandes *unidades económicas de homogeneidad relativa* resultan, hasta el presente, tres: la América del Norte, liderizada por los Estados Unidos; la Unión Europea, cuyo factor más poderoso luce Alemania; y los llamados Tigres Asiáticos, encabezados por el Japón. Entre esas grandes unidades económicas no existe, por ahora, una confrontación, pero sí una abierta competencia con el control relativo de materias primas y de mercados. Esa competencia es tal que Huntington, en un artículo llamado *Los nuevos intereses estratégicos de los Estados Unidos*, publicado en 1991, llegó a plantear como contrarios al interés nacional de la única superpotencia del mundo unipolar el surgimiento potencial de un poder hegemónico en Eurasia y el poderío económico creciente de Japón y Alemania²⁸.

Huntington, en efecto, después de señalar que durante el período de guerra fría la estrategia política de *contención* fue acompañada de una

²⁷ Sobre las nuevas doctrinas de seguridad a raíz del fin del mundo bipolar, cfr., entre otros, KLARE, M., *Le banc d'essai des guerres de demain*, en *Le Monde Diplomatique*, enero 1991. También, respecto a Estados Unidos, cfr. CSIS / *Conventional Combat Priorities: An Approach for the New Strategic Era*, Washington, mayo, 1990; GRAY, A. M., *Defense Policy for the 1990's*, en *Marine Corps Gazette*, mayo 1990; VUONO, C. E., *Versatile, Deployable, Lethal*, en *Sea Power*, abril, 1990.

²⁸ Cfr. HUNTINGTON, S. P., *Los nuevos intereses estratégicos de EE. UU.*, en *Ciencia Política*, 24, Bogotá, 1991. El artículo es la versión castellana de *America's Changing Strategic Interests*, aparecido en *Survival*, 33 (1991 / 1), pp. 3-17.

estrategia militar de *disuasión*, no vaciló en calificar los cambios del panorama internacional de *desconcertantes*. Resumió, hace una década, tales cambios en tres grandes grupos:

- *Cambios que afectan al sistema*. Es decir, los cambios en la estructura de las políticas interior e internacional.
- *Cambios en la distribución del poder en el sistema internacional*. Por ejemplo, una sola superpotencia, los Estados Unidos; desmembramiento de la URSS y surgimiento de la Federación Rusa y de la CEI (con no pocos problemas internos); la Unión Europea, a partir de 1992.
- *Cambios en las relaciones entre países*. En el período de la bipolaridad las relaciones eran relativamente estables y claras. A su modo de ver, en el mundo post guerra fría, serían menos estables y claras; y, posiblemente, más ambivalentes: las opciones blanco-negro cederían su puesto a una amplia gama de grises.

La realidad geo-estratégica, desde el punto de vista político-militar, se presentaba, con la desaparición del mundo bipolar, con una confusión tendiente a la anarquía.

La crisis del multilateralismo

Antes del 11S la ONU contaba poco a efectos de la política exterior de los EUA y de las grandes naciones industrializadas. Más aún: los Estados Unidos veían a menudo la ONU como una piedra en el zapato de su política exterior. Kofi Annan, Secretario General de la ONU, había lamentado la posición de los Estados Unidos frente a la *Cumbre frente al Racismo y otras formas de Discriminación*, realizada en Durban (África del Sur). Con la posición de Estados Unidos en la Conferencia de Durban se identificaron, en mayor o menor medida, los países de la Unión Europea. Los desencuentros, pues, entre los Estados Unidos y la ONU eran (y son) más o menos patentes. Las prioridades de la política exterior de la potencia hegemónica están dadas por sus exigencias de seguridad nacional. Y el multilateralismo onusiano [de la ONU] no luce el instrumento ni el canal óptimo para su obtención o preservación.

El multilateralismo que luce en crisis después del 11S es el *multilateralismo global*, el signado más que por el pluralismo por la heterogeneidad. Una heterogeneidad en una compleja y múltiple estructura que permite la manipulación política de los pueblos y naciones por parte de cenáculos burocráticos que aplican un *fundamentalismo secularista*. El multilateralismo que buscan en la actual coyuntura los EUA es un multilateralismo *ad hoc* signado por la homogeneidad en el objetivo político. En este caso, por la común adhesión a la causa antiterrorista. Por eso pueden figurar y figuran como aliados operativos de los EUA países como Rusia y Francia, China y la India.

El antimultilateralismo de los EUA no es reflejo, pues, en este momento de un aislacionismo, sino una deseada y buscada selección de sus acompañantes. Otra cosa, en verdad, resultaría tan poco comprensible como poco eficaz. Tal pragmatismo o realismo provoca dinámicas ambivalentes. La seguridad nacional, concebida en términos de relaciones de poder, lleva a los Estados a buscar tanto poder como sea posible. Desde tal perspectiva, el expediente de la intervención militar no resulta nunca descartable; más aún, ella sería necesaria si el balance de poder está en peligro, o si la estabilidad regional o global se viera seriamente amenazada. Tal óptica no dejaba, en el pasado reciente, de generar serias interrogantes, porque el balance de poder parecía no ser, en la post-guerra fría, de índole primordialmente político-militar sino de índole político-económica; y la estabilidad sólo parecía poder lograrse en función de un nuevo orden mundial cuyas características aún no estaban definidas con claridad²⁹.

Todo antes del 11S llevaba un ritmo que, por comodidad semántica, podemos llamar normal. La reducción del perfil institucional de los Tratados Regionales de Defensa, se estimaba acompañada de una atención preferencial a las *alianzas bilaterales privilegiadas* en el orden económico-político³⁰. Se pensaba, sin embargo, que si las fórmulas de seguridad colectiva en el pasado (sobre todo en un breve lapso de la I postguerra,

²⁹ Cfr. RUDOLF, P., *The Strategic Debate in the USA. Implications for the American Role in Europe*, en *Aussenpolitik*, 2 / 93, vol. 44, Hamburg, pp. 111-119.

³⁰ Cfr. sobre las nuevas doctrinas de seguridad, KLARE, M., *Le banc d'essai des guerres de demain*, en *Le Monde Diplomatique*, enero 1991. Respecto a los Estados Unidos, cfr. CSIS, *Conventional Combat Priorities: An Approach for the New Strategic Era*, Washington, mayo 1990. También, ASPIN, L., *Discurso ante la US National Academy of Sciences*, 7 de

entre 1926 y 1929) llevaron, en procesos de crisis y de ajustes, a logros positivos para la estabilidad política y el desarrollo económico, podfa suponerse que en una coyuntura como la actual su aporte será análogo.

Esa hipótesis cambió o sufrió una tendencia al cambio de manera dramática a partir del IIS. No es que el multilateralismo global (estilo ONU) gozara antes de universal aprecio. Por el contrario, algunas posturas de los Estados del mundo industrializado (singularmente los EUA) eran, como queda dicho, muy críticos de la ONU. No objetaban y respaldaban las estructuras multilaterales regionales cónsonas con sus intereses estratégicos. Cuestionaban, en cambio, aquellas en las cuales su estructura y dinámica podía favorecer políticas consideradas adversas a su interés nacional. Así, los EUA dejaron de participar en organismos especializados de la ONU. El caso quizá de mayor relevancia fue su retirada de la UNESCO. De la retirada de la UNESCO a la retirada de la Conferencia de Durban va todo un arco de desencuentros, en el cual el rechazo al Consenso de Kyoto y a la Corte Penal Internacional no fueron temas secundarios. (Aunque no fueron decisiones irracionales o caprichosas).

A lo largo de las dos últimas décadas del siglo XX (principalmente en el mundo anglosajón) se produjo, además (y complementariamente), el planteamiento académico de la caducidad histórica del Estado-Nación. El final de la *Ronda Uruguay*³¹ y la sustitución del GATT [*General Agreement on Tariff and Trade*] por la OMC [Organización Mundial de Comercio] [*WTO, World Trade Organisation*] puso, sin embargo, de relieve que, más que la eliminación o sustitución del Estado-Nación, lo que se imponía era su redimensión. El Estado era y es una realidad. Más aún: una realidad necesaria si se quiere que exista un orden y no una anarquía en el ámbito internacional, tanto político como económico.

diciembre de 1993. Sobre la OTAN, cfr. *The Alliance's New Strategic Concept*, en *NATO's Review*, diciembre 1991. Resultan interesantes los estudios publicados en *Armed Forces & Society*, vol. 20, n. 3, primavera 1994; particularmente, DANDEKER, Ch., *National Security and Democracy: the United Kingdom experience*, pp. 353-374; SEGAL, D., *National Security and Democracy in the United States*, pp. 375-393; MARTIN, M. L., *National Security and Democracy: The Dilemma for the French Perspective*, pp. 395-421. Cfr. también el *survey de The Economist*, vol. 335, n. 7918, 10-16 junio 1995, intitulado *Defence Technology/The Softwar Revolution*.

³¹ Concluida en 1993, permitiendo la eliminación de muchas restricciones en el comercio internacional.

Hacia una nueva organización internacional

Hace falta una organización mundial. Nadie lo discute. La Sociedad de las Naciones tuvo breve y no exitosa vida. La ONU ha tenido una existencia más prolongada y de mayores logros. En las últimas décadas, sin embargo, se ha operado un progresivo abandono de los principios que le dieron vida, a raíz de la hecatombe de la II Guerra Mundial. Nadie duda de la necesidad de un orden internacional y de instituciones de carácter mundial que respondan a la sana finalidad de la armónica convivencia de personas, pueblos y naciones. Lo que se pone en duda es la capacidad de la actual ONU para responder, de manera apropiada y justa, a las necesidades de la persona humana y de las comunidades que ella, por su naturaleza social, pluralmente origina.

El 11S no causa la crisis de la ONU, pero sí la resalta. El debate sobre la manipulación política antihumana de la organización mundial posee ahora características de urgencia. Porque la manipulación deliberada de instancias onusianas [de la ONU] ha sido lesiva a la dignidad de la persona y de los pueblos y fermento de violencias terribles. Así, con respaldo de la ONU, (cuando no por su exigencia) se han adelantado políticas que no pueden recibir otro nombre que el de *terrorismo de Estado*. Quiera Dios que la revisión que impone el 11S lleve a rectificar de manera sustancial un rumbo equivocado que pretendía (y pretende), a través de la organización mundial, la globalización de un nuevo tipo de totalitarismo, similar al descrito novelísticamente por Ray Bradbury en *Fahrenheit 415*³².

Michel Schooyans³³ advertía a fines de septiembre de 2001³⁴ sobre álgidos puntos que había desarrollado más extensamente en uno de sus últimos libros³⁵. Es conveniente destacar algunos de ellos, así sea someramente, pues los hechos terroristas del 11S se producen en el momento

³² Cfr. BRADBURY, R., *Fahrenheit 415*, Barcelona, 1967.

³³ M. SCHOOPYANS es Profesor Emérito de la Universidad de Lovaina, Miembro de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales, Consultor del Pontificio Consejo Justicia y Paz y del Pontificio Consejo para la Familia. Su obra académica es numerosa y reconocida. Entre sus principales libros destacan *La dérive totalitaire du libéralisme*, Paris, 1995; y *L'Évangile face au désordre mondial*, Paris, 1997.

³⁴ Cfr. SCHOOPYANS, M., *La ONU y la Globalización*, servicio de la Agencia ZENIT, fechado en Lovaina el 29 de septiembre de 2001.

³⁵ Cfr. SCHOOPYANS, M., *La face cachée de l'ONU*, Paris, 2000.

culminante de una campaña onusiana [de la ONU] por identificar la globalización con una nueva visión del mundo y del lugar que el ser humano ocupa en él. Es el denominado *holismo*. “Esta palabra, de origen griego, significa que el mundo constituye un todo, dotado de más realidad y más valor que las partes que lo componen. En ese todo, el surgimiento del hombre no es más que un avatar en la evolución de la materia. El destino inexorable del hombre es la muerte, desaparecer en la Madre-Tierra, de donde nació”³⁶. Dentro de la visión immanentista y materialista del *holismo*, la Madre-Tierra o Madre-Gaia trasciende al hombre. Según el *holismo*, la *ley natural* no es ya la ley inscrita en la inteligencia y en el corazón de cada persona, sino la “ley implacable y violenta que la Naturaleza impone al hombre”³⁷.

Lo que Schooyans llama *vulgata ecológica del holismo* onusiano presenta al ser humano singular como un depredador y a toda población como depredadora. Por eso, desde tal óptica, la persona no cuenta y debe sacrificarse a los imperativos de la Madre-Gaia. Desde tal perspectiva enferma, ese es un sacrificio en función futura de la vitalidad, de la diversidad y de la belleza. Atendiendo a tal objetivo, los grupos rectores del *New Age* [Nueva Era] promueven en la actualidad en el seno de la ONU la llamada *Carta de la Tierra*. Esa *Carta*, según sus promotores, sustituiría a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* y, también, (necedad de la humana soberbia) al mismísimo Decálogo³⁸.

Para el *holismo*, que cuenta con recursos financieros abundantes y variado y extenso poder político, (recursos y poder de carácter transnacional y supranacional, que han logrado, en algunas áreas el respaldo de ciertos Estados-Naciones y de la estructura burocrática de importantes organizaciones internacionales), las religiones son un obstáculo que debe ser neutralizado eficazmente. El *New Age* obtuvo resultados en su favor cuando, con ocasión del Milenio, se realizó en New York, en septiembre del 2000, la *Cumbre de Líderes Espirituales y Religiosos*. En esa *Cumbre* se formuló una llamada a la unidad de las religiones que suponía la relativización absoluta de la creencia. Tal llamada estuvo acompañada por un compromiso de quienes lo suscribieron de velar por la salud de la Tierra y de

³⁶ SCHOOPYANS, M., *La ONU y la Globalización*, cit.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Cfr., *ibidem*.

todos los seres vivos. El *New Age* (cuyo fundamentalismo secularista permite calificarlo de nazismo redivivo) aspira a una *religión mundial única*, con la paralela prohibición a toda otra religión de hacer proselitismo para su fe. Para importantes sectores de la ONU la globalización debe alcanzar esa meta: no se limita a lo económico, político o jurídico, sino que debe abarcar el *alma global*. Como es de suponerse, el Cardenal Arinze³⁹, que representó a la Santa Sede en el encuentro de septiembre del 2000, no suscribió el documento final, que colocaba todo tipo de creencias en un plano de igualdad.

El orden mundial, para la ONU actual, que en muchos aspectos está en función del proyecto antihumano del *New Age* (que no excluye violencia contra personas y pueblos), ya no se fundamenta en las bases que le dieron existencia. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* cimentaba las relaciones internacionales en la extensión universal de los derechos humanos. Por la influencia de teóricos como John Rawls se prescinde ahora de reconocer tales derechos como *verdad* que se impone a todos y que exige que la dignidad de la persona sea reconocida y respetada por todos. Opera entonces lo que Jacques Maritain llamó el *fanatismo de la duda*⁴⁰. Se intenta imponer, por la vía del escepticismo radical, una concepción nihilista de la democracia, que supone un proceso de auto-aniquilación de la democracia misma⁴¹. Con el argumento de que no puede conocerse la verdad sobre la persona, se concluye que tal verdad no existe o que es imposible acceder a ella. El problema debe, por tanto, trasladarse del *qué* al *cómo*. Así, todo lo fundamental se reduce a cuestiones de procedimiento formal. Se escucha a todos y luego se decide. La fuerza de la decisión se coloca en un teórico consenso, buscado a través de la manipulación de los procedimientos con burocracias pretendidamente neutras. Por esa vía procedimental se aspira a aprobar y a respaldar compulsivamente el *nuevo derecho*. Singular 'derecho' que supone ignorancia de los derechos básicos de la persona, concepciones *contra natura* de la familia, la imposición forzada de legislaciones permisivistas del aborto y la eutanasia y el amplio desarrollo de políticas eugenésicas. Hitler estaría suma-

³⁹ El Cardenal ARINZE es originario de Nigeria y presidía el Pontificio Consejo para el Diálogo Interreligioso. Fue entonces cuando la Congregación para la Defensa de la Fe publicó la *Declaración Dominus Iesus*.

⁴⁰ Cfr. MARITAIN, J., *Utilidad de la Filosofía*. Madrid, 1962, p. 38.

⁴¹ Cfr. *ibídem*, p. 39.

mente contento al ver muchas de sus políticas impulsadas por el *New Age*, a través de la ONU. El nuevo nazismo, además, fiel a su estirpe totalitaria, no admite discrepancias. Quien se opusiese a las ‘convenciones’ previstas que se adoptasen ‘consensualmente’ en el marco manipulado de las estructuras de la ONU (p.e., quien se opusiese a la aceptación y cuasi exaltación de la homosexualidad, el aborto, la eutanasia, etc.), cualquier grupo religioso (y específicamente el catolicismo) podría (y debería) ser *excluido de la sociedad global y condenado* por la Corte Penal Internacional por *atentar contra los nuevos derechos humanos*. Todo esto, que luce fantasmagórico, era y es una triste realidad actualmente operante. El *New Age*, a través de diversas instancias de la ONU, pugna hoy por desplazar a la persona del lugar central que ocupa en las grandes tradiciones filosóficas, políticas, jurídicas y religiosas⁴².

Los variados multilateralismos

El reconocimiento de la vigencia del Estado Nación (reformulado) supuso, en las décadas finales del siglo XX un debate (todavía inconcluso) sobre la soberanía de los Estados y sobre los organismos internacionales. El anterior Secretario General de la ONU, Boutros Boutros-Ghali formuló el planteamiento de una *soberanía limitada*. No lo hizo en el sentido tristemente famoso de Leonid I. Breznev, luego de la invasión a Checoslovaquia, en 1968, por las fuerzas del Pacto de Varsovia liderizadas por la URSS (fue, en realidad, una invasión *soviética*). Señalaba Boutros-Ghali una realidad de consecuencias ya operativas como resultado de los reajustes post-guerra fría⁴³.

Las posturas más radicales del anti-multilateralismo norteamericano, (como p. e., las del influyente Senador Jesse Helms) habían reaccionado, mucho antes del 11S, exigiendo un *ultimatum* de los Estados Unidos a la ONU⁴⁴. No faltaron voces en el pasado que, en medio de sus dardos

⁴² Cfr. SCHOONYANS, M., *La ONU y la globalización*, cit.

⁴³ Cf. BOUTROS-GHALI, B., *Agenda para la Paz*, New York, 1992. Allí, entre otras cosas dijo: “el tiempo de una concepción absoluta y exclusiva de la soberanía ya ha pasado”. Y agregó, refiriéndose a la soberanía absoluta, de cuño rousseauiano: “Esa teoría nunca fue confirmada por las realidades: y los líderes de los Estados deben entenderlo”.

⁴⁴ Cfr. HELMS, J., *Saving the U.N.*, en *Foreign Affairs*, septiembre-octubre 1996, vol. 75, n. 5, pp. 2-7. En ese artículo su autor, decía, entre otras cosas, con tono deliberadamente agresivo, que el Secretario General saliente de la ONU (Boutros Boutros-Ghali) podía ser

irónicos, mostraban la preocupación norteamericana por la Unión Europea⁴⁵.

La actitud contra el multilateralismo, aparentemente sostenida tanto en el ámbito político como en el académico por la *élite* norteamericana, no tenía correspondencia en la *élite* europea. Valga citar, a modo de ejemplo, a dos autores alemanes. Gerd Langguth planteó enfáticamente la necesidad de la integración europea⁴⁶, afirmando la vía de la legitimación democrática y de la generación de una identidad de la UE⁴⁷. Karsten Voigt, por su parte, destacó el interés alemán en el multilateralismo⁴⁸, como instrumento potencial de poder político⁴⁹.

A raíz de los sucesos del 11S el multilateralismo onusiano [de la ONU] se mostró, pues, casi ausente, pero las discrepancias anotadas entre europeos y norteamericanos, propias de la década de los 90 del siglo XX, quedaron prácticamente archivadas. La ONU fue un escenario ignorado. Tuvo, por sí misma, poca o nula influencia en la dinámica política desatada por los atentados terroristas. En la segunda quincena de septiembre de 2001 la decisión más asombrosa de la ONU fue levantar las tímidas sanciones impuestas a una nación cuyo gobierno es paradigmático en

el último; que las Naciones Unidas usurpan el poder de sus miembros; que o la ONU se reforma dramáticamente (es de suponer que de acuerdo a lo que Helms percibe como interés de los Estados Unidos) o los Estados Unidos no debían seguir participando en ella. Cfr. en las pp. 4-6 una crítica demoledora de los gastos burocráticos de las Naciones Unidas.

⁴⁵ Cfr. , p.e., en *Foreign Affairs* correspondiente a septiembre-octubre 1996, vol. 75, n. 5, los artículos de SOROS, G., *Can Europe Work? A Plan to Rescue the Union*, pp. 8-14, en el cual hace referencia a las dificultades de la unión monetaria prevista en el Tratado de Maastricht; y de DORNBUSCH, R., *Euro Fantasies*, pp. 110-124. Por parte alemana, cf. en *German Comments*, julio 1996, 43, los artículos de BAUMEISTER, B., *The Euro as Stable as the Deutschmark*, pp. 51-57; y KÜHNHARDT, L., *Maastricht II: The German Debate*, pp. 58-66. Este autor no sólo se centra en la cuestión económica, sino que habla también de la dificultad de crear un interés europeo (pp. 59-60) y cómo Maastricht II supuso la repolitización de Europa.

⁴⁶ Cfr. LANGGUTH, G., *Time for a New Vision*, en *German Comments*, 42, abril 1996, pp. 43-56.

⁴⁷ Cfr. *ibídem*, pp. 45-46.

⁴⁸ Cfr. VOIGT, K., *German Interest in Multilateralism*, en *Aussenpolitik*, Hamburg, vol. 47, 2/96, pp. 107-116.

⁴⁹ Cfr. *ibídem*, p. 109: "Hoy Alemania y sus vecinos definen sus intereses multilateralmente".

las últimas décadas en la utilización del terrorismo de Estado: Sudán (*Jamhuriyat al-Sudan*). La suspensión se produjo sin que Sudán haya verdaderamente eliminado sus prácticas genocidas en el sur de su territorio contra la población cristiana. Valga recordar que la operación comando que colocó en manos de Francia a un terrorista internacional acusado de múltiples asesinatos, el venezolano Carlos Ilich Ramírez, *El Chacal*, se realizó en Jartum (Karthoum), capital de Sudán. Este asesino, condenado a cadena perpetua en Francia por sus *proezas revolucionarias*, no ha vacilado en manifestar su júbilo por los hechos de horror del 11S, considerando el ataque terrorista como un hecho laudatorio que vengaba su detención. Además, a comienzos de octubre, en el marco de la Asamblea General de la ONU, ha comenzado el debate que busca un consenso sobre *el qué* (debe considerarse terrorismo) y *el cómo* (debe combatirse) del tema que nos ocupa. Es verdad que la ONU, a través de la resolución 1267, se sumó a la condena internacional a Osama bin Laden por financiar el terrorismo internacional y por el sostenimiento de una red de campamentos de entrenamiento de terroristas; y que también pidió al régimen talibán la entrega de bin Laden para ponerlo en manos de la justicia. Es verdad que el Consejo de Seguridad [CS] aprobó la acción directa en Afganistán, iniciada el 7 de octubre, en la cual participaban casi todos sus miembros permanentes. Es prácticamente seguro, además, que la solicitud posterior de los EUA para actuar en otros países recibirá también el visto bueno del Consejo de Seguridad. Pero la condena de la ONU a Osama bin Laden fue vista, en ese momento, como rutinaria, forzada y tardía. La autorización del CS para la acción directa contra Afganistán se percibió como superflua (un auténtico saludo a la bandera: la ONU estaba frente a un hecho cumplido; se sumó porque los miembros permanentes del CS consideraron que era cosméticamente conveniente, o, al menos, no inconveniente).

La ONU, pues, ha dado toda la impresión de estar orillada en la dinámica desatada por los hechos del 11S. Tanto en la reacción de los Estados Unidos como en las de sus aliados, las manifestaciones de voluntad política siguieron, principalmente, canales distintos a nivel mundial. A nivel regional, los europeos hicieron funcionar con rapidez y de manera hasta entonces no vista las estructuras de la OTAN, Tratado de Defensa del Atlántico Norte, en el cual figuran conjuntamente tanto los países miembros de la UE como los EUA. Los miembros de la OTAN proclamaron, según el art. 5 del Tratado, (que indica que el ataque a un miembro es un ataque a todos) su solidaridad absoluta con los EUA.

Simón Alberto Consalvi⁵⁰ interpretó la acción de la OTAN como una camisa de fuerza, sensatez y de prudencia europea, impuesta a los EUA: *actúe, pero con nosotros*. No comparto tal visión. Pienso que los Estados de la UE actuaron atendiendo a sus peculiares realidades nacionales y conscientes de que lo ocurrido en los EUA podía ocurrir en cualquiera de sus propios territorios. En su Mensaje al Congreso el Presidente Bush fue claro y directo: las exigencias de los Estados Unidos no eran discutibles, no eran negociables y eran inmediatamente exigibles. La única Superpotencia, agredida y herida, deseaba saber con nitidez quienes estaban con ella contra el terrorismo y quienes con sus agresores⁵¹. En la organización hemisférica, la OEA, el lenguaje del Secretario de Estado, Colin Powell, no pudo ser más claro: en el órgano de consulta (la Reunión de Cancilleres, de Ministros de Relaciones Exteriores) el punto era la aplicación del TIAR (Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca); los EUA no solicitaban solidaridad, la suponían (quien no estuviera en esa tónica que lo dijera o que callase parecía siempre). Por más que el camino escogido generó asombro, teniendo en cuenta casi 20 años de práctica inexistencia del TIAR, no hubo sorpresas. Todos respaldaron. No hubo disidentes. Y, al margen de la OEA, Fidel Castro, desde Cuba, se dedicó a tan reiterada proclamación de antiterrorismo que, sin generar hacia su régimen la credibilidad y confianza que el anciano tirano desea, ha despertado más de una sospecha sobre si tan estridentes voceríos de ‘conducta pulcra’ no serán un curarse en salud *estilo caribeño* sobre la notoria mala conducta propia y de algunos de sus cómplices de casi medio siglo.

En el comienzo de la acción militar el 7 de octubre los EUA estuvieron acompañados por Gran Bretaña. Francia, a su vez, anunció también su participación directa. En lo que atañe a la Gran Bretaña, el Primer Ministro Tony Blair había presentado con anterioridad a la Cámara de los Comunes el Dossier de 21 páginas contentivo de las pruebas de inteligencia sobre la culpabilidad de Osama bin Laden y sus cómplices⁵².

⁵⁰ Cfr. *El Nacional*, Caracas, 16 de septiembre 2001.

⁵¹ Cfr. Texto completo en www.nytimes.com, 21 septiembre 2001. Versión castellana completa en *El Globo*, Caracas, 8 octubre 2001.

⁵² El Dossier fue presentado con anterioridad al Líder de la Oposición Conservadora y al Líder del Partido Democrático Liberal acompañado con las pruebas completas que, sin embargo, no fueron entregadas en sede parlamentaria por el gobierno. El Primer Ministro Blair subrayó que no se trata de evidencias procesales con las formalidades requeridas en

Los Estados Unidos, la hegemonía y la nueva doctrina militar

La consideración del punto lleva a la crítica de los sistemas de seguridad que el mundo ha conocido en los últimos cincuenta años. En lo que atañe a América Latina, hay que decir que el sistema de seguridad plasmado en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) se consideraba un cadáver insepulto desde el 82. El TIAR no impidió, en efecto, la alineación de la Cuba de Castro con el Bloque Soviético, en forma definitiva a partir de la llamada *crisis de los misiles* (octubre 1962); ni impidió la injerencia militar del Reino Unido contra la Argentina, con pleno respaldo de los EUA (lo cual evidenció la *otanización de su política exterior*) en el conflicto del Atlántico Sur, por las Malvinas, Sándwich y Georgias del Sur, en 1982. (En la reciente reunión de la OEA quien exaltó la vigencia del TIAR, para que no quedasen dudas de su posición, fue la Argentina).

Antes del 11S imperaba una perspectiva aislacionista que planteaba que, al no haber enemigo que discutiera su supremacía global, las alianzas para los Estados Unidos no eran ya más un beneficio sino un riesgo. Aparecían, entonces, las urgencias de la realidad hegemónica, de la cual se deducían presencias necesarias. Éstas, las alianzas y las presencias, después del 11S lucen imprescindibles para los EUA; pero, además, vista la fundamental posición de la OTAN y la menos fundamental posición de la OEA, las alianzas volvieron a ser, para la única potencia hegemónica, un beneficio para disminuir un riesgo que adquirió repentinamente, en su propio territorio, dimensiones monstruosas.

La desaparición del conflicto Este-Oeste no canceló, antes del 11S, para los sostenedores de la postura semi-aislacionista de los EUA, ni la presencia estelar en la política internacional ni la posibilidad de intervenciones militares. Pero, según ellos, los Estados Unidos debían conservar tanta independencia estratégica como fuera posible y tanta libertad de acción como fuese necesaria⁵³. Ello, a pesar de la búsqueda (exigencia) de

instancias tribunalicias, sino de evidencias logradas por fuentes de inteligencia, válidas para formar la sólida convicción de culpabilidad de bin Laden y sus cómplices. Blair aseguró que tanto él como sus ministros no tienen la menor duda acerca de la responsabilidad de los señalados por los hechos del 11S.

⁵³ Cfr. RUDOLF, P., *The Strategic Debate...*, cit.

alianzas después del 11S, sigue siendo un criterio vigente: el multilateralismo no será, para los EUA, una camisa de fuerza en la lucha contra el terrorismo que ha atentado contra su seguridad interior. En la medida en que fortalezca su posición, será bienvenido. En la medida en que la debilite u obstaculice, será ignorado o privado de sus potencialidades reales.

Finalizada la Guerra Fría se había hablado de una reducción de inversión fiscal y de volumen de efectivos de las fuerzas armadas de los Estados Unidos con incidencia directa en su presencia en la OTAN. Se había apuntado la posibilidad de una reducción de costos del aparato militar de los Estados Unidos en Europa, que lucía de grandes proporciones. El programa para los 90 contempló una reducción escalonada en un período de diez años (hasta el 2.000) de 31.000 millones de US \$ a 67.000 millones de US \$ en los presupuestos anuales. La reducción de tropas *in situ* se estimó entre 100.000 y 150.000 efectivos, hasta llegar a una cifra óptima de 40.000. Algunos consideraban, sin embargo, que el número ideal de soldados norteamericanos estacionados en Europa debiera ser mayor, ubicándolo entre 75.000 y 100.000⁵⁴. Todo eso, en la coyuntura actual, está siendo reconsiderado en beneficio de una repotenciación de la OTAN⁵⁵. Los aliados europeos son más confiables, operativos y eficaces que los aliados latinoamericanos o de cualquiera otra parte del mundo.

Con relación a la OTAN, ciertos analistas decían que la nueva estrategia militar de la Alianza Atlántica aún no había sido elaborada con detalle. Otros, por el contrario, consideraban que desde 1991 estaba definida una nueva concepción estratégica⁵⁶. En ella se insistía en los riesgos de la proliferación nuclear y se advertía sobre las tentativas de algunos países en desarrollo por adquirir armas de destrucción masiva (WMD, *Weapons of Mass Destruction*) —nucleares, químicas, bacteriológicas, misiles de mediano y largo alcance—; así como del uso que de tal armamento podrían hacer grupos terroristas. La OTAN propuso reforzar los mecanismos internacionales de prevención de la proliferación de armas de destrucción masiva, comenzando por el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares

⁵⁴ Cfr. WOYKE, W., *NATO Faces New Challenges*, en *Aussenpolitik*, 3 / 92, vol. 44, Hamburg, pp. 120-126.

⁵⁵ Cfr. BRIGOT, A., *L'euroatlantisme et l'odyssée de l'Europe de la défense*, en el vol. AA. VV., *L'état du monde*, Paris, 2000, pp. 38 y ss.

⁵⁶ Cfr. *The Alliance's New Strategic Concept*, en *NATO's Review*, diciembre 1991.

(TNP) y por el estímulo a las investigaciones sobre sistemas de defensa antimisilística⁵⁷.

Antes del IIS podían considerarse, desde mediados de los 90, sus principios básicos (lo que evidencia, sin duda, un cambio en la concepción del Tratado de la OTAN respecto a los años de la guerra fría) los siguientes: orientación puramente defensiva (entendiendo la defensa como tarea colectiva); estructuras militares integradas; y combinación de armamento nuclear con armamento convencional (altamente sofisticado). Evidentemente la aceptación de tales principios no servirían, sin más, para explicar la intervención (tardía) en la crisis de Kosovo.

Respecto a los Estados Unidos, de alguna manera en el *NSC-68 Memorandum*, cuya autoría principal se atribuye a Paul Nitze, se planteaba, en la etapa final de la guerra fría, la fórmula para lograr la hegemonía americana: una mezcla de "políticas imperiales" con "keynesianismo económico"⁵⁸, donde estaba diseñada una línea de acción con necesaria incidencia en las alianzas. Allí, en efecto, quedaron planteados, a efectos de los Estados Unidos, tres opciones: una militar y dos diplomáticas. Esquemáticamente, podían resumirse así:

1. Avance de la nueva tecnología militar, como vía para lograr una más barata superioridad.
2. Nueva relación con la URSS, para reducir costos.
3. Nueva relación con los aliados, para repartir costos.

A fines de 1993, luego de la desaparición de la URSS, los Estados Unidos avanzaron más en la definición de su nueva doctrina militar⁵⁹. Se adoptó, entonces, la iniciativa de lucha contra la proliferación de armas nucleares (DCI, *Defense Counterproliferation Initiative*) y se destacó "el nuevo peligro nuclear que supone un puñado de ojivas nucleares en mano de un Estado amoral o de un grupo de terroristas". A la vez, se

⁵⁷ Cfr. AGUIRRE, M., *Guerres de Civilisations*, en *Le Monde Diplomatique*, diciembre 1994, p. 25.

⁵⁸ Cfr. CALLEO, D. P., *Beyond American Hegemony*, New York, 1987, pp. 39 y ss.

⁵⁹ Cfr. ASPIN, L. *Discurso ante la US National Academy of Sciences*, 7 diciembre 1993.

estimulaba a las fuerzas armadas de los Estados Unidos a "realizar cambios de equipos militares para enfrentar nuevas amenazas"⁶⁰.

Siendo discutible la afirmación de que todo sistema plural sin un poder hegemónico resulta intrínsecamente inestable⁶¹, puede preguntarse si el sistema hegemónico posee una intrínseca dinámica de desintegración. Aunque todo orden para ser estable necesite una hegemonía, así sea una hegemonía compartida, la simple hegemonía no garantiza la existencia del orden. Ello quiere decir que puede darse hegemonía sin orden, pero no orden sin hegemonía. No parece que después del 11S los EUA aspiren a una hegemonía sin orden. Diera la impresión, sí, que aspiran a que el nuevo orden no sea directamente antagónico a sus intereses de seguridad y defensa. Y ello es comprensible.

A fines de los 90 del siglo XX la política de defensa de los Estados Unidos se había centrado en la defensa antimisilística. El llamado *Informe Rumsfeld*⁶², de julio del 98, generó una formal definición en tal sentido. En marzo de 1999 el Congreso norteamericano aprobó, por una aplastante mayoría (97 votos contra 3 en el Senado) la *National Missile Defense Act*, considerada el acta fundacional de la *National Missile Defense* (NMD), que busca un despliegue de protección antimisilística que cubriera todos los

⁶⁰ *Ibidem*. Según la *British American Security Information Council* (BASIC), la doctrina estratégica de los Estados Unidos está en concordancia con los proyectos del Reino Unido y de Alemania sobre contraproliferación y defensa misilística. Cf. *Counterproliferation. A Summary of Current Proposals. Memorandum of the Foreign Affairs Committee's Report into the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, BASIC, Washington-London, febrero 1994.

⁶¹ Cfr. CALLEO, D. P., *Beyond...*, cit., p. 129. Como este mismo autor indica, tanto el sistema de balance de poder como el sistema hegemónico sólo pueden ser estables "bajo circunstancias favorables" (p. 144).

⁶² El nombre completo de este informe conocido por el nombre del jefe del equipo que lo prepara es *Report to Assess the Ballistic Missile Threat to the United States*, Washington, 15 de julio de 1998. El mismo vio la luz después que Pakistán lanzara, el 6 de abril del 98 su misil *Ghauri*, seguido, el día 11 de ese mismo mes, por el misil *Agni II* de la India. El *Informe Rumsfeld*, enviado al Congreso, fue un toque de alarma sobre los riesgos de seguridad que corrían los Estados Unidos. Una semana después de su presentación, el 22 de julio, Irán hizo la prueba de su misil *Shabab 3*, y el 31 de agosto Corea del Norte inició la primera etapa de pruebas (estando previstas tres) de su misil *Taepo Dong*. Las conclusiones del *Informe Rumsfeld*, inicialmente calificadas de alarmistas, se mostraron, ante tal proliferación misilística, bastante objetivas y realistas.

Estados Unidos⁶³. El Senado de los Estados Unidos, a su vez, rechazó el 13 de octubre de 1999 el Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares (*Comprehensive Test Ban Treaty*, CTBT).

En abril del 2000 el *Congressional Budget Office* estimó en 29,5 millardos de US \$ la primera fase del NMD; y la segunda (prevista en dos tiempos) en 84,4 millardos de US \$. El 31 de mayo del 2000, Clinton propuso extender la NMD a los aliados de los Estados Unidos⁶⁴.

En la cumbre entre Clinton y Putin, realizada en Moscú el 4 y 5 de junio del 2000, se llegó a una *declaración conjunta sobre los principios de estabilidad estratégica*. Esta declaración confirma el *Anti-Ballistic Missiles Treaty* (el llamado *tratado ABM*), como elemento clave de la estabilidad estratégica⁶⁵. La declaración preveía el reinicio de las negociaciones *Start III* (sobre posible reducción de cabezas nucleares. El *Start II* fue firmado en enero de 1993 y sólo fue ratificado por la Duma de Estado Rusa en la primavera del 2000).

Tales negociaciones entraron en punto muerto con la nueva Administración norteamericana desde inicios de 2001. El nuevo Presidente de los EUA, George W. Bush, había subrayado, antes del 11S, de manera fuerte, el unilateralismo. Además de sus reservas sobre la política de la ONU sobre temas ambientales, el gobierno de G. W. Bush, en sus conversaciones con el liderazgo de la Federación Rusa, encabezado por V. Putin, expuso la decisión norteamericana de llevar adelante la versión de la Guerra de las Galaxias Siglo XXI (*Star War XXI*), consistente en el desarrollo del escudo de defensa antimisilística, en prevención de los peligros señalados en el *Informe Rumsfeld* en 1998. Se entiende, así, que no por azar se produjo la designación de Donald H. Rumsfeld como Secretario de Defensa en el mismo inicio del nuevo gobierno⁶⁶.

⁶³ Cfr. *RAMSES 2001 [Rapport Annuel Mondial sur le Système Economique et les Strategies]*, Paris, 2000., pp. 240-241. El *Informe Rumsfeld* señalaba como riesgos reales para los Estados Unidos los misiles de Corea del Norte y de Irán a partir del 2003; y a partir del 2008 los de Irak.

⁶⁴ Cfr. *RAMSES 2001*, cit., p. 241.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁶⁶ Donald H. Rumsfeld fue el Secretario de Defensa más joven, a los 34 años, con el Presidente Gerald Ford. Ahora, con el Presidente George W. Bush, es el integrante de mayor edad del gabinete.

Junto a un resurgimiento del unilateralismo en los Estados Unidos, la declaración de Moscú recogió la preocupación rusa sobre un posible abandono por parte americana del Tratado ABM. No logra, sin embargo, eliminar la idea prevalente en Norteamérica de que la NMD preserva la libertad de acción de los Estados Unidos y su recurso a la fuerza contra cualquier Estado enemigo dotado de armamento nuclear⁶⁷.

El drama político posterior al 11S radica principalmente en que el recurso a la fuerza sólo está planteado secundariamente contra Estados, pues primariamente la confrontación bélica ha sido declarada contra el terrorismo internacional. Mayoritariamente se considera, sin embargo, que un ataque de la complejidad del realizado el 11S difícilmente pudo ser realizado sin el apoyo directo o indirecto de algunos Estados no democráticos, habituados a su propio terrorismo de Estado y al estímulo de todo tipo de locuras fanáticas y asesinas. Ello explica la acción contra Afganistán iniciada el 7 de octubre.

Defensa Europea⁶⁸

Se considera que la política europea de seguridad y defensa (PESD) hizo en los últimos años del siglo XX más avances que en el medio siglo precedente. Las nuevas instituciones, aprobadas en el Consejo de Colonia en junio de 1999, deben estar en pleno funcionamiento desde comienzos del 2001, con un efecto multiplicador. Los integrantes de la Unión Europea están de acuerdo hoy sobre una serie de objetivos básicos, entre los cuales pueden mencionarse:

- La UE debe disponer de una verdadera capacidad militar. De 50.000 a 60.000 hombres para la acción directa más el conjunto de fuerzas de apoyo necesarias.
- Los 15 deben armonizar sus programas militares
- Cada país debe realizar una contribución militar adecuada.

⁶⁷ Cfr. *ibídem*, p. 254.

⁶⁸ Tomo los datos del vol. *RAMSES 2001*, (en la crónica firmada con las iniciales J.H., intitulada *Défense européenne. Entre atlantisme et européisme*), cit., pp. 242-244.

- Es necesaria la participación de los miembros de la OTAN que no son miembros de la UE.
- Cuando la OTAN o los Estados Unidos no quieran comprometerse, la UE debe tener capacidad autónoma de toma de decisiones políticas y de realización de operaciones militares.

En el Consejo de la UE realizado en Colonia en junio del 99 se buscó establecer relaciones institucionales definitivas entre la UE y la OTAN. La UE buscó, en efecto, la superación de la división interna de sus miembros entre atlantistas y europeístas. Un ejemplo típico de las divisiones que subsisten en el seno es el de las posiciones ante las misiones eventuales. "Tres opciones son posibles: OTAN sola; UE con los medios de la OTAN (la llamada opción *Berlin plus*); UE sola. Los atlantistas, desde una óptica esencialmente militar, estiman que las dos primeras son las únicas fórmulas planteables, mientras los franceses, en una problemática más política, dan a entender que las dos últimas constituyen el objetivo a lograr. Ante la disyuntiva de saber si la UE dispondrá algún día de una capacidad *realmente autónoma* respecto a los Estados Unidos, los atlantistas dicen implícitamente 'no'; los europeístas, explícitamente 'sí' "69.

La anatomía del desastre

El 11 S fue un desastre que supuso la muerte de miles de víctimas. Tanto ellos como el liderazgo y el ciudadano común de los EUA ignoraban quien les agredía. No fue un desastre natural. Fue un desastre criminal con evidente relieve político y militar. Política y militarmente es necesario entender los desastres y analizar sus fallas⁷⁰. El 11S fue un desastre terrorista. El terrorismo como enemigo fue perverso: quiso y logró, al costo de suicidas voluntarios, poseídos de un fanatismo demencial, golpear contundentemente símbolos del poderío económico y militar de los EUA. El 11S se produjo una situación anómala: no fue que una situación de guerra generó un tipo de desastre, sino todo lo contrario: ha sido una situación de desastre provocado la que ha generado un *sui generis* tipo de guerra. Ese tipo de guerra *sui generis* provoca a la mentalidad más militar que política una

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 243.

⁷⁰ Cfr, COHEN, E. A. y GOOCH, J., *Military Misfortunes. The Anatomy of Failure in War*, New York / London, 1990, pp. 5 y ss. y 29 y ss.

cierta perplejidad. No en vano una de las características de la mentalidad profesional castrense es la de ser necesariamente poco imaginativa, necesitando esquemas organizacionales dentro de los cuales, por hábito, analiza, formula opciones, toma decisiones y procede operativamente⁷¹. Desde una óptica castrense, por tanto, cuando hay grandes desastres, más que pensar en fallas individuales, debe pensarse que la causa de ellos está en todo un entramado institucional. Las instituciones o sus fallas son las responsables. ¿Cuáles fueron, en los hechos del 11S, las fallas de esa índole? En una sociedad abierta con las características de la sociedad norteamericana ese debate se dará en el futuro. Posiblemente se detecte una acumulación de causas, que irán desde deficiencias técnicas hasta optimismos o confianzas fuera de lugar. Pero la crítica del 11S no puede quedarse en el simple análisis de lo ocurrido. Las conclusiones deben llevar a la superación de una frágil posición. No pueden apuntar solamente a la adaptación colectiva a situaciones de cambio e incertidumbre. Si no, en vez de ver en la tragedia una oportunidad de aprendizaje y superación, en medio del dolor se daría al terrorismo el éxito de haber mentalmente reducido toda oportunidad al rango de catástrofe potencial.

La crisis del militarismo

Lo que se quiere políticamente debe adecuarse, en las crisis como la que se vive después del 11S, a lo que militarmente se puede. El Presidente Bush ha hablado como quien puede hacer. Ha hablado en nombre de una nación con reconocida capacidad de actuar. Sus palabras ante el Congreso no lucieron sólo como una posible amenaza, sino como una intimidación actual, presente, a la eliminación del terrorismo. Ese discurso significó el señalamiento de un fin político, mostrando a éste como el adecuado a las necesidades de su país y al poder estratégico actual de los EUA.

Desde el domingo 7 de octubre, con la acción puntual sobre Afganistán, esas palabras tienen traducción en hechos de respuesta bélica. Es sólo el comienzo. Este tipo *sui generis* de conflicto está previsto con tres rasgos diferenciales: 1. Ser de mediana o larga duración (No ser una acción signada por una rápida operación quirúrgica, tipo Guerra del Golfo, en 1991); 2. Tener escenarios múltiples, donde el fenómeno terrorista esté, tenga apoyo o actúe (Sus escenarios pueden irse presentando en variadas

⁷¹ Cfr. *ibídem*, pp. 12-13.

áreas geográficas); y 3. Poseer, en magnitud hasta ahora no vista, operaciones encubiertas (El elenco de organizaciones terroristas señaladas como tales por los EUA lo explica).

Si se me permite una consideración histórica, la posición asumida por Bush es la reafirmación de una posición derivada de Clausewitz ("La guerra es la continuación de la política por otros medios"⁷²), que supone, paradójicamente, la cancelación del militarismo. El militarismo es el cáncer de la correcta vida militar. Así como el economicismo era una deformación patológica de la importancia de la economía, el militarismo es una deformación patológica de la importancia de lo militar.

El militarismo supuso y supone siempre (desde el pretorianismo de la decadencia romana del Bajo Imperio hasta Ludendorff y Hitler) que la política se subordina, considerada globalmente, a la preparación y conducción de la guerra. El darwinismo social de los militarismos encuentra en los fenómenos bélicos deliberadamente preparados la vía de la selección natural de los pueblos. De tan aberrante óptica existen no pocos ejemplos históricos. ¿Cuál es la relación entre terrorismo y militarismo? El terrorismo es una forma degenerada del militarismo. Su fórmula final y más abyecta de degeneración. Fórmula degenerativa, en cuanto ya no es militarismo de Estado, sino de los fantasmas, de las utopías, de los fanatismos, de las intolerancias, capaces de demoler, de destruir, de asesinar, pero no de planificar y construir un mundo cónsono con la dignidad de la vida humana.

Según la fórmula de Clausewitz, lo bélico está subordinado a la política. En el militarismo ocurre lo contrario. Cuando Bush plantea la lucha contra el terrorismo como una guerra en la cual no caben cómodas o cómplices neutralidades⁷³, está entendiendo, como Clausewitz, que la guerra está en función de la política y no a la inversa. Para la llamada escuela realista, la destrucción de las fuerzas adversarias y la victoria militar se justifican, en una guerra, en función del fin político. Éste es el predominante. Una estrategia sólo militar carece de racionalidad, vista en términos amplios. Es, así, la razón política la que dicta la pauta, incluso en el desarrollo de un conflicto.

⁷² CLAUSEWITZ, K. von, *Della Guerra*, (I, 1, 24), Milano, 1997, p. 38.

⁷³ En su Mensaje al Congreso del 20 de septiembre; criterio ratificado en su Mensaje del 7 de octubre, al informar del inicio de acciones bélicas en Afganistán.

Otra de las paradojas que se presentan a la consideración teórica del 11S es que la concepción marxista-leninista de la guerra no es radicalmente antagónica a la visión de Bush. La concepción marxista-leninista es, en este punto, clausewitziana. La variante leninista está en la conexión de la lucha de clases con el devenir histórico. Aspecto interesante, éste, porque para un marxista-leninista la guerra verdadera no es una guerra entre Estados, sino una guerra entre clases: entre explotadores y explotados. Visión dicotómica. Maniqueísmo al uso que, con otros continentes pero con semejantes contenidos, se encuentra en la simplificación patológica del enfoque terrorista de la guerra. Se dirá que el planteamiento de G. W. Bush (con los EUA contra el terrorismo o con el terrorismo) es también un planteamiento maniqueo, de dicotomía simple o simplista. Visto como reacción, será mejor decir que el simplismo planteado por el agresor lleva, estratégica y tácticamente, a un deslinde total. Blanco o negro. Poco o nulo espacio a una gama de grises. O, si se prefiere, la gama de grises no tiene franja propia sino que, según la tonalidad, en esta circunstancia, se ubica ineludiblemente en la franja clara o en la oscura. Como el poder no es divisible, el hegemon actual, los EUA, consciente de su hegemonía y procurando preservarla y proyectarla, plantea el reto como lo ha planteado, exigiendo adhesiones inconfundibles; y alianzas no retóricas, sino fácticas, operativas.

Las interrogantes dentro del Gobierno de los EUA

La situación interna del gabinete de guerra dentro del Gobierno Bush dista de ser una balsa de aceite. Existen, al más alto nivel, discrepancias de no menor cuantía. Mientras el Vice Presidente Dick Cheney y el Secretario de Defensa Donald Rumsfeld son opuestos a la *Convención internacional para la interdicción de armas nucleares y biológicas*, el Secretario de Estado Colin Powell es favorable a ella (y su postura es conocida con mucha anticipación a los hechos de terror del 11S). Si el enemigo utilizara armas de ese tipo podría provocar en los EUA, en una sola jornada, no 6 mil sino 600 mil muertos. La evolución tecnológica permite a pequeños grupos guiados por el fanatismo y la demencialidad, como los terroristas, violar en escala hasta ahora no vista la soberanía de las naciones⁷⁴.

⁷⁴ Cfr, WRIGHT, R., *America's Sovereignty in a New World*, en *New York Times*, 24 septiembre 2001.

El terrorismo del 11S buscaba desmoralizar, dividir, atemorizar, paralizar; provocar, en síntesis, el deslizamiento hacia lo que el diario egipcio *Al Akhbar* denominó 'el tiempo del colapso americano'. Frente a los pavorosos hechos de esa jornada Pete Du Pont se preguntaba ¿por qué? y ¿qué hacer?. Respecto a la primera interrogante se respondía: No fue por dinero. Quizá por publicidad. No hubo, de parte de los terroristas, demandas a otras naciones. Quizá los terroristas tienen resentimiento por el éxito de una relativamente joven Norteamérica. (Du Pont cuenta que una vez, en Irán, le dijo un interlocutor local: *Mi país tiene 2.500 años de existencia. ¿Cuántos tienen Uds.?*). Respecto a la segunda, apuntaba a un amplio espectro de tareas: Cambios en los aparatos de inteligencia; expansión de las operaciones encubiertas; protección del sistema de comunicaciones y satélites, Internet y redes telefónicas, etc. Lo más urgente, en su opinión, es la revitalización de la economía⁷⁵.

El terrorismo del 11S señala un cambio global a comienzos del siglo XXI. Un cambio como el que supusieron (para mal) el comunismo soviético y el nazismo alemán a poco de iniciado el siglo XX. Como escribió Pete Du Pont, cuando los bárbaros están a la puerta no se puede volver atrás. Es necesario un esfuerzo, decidido y masivo, para impedir que ataques como el del 11S generen una dinámica diabólica orientada a la destrucción de la civilización. Los americanos ya sabían por experiencia que la guerra abierta es una sucia y extenuante batalla; pero después del 11S tienen que aprender que repeler a los bárbaros es una ineludible pero desagradable tarea⁷⁶.

Me parece que nadie sensato pone en duda el *deber* de neutralizar el terrorismo internacional, incluso mediante el uso de la fuerza⁷⁷. Todo el mundo desea, sin embargo, que la ejecución inmediata de la política antiterrorista no vaya acompañada de represalias indiscriminadas y que se remuevan, en pro de la paz, los motivos que alimentan el terrorismo⁷⁸. Desde el mediodía del domingo 7 de octubre sabemos que la acción de

⁷⁵ Cfr. DU PONT, P., *Barbarians at the Gate*, en *The Wall Street Journal*, 24 septiembre 2001. Ante el título de este artículo resulta casi forzosa la evocación del conocido poema de C. P. CAVAFY (1863-1933) *Esperando a los Bárbaros*.

⁷⁶ Cfr. *ibídem*.

⁷⁷ Cfr., en tal sentido las declaraciones del Cardenal RUINI, fechadas en Roma el 25 de septiembre, en el servicio noticioso de la Agencia ZENIT del 30 de septiembre de 2001.

⁷⁸ Cfr. sobre el derecho a la legítima defensa, el *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1992, n. 2308; y sobre la acción militar, *ibídem*, n. 2309.

respuesta al terrorismo ha comenzado. No sabemos cuál será su itinerario ni cuándo terminará.

El panorama, pues, no resulta fácil ni simple. Estados Unidos no podía no actuar y sólo podía actuar como ha actuado. Paradójicamente, su actuación, incluso en la hipótesis de que se vea coronada por el éxito, puede significar el comienzo del fin de su hegemonía. Al menos de la hegemonía que exhibió como prototípica de la postguerra fría hasta el terrible 11S01. Pero mientras ello ocurre, mucho tiempo real puede pasar y muchas cosas pueden darse. Un proceso de cambios, de cambios profundos, está en marcha.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VIGENCIA ACTUAL DEL PENSAMIENTO POLÍTICO DE SIMÓN BOLÍVAR*

Hermann Petzold-Pernía

Les utopies ne sont souvent que des vérités prématurées.

(Lamartine)

Son laudables ciertamente hombres que anhelan por instituciones legítimas y por una perfección social; pero ¿quién ha dicho a los hombres que ya poseen toda la sabiduría, que ya practican toda la virtud, que exigen imperiosamente la liga del Poder con la justicia? ¡Ángeles, no hombres pueden únicamente existir libres, tranquilos y dichosos, ejerciendo toda la Potestad Soberana!

(Bolívar)

El mundo actual, desde aun antes de iniciarse la Segunda Guerra Mundial, se ha venido caracterizando por una creciente violencia que ha llevado al exterminio masivo de personas no solo mediante guerras internacionales o civiles, sino a través de actos de gobiernos, cuyos funcionarios han ordenado la eliminación de cientos o miles de personas (genocidio), y de acciones de grupos particulares, que guiados por motivaciones religiosas, ideológicas, raciales, etc., y en nombre de éstas, o de una pretendida «revolución» apelan al terrorismo justificándolo con supuestos ideales o una filosofía, lo que le permitió a Albert Camus decir pertinentemente, hace muchos años, que «su coartada es irrefutable: es la filosofía la cual puede servir para todo, aun para cambiar a los asesinos en jueces»¹.

Coetáneamente, pero, en especial, durante los últimos años, el concepto de soberanía de los Estados ha venido sufriendo progresivas limita-

* Ponencia elaborada para ser presentada en el I Congreso Internacional de Pensamiento Latinoamericano: “La Construcción de América Latina” (San José de Pasto-Nariño-Colombia, 19-24 de noviembre de 2001).

¹ CAMUS, Albert; *L'homme révolté*. S/l. Gallimard, 1951; p.13.

ciones que exigen una nueva comprensión e interpretación de las relaciones inter e intra estatales, dado que a la vez que las relaciones económicas y financieras y las telecomunicaciones se mundializan –acompañadas con la simultánea aparición de una heterogénea gama de opositores, violentos unos, pacíficos otros–, surgen también nuevas relaciones de subordinación entre los gobernantes y gobernados en la mayoría de los Estados del orbe, en las que juegan un significativo rol la doctrinas contemporáneas sobre los derechos humanos fundamentales, promovidas en el seno de la comunidad internacional. Así, pues, como recientemente exponía el filósofo alemán Jürgen Habermas, la “cuestión de la seguridad internacional en la era de los misiles nucleares, así como la restricción de los márgenes de acción nacional, por el impulso de los mercados financieros que un capitalismo transnacional ha permitido globalizar, todo esto ha modificado profundamente la configuración que existía hasta aquí. *De facto*, las relaciones internacionales entre Estados nacionales actuando de manera autónoma se han ya, ellas también, desde hace tiempo, transformado para constituir una red transnacional densa en la cual entran las organizaciones, las conferencias permanentes, las cumbres, las prácticas, los procedimientos, etc. Las fronteras territoriales que antes se vigilaban de manera neurótica se han vuelto porosas. La política exterior clásica no existe más. La política exterior se confunde con la política cultural, la política económica, al mismo tiempo que se desvanecen las fronteras entre políticas interior y exterior.

“Paralelamente, el marco normativo del derecho internacional se ha también transformado después de los Tribunales de Tokio y de Nuremberg y desde la fundación de la ONU. Como consecuencia de la criminalización del régimen nazi, los sujetos del derecho de gentes (los Estados y los gobiernos, *Ndt*) han perdido la presunción de inocencia que les era otorgada hasta ese momento. La Carta de las Naciones Unidas ha creado nuevas calificaciones (guerra de agresión, crimen contra la humanidad) y abierto nuevos espacios de intervención humanitaria. Sobre esta base, la política de los derechos del hombre conducida por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por el Consejo de Seguridad, y la jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya –que debe en adelante transformarse en un verdadero tribunal penal– han también sensiblemente restringido *de jure* la soberanía de los Estados individuales”².

² *Entretien avec Jürgen Habermas* (trad. del alemán por Christian Bouchindhomme), en *Le Monde de l'éducation*, París, SA Le Monde, No. 290 (mars 2001); p.19.

Ahora bien, América Latina no puede ni debe ser ajena a los acontecimientos y fenómenos arriba indicados, que interpelan a todos sus habitantes, por lo que, teniendo en cuenta el referido contexto, cabe preguntarse si tiene sentido dedicar tiempo y esfuerzo al análisis de las concepciones políticas del Libertador Simón Bolívar (1783-1830) expresadas fundamentalmente tanto en el *Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura, el 15 de febrero de 1819*, día de instalación del *Segundo Congreso Nacional de Venezuela*, y en el proyecto de Constitución que acompañó dicho discurso, sometido a consideración del mismo, como en el *Mensaje y el Proyecto de Constitución para la República de Bolivia* (1826).

A mi juicio, dicho análisis es pertinente, ya que vivimos en una época en que las principales ideologías que dominaron las mentes y los corazones de millones de hombres y mujeres a finales del siglo XIX y durante buena parte del siglo XX e inspiraron la instauración de varios regímenes políticos, algunos de los cuales sumamente opresivos (afortunadamente hoy desaparecidos en su casi totalidad), han aparentemente muerto o al menos han sido abandonadas en el desván de la historia, razón por la cual vale la pena investigar la real significación y la trascendencia que puedan, aún en la actualidad, tener las concepciones políticas de un hombre que murió al final de la tercera década del siglo XIX, pero que con su pensamiento y sus acciones, en bastante menos de veinte años, cambió radicalmente, bajo su liderazgo, durante el transcurso del primer tercio de ese siglo, el rumbo de la historia de la América meridional, y, por ende, del mundo, ya que contribuyó, en forma decisiva, a que millones de seres humanos tuviesen el derecho de acceder al ejercicio de los derechos humanos fundamentales en el ámbito de los seis nuevos Estados en que se constituyeron, después de su muerte, las naciones por él liberadas del yugo colonial español. Máxime si tenemos en cuenta que al elaborar los referidos proyectos constitucionales, su principal preocupación fue encontrar un régimen político que, a la vez que se adecuara a las condiciones políticas, económicas, sociales, étnicas y hasta ecológicas presentes en los países recién independizados, garantizara la estabilidad política y el respeto de las libertades públicas fundamentales.

Es indispensable señalar que los legisladores de los nacientes Estados hispanoamericanos, desde los mismos inicios de la emancipación —e incluso antes de que se consolidara el proceso de la independencia— pensaron —y obraron en consecuencia— que dichos Estados serían democráticos

y gozarían de regímenes políticos en los que regiría el imperio de la derecho, si tenían constituciones, inspiradas en las de los EE.UU. o de Francia, por ejemplo, para garantizarlo; que los derechos humanos serían respetados, si eran constitucionalmente reconocidos, y que la vida económica y social de cada uno de nuestros países sería efectivamente regulada por las leyes copiadas, al menos parcialmente, de ordenamientos jurídicos europeos. Pero, evidentemente, no sucedió así, como lo demuestra la agitada historia latinoamericana en el transcurso del siglo XIX y gran parte del XX, ya que las disposiciones de esas constituciones y leyes, generalmente, no fueron más que *normas-fachada*, es decir, una especie de biombos normativos, que ocultaban una realidad política, económica y social, diametralmente opuesta en la que, lamentablemente, los referidos textos jurídico-normativos no tuvieron ninguna real vigencia o su eficacia fue muy precaria.

Ahora bien, indudablemente, fue Bolívar quien más clarivamente comprendió ese complejo fenómeno socio-jurídico y político. Así, en el llamado Discurso de Angostura, como se lo conoce en la historiografía latinoamericana, acertadamente declara: “¿No sería muy difícil aplicar a España el Código de Libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aún es más difícil adaptar en Venezuela las Leyes del Norte de América. ¿No dice el Espíritu de las Leyes que éstas deben ser propias para el Pueblo que se hacen? ¿que es una gran casualidad que las de una Nación puedan convenir a otra? ¿que las Leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de la vida de los Pueblos?, ¿referirse al grado de Libertad que la Constitución puede sufrir, a la Religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus modales? !!!He aquí el Código que debíamos consultar, y no el de Washington;¡¡”³.

³ *Discurso pronunciado ante el Congreso en Angostura el 15 de febrero de 1819*, en *Obras Completas*. Caracas, Cibema; vol. III, No. 83 (Discursos y Proclamas), p. 680. También en: BOLÍVAR, Simón; *Siete Documentos Esenciales*. Introducción y subtítulos por J. L. Salcedo-Bastardo. 3ª ed. Caracas, Oficina Central de Información, 1975; p. 75; *Escritos del Libertador*. Caracas, Sociedad Bolivariana de Venezuela; t. XV (1982), p. 123, y *Los Proyectos Constitucionales del Libertador*. Compilación y estudios bibliográficos por Pedro Grases. Estudios jurídico-políticos por Tomás Polanco-Alcántara. Caracas, Ed. Conmemorativas del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar, 1983; p. 245.

En consecuencia, recomienda a los miembros del *Segundo Congreso Nacional de Venezuela*, tener “presente que nuestro Pueblo no es el Europeo, ni el Americano del Norte, que más bien es un compuesto de África y América, que una emanación de la Europa; pues que hasta la España misma, deja de ser Europea por su sangre africana, por sus Instituciones, y por su carácter. Es imposible asignar con propiedad, a qué familia humana pertenecemos”⁴, y que, por lo tanto, no se debía nunca olvidar “que la excelencia de un Gobierno no consiste en su teórica, en su forma, ni en su mecanismo, sino en ser apropiado a la naturaleza y al carácter de la Nación para quien se instituye”⁵, y que los “gritos del género humano en los campos de batalla, o en los campos tumultuarios claman al cielo contra los inconsiderados y ciegos legisladores, que han pensado que se pueden hacer impunemente ensayos de quiméricas instituciones”⁶.

Y la historia subsiguiente de las naciones iberoamericanas caracterizada por cruentas guerras civiles, que llevaron a Bolívar a declarar que “Colombia y la América entera son países perdidos para esta generación”⁷, y la sucesiva promulgación de constituciones, códigos y leyes, en general, casi todos con una vigencia breve o efímera, revela cuánta razón tenía, y cuán trágico fue que los principales dirigentes políticos contemporáneos de Bolívar y la casi totalidad de los hombres que, con posterioridad a su muerte, asumieron las riendas o compartieron el ejercicio del poder público en los Estados recién independizados de Iberoamérica no hubieran hecho un mayor esfuerzo para comprender, interpretar y aceptar sus propuestas constitucionales (con las necesarias modificaciones o adaptaciones), pues el resultado ha sido esa grave ausencia de una tradición constitucional firme y dilatada, lo cual, por lo demás, pareció prever Bolívar, ya que, a pesar de ser autor de dos proyectos constitucionales, escribía, en mayo de 1827, que “lo peor de todo es que mi error se obstina hasta imaginar que no somos capaces de mantener repúblicas, digo más, ni gobiernos constitucionales. La historia dirá”⁸. Ideas que, al observar el panorama de lo sucedía en todos los países hispanoamericanos, parecían aferrarse a su mente y le

⁴ *Obras...*; p. 682; *Siete Documentos...*; p.76; *Escritos...*; p. 125, y *Los Proyectos...*; p.247.

⁵ *Obras...*; p. 685; *Siete Documentos...*; p.81; *Escritos...*; p. 129, y *Los Proyectos...*; p.250.

⁶ *Obras...*; p. 690; *Siete Documentos...*; p.89; *Escritos...*; p. 137, y *Los Proyectos...*; p.255.

⁷ *Obras...*; vol. II; No. 1545, p. 747.

⁸ Carta fechada en Caracas, el 26 de mayo de 1827, dirigida a José Fernández Madrid, en *Ibidem*; No. 1366, p.626.

llevaban, en agosto de 1829, con sumo pesimismo, pero que los acontecimientos históricos posteriores justificaron plenamente, a declarar: “Si la América no vuelve sobre sus pasos, si no se convence de su nulidad e impotencia, si no se llama al orden y a la razón, bien poco hay que esperar respecto de la consolidación de sus gobiernos; y un nuevo coloniaje será el patrimonio que leguemos a la posteridad”⁹. Como bien sabemos, ese “nuevo coloniaje” que anunció, de índole tanto política como, sobre todo, económica, no tardó en imponerse, siendo primero de origen europeo, y, luego, norteamericano, perviviendo hasta el día de hoy, a la espera que la democracia política y social se llegue a consolidar plenamente en toda Iberoamérica, y que la integración política y económica de todos los países que la forman, sea una auténtica realidad y no una utopía.

No hay duda que Bolívar buscó, con sus proyectos constitucionales, realizar la loable aspiración, de que los nacientes Estados y sus respectivos gobiernos no fueran vistos o sentidos como entes extraños y opresores por sus pueblos, sino que, por el contrario, éstos sintieran que pertenecían realmente a todos y estaban al servicio de todos, sin discriminaciones de ningún tipo, lo cual, por lo demás, hasta hoy en día, ha sido, a menudo, una realidad evanescente, pues, todavía en la actualidad, la generalidad de los constituyentes y legisladores latinoamericanos sigue actuando como si el derecho positivo fuera el producto de un *fiat* normativo, y que desde el momento que una constitución o una ley cualquiera, en especial si ha sido copiada o al menos inspirada en la de un sistema jurídico extranjero (considerado siempre más avanzado que el propio), es sancionada y promulgada, la realidad existencial concreta del país donde ello ocurre va a transformarse en consecuencia. Y precisamente, una de las lecciones perdurables de Bolívar es que el referido enfoque de nuestros constituyentes y legisladores no solo está totalmente equivocado, sino que sus consecuencias han sido y siguen siendo jurídica y socialmente nefastas para nuestros países.

Bolívar, que gracias a su heroica lucha en pro de la emancipación hispanoamericana se convirtió, según sus propios y expresivos términos, en “alfarero de repúblicas”¹⁰, se planteó en numerosas ocasiones —y por su-

⁹ Comunicación de fecha 4 de agosto de 1829, enviada desde Guayaquil, al general Mariano Montilla, en *Obras...*; vol. III; No. 2078, p. 275.

¹⁰ Carta fechada en Huamachuco, el 6 de mayo de 1824, dirigida al general F. de P. Santander, en *Obras...*; vol. I; No. 776, p. 963.

puesto la respondió— una cuestión política, jurídica e históricamente fundamental, que todavía sigue acuciando a los hombres y mujeres latinoamericanos: ¿Cuáles son la forma de Estado y el régimen político mejores y más adecuados a la naturaleza y circunstancias de los pueblos liberados bajos su conducción?

Ahora bien, las respuestas dadas por el Libertador van a estar, casi siempre, entremezcladas de utopía¹¹ y realismo, pues, por una parte, como hombre de espíritu generoso, de elevadas metas y geniales propósitos, aspira para los países, en que ejerce su denodada actividad, el *gobierno más perfecto*, pero, por la otra, está totalmente consciente, como se señaló arriba, de los límites ontológicos que la realidad concreta de aquéllos, representada por las condiciones políticas, económicas, sociales, étnicas, culturales, ecológicas, etc., le imponen a su ingente labor de organizar política y jurídicamente a los nuevos Estados. Es decir, que tanto en la *mens* como en la *praxis* de Bolívar hay una evidente tensión dialéctica entre lo utópico y lo real, donde los términos del binomio *utopía-realidad* se influyen y transforman recíprocamente en un acelerado proceso histórico que determinará el porvenir de esas naciones. Vemos así, que, en el antes citado *Discurso de Angostura*, por una parte, afirma que: “Un Gobierno Republicano ha sido, es, y debe ser el de Venezuela; sus bases deben ser la Soberanía del Pueblo: la división de los Poderes, la Libertad civil, la proscripción de la Esclavitud, la abolición de los privilegios. Necesitamos de la igualdad para refundir, digámoslo así, en un todo, la especie de los hombres, las opiniones políticas, y las costumbres públicas”¹², y luego nos define, magistralmente, cuál es el mejor gobierno, al decir: “El sistema de Gobierno más perfecto,

¹¹ Según Karl Mannheim, un “estado de espíritu es utópico cuando resulta desproporcionado con respecto a la realidad dentro de la cual tiene lugar.

“...No obstante, no se debe considerar como utópico a todo estado de espíritu que resulte desproporcionado con respecto a la situación inmediata y la trasciende y, en este sentido, “se aparte de la realidad”. Solamente llamaremos utópicas a aquellas orientaciones que trasciendan la realidad y que, al informar la conducta humana, tiendan a destruir, parcialmente o totalmente, el orden de cosas predominante en aquel momento” (*Ideología y Utopía*. Introducción a la sociología del conocimiento. Trad. del inglés por Eloy Terrón. 3a. ed. Madrid, Aguilar, 1973; p. 195). Luego, el concepto de utopía que manejo en este trabajo es el de una idea *socialmente realizable* y no aquél, fundado en la concepción tradicional de la misma, que entiende por utópico lo que, supuestamente, *nunca* podrá llegar a plasmarse en la existencia histórico-social concreta.

¹² *Obras...*; vol. III; No. 83 (Discursos...), p. 683; *Siete Documentos...*; p.78; *Escritos...*, t. XV; p. 127, y *Los Proyectos...*; p. 248.

es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social, y mayor suma de estabilidad política”¹³.

Evidentemente, esa es una definición que señala las características del régimen político ideal al cual deben tratar de acercarse quizás sin poder nunca alcanzarlo— los regímenes políticos concretos de Iberoamérica. Y justamente, en los proyectos constitucionales presentados a los congresos constituyentes reunidos en Angostura (1819) y en Chuquisaca (Bolivia, antiguamente Alto Perú) (1826), va a proponer tanto una ordenación de los poderes públicos como un catálogo de derechos humanos fundamentales que, como resultado de garantizar tanto la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica de las personas como la estabilidad de las instituciones políticas y jurídicas de los respectivos Estados, producirán, a su juicio, la “mayor suma de felicidad posible” colectiva.

Debe agregarse que aunque para Bolívar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*, hay un primado de lo que él supone lo “real concreto” sobre lo “ideal-normativo”, su posición frente a esa dicotomía va a cambiar, gracias a su fe en el papel que la educación puede jugar en la transformación del ser humano, ya que es un decidido defensor del inseparable, a su juicio, binomio *democracia-educación popular*, puesto que para él, como expresará en diciembre de 1825, «el primer deber del gobierno es dar educación al pueblo»¹⁴. Es decir, que opina que la educación popular es responsabilidad primordial del Estado, y, en consonancia con ese pensamiento, a través de toda su actuación pública, tiene la permanente preocupación de promover la educación pública, por lo que dicta numerosos decretos en esta materia, participando activamente en la creación y organización de numerosos institutos docentes en los distintos niveles del sistema educativo existente para la época, en los diversos países que ha independizado. Y es así, en perfecta coherencia con su concepción del papel que el Estado debe

¹³ *Obras...*; p. 683; *Siete Documentos...*; p.78; *Escritos...*; p. 126, y *Los Proyectos...*; p.248.

¹⁴ *Decreto, como Libertador de Colombia y del Perú, etc., dado en Chuquisaca, el 11 de diciembre de 1825* (No. 1º del Considerando), en el *Acervo Documental* anexo a: SALCEDO-BASTARDO, J.L.; *El Primer Deber*. Con el *Acervo Documental de Bolívar sobre la Educación y la Cultura*. Caracas, Equinoccio, 1973; No. 83, p. 364 (El texto del decreto está en las pp. 364-366). Puede consultarse también sobre el tema: PETZOLD PERNIA, Hermann; *La Universidad en el pensamiento y en la acción de Simón Bolívar*. Maracaibo, Asociación de Profesores de la Universidad del Zulia, 1984.

jugar en la estructuración del sistema educativo nacional, que dicta el decreto que, en su condición de Libertador Presidente de la República de Colombia, promulga el 21 de junio de 1820, al considerar que dado «que la educación civil y literaria de la juventud es uno de los primeros y más paternales cuidados del gobierno»¹⁵, el «patronato, dirección y gobierno de los colegios de estudios y educación establecidos en la República pertenece al gobierno, cualquiera que haya sido la forma de establecimiento de aquéllos»(Art.1)¹⁶, puesto que —como expone en otro decreto del 11 de diciembre de 1825, promulgado en su calidad de Libertador de Colombia y del Perú, y donde ordena establecer «en cada ciudad capital de Departamento una escuela primaria con las divisiones correspondientes para recibir todos los niños de ambos sexos...» (Art.4º); «una escuela militar en la capital de la República» (Art.5º), y un «colegio de ciencias y artes» (Art. 6º)—, «los establecimientos de este género deben ponerse de acuerdo con las leyes del Estado»¹⁷.

Por otra parte, es en materia de educación superior o, más específicamente hablando, universitaria, en donde precisamente la acción de Bolívar revela la visión trascendente y extremadamente progresista que él tenía, comparada con las concepciones que sobre dicha problemática predominaban entre la mayoría de sus contemporáneos ilustrados, pues, en el reducido lapso de menos de seis años (1824-1829), plasmó, mediante su inteligente y previsiva actividad legislativa, la más fecunda, avanzada y vigente obra en materia de educación universitaria.

Así tenemos que crea la Universidad de Trujillo (Perú), mediante decreto promulgado el 10 de mayo de 1824; reforma los Estatutos de la Universidad Central de Caracas, por decreto del 22 de enero de 1827, y el 24 de junio de 1827, dicta un decreto que contiene los nuevos Estatutos para dicha Universidad; por decreto del 25 de junio de 1827 establece la Facultad Médica de Caracas; organiza, mediante decreto del 6 de noviembre de 1827, la Universidad Central de Quito (Ecuador); autoriza, por decreto del 12 de diciembre de 1827, la enseñanza de la jurisprudencia en el

¹⁵ Decreto dado en El Rosario, el 21 de junio de 1820 (No. 1 del Considerando), en *Acervo Documental...*; No. 18, p. 269.

¹⁶ *Ibidem*; p. 270.

¹⁷ *Decreto del 11 de diciembre de 1825* ya mencionado (No. 3 del Considerando), en *Acervo Documental...*; No. 83, p. 364.

Colegio de Antioquia en Medellín, estableciendo así el embrión de la futura Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, que hasta hoy subsiste con el nombre de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas; dicta el decreto del 30 de octubre de 1828 promoviendo los estudios de Filosofía en (la Gran) Colombia; reorganiza la Universidad pública (central) de Bogotá por decreto del 29 de noviembre de 1828; promulga el 5 de diciembre de 1829 un importante decreto que, para emplear la terminología actual, es una especie de «Ley orgánica de educación nacional», pues contiene normas que tratan de las escuelas primarias; de los colegios provinciales; de las juntas particulares de gobierno de las Universidades; de las matrículas; de los grados y requisitos para obtenerlos; de los catedráticos y de los cursos; de los cursantes, premios y certámenes; de las academias de emulación y de derecho práctico; de las cátedras, distribución de los cursos en las diferentes clases de las Universidades, y de los abogados, y de otras materias referentes a la estructura y funcionamiento de las Universidades de Colombia (la Grande); etc.¹⁸.

El 20 de enero de 1825, en carta suscrita en Lima, ya sellada la emancipación del Perú y de la América española, después de la victoriosa batalla de Ayacucho, ganada el 9 de diciembre de 1824 por el general Antonio José de Sucre, uno de sus más leales y brillantes colaboradores, Bolívar se dirige precisamente a éste para instarle: “Seamos los bienhechores y fundadores de tres grandes estados, hagámonos dignos de la fortuna que nos ha cabido; mostremos a la Europa que hay hombres en América capaces de competir en gloria con los héroes del mundo antiguo”¹⁹. Y posteriormente, a solicitud de los representantes del pueblo del Alto Perú, el Libertador va a redactar un proyecto constitucional, que les remitirá en mayo de 1826. A este respecto, tiene un significativo interés su carta fechada en Lima, el 2 de junio de 1826, dirigida a José Joaquín Olmedo, conspicuo poeta ecuatoriano, en la que expone: “Véame Vd. dictando la ley fundamental para un estado que acaba de nacer. Esta empresa ¿no le parece a Vd. más ardua que la de libertarlo? El camino que conduce a la gloria militar está erizado, es verdad, de picas que pueden dar la muerte, pero el que guía al de la sabiduría, está cubierto de las densas tinieblas, donde es preciso, a fuerza de años y de estudios, leer en la obscuridad y

¹⁸ Cfr. PETZOLD PERNIA, Hermann; *op. cit.*; pp. 19-42, y SALCEDO-BASTARDO, J.L.; *op. cit.*

¹⁹ *Obras...*; vol. II; No. 839, p.76.

recoger lo que haya de cierto y útil. Se necesita una exclusiva dedicación. Yo he dado pocos pasos en esta pacífica senda: la guerra, la destrucción de los enemigos, la libertad de mi patria han absorbido toda mi atención. Pero este mismo amor por los americanos me ha lanzado en esta nueva carrera, y ha disipado en parte el temor de exponerme a la crítica de los que se han encanecido en el estudio de la ciencia de gobernar a los hombres. Puede ser que mi ejemplo estimule a otros americanos a imitar mi arrojo y al fin tendremos todo propio, sin mendigar modelos”²⁰.

Empero, para Bolívar eso no significa establecer o crear instituciones político-constitucionales sin asidero en la realidad existencial concreta del país donde van a ser instauradas, pues, como en el tanta veces mencionado *Discurso de Angostura* expone: *La Libertad indefinida, la Democracia absoluta son los escollos a donde han ido a estrellarse todas las esperanzas republicanas. Echad una mirada sobre las Repúblicas antiguas, sobre las Repúblicas modernas, sobre las Repúblicas nacientes; casi todas han pretendido establecerse absolutamente democráticas, y a casi todas se les han frustrado sus justas aspiraciones*”²¹.

Por ello, en carta fechada en Caracas, el 16 de enero de 1827, dirigida al general Antonio Gutiérrez de La Fuente, refiriéndose a un proyecto de “federación provincial” que se ha presentado a conocimiento de la opinión pública en el Perú, escribe: “Por Dios, querido general, no permita Vd. que estas chispas lleguen a prender el corazón de su patria, recuerde Vd. cuanto acaba de suceder en Venezuela y a los desastres que la amenazaban, junto con Colombia y a la América entera, por esta manía de federación provincial. Se quiere imitar a los Estados Unidos sin considerar la diferencia de elementos, de hombres, de cosas. Crea Vd., general, que nuestra composición es muy diferente a la de aquella nación, cuya existencia puede contarse entre las maravillas que de siglo en siglo produce la política. Nosotros no podemos vivir sino de la unión.

“La gran federación de que he hablado a Vd. tantas veces, es muy diferente de la que se piensa en Arequipa. Aquella es la unión de la fuerza

²⁰ *Ibidem*; No. 1120, p. 394.

²¹ *Obras...*; vol. III; No. 83 (Discursos...), p. 690; *Siete Documentos...*; p. 88; *Escritos...*; t. XV; p. 136, y *Los Proyectos...*; p. 254. Las cursivas son mías.

en grandes masas, mientras que la otra es la división de la fuerza de una de estas masas en pequeñas fracciones. ¿Qué puede, pues, resultar de este insensato proyecto? Aquello que experimentaba ya Venezuela, es decir, la guerra civil...Vd. sabe que *el curso de mi vida pública me ha hecho conocer, como nadie, las necesidades de nuestros pueblos, y Vd. conoce tan bien como nadie, que mi mayor ambición es la dicha y la estabilidad de las repúblicas que ha fundado el heroísmo y las virtudes del ejército a que Vd. pertenece*"²².

Y en el *Mensaje del Libertador a la Convención de Ocaña*, fechado en Bogotá, el 29 de febrero de 1828, insiste en su punto de vista, al declarar: "Debo decirlo: nuestro gobierno está esencialmente mal constituido. Sin considerar que acabamos de lanzar la coyunda, nos dejamos deslumbrar por aspiraciones superiores a las que la historia de todas las edades manifiesta incompatibles con la humana naturaleza. Otras veces hemos equivocado los medios y atribuido el mal suceso a no habernos acercado bastante a la engañosa guía que nos extraviaba, desoyendo a los que pretendían seguir el orden de las cosas, y comparar entre sí las diversas partes de nuestra constitución, y toda ella con nuestra educación, costumbres, e inexperiencia para que no nos precipitáramos en un mar proceloso"²³.

Luego, como hemos visto la preocupación fundamental de Bolívar es la de combinar la *theoria* y la *empiria*, para en un proceso de *poiesis* crear un régimen político que, partiendo de lo existencial concreto, y mediante la adecuada organización de los poderes públicos, garantice tanto la soberanía y la estabilidad política, económica y social de los nuevos Estados, como el pleno goce de las libertades públicas para todos y cada uno de los miembros de las respectivas naciones.

Ahora bien, un análisis, libre de motivaciones chauvinistas y con una visión crítica, del llamado *Discurso de Angostura* y del *Proyecto de Constitución para la República de Venezuela*, presentados por Bolívar el 15 de febrero de 1819, al *Segundo Congreso Nacional de Venezuela*, y del *Mensaje del Libertador al Congreso Constituyente de Bolivia*, fechado en Lima el 25 de mayo de 1826, y el *Proyecto de Constitución*

²² *Ibidem*; No.1251, p.533. Las cursivas son mías.

²³ *Obras...*; vol. III; No. 173 (Discursos...) ; p. 790; *Siete Documentos...*; p.115, y *Los Proyectos...*; p.386.

para la República de Bolivia, en lo referente a la organización de los poderes públicos de dos nuevos Estados (las que serían las futuras República de Colombia –pero comprendiendo ésta a Venezuela, Nueva Granada, hoy Colombia, y Quito o Ecuador–, y República de Bolivia o Alto Perú), y teniendo en cuenta que los citados proyectos constitucionales, con las modificaciones introducidas por los constituyentes, se transformaron en Constituciones con una vigencia de apenas unos pocos años, permite establecer algunas conclusiones:

Primera: Que ambos proyectos constitucionales, pero en especial en el segundo, son el resultado tangible del empeño de Bolívar por superar los límites ontológicos que a su labor de organizador de Estados, le imponía la realidad existencial de Hispanoamérica y en particular, la de los países emancipados bajo su conducción. Empero, él no trata de romper, de destruir o desconocer caprichosamente esa realidad, sino que –como lúcido estadista que es, con un profundo conocimiento de los *data* políticos, económicos, sociales, culturales, históricos, étnicos, geográficos, etc. de la misma–, intenta una razonable simbiosis entre su *theoria* –basada tanto en los aportes del derecho constitucional comparado y una incipiente ciencia política (que ha sistematizado en los pocos ratos libres que le han dejado sus ocupaciones militares y de gobernante) como su propia experiencia política– con los referidos *data*, obteniendo, como significativo producto, los tantas veces citados proyectos constitucionales.

Segunda: Que se puede sostener, que los principales objetivos de Bolívar, de acuerdo a lo manifestado en los documentos citados *supra* y cristalizados en los proyectos constitucionales presentados a consideración de los constituyentes reunidos en Angostura (Venezuela) y Chuquisaca (Bolivia), fueron:

1°. Organizar los poderes públicos tratando de escapar del círculo de hierro que, en el pensamiento político-constitucional del siglo XIX (e incluso del XX), representaba la doctrina de la división tripartita de los poderes públicos de Montesquieu, y ello a pesar de la influencia que éste ejerció, en otros aspectos, sobre el pensamiento de Bolívar. Por ello, en el proyecto constitucional de Angostura recomienda establecer cuatro poderes públicos: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Moral, y en el proyecto de Constitución para Bolivia propone además de los tres primeros, el Poder Electoral.

2°. Evitar, por antidemocrática, la concentración de todo el poder en uno solo de los poderes públicos y menos aún en una única persona (él mismo). Razón por la cual buscará establecer una armónica división de los poderes públicos y promover la actuación coordinada —y no solo la división— de los mismos, pero respetando cada uno el ámbito de su propia competencia, ya que como escribe al general Agustín Gamarra, desde Magdalena, el 30 de junio de 1826, resulta “encantador el prospecto de un gran pueblo gobernado por autoridades bien enlazadas en sí, circunscriptas a sus atribuciones y eminentemente amantes de la gloria nacional. Un pueblo así se hace al fin tan firme, tan inexpugnable como una roca”²⁴, revelando así la modernidad de su doctrina al respecto, ya que hoy en día, se propugna la coordinación y colaboración entre los poderes públicos y no su radical separación.

3°. Señalar la relación etiológica que existe entre la anarquía y la tiranía, indicando que nada se logra con organizar un régimen político-constitucional muy democrático, pero con una errada estructura de los poderes públicos, caracterizada, ya sea por la absoluta separación y/o por un Poder Ejecutivo en minusvalía frente al Poder Legislativo o viceversa, pues un tal régimen a corto o mediano plazo se transforma en el caldo de cultivo donde prospera el germen de la anarquía, que tarde o temprano, requiere, como ineludible remedio, de un gobierno fuerte de índole dictatorial que, por aquello que decía Montesquieu —“es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”²⁵— no deja de convertirse en una tiranía, salvo en muy escasas excepciones. Por ello, Bolívar está plenamente consciente que tampoco se puede promover simplemente el establecimiento de gobiernos fuertes o autoritarios, sin expresas y precisas limitaciones constitucionales y el explícito reconocimiento de las libertades públicas, porque inevitablemente se hacen despóticos, generando discordias, sediciones y, en fin, la guerra civil, por lo demás justificadas, para derrocarlos. Por esto, aunque en sus proyectos constitucionales va a privilegiar al Poder Ejecutivo (que le llevará en el *Proyecto de Constitución para la República de Bolivia* a proponer un Presidente vitalicio como jefe del Estado, acompañado por un vicepresidente que será como una especie de primer ministro), someterá al mismo a un adecuado y

²⁴ *Obras...*; vol. II, No. 1142, p.422.

²⁵ MONTESQUIEU; *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. del francés por Mercedes Blázquez y Pedro Vega. 2a. ed. Barcelona, Orbis, 1984; lib. XI, cap. IV, vol. I; p.142.

razonable control por parte del Poder Legislativo, cuya estructura, en dicho proyectos, variará desde la recomendación de una estructura bicameral con un Senado vitalicio y hereditario y una Cámara de Representantes, en Angostura, a la proposición de un Poder Legislativo tricameral (compuesto de las Cámaras de Tribunales, del Senado y de Censores), en el proyecto enviado a los constituyentes reunidos en Chuquisaca.

4°. Recomendar, como consecuencia de todo lo anterior, que la mejor solución político-constitucional se encuentra en un sistema político republicano-democrático que garantice la estabilidad política, el orden social y el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales, los cuales forman un trípode, donde la falta o desaparición de uno de ellos, provoca la degeneración del sistema y su inevitable caída, más temprano que tarde. Solución que, a su juicio, resulta plasmada en los proyectos constitucionales presentados al *Segundo Congreso Nacional de Venezuela* y al *Congreso Constituyente de Bolivia*, convencido como estaba que, de lo contrario, como declara en el *Discurso de Angostura*, “contemos con que se establece un ensayo de Gobierno, y no un sistema permanente: contemos con una Sociedad díscola, tumultuaria y anárquica y no con un establecimiento social, donde tengan su imperio la felicidad, la paz y la justicia”²⁶. Y por ello mismo, desde Lima, el 1°. de agosto de 1826, escribe al coronel Tomás Cipriano de Mosquera, para decirle: “El código boliviano es el resumen de mis ideas, y yo lo ofrezco a Colombia como a toda la América. A mis ojos no se presenta ningún otro medio de rescate y todo lo demás me parece absurdo”²⁷, ya que, en el referido proyecto de constitución, como había expuesto en carta dirigida desde Magdalena, con fecha 3 de junio de 1826, al general Antonio Gutiérrez de La Fuente, “*se ven conservada la libertad, la igualdad acompañada de la estabilidad y del orden*”²⁸.

Tercera: Que, como se sabe, sin embargo, Bolívar no tuvo éxito en la concretización de su utopía de instaurar un sistema político no solo fuerte y estable, sino que garantizara también efectivamente las libertades públicas fundamentales, en las naciones que emancipadas bajo su conducción,

²⁶ *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos...), p. 689; *Siete Documentos...*; p. 87; *Escritos...*; p.135, y *Los Proyectos...*; p. 254.

²⁷ *Obras...*; vol. II, No. 1159, p. 440. *Obras...*; vol. II, No. 1159, p. 440.

²⁸ *Ibidem*; No. 1121, p.395. Las cursivas son mías.

a causa, por una parte, como ya lo he dicho, a la incapacidad de muchos de sus compañeros de la guerra de independencia para comprender y aceptar la trascendencia histórica de los proyectos constitucionales de aquél, y, por la otra, debido a la innegable influencia de condiciones o circunstancias de diversa índole (políticas, económicas, sociales, culturales, geográficas, históricas, etc.) que Bolívar mismo, más que cualquier otro de sus contemporáneos americanos, conocía a cabalidad, pero que su generosa aspiración de establecer la mejor organización político-constitucional posible en las naciones que recién había liberado del dominio colonial, le hacía infravalorar.

Por lo demás, en numerosos documentos (mensajes, discursos, cartas, etc.) se hace evidente que el Libertador conocía perfectamente el conflicto que, en los países hispanoamericanos, estaba planteado —y a hasta cierto punto sigue presente— entre la *utopía* (política, jurídica y social) y la *realidad existencial concreta*, y cuál sería a corto, mediano y largo plazos, su desenlace.

Y es así que, en carta fechada en Caracas, el 28 de febrero de 1827, dirigida al Gran Mariscal de Ayacucho Antonio José de Sucre, Bolívar expresa: “Diráse que yo he libertado el Nuevo Mundo, pero no se dirá que yo haya perfeccionado la estabilidad y la dicha de ninguna de las naciones que lo componen”²⁹. Indiscutiblemente, Bolívar es sumamente injusto consigo mismo, puesto que logró para seis naciones la independencia que es el bien esencial de todo pueblo que aspira a ser dueño de su destino histórico, ya que, gracias a su liderazgo, los heroicos esfuerzos de miles de hombres y de mujeres de la América meridional, permitieron realizar una de las empresas más significativas y trascendentales en la historia de la humanidad como fue hacer que la libertad, la igualdad y la justicia fueran, no ideales más o menos lejanos, en el tiempo y el espacio, a los que constantemente se aspira sin jamás alcanzar, sino, por el contrario, realidades cotidianamente vividas, por millones de los habitantes de los Estados, nacidos como consecuencia de su ardua lucha, independientemente de que otros millones de ellos todavía no las disfruten plenamente. Precisamente, por ello, la perdurabilidad de la obra filosófico-política y jurídico-constitucional de Bolívar está garantizada por su generoso empeño por expulsar del mundo americano la opresión y la crueldad y de establecer sociedades políticas y civiles de hombres y mujeres, más *humanas* (valga la redundancia, pero los acon-

²⁹ *Ibidem*; No, 1290, p.565.

tecimientos que los medios de comunicación nos dan a conocer diariamente la justifican), *justas y solidarias*.

En síntesis, la vida y la obra de Bolívar se nos presentan, como un paradigma, a todos los iberoamericanos que actualmente hacemos esfuerzos por participar en la lucha por lograr que la dignidad de todos los seres humanos sea reconocida y respetada plenamente, sin discriminaciones de ningún tipo. Es decir, que su pensamiento y acción constituyen el criterio de valoración de nuestro compromiso y de nuestra conducta, para comprender, interpretar y transformar nuestras realidades nacionales, puesto que muchos de los problemas, conflictos, actitudes egoístas, etc., que con indudable coraje y clarividencia histórica él enfrentó, siguen hasta hoy presentes, y así lograr alcanzar la utopía de que en cada país de Hispanoamérica, como aspiraba el Libertador, haya "un Gobierno eminentemente popular, eminentemente justo, eminentemente moral, que encadene la opresión, la anarquía y la culpa. Un gobierno que haga reinar la inocencia, la humanidad y la paz. Un gobierno que haga triunfar bajo el imperio de leyes inexorables, la Igualdad y la Libertad" ³⁰.

RESUMEN

A mi juicio, el análisis de las concepciones políticas del Libertador Simón Bolívar (1783-1830), expresadas, fundamentalmente, tanto en el *Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura, el 15 de febrero de 1819*, y en el proyecto de Constitución que acompañó dicho discurso, como en el *Mensaje y el Proyecto de Constitución para la República de tener Bolivia* (1826), es pertinente, porque vale la pena investigar la real significación y la trascendencia que puedan tener, aún en la actualidad, pues aunque Bolívar fue un hombre que murió al final de la tercera década del siglo XIX, con su pensamiento y sus acciones, en menos de veinte años, cambió radicalmente, bajo su liderazgo, antes de concluir el primer tercio de dicho siglo, el rumbo de la historia de la América meridional, ya que contribuyó, en forma decisiva, a la emancipación del yugo colonial español, de naciones que después de su muerte, se constituyeron en seis nuevos Estados.

³⁰ *Discurso pronunciado ante el Congreso en Angostura el 15 de febrero de 1819*, en *Obras...*; vol. III, No. 83 (Discursos...), pp. 696-697; *Siete Documentos...*; p.98; *Escritos...*; p.145, y *Los Proyectos...*; p.261.

Hay que señalar, que los legisladores de los nacientes Estados hispanoamericanos, consideraron que éstos gozarían de regímenes políticos democráticos y sus vidas económicas y sociales serían efectivamente reguladas por las constituciones inspiradas en las de los EE.UU. o de Francia, y las leyes copiadas, al menos parcialmente, de textos jurídico-positivos de países europeos. Pero, evidentemente, no sucedió así, como lo demuestra la agitada historia de las naciones iberoamericanas caracterizada, en general, por guerras civiles, durante el transcurso del siglo XIX y buena parte del XX, ya que las disposiciones de esas constituciones y leyes, a menudo, no fueron más que *normas-fachada*, es decir, una especie de biombos normativos, que ocultaban una realidad política, económica y social, diametralmente opuesta. Y precisamente, una de las lecciones perdurables de Bolívar, es de haber denunciado insistentemente que el referido enfoque no solo estaba (y sigue estando) totalmente equivocado, sino que sus consecuencias han sido y siguen siendo jurídica y socialmente nefastas para nuestros países, pues, lamentable, a pesar del tiempo transcurrido y las dolorosas experiencias históricas, la gran mayoría de los constituyentes y legisladores latinoamericanos siguen incurriendo en el error de creer que con cambiar las constituciones y leyes, y sustituirlas por otras copiadas, por lo menos en parte, de derechos positivos extranjeros, supuestamente más avanzados, la realidad de sus respectivos países en sus diversos aspectos (políticos, económicos, sociales, culturales, etc.), va a transformarse como resultado de un *fiat* normativo.

Por el contrario, Bolívar, en sus proyectos constitucionales recomendó, aunque sin éxito, establecer instituciones políticas que tuvieran asidero en la realidad existencial concreta del país donde iban a ser instauradas, ya que su preocupación fundamental fue la de crear regímenes políticos que, partiendo de esa realidad, y mediante la adecuada organización de los poderes públicos, garantizaran tanto la soberanía y la estabilidad política, económica y social de los nuevos Estados, como el pleno goce de las libertades públicas para todos y cada uno de los miembros de las respectivas naciones, sin discriminaciones de ningún tipo, lo cual, por lo demás, está aún lejos de ser alcanzado en los países iberoamericanos.

N.B. Como complemento a esta ponencia puede consultarse, aparte de la obra *Los Proyectos Constitucionales del Libertador...* mencionada en la cita 3, mi libro *Bolívar y la Ordenación de los Poderes Públicos en los Estados Emancipados*. Caracas, "Fundación Premio Internacional Pensamiento de Simón Bolívar", 1987.

DE LA GUERRA FRÍA A LA PAZ CALIENTE REFLEXIONES PARA UNA APROXIMACIÓN AL ANTES Y DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Antonio Rodríguez Yturbe

La historia, si duda alguna, nunca deja de sorprendernos. A veces, guarda una particular y ordenada secuencia, en que los acontecimientos parecieran poseer una lógica desenvoltura y una concatenación racional y esperada. Pero otras veces, los acontecimientos que la forman están compuestos de estallidos irracionales, que terminan alterando irremisiblemente los patrones que parecían marcar su curso hacia el futuro.

Cualquiera analista, que hubiera aventurado predecir los espantosos actos terroristas del 11 de Septiembre de 2001, seguramente habría sido considerado, en el mejor de los casos, como poseedor de una enfebrecida y alucinatoria imaginación, muy útil para una taquillera película al mejor estilo de las grandes superproducciones de Hollywood. La realidad, sin embargo, superó cualquier alucinación. Murieron miles de inocentes.

La paradoja de un siglo

En el recientemente pasado siglo, también murieron miles de inocentes. De hecho, es una paradoja que el comienzo del siglo XX, nacido bajo el signo de la esperanza y con la fuerza motriz de la revolución industrial que auguraba una próspera sociedad internacional, haya sido considerado por muchos como el verdadero comienzo de la Edad de la Razón¹. Si uno toma en cuenta los avances tecnológicos, científicos, en el orden de las comunicaciones, el paso de la sociedad de la energía a la sociedad de la información con su nuevas implicaciones², es muy razonable concluir con

¹ BRZEZINSKI, Zbigniew. *Out Of Control- Global Turmoil on the eve of the 21st century*. Charles Scribner's Sons- MacMillan Publishing Company. New York 1993, pp. 2-5

² ver en este sentido, en el volumen de RAMSES 2000 - L'entrée dans le XXI siècle, IFRI (Institut français de relations internationales, Paris 1999, el ensayo de Joël de Rosnay, *La Société de l'information aux XXIe siècle - Enjeux, promesses et défis.*, pp. 145-159. Como bien señala Rosnay, "la société de l'information en complémentarité de la société de l'énergie,

tal afirmación. Y sin embargo, el Siglo XX fue testigo de la muerte de millones de seres humanos, no solo por los efectos devastadores de dos guerras mundiales y una cantidad nada despreciable de los llamados conflictos de baja intensidad³, sino igualmente y con mayor crudeza, por las gigantescas aniquilaciones resultantes de regímenes totalitarios con doctrinas y agendas basadas en el odio, y los intentos de crear 'sociedades perfectas' a través de la eliminación de las "lacras sociales", racial o socialmente imposibilitadas de redención. Me refiero a las eliminaciones llevadas a cabo por Lenin, Stalin y Mao⁴ y, si volteamos nuestra vista a los acontecimientos del último decenio de la pasada centuria, basta mirar el conflicto de Bosnia-Herzegovina⁵ y al drama de Kosovo. Sin entrar en una disquisición numérica, podríamos afirmar que unos 175 millones de personas murieron el pasado siglo, solamente por causa de acciones políticamente motivadas.

Zbigniew Brzezinski, en su obra *Out of Control, Global Turmoil on the eve of the 21st century*, afirma que "la significación última de la experiencia totalitaria durante el siglo XX, va más allá de la escala de mortandad deliberadamente infligida en el nombre de las grandes y trascendentales ficciones tan fanáticamente propagadas. Involucra el intento abortivo de forzar a la humanidad en el camino de absurdas e incongruentes utopías.

fait appel à de nouvelles valeurs. Ouverture, tolérance, solidarité, capacité d'autorégulation seront nécessaires dans un monde de plus en plus complexe et de plus en plus compétitif. Trouver les complémentarités entre le mode réel et le monde virtual, donne à chacun ses chances, favoriser en définitive la liberté de l'homme face aux contraintes technologiques et aux changements de l'environnement, tels sont les nouveaux enjeux, promesses et défis de la société de l'information à l'aube du XXIe siècle."

³ Históricamente, el término 'Conflicto de baja intensidad' ha sido utilizado para referirse a conflictos que ocurren en países del Tercer Mundo, y tiene una connotación regional, pero más recientemente cubre igualmente áreas concernientes al control de drogas y lucha antiterrorista.

⁴ BRZEZINSKI, Zbigniew, op. cit., pp.10-18.

⁵ Para un análisis detallado del conflicto de Bosnia-Herzegovina, y sobre la violencia política después de la Guerra Fría, ver la obra de KALDOR, Mary, *New and Old Wars -Organized Violence in a Global Era-* Stanford University Press, Stanford, California 1999. Sostiene muy acertadamente KALDOR que, en los nuevos conflictos "the strategy is political control on the basis of exclusion -in particular, population displacement- and the tactics for achieving this goal are terror and destabilization... Violence may be controlled sporadically, through uneasy truces and ceasefires, but in situations in which the moral, administrative and practical constraints against private violence have broken down, they rarely last long." pp.115

Aunque el intento eventualmente fracasó, sin embargo representó, políticamente el más extremo y filosóficamente el más arrogante, esfuerzo en la historia humana, para lograr el control sobre la totalidad del escenario mundial, y para definir dogmáticamente la organización social de la humanidad y más aun, para condicionar la personalidad del ser humano”⁶.

Bipolaridad y Guerra Fría

El mundo del siglo XX, que, en consecuencia fue una mezcla paradójica de grandes conflictos y extraordinarios avances, fue un mundo que geopolíticamente estuvo por su mayor parte sostenido por un balance de poderes, cuya base de sustentación estaba fundamentada sobre un aparente equilibrio político y militar en el cual se respetaban las esferas de actuación, dominio e influencia, de los dos grandes centros del poder: Estados Unidos y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

La *detente*⁷, fue uno de sus componentes principales. Y al mismo tiempo, exceptuando situaciones temporales de alta volatilidad, existía un acuerdo tácito que evitaba la intromisión cuando se presentaban conflictos regionales o locales que amenazaban la estabilidad política del área. Fue así, que el mundo contempló inerte la invasión de Hungría en 1956, y la irrupción de los tanques soviéticos en la primavera de Praga en 1968 y el golpe que internamente –pero obviamente con el visto bueno del Kremlin–, llevó a cabo Jaruselzki en Polonia.

Todo ello, dentro de los límites de un balance en el que la Bipolaridad –asociada a la confrontación Este-Oeste– era el signo distintivo alrededor del cual giraba la geopolítica internacional.

⁶ BRZEZINSKI, Zbigniew, op.cit., pp. 32.

⁷ Aunque en la primera mitad del siglo XX, el término estuvo asociado con la etapa histórica resultante de los tratados de Locarno de 1925, y que culmina en el pacto Kellog-Briand en París (1928), es usado hoy día principalmente para hacer referencia a la distensión de las relaciones entre Estados Unidos y la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Se considera que alcanzó su momento de mayor debilidad –si no el comienzo de su final– con el inicio del conflicto afgano-soviético (1979-1989). Algunos sitúan su más crítico momento en 1983, con la ampliación y colocación estratégica de misiles balísticos intermedios, y el envío de fuerzas soviéticas a Siria y Libano, creando una situación de tensión internacional de precario control. Philip Zelikov. *The United States, the Cold War, and the*

Y es dentro del esquema de la Guerra Fría, que ocurre lo que para Huntington, configura la Primera Guerra Civilizacional⁸, término este acuñado por Mahdi Elmandjra, en la cual los principales actores eran la Unión Soviética y Afganistán, y que va durar un periodo de diez años desde 1979 hasta 1989.

La Guerra afgano-soviética fue una clásica manifestación en 'caliente' de la Guerra Fría. Por un lado, el régimen soviético tratando de configurar y mantener en Afganistán un gobierno satelital y por el otro lado, los Estados Unidos apoyando con armamento y logística a la insurgencia afgana que luchaba contra la Unión Soviética. Para los americanos la victoria en Afganistán, constituía el triunfo mas contundente de la democracia occidental en la Guerra Fría. En cambio para quienes pelearon y ganaron esa guerra, la victoria tuvo una significación diferente y de alcances mucho mas profundos. Para decirlo en palabras de Huntington " lo que el Occidente percibe como una victoria del mundo libre, los musulmanes lo ven como una victoria del Islam"⁹.

Es en esa guerra donde Osama Bin Laden, va a iniciarse, cuando viaja a a Afganistán en 1979 y con los recursos económicos familiares, se involucra y financia el viaje de voluntarios de los países árabes, para luchar contra los soviéticos con la ayuda de los Estados Unidos. La guerra de Afganistán, contó con la colaboración no solo económica del mundo árabe, sino con las características de una autentica 'jihad'¹⁰.

No es del caso tratar aquí la trayectoria de Bin Laden, pero si es importante clarificar que, aun con anterioridad a la desaparición del mundo bipolar, ya estaba gestado en su pensamiento el rechazo a la forma de vida del mundo occidental, que tenía su más conspicuo ejemplo en los Estados Unidos¹¹.

Post-Cold War Order, en *From War to Peace - Altered Strategic Landscapes in the Twentieth Century*. Edited by KENNEDY, Paul & HITCHCOCK, William, Yale University Press, New Haven 2000. pp. 167-169

⁸ HUNTINGTON, Samuel P., *The Clash of Civilizations and the remaking of World Order*. Simon & Schuster, New York, N.Y., 1996, pp.246

⁹ *Ibidem.*, pp. 247

¹⁰ HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*, pp.247

¹¹ En entrevista realizada por el diario británico *The Independent* en 1996, reproducida por *El Nacional*, en su edición del 23 de Septiembre del 2001, (cuerpo 1-4), al preguntárle cual

Esta actitud de rechazo no es única de Bin Laden o de un pequeño grupo. Basta con observar por la televisión las reacciones que tuvieron lugar en el territorio de Palestina, aunque Yasser Arafat se apresuró a condenar pública y claramente los hechos del 11 de Septiembre, y en Pakistán donde inclusive hubo remoción de miembros del gabinete presidencial, por diferencias marcadas sobre la posición oficial gubernamental¹². El apoyo pakistaní a Estados Unidos, también ha tenido una connotación económica¹³. Porque sencillamente la realidad geopolítica y cultural tiene mas de una cara¹⁴.

era la razón de su odio hacia Estados Unidos, respondió: "Como musulmanes tenemos un fuerte sentimiento que nos une a todos. Compartimos los sentimientos de nuestros hermanos en Palestina y Líbano. La explosión de Jobar no fue consecuencia directa de la ocupación norteamericana sino del comportamiento de Estados Unidos contra los musulmanes. Cuando mueren 60 judíos en palestina todo el mundo se une para criticar la acción, mientras que las muertes de 600.000 niños iraquíes no obtiene la misma reacción. Matar a esos niños iraquíes es una cruzada contra el Islam. Tarde o temprano los americanos se irán de Arabia Saudí. La guerra declarada por Estados Unidos contra el pueblo saudí dignifica la guerra contra los musulmanes."

¹² Grandes manifestaciones de protesta por la actitud a poyo a Estados Undos, han tenido lugar en Quetta, Islamabad, Karachi y Peshawar. Hay que recordar que fue en Pakistán donde se entrenaron los doscientos veinticinco mil 'mujahedin', que tomaron parte en la lucha contra la Unión Soviética en Afganistán..

¹³ De acuerdo con información publicada en El Nacional en su edición del 28 de Octubre de 2001, cuerpo 1-14: "Además de la ayuda de Estados Unidos –que le condonó una deuda de \$400, y otorgó \$150 millones para atender a los refugiados afganos y otros \$600 millones en préstamos, más una prometida inyección de \$2,5 millardos de recursos por el Fondo monetario Internacional– Musharraf ha obtenido de la Unión Europea, concesiones comerciales por \$1,3 millardos. Pakistán también podrá elevar su exportación de textiles a la UE –que representan 60% de sus ventas al viejo continente– en 15% al año. Adicionalmente se rebajó el arancel a estas exportaciones a cero, usando un mecanismo de apoyo a los países que cooperan en palucha antidrogas."

¹⁴ En un reciente artículo publicado en el diario español El País en su edición del 21 de Octubre de 2001, Fukuyama afirmaba que "El Islam es el único sistema cultural que parece producir con regularidad gente que, como Osama Bin Laden o los talibanes, rechaza la modernidad de pies a cabeza. Esto suscita la pregunta de hasta qué punto son representativas estas personas de la gran comunidad musulmana, y si su rechazo es de alguna forma inherente al Islam. Porque si aquellos que la rechazan son algo más que marginales lunáticos, entonces Huntington tiene razón y vamos hacia un conflicto prolongado que se hace peligroso en virtud de su capacitación tecnológica."

Bill Clinton y sin ir más lejos, hemos escuchado frases similares en George W. Bush¹⁵, decía que el mundo occidental no tiene ningún tipo de antagonismos con el mundo islámico, sino solo con extremistas islámicos, –en palabras de Bush, terroristas– como en efecto lo son los causantes de los bárbaros actos del 11 de Septiembre. En el mundo geopolítico, la realidad es bastante mas compleja y habría que acudir a la historia y a no pocos desatinos, abusos e incumplimientos internacionales, para aproximarse a una explicación sobre la tensión entre ambos mundos.

La unipolaridad y sus costos

Sobreviene la desaparición del mundo bipolar, no por causa de un proceso lento e irreversible, sino por acontecimientos históricos no previstos por académicos ni estadistas¹⁶ y, en parte, gracias a las políticas mantenidas durante su vigencia. Ocurre porque uno de los dos polos, comienza un proceso de resquebrajamiento de sus cimientos, de deterioro de sus estructuras, que termina no solo destruyendo el equilibrio bipolar, sino todo un sistema político sobre el que descansaba una nada desdeñable área de la geografía mundial. Mikhail Gorbachev, que asciende al poder en 1985, trata de evitar el desmoronamiento acelerado de la infraestructura soviética, apelando a lo que constituyó el núcleo central de su política durante la segunda mitad de ese decenio: el *glasnost* y la *perestroyka*, que, paradójicamente, contribuyen al desencadenamiento de la crisis económica y social¹⁷.

La evolución de los acontecimientos a partir de 1989, con la crisis polaca a raíz de las elecciones ganadas por Solidarnosc, que llevan al poder –en un país parte del Pacto de Varsovia–, a un gobierno no comunista,

¹⁵ Ha sido una constante en las intervenciones del Presidente de los Estados Unidos, a raíz de los actos terroristas del 11 de Septiembre de 2001, el establecimiento de un claro deslinde entre esos actos criminales y cualquier enseñanza del Corán.

¹⁶ Cuando el entonces Canciller de la República Federal de Alemania y figura clave del proceso de reunificación -Helmuth Kohl-, fue inquirido en Octubre de 1988 sobre una posible unión de las dos Alemanias, respondió: "I do not write futuristic novels like Wells. What you ask know, that is in the realm of fantasy." KENNEDY, Paul & HITCHCOCK, William, op. cit., pp. 171.

¹⁷ VOLKOGONOV, Dmitri, *The Rise and Fall of the Soviet Empire*. Harper Collins, London, 1998, pp. 466. Además de un particular análisis del período Gorbachev, esta obra contiene una interesante visión sobre los seis líderes que lo precedieron en el poder: Lenin, Stalin, Khrushchev, Brezhnev, Andropov y Chernenko.

aunado ello a la creciente inestabilidad interna de la Unión Soviética y a la crisis de la Alemania del Este, conjuntamente con el número creciente de refugiados hacia Hungría y la antigua Checoslovaquia, terminó de causar grietas irreparables en la estructura del poder en Moscú, que desembocan en el derrumbamiento del Muro de la Vergüenza¹⁸ y en la posterior desaparición del imperio soviético, que oficialmente tiene lugar en 1991¹⁹.

De hecho, el fin de la Guerra Fría hizo pensar a algunos que ello representaba el triunfo del occidente y su visión política y económica.

Así, Francis Fukuyama sostenía que “lo que estamos contemplando no es solamente el final de la Guerra Fría o el tránsito de un período particular de la historia de la Post Guerra, sino propiamente el fin de la historia como tal: es decir, el punto final en la evolución ideológica del ser humano y la universalización de la Democracia Liberal Occidental como forma definitiva de gobierno para la humanidad”²⁰.

A raíz de la desaparición del mundo bipolar, el escenario geopolítico cambia su estructura y se plantea un nuevo marco referencial caracterizado por la presencia de los Estados Unidos como el único Superpoder con influencia determinante en el campo militar y político y con mayor influencia en el campo económico que la que ya detentaba.

Por otra parte, en la resultante realidad unipolar, dentro del marco de la geopolítica internacional, los estados se están ajustando de diferentes formas a la nueva realidad de un eje central militarmente hegemónico y económicamente con la mayor influencia internacional²¹.

¹⁸ Como fue acertadamente llamada la artificial división – Muro de Berlín– que separaba a Berlín Oriental del sector Occidental.

¹⁹ KENNEDY, Paul & HITCHCOCK, William, op. cit., pp. 169-180

²⁰ FUKUYAMA, Francis, *The End of History*. *The National Interest*, 16. Summer 1989. Esta posición es reafirmada por Fukuyama, después de los sucesos del 11 de Septiembre, en el citado artículo, reproducido por *El Nacional*, edición del 28 de Octubre de 2001.

²¹ Aunque ciertamente Estados Unidos detenta actualmente el rol de Poder hegemónico, puede no obstante, hablarse en el terreno económico de un poder económico compartido entre Norteamérica, la Unión Europea y Japón, en el cual Estados Unidos es el ‘primun Inter. pares’.

Los dilemas previos

Antes del 11 de Septiembre de 2001, el tema más importante de la política exterior norteamericana se centraba, según Robert Tucker, en “la contradicción entre el deseo persistente de permanecer como el principal Poder Global y una creciente aversión a los costos que esta posición conlleva”²². En un orden paralelo de ideas sostiene Kapstein, que el liderazgo americano está enfrentando un reto, que puede terminar siendo el mayor de todos, proveniente de la política interna: “Pudiera ser, que en ausencia de la Guerra Fría, a Washington le será difícil definir y mucho menos defender un ‘interés nacional’, que trasciende a los grupos de intereses particulares y, en cambio se encontrará a si mismo “pulled-and-hauled” de una manera que disminuirá su capacidad para actuar...Los teóricos de la estabilidad hegemónica vienen diciendo desde hace tiempo, que un Poder dominante requiere ‘aceptación’ interna para escribir y hacer valer las reglas del juego, y en este aspecto Estados Unidos da muestras de debilidad”²³.

Que quiere decir esto?

Los Estados Unidos tienen amplia experiencia como participantes en conflictos regionales durante el siglo XX, que en el criterio de los gobernantes de ese momento implicaban un peligro para la paz internacional o mas bien, a lo que los Estados Unidos consideraban podía constituir una amenaza a sus intereses como país. Sin embargo, después de la experiencia de Vietnam, aunado a una nueva percepción de la seguridad internacional a raíz de la desintegración del imperio soviético, y la cada vez mas lejana angustia de una eventual confrontación nuclear, se formó en la opinión publica norteamericana una tolerancia mínima hacia la pérdida de vidas de sus nacionales a causa de conflictos bélicos. Y no únicamente en ese sentido; también hacia el gravamen económico que implica la inmersión en los conflictos. Durante la guerra del Golfo Pérsico, el gobierno de Bush padre, logró una participación en los costos por parte de los países árabes de la alianza y, más recientemente, durante la Administración Clinton,

²² TUCKER, Robert, *The Future of a Contradiction*. The National Interest (43) (Spring 1996, pp20.

²³ KAPSTEIN, Ethan B. & MASTANDUNO, Michael, Editors. *Unipolar Politics—Realism and State Strategies After the Cold War*. Columbia University Press, New York 1999, pp.468.

el Departamento de Estado dejó claro su criterio que la reconstrucción de Bosnia tenía que contar con el concurso activo de Europa.

Es decir, que durante la última década del siglo pasado, los gobiernos americanos lograron mantener el apoyo de la opinión pública como líderes de la comunidad internacional después de la Guerra Fría, pero cuidando cada vez más que su papel no acarrearla la pérdida de vidas norteamericanas o un costo económico respetable para los Estados Unidos.

La seguridad: un problema regional

Por otra parte, todos los conflictos con posterioridad a la Guerra Fría tenían que ver con situaciones regionales. La desintegración de la antigua Yugoslavia, el posterior conflicto de los Balcanes, Bosnia-Herzegovina²⁴, el drama de Kosovo, aunque estaban involucrados actores y problemas que podían provocar una internacionalización a gran escala de los mismos, sin embargo no afectaban el centro ni la imagen del mundo occidental²⁵.

En todos estos conflictos, el terrorismo se ha manifestado bajo las más diversas y grotescas formas, siendo quizá la limpieza étnica²⁶ una de sus manifestaciones más aberrantes, pero hasta hora, los actos criminales de esa naturaleza estaban focalizados a la obtención de resultados en ámbitos geográficos determinados y con una motivación política específica.

La seguridad internacional –aunque luciera paradójico– no parecía estar afectada por estas situaciones, ni tampoco la estabilidad económica y menos aun la relativa paz internacional que se avizoraba iba a constituir una de las características del naciente siglo.

²⁴ Para un crudo recuento del terrible drama de Bosnia entre 1992 y 1994, ver: RIEFF, David, *Slaughterhouse-Bosnia and the Failure of the West*. Simon & Schuster, New York 1995.

²⁵ Para una comprensión más amplia del problema de la violencia internacional, ver el ensayo de David, Dominique. *Violence internationale: une scénographie nouvelle*, en RAMSES 2000, op. cit. pp. 75-88

²⁶ El término 'limpieza étnica', comenzó a utilizarse en los medios internacionales a partir de 1992, para hacer referencia a los bárbaras manifestaciones de los ataques serbios sobre los enclaves musulmanes de Bosnia-Herzegovina. Para un análisis detallado de su historia y causas, ver NAIMARK, Norman M, *Fires of Hatred-Ethnic Cleansing in Twentieth Century Europe*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2001.

En un mundo cada vez mas globalizado, se pensaba que las diferencias y conflictos se iban a suceder en el campo de la competitividad económica.

Huntington, en un ensayo publicado en 1993, sostenía que “en los próximos años los principales conflictos de intereses, que involucren a los Estados Unidos y los principales Poderes de la Comunidad Internacional, van seguramente a versar sobre la materia económica. La primacía económica de los Estados Unidos está siendo confrontada por Japón y posiblemente lo sea en el futuro por Europa²⁷”, para entrar luego en un análisis sobre los intereses contrapuestos de los tres sobre la distribución de los beneficios y el costo del crecimiento económico.

De la misma manera Randall Schweller mantiene en su ensayo *Realism and the Present Great Power System: Growth and Positional Conflict over Scarce Resources*, publicado en *Unipolar Politics*, que “a medida que el poder de la economía suplanta a la fuerza militar como el sustento primario del poder nacional y de prestigio, las conversaciones y negociaciones comerciales han reemplazado al control de armamentos como la forma más relevante forma de la diplomacia”²⁸.

El mismo Schweller, en el ensayo precitado, afirmaba que “el final de la Guerra Fría, ha traído, al menos temporalmente la eliminación de una competencia militar global y, en consecuencia, la seguridad se ha convertido en un tópico regional. Solamente los Estados Unidos tiene la capacidad para comprometerseen una escala global, pero contra quien?”²⁹

Nueva realidad y críticas interrogantes

Que pasó el 11 de Septiembre de 2001? Cambió el mundo y sus actores?. No. Pero si cambió la percepción del mundo por sus actores. Y cambiaron las realidades.

²⁷ HUNTINGTON, Samuel P. Why International Primacy Matters, en LYNN-JONES, Sean & MILLER, Steven, Editors. *The Cold War and After: Prospects for Peace*. Cambridge, Ma. MIT Press 1993. pp. 310-311.

²⁸ UNIPOLAR POLITICS, op. cit., pp. 47

²⁹ *Ibidem*, pp. 41. En la misma dirección, afirmaba mas adelante: “...we seem to have entered a period of world politics when all of the major powerful states are ‘freed of critical threats to their physical security’.

Se revela ante los ojos del mundo que la seguridad es un mito, que no hay país sobre la faz de la tierra que sea inmune a las acciones de grupos terroristas que pongan en jaque la misma plataforma sobre la que descansa su diaria existencia.

Se palpa en toda su grave dimensión, que es posible crear el caos, el desorden, además de provocar crisis mundiales políticas y económicas, a través del miedo y el terror.

Se toma conciencia de la gran dificultad de combatir este tipo de flagelo sin una conciencia colectiva internacional de las graves consecuencias de estos actos para toda la comunidad internacional.

Se manifiesta que hay otros valores en juego dentro de la geopolítica internacional que van mucho más allá de las finanzas internacionales, y que atañen a la propia cultura y a los valores mismos que sustentan y guían a los pueblos.

La Unipolaridad, ejemplificada en el dominio militar y político de una sola superpotencia a escala mundial, ya no puede tener la misma significación, si no cuenta con el consenso y el concurso de la sociedad internacional para atacar este tipo de terrorismo, cuya fundamentación rebasa consideraciones políticas, ideológicas o geográficas.

Pero, al mismo tiempo, toda este nuevo contexto, implica igualmente una toma de conciencia en que las realidades de la comunidad internacional son mucho más complejas que ponerse del lado de los buenos o los malos. En la historia del mundo geopolítico internacional, no pocas veces las causas de los grandes conflictos ha estado en la carencia de una adecuada atención a la solución de problemas que, aunque regionales, implican a la colectividad mundial, y también en el uso y abuso de posiciones de poder en el orden internacional, que no pocas veces dejan márgenes muy pequeños a otros actores para un diálogo que respete sus derechos.

La respuesta de los Estados Unidos ante los criminales actos del 11 de Septiembre, están basados en el derecho a la defensa propia y en la consideración del terrorismo como contrario a la paz mundial y en consecuencia, susceptible de ser perseguido y eliminado donde quiera que se encuentre.

Las eventuales variables de estos repudiables actos terroristas pueden y van a alterar –sin duda–, el escenario geopolítico internacional. Y surgen, en consecuencia, preguntas múltiples: Cuales son los requisitos necesarios para considerar a un grupo o movimiento como terrorista? Hay casos que pueden ser de una prístina claridad: Al Qaeda es uno de esos casos. ¿Qué acontece cuando no son tan fáciles de delimitar? Movimientos guerrilleros como las FARC, en Colombia, ¿dentro de qué categoría entran, cuando disparan sobre un ex ministro de gobierno o colocan bombas en el cuerpo de personas no involucradas?. ¿Qué criterios de calificación se emplearán? ¿Dan ese tipo de acciones y actos derecho a una intervención armada internacional tendente a su erradicación?

¿Cuales serían en adelante las normas de Derecho Internacional aplicables para enfrentar estas nuevas realidades internacionales? Ya a raíz de Kosovo se plantea la posibilidad de poner a un lado el durante tantos años “válido” Principio de no Intervención, anteponiendo a éste una justificación basada en un sistema de valores, en una razón meta-jurídica. ¿Como va a evolucionar este planteamiento?

¿Continúa la Organización de las Naciones Unidas siendo un organismo adecuado para dirimir los mas encontrados y diversos problemas de la comunidad internacional? Estados Unidos y Gran Bretaña, ‘informaron’ al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que se reservaban el derecho de intervenir en otros países que consideraran albergue de terroristas y o propulsores del terrorismo internacional.

La realidad política internacional y los parámetros que la regían a partir del derrumbamiento y desaparición de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, está iniciando un nuevo viraje.

Los conflictos aparentemente regionales que vive la realidad de comienzos del siglo XXI, afectan dentro de la actual configuración internacional, a los grandes actores del momento y por ende, a toda la periferia. No es posible, y el ejemplo mas dramático y lamentable para recordárnoslo, tuvo lugar el 11 de Septiembre, practicar una política unilateral dentro de un mundo unipolar, pues las repercusiones pueden acarrear conflictos políticos, económicos, culturales y multicivilizacionales de desenlaces impredecibles.