



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal
Mérida - Venezuela



Estado de Derecho Rechtsstaat



Universidad de Heidelberg y Universidad de
Los Andes Primera universidad y escuela de Derecho

Depósito Legal: ME2018000132
REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
AÑO 2 • Nº2 • JULIO - DICIEMBRE 2020



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl

TABLA DE CONTENIDO

	EDITORIAL El Estado Democrático como Valor Jurídico de la Sociedad Yajaira García Blandón	02 - 09
<hr/>		
	ARTICULOS ORIGINALES	
	La Defensa de la Constitución: Transpolación de la Visión de Schmitt Y Kelsen al Caso Venezolano <i>The Defense of the Constitution: Transpolation of the Schmitt and Kelsen Vision to the Venezuelan Case</i> Juan Cristóbal Carmona Borjas	10 - 54
<hr/>		
	Los Servicios Públicos: Principios y Excepciones Frente al Covid-19 <i>The Public Services: Principes and Exceptions Front COVID-19</i> <i>Les services Publics: Principes et Exceptions Face au Coronavirus</i> Saidi Cheikh	55 - 72
<hr/>		
	La Laboralización Progresiva de la Carrera Administrativa en Venezuela <i>The Administrative Career's Transformation Through The Jobs's Law in Venezuela</i> María Eugenia Torres Hoyer	73 - 95
<hr/>		
	La Propiedad Intelectual y su interrelación con los Estudios Organizacionales <i>Intellectual Property and its Interrelation with Organizational Studies</i> Leyda Alejandra Blanco Alarcón	96 - 111
<hr/>		
	Análisis FODA del Programa de Estudios de Teoría General del Proceso <i>SWOT Analysis of the Study Program of General Process Law</i> Ivonne Maya Espinoza Tania Mónica Yescas Pacheco.	112 - 127
<hr/>		
	SEMILLERO ACADÉMICO Aproximación al Decreto de Estado de Alarma en Venezuela en tiempos de Covid-19 <i>Approach to the Decree of State of Alarm in Venezuela in times of Covid-19</i> Marcos Antonio Fernández Vega	128 - 154
<hr/>		
	ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL Análisis Jurisprudencial de los Interdictos en el Sistema Jurídico Venezolano Sentencia N° RC 000101 de Fecha 13 de Agosto de 2020 por la SCC-TSJ. Luis Alberto Martínez Chacón	155 - 159
<hr/>		
	RESEÑA BIBLIOGRÁFICA Niembro, Roberto. (2019) "La Justicia Constitucional de la Democracia Deliberativa." <i>Filosofía y Derecho</i> . Marcial Pons. Madrid, España. Págs. 285. Angello J. Peña B.	160 - 162
<hr/>		

EL ESTADO DEMOCRÁTICO COMO VALOR JURÍDICO DE LA SOCIEDAD

Profesora Yajaira García Blandón
Directora de la Escuela de Derecho



2

En consonancia con los 3 primeros Números, la presentación del 4 número será acerca del importantísimo punto del “*Estado Democrático como Valor Jurídico de la Sociedad Venezolana,*” pues los 3 primeros Números fueron acerca del Estado de Derecho, del Estado de Justicia, y del Estado Social, respectivamente. Dicho así, con la actual presentación, acaba cerrándose completamente el primer mensaje del artículo 2 Constitucional: la forma jurídica operativa del Estado Venezolano; que es una norma constitucional de base, del resto de las normas constitucionales.

Cabe decir, que ésta presentación tenga el siguiente mensaje, es sumamente propicio, debido a los polémicos acontecimientos del Domingo, 06 de Diciembre de 2020. En dicho día, el Consejo Nacional Electoral -profundamente cuestionado por una designación nula, ineficaz y delictual de sus Rectores por parte de la igual nula, ineficaz e irrita Magistratura de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)- celebró antijurídicamente unas Elecciones Parlamentarias, a los puros fines, de renovar la composición jurídico-partidista, a través de la elección de sus Diputados Integrantes, y así, dominar todos, los 5 Poderes Públicos.

Si bien es cierto, que las anteriores elecciones parlamentarias constituyen un importante hito en la vida Federal, Republicana, Presidencialista y Democrática de Venezuela, así como en cualquier Estado-Nación del orbe, el acontecimiento arriba mencionado viene de una gran manera marcado por los oscuros acontecimientos del Mes de Agosto de 2020, esto es, a la judicialización de los asuntos internos de un enorme grupo de partidos políticos del llamado G-4 -o de la facción opositora a la posición gubernamental- entre otros, con la ayuda de la intervención de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quién, mediante un conjunto de inéditas y desmesuradas Sentencias N° 68, N° 69, N° 70, N° 71 y N° 72 de Fecha 05, 10, 12, 15 y 16 de Junio de 2020, respectivamente, y otras del mes de Agosto y Septiembre con Partidos de igual afinidad ideológica, se subrogó criminalmente el Derecho Constitucional de Asociación de los afiliados de las asociaciones políticas, de un modo contrario a los respectivos Estatutos Internos, y, a la Ley de Partidos Políticos de

1965; designando a una nueva Directiva cómodamente, por la fuerza, con personas que no formaban parte de su lista de afiliados –siento esto último un requisito estatutario para conformar tales Juntas Directivas.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ) quebrantó el principio de autonomía de las partes de los afiliados a postular sus candidatos, por intervenir en la gestión directa de dichas asociaciones políticas, que no deben ser intervenidas por el Estado-Poder Judicial, como erróneamente constitucionalizó el Constituyente con el artículo 293.6, pues así, Estado y Sociedad acaban indebidamente fusionándose, siendo éste, el paradigma liberal-burgués de antaño: la separación del poder inorgánico del poder orgánico de una Nación.

En vista de lo anterior, el Poder Judicial ordenó constituir una nueva Junta Directiva afín con el Partido Gubernamental (PSUV) con una sentencia nula, irrita y usurpadora de la sociedad civil, para postular como candidatos parlamentarios, a un amplio grupo de personas con intereses acordes con los intereses del Partido Oficialista. Simulando, un procedimiento electoral, pero desjuridificado, pues éste procedimiento jurídico-administrativo electoral fue **“sustanciado”** *“por la supuesta concurrencia de candidatos políticos de diferentes facciones y programas de gobiernos como principio jurídico,”* donde *“existe, un supuesto contencioso de ofertas electorales para los electores en esa elección.”*

De tal modo, que se sufraga, más no se elige, a un Diputado de nuestra preferencia, conforme debiere ser el auténtico mandato constitucional: el voto como libertad pública, más no, como un simple derecho. Entonces, el Derecho Constitucional-Político al Sufragio fue completamente vaciado de contenido, en conjunto con el Derecho Constitucional a Asociarse Políticamente. Sencillamente, la judicialización de los partidos políticos representó una auténtica expropiación.

Jurídicamente, el artículo 63 delinea la verdadera base del sistema electoral Venezolano, a través del Derecho Constitucional-Político al Sufragio, con ayuda de 4 características fundamentales; caracteres, que fungen como auténticos principios rectores fundamentales de cualquier procedimiento electoral como la *Universalidad, la Libertad, el Carácter Directo del Sufragio, y, el Carácter Secreto del Sufragio.*

No obstante, la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE) no respeta esos 4 postulados constitucionales, en vista de



que el procedimiento administrativo-electoral con su totalización, adjudicación y proclamación electoral, no está agnado del todo, con la teoría de las nulidades de los actos electorales. No hay una norma legal, que sustancialice la juridicidad de los actos electorales en Venezuela de una manera detallada, prolija, amena y correcta.

En cualquier sistema electoral de un Estado verdaderamente democrático, la Teoría de las Nulidades de Pleno Derecho de los Actos Electorales está construido en torno a esas cuatro características, o, principios jurídicos rectores de los actos electorales. Si un acto electoral, no cumple con esos cuatro caracteres principales, la elección como acto político deja de estar juridificado, y no cumplirá nunca con los *standares* de institucionalidad de una sociedad moderna, abierta, plural, tolerante y garante de Derechos Civiles como la Libertad, y, también de los Derechos Políticos.

Si un Estado impone el *apartheid* político con la finalidad de impedir que un sector de la población pueda sufragar, o, que pueda aspirar conducir el destino de una Nación, a través de la obtención de las plazas en los cargos representativos respectivos, el Estado Democrático estará desconectado del Estado Constitucional de Derecho ungido según el específico artículo 6 de la Constitución. Y entonces, éste sistema electoral dejará de ser justo garante de la **Universalidad del Sufragio**. Trayendo como efecto, que el procedimiento electoral sea **Nulo de Pleno Derecho**: y, que éste nunca podrá ser convalidable, pues la elección violaría expresamente a la Constitución de 1999. Configurando finalmente, una indudable trasgresión al orden público constitucional.

Si un Estado configura un procedimiento administrativo electoral, de tal modo, que los electores no puedan postular libremente a sus candidatos de preferencia, la elección perderá su sentido desde la perspectiva de la juridicidad del acto electoral. Los electores no pueden ser coaccionados, bajo ningún concepto a que participen negativamente en el procedimiento electoral. Como tampoco, los electores pueden ser motivados a participar activamente con la ayuda de prebendas dinerarias, pues entonces, éste sistema electoral no será **Libre**. Así, el Estado Democrático quedará desconectado del Estado Constitucional de Derecho expresado en el artículo 2 de la Constitución. Entonces, el procedimiento electoral será **Nulo de Pleno Derecho**: éste nunca podrá ser convalidable, pues la elección violaría expresamente a la Constitución. Configurando finalmente, una trasgresión al orden público democrático del artículo 6 Constitucional.

Si un Estado configura un procedimiento administrativo electoral, de tal modo, que el sistema electoral presidencial venezolano,

acaba siendo cambiado a los términos del sistema electoral presidencial estadounidense –que viene siendo indirecto, a través de las famosas colegiaturas electorales- la elección perderá su sentido desde el enfoque de la juridicidad. Y entonces, éste sistema electoral no será **directo**, sino en esencia, **indirecto**. El Estado Democrático estará desconectado del Estado Constitucional de Derecho expresado en el artículo 63 del Texto Constitucional. Y entonces, el procedimiento electoral será **Nulo de Pleno Derecho**: nunca podrá ser convalidable, pues la elección estaría violando expresamente a la Constitución. Configurando así, una trasgresión al orden público constitucional democrático del artículo 6 Constitucional. De hecho, así ocurre con las elecciones para el sector indígena en Venezuela: cambió el carácter directo, por uno indirecto.

Si un Estado configura un procedimiento administrativo electoral, de tal modo, que el sistema electoral presidencial venezolano cambia el principio jurídico rector del carácter secreto de las elecciones, a través del anuncio de divulgar el contenido de las papeletas de votación de cada elector, la elección perderá su sentido desde el enfoque de la juridicidad, pues, el carácter secreto del sufragio en la elección, al igual que las tres características anteriores, acaban siendo garantías jurídicas genéricas de los procedimientos electorales.

El carácter secreto del sufragio es una garantía constitucional personal de cada elector, que le permite manifestar su descontento por un candidato que tiene posibilidades reales de alcanzar el poder. Revelar el contenido del sufragio personalizado de cada elector, trae la suerte con un *Funcionario Electo Autoritario*, que éste tome represalias contra el elector inconforme con su oferta electoral, cuando el sistema electoral debe ser tolerante con las minorías. Trayendo como consecuencia, que éste sistema electoral no sea **Secreto**, sino en esencia público; que el Estado Democrático no se halle agnado al Estado Constitucional de Derecho según el artículo 63 Constitucional. Configurando finalmente, una trasgresión al orden público constitucional democrático del artículo 6 Constitucional.

De hecho, la próxima Constitución debería blindar aún más el orden público constitucional, incorporando la participación política de la mano con la teoría de las nulidades de los actos electorales para garantizar así, la integridad misma del sistema electoral. Por ejemplo, dado la experiencia de las elecciones presidenciales de Mayo de 2018, que un acto electoral no tenga legitimidad, si el electorado no participa en un número considerable al 40% de los electores inscritos en el Registro Electoral Permanente (REP), con el puro fin de “*motivar indirectamente al electorado*” a cumplir con una participación mínima,

sin desmejorar a la abstención como técnica de castigo contra malos candidatos, ofertas electorales, u otras condiciones desfavorables. Ello contribuiría a fortalecer el sistema electoral con una verdadera garantía institucional.

Por supuesto, el Derecho al Sufragio es un derecho político individual; no es un Derecho Político Colectivo como el Referendo. Pero ese porcentaje, que puede ser mayor, o menor, -la idea es abrir el debate de los interesados por el siguiente tema- debe marcar la pauta para cubrir una legitimidad constitucional medible cuantitativamente con un porcentaje fijo, al decir, cuando cuantitativamente la participación del acto electoral recubre el *estándar* mínimo de constitucionalidad ciudadana. Brewer-Carías denunciaría la ilegitimidad cuantitativa de participación ciudadana del nulo resultado electoral de Mayo de 2018.

La idea es que se pueda decidir colectivamente con el derecho constitucional al sufragio, pero a través de un número considerablemente firme de electores, no con un grupo reducido de personas, que no representan ni la mitad de la población constitucionalmente hábil para decidir el destino de la Nación. Es una observación a la deficiente Constitución de 1999, y a la regulación administrativa subsiguiente del sistema electoral venezolano, que debe corregirse de la experiencia vivida en esas elecciones presidenciales del mes de Mayo de 2018. De lo contrario, se podría llegar al absurdo de que 3 electores repartidos en 2 a 1 sobre 2 candidatos, decidan el importante destino de la Nación.

En conclusión, tras los dos considerandos anteriores enmarcados al sistema electoral venezolano, la referida LOPE (2010), a través de su vital artículo 215, es abiertamente, una Ley inconstitucional por omisión: no cumple con el mandato constitucional de la norma N° 62, de crear las condiciones jurídico-administrativas fundamentales para impugnar eficazmente los actos jurídico-electorales contrarios a Derecho. No aparece un sistema de lista detallado de vicios invalidatorios de los actos jurídicos-electorales con sus referidas sanciones jurídicas, conforme con los 4 lineamientos anteriormente indicados; y el tema de la participación ciudadana; y, por supuesto, sus efectos referidos sobre el acto, y, el resultado electoral.

Recordemos al artículo 25 Constitucional, pero en especial, al artículo 19.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) cuando indica, que si un acto administrativo -cualquiera que fuere éste su contenido- quebranta un derecho constitucional, por ejemplo, a un *Derecho Constitucional Político*, éste acto administrativo electoral de totalización, adjudicación y proclamación será nulo

de pleno derecho, esto es, que el acto administrativo carecerá de virtualidad jurídica, de legitimidad jurídica, y con ello, de ejecutividad. Trayendo como natural efecto, la necesidad de repetir el procedimiento electoral para una nueva oportunidad, que en opinión personal, debiere ser máximo, un año después del acto viciado; un aspecto de especial importancia, que tampoco fue mencionado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y que desarrolla a la justicia electoral venezolana.

A lo sumo, el artículo 215.1 menciona la incompetencia manifiesta en la convocatoria de los actos electorales como vicio invalidatorio: aspecto de especial importancia para entender las elecciones presidenciales (2018) y de Gobernadores y Alcaldes (2017), que fueron convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente, esto es, el irrespeto de la supremacía constitucional vertiente formal: Principio de Competencia Administrativa y Procedimiento de Formación Administrativa.

O, de igual modo, el artículo 215.3 señala a la imposibilidad de determinar fehacientemente la voluntad del electorado; a lo cual, podría considerarse, que es una repetición del artículo 215.2 por las causas de fraude, o cohecho, o soborno, o violencia en la formación del REP, la votación o el escrutinio, que son diferentes formas de transgresión del mismo principio de la libertad en el sufragio, que tantas veces ha sido denunciado por la oposición política al Gobierno Nacional de turno.

O incluso, el artículo 216: “Será nula la elección de candidatos y candidatas elegidos o elegidas que no reúnan las condiciones requeridas por la Constitución y ésta Ley.” Aspecto de especial importancia para entender, la legitimidad de las dos últimas elecciones presidenciales, tras el polémico, conflictivo e inconcluso asunto de la nacionalidad originaria sin otra nacionalidad del actual “Presidente Ejecutivo Nicolás Maduro Moros.”

Pero dicho artículo 215 no articula nunca a la nulidad de los actos electorales en torno al principio jurídico de la universalidad, del carácter secreto, y directo del voto. Con lo cual, el sistema de nulidades de la LOPE no garantiza de un modo eficaz, el sufragio del electorado, frente a los atropellos del Estado.

En este sentido, el *Estado Democrático Venezolano* se halla completamente vaciado de juridicidad. El Estado Democrático debe estar conectado con el Estado de Derecho, donde, el Estado de Derecho guía al Estado Democrático según reglas, principios y valores constitucionales previos. De lo contrario, éste sería un “*Estado*



Democrático” vaciado de la juridicidad necesaria para legitimar cualquier accionar electoral de la sociedad civil.

El **Estado Democrático** no se encuentra por encima del **Estado de Derecho**. La simple celebración de un acto electoral no ratifica el cumplimiento de un real **Estado Democrático de Derecho**: muy importante combinación de palabras!, pues las dos palabras anteriores no pueden interpretarse de un modo aislado, sino de un modo conjunto, sistemático, como un mismo mensaje jurídico. La legitimidad del acto electoral es prioritaria para obtener el Estado Democrático de Derecho.

Por eso, constitucionalmente, el artículo 62 anuncia la necesidad de facilitar las condiciones más favorables para su real práctica. Por supuesto, la Constitución de 1999 no menciona que el medio es, a través de la Legislación y los Reglamentos Ejecutivos, de donde las *Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias Período 2021-2026 y el Reglamento Especial para Regular la Elección de Indígenas en la Asamblea Nacional 2020* **son inconstitucionales por Vulnerar a la Reserva Legal Electoral**. Y que las condiciones jurídicas más favorables vienen determinadas con esos cuatro lineamientos nucleares del artículo 63: **Universalidad, Libertad, carácter Directo y Secreto del Sufragio, que vienen blindados por el recubrimiento de un marco regulatorio tipo legal**. Un Estado será Democrático de Derecho, o, mejor dicho, las elecciones estarán apegadas a Derecho, cuando el procedimiento administrativo electoral reúna las condiciones más favorables del artículo 63 de la Constitución, conjuntamente con muchas otras garantías jurídicas, como la seguridad jurídica del artículo 298.

Fijense, que el Estado Democrático de Derecho, también puede articularse con el Estado Social, creando condiciones jurídico-económicas más favorables, a los fines de que los sectores de la sociedad con menos recursos financieros puedan participar directa o indirectamente en los asuntos gubernamentales con ayuda del Sector Privado. El artículo 67 prohíbe el uso de los dineros públicos para financiar a los partidos Políticos. Por tanto, el financiamiento privado de los Partidos Políticos, es el permitido por una interpretación *a contrario sensu* de la anterior norma constitucional, que contradice a la norma constitucional preeliminar N° 2: la norma del *Estado de Derecho, Social, Democrático y de Justicia* como principio jurídico.

La idea es, juridificar a los procedimientos administrativos electorales –con todo y acto administrativo de inscripción de candidatos, y el definitivo también- de una manera similar como el artículo 19 LOPA cumple su función con el resto de los procedimientos

administrativos de primer grado. Recordemos al artículo 19 LOPA, como un muro de contención hermético contra el gran abuso de confianza de la Administración -en éste caso, Administración Electoral- frente a la Ley sancionada por la Asamblea Nacional. Y que mejor forma, que afirmar legislativamente, que un acto jurídico-electoral -ya no político- sea contrario a Derecho por contradecir los principios jurídicos de carácter nuclear del sistema electoral Venezolano, que tienen un fuerte, e histórico, rango, **constitucional**.

Las elecciones del Mes de Diciembre 2020 son elecciones “completamente legales,” pero no son, en verdad, elecciones constitucionales. No son elecciones de un verdadero Estado Constitucional, no de uno acorde con un Estado de Derecho. *La Ley Orgánica de Procesos Electorales (2010), las Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias Período 2021-2026 y el Reglamento Especial para Regular la Elección de Indígenas en la Asamblea Nacional 2020*, son el producto natural de la desenfrenada legislación sancionada con posterioridad al rechazo de la Reforma Constitucional del 02 de Diciembre de 2007 con su fatídico y fallido modelo socialista, autoritario, totalitario, antidemocrático y comunista, para así, implementar leyes, a la medida de un Gobierno felizmente conflictuado con una Constitución de 1999, que todavía tiene, ciertos, más no todos, los elementos democráticos del hemisferio occidental.

¡Esperamos que el presente Número, sea de su completo agrado!



LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: TRANSPOLACIÓN DE LA VISIÓN DE SCHMITT Y KELSEN AL CASO VENEZOLANO

THE DEFENSE OF THE CONSTITUTION:
TRANSPOLATION OF THE SCHMITT AND KELSEN VISION TO THE
VENEZUELAN CASE

Juan Cristóbal Carmona Borjas ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.01>

Recepción: 29 de Julio de 2020 Aceptación: 17 de Septiembre de 2020

RESUMEN

La tendencia iniciada en el siglo XX en torno a la concepción del Estado, sustentada en textos constitucionales plagados de valores, principios, derechos fundamentales y amplios fines a ser perseguidos, ha venido acompañada del ejercicio de exorbitantes poderes por parte del Poder Judicial, específicamente de tribunales constitucionales, que más allá de ejercer el control negativo de la constitucionalidad de las leyes, se han reconocido capaces de interpretarla, reformarla y de dictarla. Tal proceder, encuentra claro referente en la clásica controversia entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, a la que toca referirse al intentar determinar en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuál es el verdadero alcance de las competencias atribuidas a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y a quién realmente, corresponde la defensa del Texto Fundamental.

Palabras Clave: *Constitución, Control, Protección, Kelsen, Schmitt.*

ABSTRACT

The practice initiated during the Twentieth century with respect to the State, based on constitutional texts plagued of values, principles, fundamental rights and numerous purposes to be achieved, has been accompanied with exorbitant controls performed by the Judicial Power, specifically by the constitutional courts, that beyond the negative control of the law have assumed its capacity to interpret, reform and even dictate it. This performance, conduct to the classic controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt, that has to be taken into account in the intent to determine with respect to the Venezuelan Constitution, the real role of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, and who is the real responsible for the defense of our Constitution.

Keywords: *Constitution, Control, Protection, Kelsen, Schmitt.*

(1) Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Mención Summa Cum Laude. LLM in Common Law, Georgetown University. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Aspirante al Doctorado en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de Post-Grado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor Invitado del IESA. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (ASOVEDEFI) - 1994-1999. Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) Periodos: 2003-2005 y 2005-2007. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Sillón N° 30.

INTRODUCCIÓN:

Dada la complejidad de la temática a ser abordada en el presente estudio, el tiempo transcurrido desde que se desarrolló la controversia ideológica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en cuanto a quién corresponde la defensa de la Constitución, al contexto histórico en el que aquellos grandes pensadores jugaron papeles decisivos como juristas y políticos y, a la complejidad que encierra el caso venezolano, resulta pertinente realizar una serie de consideraciones preliminares que permitan acercarnos al final de la República de Weimar (1929-1933) y a las vidas de Schmitt y de Kelsen, para luego referirse a su obra y al tratamiento dado a la materia en el texto constitucional venezolano.

DESARROLLO:

1. Breve Referencias Biográficas de Carl Schmitt y Hans Kelsen.

1.1. Datos Biográficos de Carl Schmitt.

Nace en Plettenburg, Alemania, en el año 1888, en el seno de una familia de origen francés, profundamente religiosa, entre cuyos integrantes estuvieron tres sacerdotes católicos. Recibió educación religiosa, paralela a sus estudios superiores y una formación latina, tomista y contrarrevolucionaria. Schmitt, es considerado no sólo un jurista, sino también, un político y un filósofo, cuya doctrina acerca del Estado se ha señalado como uno de los elementos ideológicos sobre los que se fundó el nacionalsocialismo, al que se adhirió en 1933.

Hacia 1932, el movimiento nacionalsocialista era visto como una propuesta no sólo de restauración conservadora, sino especialmente como la única alternativa a lo que en aquel entonces parecía inexorable: el acceso al poder en Alemania de los sectores de izquierda, escenario que acercaba al país a la caída en un régimen comunista al estilo del bolchevique impuesto en el ex Imperio Ruso una década antes.

Podría decirse que este espanto de la burguesía en Alemania ante el fantasma del comunismo, en un ambiente de humillación nacional por los duros términos impuestos por los vencedores y enmarcado en una situación de colapso económico con cifras de desempleo e inflación nunca antes vistas, es lo que explica el viraje, incluso antes de que Hitler acceda al poder, de buena parte la *intelligentsia* alemana hacia posturas más reaccionarias, incluso radicales, de la cual los juristas, profesores de Derecho y magistrados judiciales eran una suerte de avanzada intelectual de gran influencia.

Así, el ámbito del Derecho –especialmente, el sistema de administración de Justicia– potenció en aquellos años lo que podría considerarse como un rol garantizador del statu quo, es decir, de la conservación de los privilegios de clase y de las vigentes relaciones de poder frente a la amenaza de un cambio sustancial propiciado por la clase obrera y los círculos políticos e intelectuales que la apoyaban, nucleados especialmente en el partido comunista y en la socialdemocracia.

Fue así que, con el acceso de Hitler al poder el 30 de enero de 1933, esta tendencia en los ambientes académicos se potenció y reorientó en apoyo explícito del nuevo panorama político que se abría de la mano de la revolución nacionalsocialista, generando un entusiasmo que no se limitó al común de los profesores de Derecho, sino que:

La elite más altamente calificada profesionalmente ofreció gustosa su capacidad; algo más: muy a menudo lo hizo con verdadero júbilo al servicio del nuevo Estado [...] con pasmosa regularidad, en 1933 o después de ese año, gran parte del profesorado especialmente calificado se dejó tomar por el «espíritu nacionalsocialista» en la medida en que ellos no estuvieron en oposición a los nuevos dueños del poder.⁽²⁾

Carl Schmitt fue precisamente uno de esos profesores de Derecho que jugó rol protagónico antes, durante y después del Tercer Reich. Schmitt fue profesor en la Universidad de Berlín desde 1934, Consejero de Estado de Prusia y miembro signficado de la Organización de Juristas Nacionalsocialistas a la que presidió durante tres años.

Entre las obras en que desarrolló su doctrina, destacan “*La Dictadura*” (1921), “*Teología Política*” (2 vol. 1922, 1970) y “*Estado, Movimiento y Pueblo*” (1933). Schmitt:

Dirigió una crítica constante hacia las instituciones y los principios democráticos durante la República de Weimar, cuya estabilidad contribuyó a socavar. Según su teoría, el poder real se descubre en la situación de excepción, según quién conserve la capacidad de decisión, y no de acuerdo con la atribución constitucional de poderes. También criticó el individualismo subyacente a la democracia, al considerar que el pueblo era propiamente masa, que adquiriría una identidad por adhesión a un líder carismático, y por enfrentamiento al «enemigo», categoría fundamental en la constitución de un pueblo y que se establecía por decisión arbitraria del líder.⁽³⁾

En lo que respecta a su obra “Ha insistido siempre Schmitt en la necesidad de poner en relación Política y Metafísica (*rectius*, Teología); es decir, en hacer explícitos los presupuestos filosóficos del pensamiento jurídico. Así las cosas, no deja de ser curioso, lo difícil que es precisar cuál pueda ser la filosofía última de Schmitt; la que justifica sus elecciones teóricas fundamentales. Lo demuestra la ininterrumpida cascada de interpretaciones doctrinales que no cesan de aparecer.”⁽⁴⁾

Para Schmitt “no sólo la historia no es reconducible al conocimiento: tampoco lo es el derecho. Se comprende la dureza de la confrontación con el normativismo. El orden jurídico no es re-conducible a unidad por un acto de saber sino de poder, por una resolución del intelecto sino de la voluntad.” En resumen, todo saber (Normativismo) es incompleto; quiérase o no está al servicio de la vida y depende de ella. El conocimiento está siempre situado,

(2) <http://www.catedrahendler.org/doctrina>

(3) Ídem.

(4) Pardo, C. (2011) “Estudio Introductorio. En: El Valor del Estado y el Significado del individuo.” Editorial CEPC, Madrid, España. Pág. XXIII.

es “polémico,” nunca absoluto, aunque no por ello mera palabrería. Hay un saber íntegro y sólo él avanza el verdadero orden: un saber del instante y su primacía, pero también de que los instantes “resuenan” (...)

El conocimiento puro, en cambio, la creencia en una ciencia independiente, universal y eterna, es sólo un mito aunque, ya por eso, más que mera fantasía. En consecuencia, la perfecta libertad de elección es imposible.”⁽⁵⁾

Schmitt, “Cayó en desgracia en 1936 por su obediencia católica.” Después de la victoria aliada, fue detenido por los rusos, puesto en libertad, e inmediatamente arrestado por los americanos que, durante un año (había sido denunciado por un conocido colega criminal de guerra), lo tuvieron internado en un campo de concentración. Encarcelado en Nüremberg, seis semanas, fue puesto en libertad. Rechazó someterse a un proceso de desnazificación y perdió su cátedra en la Universidad de Berlín.”⁽⁶⁾

Schmitt murió en 1985 a la edad de 97 años, después de vivir buena parte de su adultez y vejez en la España del franquismo. Sus aportes al mundo del Derecho y la Política, aún se mantienen vigentes a pesar de la polémica que suscitan.

1.2_. Datos Biográficos de Hans Kelsen.

Hans Kelsen nace en Praga, en el año 1881 y muere en Berkeley, California, Estados Unidos en el año 1973.

Al desmembrarse el antiguo imperio Austro-húngaro al final de la Primera Guerra Mundial, Hans Kelsen tomó parte activa en la organización institucional de Austria como uno de los principales redactores de la constitución sancionada en 1920. En 1929 abandonó su cátedra en la Universidad de Viena para profesar en la de Colonia, pero el acceso del nazismo al poder lo indujo a trasladarse en 1933 a Ginebra y tres años más tarde a Praga, donde permaneció hasta 1940, cuando se trasladó a Estados Unidos. Allí enseñó derecho en las universidades de Harvard y Berkeley. Kelsen, perteneciente a la corriente del formalismo jurídico, sostuvo la teoría del normativismo, según la cual, el derecho es un fenómeno autónomo de cualquier hecho o ley positiva. La doctrina de Kelsen, que él llamó «teoría pura del Derecho», tuvo continuidad en la escuela de Viena e influyó en la orientación jurídica de muchos países europeos.⁽⁷⁾

Hans Kelsen fue el fundador de la Escuela pura o vienesa del Derecho que en el período de entreguerras se propuso reconstruir el derecho público desde la afirmación democrática de una concepción de lo normativo desprovista de factores no jurídicos.

“Su concepción del derecho como técnica para resolver los conflictos sociales le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX. Entre sus obras destacan *“De la Esencia y Valor de la Democracia”* (1920), *“Teoría General del Estado”* (1925) y *Teoría Pura del Derecho* (1935).”⁽⁸⁾

(5) Íbidem, pág. XXVIII.

(6) Íbidem, pág. XXI

(7) <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.html>

(8) Ídem.

2_. Constitución de Weimar y Constitución Federal Austríaca. Referencia a los Mecanismos para su Defensa.

La década de los treinta del siglo XX discurre entre la Primera y Segunda Guerra Mundial. En ese período histórico, tanto en Alemania como en Austria, países de origen de Schmitt y Kelsen, se reconocía el fracaso histórico de los intentos por incorporar la democracia en la vida política.

Tras la Primera Guerra Mundial, se inició en los países europeos un proceso radical de cambios en la manera de concebir a la Constitución y en ella, las modalidades para garantizar su respeto, se aprueba así en Alemania, el 11 de Noviembre de 1919, la Constitución de Weimar, y el 1° de Octubre de 1920, la Constitución Federal Austríaca que, como ya señaláramos, tienen la impronta de Schmitt y Kelsen, respectivamente.



2.1_. Constitución de Weimar.

A raíz de la derrota propinada al Imperio Alemán después de la Primera Guerra Mundial, éste a pesar de conservar su nombre, fue extraoficialmente denominado República de Weimar. Tal denominación procede de la ciudad homónima, Weimar, donde se reunió la Asamblea Nacional Constituyente y se proclamó la nueva constitución de ese país.

El emperador alemán, renunció después de ser derrotado en la Primera Guerra Mundial, y la asamblea constituyente creó en Alemania una república gobernada por un régimen democrático. A esta etapa de la historia alemana, comprendida entre 1919 y 1933, se conoce como República de Weimar.

La Constitución de Weimar ha sido considerada la precursora del llamado constitucionalismo social, en tanto dedicó buena parte de su articulado a regular de manera estructurada y formal los principios de los derechos sociales asistenciales de seguridad social en salud, dirigidos a proteger a los menos favorecidos. Ello fue expresión de la social democracia alemana que se instauró en Alemania mediante el partido mayoritario en la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 19 de Enero de 1919.

Conforme al artículo 1° de la Constitución de Weimar, el Imperio Alemán se constituye en República Federal, inicialmente conformada por nueve Länders. El Presidente del Imperio, conforme al artículo 41 de dicho texto constitucional era elegido por el pueblo alemán entero (todo alemán mayor de treinta y cinco años). El Presidente del Imperio, al entrar en funciones, debía prestar ante el Reichstag (Parlamento) juramento. En virtud de tal actuación, se comprometía a guardar la Constitución y las leyes.

De acuerdo con el artículo 43 de la Constitución de Weimar, el cargo de Presidente del Imperio duraba siete años, siendo posible la reelección. Antes de que expirara aquel plazo, el Presidente del Imperio, a propuesta del Reichstag, podía ser depuesto mediante el voto popular. El acuerdo del Reichstag requería, mayoría de dos tercios, y una vez adoptado, cesaba el

Presidente en el ejercicio de su función. Si la propuesta de destitución era rechazada por el voto popular, se entendía que ello equivalía a una reelección del Presidente, y el Reichstag quedaba disuelto como consecuencia.

El Presidente del Imperio tenía el mando supremo de todas las fuerzas defensivas del mismo. En ejercicio de aquella competencia, de acuerdo al artículo 48 del comentado Texto, si un *Länder* no cumplía con los deberes que le imponía la Constitución o las leyes del Imperio, el Presidente podía obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada.

Cuando se hubiere alterado gravemente o estuviere en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente podía adoptar las medidas indispensables para su restablecimiento, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Conforme al artículo 59 de la Constitución de Weimar, el Reichstag tenía derecho a acusar ante el Tribunal de Estado al Presidente del Imperio, al Canciller y a los Ministros, por violación punible de la Constitución o de una ley del Imperio.

En lo que respecta a la posibilidad de reformar a la Constitución, el artículo 76 preveía tal posibilidad por vía legislativa. Para que prosperen las resoluciones del Reichstag modificativas de la Constitución, se necesitaba que éstas estuvieran presentes dos tercios del número legal de sus miembros y que la aprobaran dos tercios, por lo menos, de los presentes. En lo que respecta a la Administración de Justicia, la Constitución de Weimar establecía en su artículo 101 que los jueces eran independientes y no estaban sometidos más que a la Ley.

La jurisdicción ordinaria era ejercida por el Tribunal del Reich y los Tribunales de los *Länders*. Los jueces eran nombrados de por vida y no podían contra su voluntad ser privados, definitiva o temporal, de sus cargos, ni trasladados a otro puesto ni jubilados sino en virtud de fallo judicial, y sólo por las causas y en la forma que las leyes prescribieran.

En cuanto al tema que aquí nos ocupa y como más adelante veremos, de especial relevancia resultaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar, según:

En el caso de un estado que no cumpla con los deberes que le haya impuesto el *Reich*, la Constitución o las leyes del *Reich*, el presidente del Reich podrá hacer uso de las fuerzas armadas para compelerlo a hacerlo. Si la seguridad y el orden público interior del *Reich* son severamente dañados o están en peligro, el Presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para este propósito podrá suspender temporalmente, totalmente o en parte, los derechos fundamentales previstos en los artículos (...) El Presidente del *Reich* deberá informar al *Reichstag*, sin demoras, sobre todas las medidas tomadas de acuerdo a los párrafos 1 y 2 de este artículo. Estas medidas pueden ser revocadas por el Reichstag. Si el peligro es inminente, el Gobierno del Estado puede tomar medidas temporales para su propio territorio, como lo prevé el párrafo 2. Estas medidas pueden ser revocadas por el *Reichstag*. Los detalles serán determinados por una ley de *Reich*.”

2.2_. Constitución Federal Austríaca.

Este Texto Constitucional fue aprobado en 1920. En él, se reconoció a Austria como una República Democrática y Federal, cuyas leyes emanaban del pueblo.

De acuerdo con esa Constitución, toda resolución legislativa del Consejo Nacional⁽⁹⁾ debía ser sometida a votación popular (*Volksabstimmung*) una vez finalizado el procedimiento, pero siempre antes de su promulgación por el Presidente federal, si lo acordaba así el propio Consejo Nacional o lo pedía la mayoría de sus miembros.

Se contemplaba en el artículo 44.2, la figura de la enmienda constitucional a la que se clasificaba en: enmienda de conjunto (*Gesamtänderung*) y enmienda parcial (*Teilandemng*). En lo que a la segunda se refiere, sólo cuando fuera solicitado por un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Consejo Federal, se sometía a votación popular una vez finalizada su tramitación, pero siempre antes de que la promulgara el Presidente federal.

Conforme al artículo 60.1, el Presidente federal era elegido por el pueblo de toda la Federación (*Bundesvolk*), mediante elección directa y secreta de quienes tenían derecho de voto para el Consejo Nacional.

El cargo de Presidente Federal duraba 6 años, y sólo se admitía 1 reelección para el período presidencial siguiente. Antes de que terminara su mandato, podía el Presidente federal ser depuesto mediante votación popular, la cual debía celebrarse cuando lo pedía la Asamblea Federal.

En su juramento, el Presidente federal se comprometía a observar fielmente la Constitución y todas las leyes de la República y a cumplir su deber con arreglo a su leal saber y entender (*nachbestem Wissenund Gewissen*).

En lo que respecta al Ejército Federal (*Bundesheer*) el artículo 79.1 de la Constitución Austríaca establecía que a éste correspondía la defensa nacional del país. De especial relevancia era el numeral 2 de esa norma según el cual, el Ejército Federal estará destinado, además, en la medida en que la potestad civil legalmente establecida lo exigiera, a la protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de los habitantes.

El Presidente Federal ostentaba el mando supremo (*Oberbefehl*) del Ejército federal. En materia jurisdiccional (*Genichsbarkeit*) el artículo 82.1 disponía, que toda la jurisdicción emanaba de la Federación.

Los tribunales ordinarios austríacos no tenían competencia para examinar la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales debidamente promulgados, salvo que se dispusiera otra cosa en la propia Constitución. Si un Tribunal concebía objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto, debía interponer, ante el Tribunal Constitucional (*Verfassungsgesrichtsho*), la súplica de que se anulara dicho

(9) Una de las Cámaras del Parlamento.

decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tenía reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, debía interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley.

Según el artículo 140.1, el Tribunal Constitucional atendía la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal que hubiera estado llamado a resolver en segunda instancia, aunque también podía conocer de oficio cuando tenía que aplicar la ley a un litigio pendiente. Tenía competencia adicionalmente para conocer de la posible inconstitucionalidad de leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible inconstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

El Tribunal Constitucional conocía igualmente de la inconstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirmara haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley hubiera cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual.

Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal Constitucional, conforme al párrafo 4, en el sentido de que una ley era inconstitucional, quedaban vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguía aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación (*die vorder Aufhebungverwirklichten Tatbestände*), excepto aquella que hubiera dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no había dispuesto otra cosa en su decisión derogatoria.

3._ La Polémica entre Schmitt y Kelsen.

“...en 1919 el punto de partida de todo el edificio constitucional había consistido en idear un complejo equilibrio de poderes, tanto en el plano institucional como en los equilibrios políticos que se proyectaban en el ámbito de las relaciones a que daba vida el juego constitucional, y en el terreno de las ideologías.”⁽¹⁰⁾

En la búsqueda de ese equilibrio se reconoció la necesidad de diseñar, consagrar e implementar medios a través de los cuales se limitara el ejercicio del poder. A esos fines lo dispuesto en la Constitución resultaba determinante, pero ella a su vez requería de mecanismos que aseguraran su preservación y respeto. De esos mecanismos y de las instituciones encargadas de implementarlos, dependía la Defensa de la Constitución.

De la referencia anteriormente hecha a los textos constitucionales dictados en el Imperio Alemán y en la República Federal Austríaca, puede observarse que, en la búsqueda de aquel equilibrio de poderes y la protección de la Constitución en Austria, se atribuyó papel preponderante al Tribunal Constitucional, en tanto en Alemania, dicha materia no fue tan claramente

(10) Lombardi, G. (2009) “Carl Schmitt y Hans Kelsen. Polémica Schmitt/Kelsen Sobre la Justicia Constitucional: El Defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Madrid, España Pág. XXVIII.

atendida, por cuanto, por un lado, existía un Poder Judicial conformado por diversas jurisdicciones e instancias con diversas competencias, a la par que existía el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que "... siguiendo la vieja propuesta de Max Weber, reconocía a la figura del *Reichspräsident*, el Jefe de Estado elegido directamente por el pueblo al que se había potenciado hasta el punto de ser reconocida como institución suprema encargada de asegurar el mantenimiento del Estado.⁽¹¹⁾ Era esta la figura del llamado "*poder dictatorial*," como un momento excepcional en las relaciones de poder durante las situaciones de crisis.

Las experiencias vividas en Austria y Alemania, hicieron pensar que en aquélla se había adoptado un régimen de control concentrado, en tanto que en ésta, uno de control difuso. Este último, según los alemanes, no encuadraba, sin embargo, dentro de la jurisdicción constitucional, sino como un efecto del ordenamiento judicial en materia de Constitución.

Ante la falta de tratamiento expreso sobre el tema del control constitucional en la Carta Magna alemana, el Tribunal Supremo de Justicia de esa República empezó a desautorizar normas legales dictadas por el Parlamento por considerarlas inconstitucionales.

Frente a aquel proceder, la polémica inicial se suscitaba en la sujeción del Juez a la ley, y a la posibilidad del juez de desconocer la validez de una ley por considerarla contraria al texto constitucional. Posteriormente, especialmente por la influencia de Schmitt, se sostuvo que ese rol correspondía al Presidente del *Reich*.

Sobre esta temática Carl Schmitt había escrito la obra "*La Defensa de la Constitución*," precisamente en el marco de la Constitución de Weimar de 1919, frente a la cual respondió Kelsen con la obra de *¿Quién Defiende la Constitución?*

Se trató de la tradicional confrontación entre la "*Teoría Pura del Derecho*" apoyada por Kelsen y la "*Teología Política (Decisionismo)*," impulsada por Schmitt:

En lo que respecta a esta disputa, a primera vista el punto de contraste fundamental sobre el que gravita toda la polémica gira en torno a la figura, o mejor dicho, al órgano o institución, a que debe atribuirse la facultad y la obligación de defender o de salvar la Constitución, frente a los diferentes tipos de violaciones posibles que ponen en jaque su destino existencial y su vigencia temporal.

En este sentido, Kelsen y Schmitt, coinciden en la conveniencia o necesidad de reconocer la figura del defensor, del vigilante o del garante de la Constitución, eso sí, condicionándolo a su propio y particular concepto de Estado y de Constitución, de manera que medie siempre una relación directa entre defensa de la Constitución y concepto de la misma.

Y así, mientras para Kelsen el garante de la Constitución resulta ser un órgano ad hoc, un tribunal específicamente concebido al efecto, y dotado de esta sola atribución - el Tribunal Constitucional -, para Schmitt tan gravoso

(11) *Ibidem*, Pág. XXIX.

cometido recae en exclusiva en la figura del Reichspräsident, el Jefe del Estado. Pero llevando a sus últimas consecuencias el argumento, las discrepancias son más profundas: en tanto que para Kelsen el Estado es el derecho, y la Constitución en abstracto (que es en la que centra su interés) se define como una norma jurídica axiológicamente pura desprovista de cualquier componente no estrictamente normativo, para Schmitt en la Constitución (que es siempre la de Weimar, y que expresa una serie de decisiones políticas fundamentales amenazadas en su unidad por un pluralismo que juzga destructivo) conviven dos principios diferentes: representación e identidad.⁽¹²⁾

En 1933 asciende Hitler al poder y Schmitt es designado consejero de Estado de Prusia y presidente de los juristas del Reich. Durante ese período el antiliberalismo de Schmitt encontró en Alemania un fermento propicio para difundir sus iniciativas antidemocráticas debido al desprestigio que ostentaba el Parlamentarismo y las demás instituciones de la República de Weimar, entre ellas, las élites políticas y económicas.

Schmitt sostenía, que los principios del nacionalsocialismo debían reputarse válidos en todo momento y situación, para la aplicación y administración de patrones generales de conducta, ya fuera por medio del Juez, del abogado o del profesor de Derecho, reduciendo de este modo a estos actores y, al juez particularmente, en funcionarios policíacos. En lo que respecta a Kelsen:

Aunque bien sabemos el espíritu liberal que impulsaba al gran jurista vienés, - pues identificaba a la democracia con el sistema parlamentario y rescataba de ella su carácter de vehículo formal tendiente a la toma de decisiones prescindiendo de sistemas de valores universalmente aceptados, la historia se encargaría de demostrar que, tal como acontecía con el iusnaturalismo, tampoco el positivismo jurídico de Kelsen contenía los anticuerpos necesarios para evitar que el terror se adueñara del poder sin deslegitimarlo desde la teoría normativa.⁽¹³⁾

Hechas estas consideraciones preliminares en relación al ámbito al que se circunscribe la disputa ideológica entre Schmitt y Kelsen, procederemos a ahondar en los detalles de las tesis por ellos sostenidas.

4.- Referencia a la Tesis de Carl Schmitt. Reseña de la Obra de “El Defensor de la Constitución.”

A objeto de hacer viable el análisis de la tesis sostenida por Carl Schmitt en su obra “*El Defensor de la Constitución*,” se procederá a destacar algunas de las principales líneas de su pensamiento, para posteriormente concatenarlas con las expuestas por Kelsen y con el texto constitucional venezolano de 1999.

(12) Lomabardi, G. Ob. cit., Pág. XI.

(13) Rafecas, D. (2010) “La Ciencia del Derecho y el Advenimiento del Nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt.” Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, Año 8, N° 15, España, Pág. 5.

4.1_. Democracia de Unidad Homogénea e Indivisible.

Bajo la visión de Carl Schmitt (2009):

La Constitución vigente en Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán que, en virtud, de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral. Por esta razón, todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretendan ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución.⁽¹⁴⁾

4.2_. Pluralismo.

Schmitt (2009):

(...) en la realidad de la Alemania de nuestros días aparece todavía otro elemento que guarda relación con el contractual, o que por lo menos manifiesta una tendencia hacia él: nos referimos al elemento pluralista. La evolución de ciertos grupos sociales: partidos políticos, asociaciones de intereses y otras organizaciones, da como resultado que una mayoría de complejos, fuertemente organizados, con burocracias propias y con un sistema completo de organizaciones auxiliares y defensivas, se extienda, rebasando las fronteras de los diversos *länder*s sobre todo el Reich, y vayan apoderándose de los resortes de formación de la voluntad política. **Se convierte el Estado así en una estructura pluralista.**⁽¹⁵⁾

4.3_. Estado y Sociedad.

Para Carl Schmitt (2009):

La tendencia de la libertad del siglo XIX era la de limitar en lo posible el Estado a un mínimo, impedirle ante todo intervenciones y ataques a la Economía, y neutralizarlo en absoluto, en lo posible, frente a la Sociedad y a sus pugnas de intereses, para que la Sociedad y la Economía adoptaran en su sector respectivo las necesarias decisiones, según sus principios inmanentes (...) Un Estado neutral que a lo sumo interviene para restaurar las condiciones de la libre competencia cuando éstas han sido perturbadas.⁽¹⁶⁾

(14) Schmitt, C. (2009) "El Defensor de la Constitución." TECNOS Clásicos del Pensamiento. Madrid, España, Pág. 112.

(15) *Ibidem*, Pág. 113.

(16) *Ibidem*. Págs. 139 y 140.

Éste Estado fundamentalmente neutro, en el sentido liberal y abstencionista, con respecto a la Sociedad y a la Economía, siguió siendo también, la premisa de las Constituciones, aunque se admiten excepciones en orden a la política social y a la política cultural. Sin embargo, su criterio fue cambiando radicalmente en la misma medida en que desaparecía la antítesis de aquella estructura dualista de Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, y conforme iba perfeccionándose el Estado legislativo.

El Estado se convierte en “Auto-organización de la Sociedad.” Desaparece entonces, como ya se indicó, la consabida distinción entre Estado y Sociedad, Gobierno y Nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (ley, presupuesto, autonomía administrativa) construidos sobre dicha premisa, comienzan a plantear nuevos problemas. Pero al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda.

“Organizar la sociedad misma en Estado, el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos, con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolíticos-sociales.”⁽¹⁷⁾

La Sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado revisor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el estado resultante de la autoorganización de la Sociedad no pueda ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno, frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de no intervención.

Esta transformación profundísima puede considerarse como eslabón de una evolución dialéctica que se desarrolla en tres estadios: desde el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, por mediación del Estado neutro del liberal siglo XIX, hasta el Estado que identifica Estado y Sociedad.

4.4._ Defensa de la Constitución

4.4.1._ Papel del Poder Judicial

4.4.1.1._ Alcance del Papel Atribuido al Tribunal Supremo del Reich.

En opinión de Schmitt, el papel que como defensor de la Constitución había sido reconocido por algunos juristas al Tribunal Supremo del Reich, que se bifurcaba, por un lado, en la aclaratoria del contenido de las normas constitucionales (interpretación) y, por el otro, en la dilucidación de las dudas y diferencias de opinión que pudieran surgir en torno a la constitucionalidad de las leyes del *Reich* (anulación), se traducía en la aplicación de la ley, pero no en la posibilidad de crear Derecho.

Reconoce Schmitt que la idea del Defensor de la Constitución se remonta a la Grecia antigua y al Imperio Romano, en el que existieron instituciones como el Eforato Espartano y el Senado Romano, erigidos a esos fines. El peligro que respecto de aquellas figuras siempre se admitió fue la

(17) *Ibidem*. Pág. 141.

de que pudieran convertirse en árbitros y señores de la Constitución por la discrecionalidad de su proceder, producto del poder a ellos atribuidos que se veía reforzado por tratarse de instancias inamovibles e irresponsables.

Destacaba Schmitt que, en el siglo XIX el respeto al Texto Fundamental y, por ende, su protección, se procuraba, en primera instancia, respecto de las actuaciones del Parlamento. Eran las leyes por éste dictadas las primeras a ser controladas.

En lo que respecta al rol de los tribunales en la defensa de la Constitución, señala Schmitt debían ser excluidos los tribunales ordinarios, a quienes simplemente correspondía el llamado control judicial que consiste en comprobar si las leyes ordinarias estaban de acuerdo, en su contenido, con los preceptos constitucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplieran ese requisito. Para Schmitt, (2009) “Eso no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional.”⁽¹⁸⁾

Buena parte de la argumentación de Schmitt gira en un ataque a la Constitución de Weimar por el tratamiento conferido al Tribunal Constitucional y especialmente a quienes reconocían a él como el Defensor de la Carta Magna.

El peso que se dio en su momento en Alemania a los tribunales en lo que respecta a la protección de la Constitución vino de la influencia que tuvo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y con base en la cual, en 1925 el Tribunal Supremo del *Reich* se declaró competente para establecer la concordancia existente, por razón de su contenido, entre las leyes ordinarias y la Constitución del *Reich*. Aquella influencia, se produjo también en la Asamblea de Weimar.

Aquella dualidad de sistemas o realidades se vio alimentada por la influencia que en Europa tuvo la decisión que cien años antes había adoptado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, que ha sido considerada el principio del control constitucional.

Esa decisión impactó el destino de la temática en Alemania, evidencia de lo cual la constituyó la no menos famosa sentencia del 4 de noviembre de 1925 dictada por el Tribunal Supremo del *Reich*, según la cual, todo tribunal posee no sólo la facultad, sino también la obligación, de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad si se suscitaban dudas a propósito de su interpretación y coexistencia con otras.

Al respecto Schmitt analiza el rol y naturaleza de las decisiones del Poder Judicial americano y, cómo, éste difiere del europeo. Al respecto indica que los tribunales norteamericanos deciden casos puntuales, absteniéndose de adoptar criterios políticos o legislativos.

(18) Íbidem. Pág. 30.

Para Schmitt, la peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de la *Supreme Court* consiste, sin duda, en que, con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como “normas”, y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razonabilidad de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable. El Tribunal es apto para ello porque, en realidad aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza.⁽¹⁹⁾

Según Schmitt, la definición de qué es un litigio constitucional no le puede corresponder al Tribunal Constitucional, ya que si así fuera, el defensor se convertiría en un dominador de la Constitución.

En relación con el papel de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, el papel por ella asumido en la sentencia *Marbury vs. Madison* no resultaba de extrañar según Schmitt, en tanto se trataba de un sistema en el que la Constitución se consideraba rígida, por lo que era natural se impidiera el acceso al ordenamiento jurídico de normas que violaran los preceptos constitucionales. Por otra parte, en Estados Unidos de América los derechos no son creados por la Constitución o por el legislador, son anteriores al Estado. Para Lombardi (2009):

Incumbe al juez, en primer lugar, restablecer la observancia de los derechos y valores que planean sobre y antes de la Constitución y, por tanto, al poder judicial le cabe, como tal, considerar inoperantes todas las normas que violen esos derechos. Al actuar de este modo, restablece el equilibrio entre persona y poder, entre individuo y Estado. Precisamente por eso, la división de poderes potencia la posición del juez, exactamente al contrario de lo que ocurre en toda la historia de la Europa continental, en la que prevalece el positivismo jurídico frente al principio del *ius naturale*.⁽²⁰⁾

En términos fundamentales, señala Schmitt, puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un defensor de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales político-burgueses, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos.

Por el contrario, señala Schmitt que el derecho de control judicial ejercido por el Tribunal del *Reich* (en la famosa sentencia del 4 de noviembre de 1925), así como analógicamente por otros Tribunales Superiores, tiene una importancia muy moderada si se le compara con el derecho de control del tribunal americano.

La Sentencia de 1925 dictada por el Tribunal del Reich, descansa sobre la idea de que el Juez está sometido a la ley (artículo 102 de la RV), lo que:

(19) Íbidem, Pág. 26.

(20) Lombardi, G. Ob. cit. Págs. XXXIV y XXXV.

No excluye que una ley ordinaria del Reich o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el Juez, cuando se hallan en contradicción manifiesta con otras normas precedentes que el juez viene obligado a tener en cuenta. Ello quiere decir que, existen preceptos constitucionales bajo cuya regulación concreta puede subsumirse el caso en litigio, y que esta regulación según el precepto constitucional se antepone, en caso de colisión, a la regulación del mismo hecho por una ley ordinaria. El precepto constitucional sólo puede aducirse para el caso discutido, cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta en el hecho de que se trata, pues una colisión semejante presupone, como toda colisión genuina, la posible equiparación de los preceptos contrapuestos.⁽²¹⁾

Sólo la subsunción del hecho bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley ordinaria (así se expresa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente no se trata de negar validez a la ley), o más exactamente: que subsuma el hecho bajo la norma constitucional, en lugar de hacerlo bajo la ley ordinaria, y falle sobre esa base el caso en cuestión.

Como ya indicamos, para Schmitt aquello no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, no siendo posible calificar tal proceder como expresión de defensa de la Constitución. Schmitt (2009):

El derecho de control judicial asumido por el Tribunal Supremo tiene, por consiguiente, los caracteres de todo derecho de control judicial ejercido por los Tribunales sentenciadores: es sólo accesorio y únicamente constituye, como manifiesta H. Triepel, una competencia ocasional, que sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme las posibilidades de cada juez, es decir, en forma difusa.⁽²²⁾

La diferencia que registra el sistema alemán que lo separa del derecho de control ejercido por el poder judicial norteamericano estriba esencialmente en la circunstancia de que este último defiende los principios generales y, por tanto, erige al Tribunal en protector y defensor del orden social y económico existente, en cambio, el Tribunal Supremo del Reich, dadas las limitaciones, ya mencionadas, que restringen su derecho de control, no ocupa ni de lejos una posición semejante a la del norteamericano. **Respecto al control judicial alemán puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación.**

Sostiene así Schmitt que, “**Ante todo, la Justicia queda sujeta a la Ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley ordinaria, el poder judicial no se convierte en defensor de la Constitución**”.

(21) Íbidem. Pág. 29.

(22) Íbidem. Pág. 35.

4.4.1.2. Decisionismo en el Marco de la Actuación Judicial.

Destacaba Schmitt que “En tiempos pasados a los de la Alemania del siglo XX, los peligros respecto del texto constitucional provenían de las actuaciones del Gobierno, es decir, del “Ejecutivo”, en los años treinta del siglo pasado, derivaban del Poder Legislativo.

Ahora bien, si el peligro para la Constitución amenaza desde la esfera legislativa, es evidente que el legislador no puede prestar ya la defensa deseada. No se buscó el defensor en la esfera del Poder Ejecutivo porque siempre se estaba bajo la impresión de la lucha secular que la Constitución tenía que reñir contra el Gobierno. Ahora bien, señala Schmitt que si el defensor no pertenece a la esfera del Poder Legislativo ni a la del Ejecutivo, no queda ya aparentemente otro recurso que el Judicial.

Para Schmitt, al actuar un juez puede resolver un conflicto entre normas o aclarar el contenido de una norma. En esos casos, se actúa en rol legislativo. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional.

El decisionismo, es esa porción del actuar del juez que depende de su criterio, independientemente de que en ello esté ceñido y aplicando una ley. En lo que respecta al rol de la justicia en la defensa de la Constitución, Schmitt alerta del peligro de su politización.

No es una cuestión jurídica de carácter teórico, sino un problema político de práctica oportunidad, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instituciones ya existentes o de nueva creación la misión de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos e indeterminados que estén incorporados a la Constitución, y la misión de establecer un contrapeso al Poder Legislativo.⁽²³⁾

4.4.1.3. Inamovilidad de los Jueces.

Otro tema que se plantea Schmitt respecto al Poder Judicial es si se requiere de jueces inamovibles, exponiendo en consecuencia, el estamento judicial a una prueba de resistencia política. Para Schmitt (2009):

Si se considera que la misión de un Tribunal de Justicia Constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes al contenido de un precepto constitucional, lo que dicho tribunal realiza, como ya hemos manifestado anteriormente, no es ya Justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento. Por esta razón, no es tampoco extraño que, en la realidad concreta, un Tribunal de esta naturaleza tienda siempre a mantener su actuación práctica dentro de los límites de la Justicia, evitando, a toda costa, situarse, en los casos serios de cierta envergadura, frente al legislador ordinario o al Gobierno competente. Y procede de este modo porque si se

(23) Íbidem. Pág. 35.

opusiera a éstos se convertiría a si mismo en legislador o Gobierno, tan pronto como traspasara el marco de la autoprotección meramente defensiva de la Justicia que es independiente, pero sujeta a las leyes. ⁽²⁴⁾

4.4.2_. Derecho Revolucionario en Caso de Necesidad (Ciudadanos como Defensores).

Schmitt admite que cada organismo público y en fin de cuentas, cada ciudadano, podría ser considerado como un eventual defensor de la Carta Magna, circunstancia que en algunas Constituciones se expresa al celo de todos los ciudadanos. **Ahora bien, de ahí solamente resulta un derecho general a la desobediencia y, en último término, a la resistencia pasiva y activa, lo que también se ha denominado “derecho revolucionario en caso de necesidad”.** Esta es la razón de que, en ciertos tratados sistemáticos, el derecho de resistencia aparezca como una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir.

Sin embargo, la función constitucional del defensor de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Sólo entonces puede decirse que existe como institución dicho defensor de la Constitución.

Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución.

“Esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los Tribunales no sean considerados como defensores de la Constitución, aun en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso.”⁽²⁵⁾

4.4.3_. El Presidente del Reich como Defensor de la Constitución.

Schmitt dividía al poder del monarca como Jefe de Gobierno y Jefe de Estado. Al primero correspondía según Schmitt el control de la Constitución.

4.4.3.1_. Teoría del Poder Neutral.

Para Schmitt (2009):

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder

(24) Íbidem. Pág. 91.

(25) Íbidem. Pág. 40.

político más excelso - y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral - y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de

Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, un órgano especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

El valor práctico de la teoría del Jefe de Estado que ocupe una posición neutral, mediadora, reguladora y tutelar radica, en primer término, en el hecho de que ahora puede contestarse ya a la pregunta de qué significa todavía el Jefe de Estado en un Estado burgués de Derecho - sea monarquía constitucional o democracia constitucional - y cuál es el sentido de sus atribuciones, si la legislación compete absolutamente a las Cámaras y los Ministros nombrados por el Jefe de Estado, dependen por completo de la confianza de los cuerpos legislativos, y el Jefe de Estado está obligado al refrendo de los Ministros. De igual modo Schmitt (2009):

Respecto de la teoría del poder neutral, esta posición reviste particular interés, porque la función peculiar del tercero neutro no consiste en una actividad continua, imperante y reglamentaria, sino fundamentalmente en una actuación mediadora, tutelar y reguladora, que sólo en casos de necesidad se produce activamente, porque no debe competir con los demás poderes realizando una expansión del poder propio, y aun en su ejercicio debe ser, por naturaleza, normalmente serena y cauta. A pesar de ello, existe, y por lo menos resulta indispensable en el sistema del Estado de Derecho con distinción de poderes.⁽²⁷⁾

En relación al Presidente del Reich, elegido por la Nación entera, señala Schmitt que está dotado con atribuciones que le hacen independiente de los órganos legislativos, aunque simultáneamente está obligado al refrendo de los Ministros, quienes a su vez, depende de la confianza del Parlamento. Las atribuciones que le están asignadas por la Constitución corresponden típicamente al repertorio del Jefe de Estado.

Se reconoce al Presidente del Reich bajo la Constitución de Weimar, con ayuda de la teoría de un poder neutral, mediador, regulador y tutelar. Aquella neutralidad lo es respecto de las antítesis sociales y económicas.

(26) *Ibidem*. Pág. 265.

(27) *Ibidem*. Pág. 283.

Señala Schmitt que, todo tratado, como algunos ven a la Constitución, así tenga por objeto la paz, debe considerar aunque sea remotamente un escenario de guerra. Esas confrontaciones pueden registrarse entre partidos políticos, burgueses y socialistas, obreros y patronos. Estas fuerzas se compensan entre sí, y el Juez o árbitro cumple un papel mínimo. El representante del Estado es un simple mediador. El Estado luego se convierte no en un ente neutral, sino en un factor adicional que ayuda a una de las partes a obtener la victoria sobre la otra.

Según Schmitt (2009) “El voto del Presidente oficial, es neutral, es decir, no delegado por los intereses de las partes, es el de un “órgano imparcial de la legalidad”, ofreciéndose así una garantía de que la opinión de la mayoría representa una justa compensación de intereses.”⁽²⁸⁾ Se asume que el Presidente del Reich es ajeno a los partidos. La independencia es la premisa fundamental a efectos de asumir el rol de defensor de la Constitución.

Tal independencia la logra el Presidente del Reich al ser electo por el pueblo alemán entero, por siete años y por las trabas a su revocación. Admite, Schmitt que algunos reconocen en el Poder Judicial esa misma independencia basada en la carrera, en su elección vitalicia, que no puede ser depuesto arbitrariamente, y porque se encuentra apartado de la lucha social y económica.

El defensor de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral, pero se trastornan los conceptos de judicialidad y jurisdicción como también la garantía institucional de la burocracia profesional alemana, cuando en todos los casos en que por razones prácticas aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende implantar una judicialidad y un Tribunal por juristas oficiales de profesión.

Tanto la justicia como la burocracia profesional resultan recargadas de modo insoportable cuando sobre ellas se amontonan obligaciones y resoluciones políticas, para las cuales se solicita una independencia y una neutralidad con respecto a la política de partidos. Pero, además, la institución de semejante defensor de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia.

Schmitt rechaza que exista un cuerpo judicial capaz de ejercer la formulación de preceptos constitucionales.

La independencia de los jueces no tiene, empero, en el Estado actual, la misión de crear un titular para la generación auténtica de la voluntad del Estado, sino la de delimitar y asegurar, dentro de un sistema estatal ordenado, una esfera de la justicia sujeta a la ley. Otras especies de independencia tienen a su vez otras funciones, entre ellas, precisamente la de hacer posible una robusta generación de la voluntad política, superando métodos desintegradores propios de Estado pluralista de partidos.

Se trata de una independencia política con respecto a los partidos, pero no una independencia apolítica.

(28) Íbidem. Pág. 265.

La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y por esta razón es apolítica. De acuerdo con la Constitución de Weimar, los funcionarios son servidores de la colectividad, no de un partido político. Los diputados son representantes de todo el Pueblo. El Presidente es elegido por todo el Pueblo alemán.⁽²⁹⁾

Schmitt consideraba que el Presidente del Reich se hallaba en el centro de todo un sistema - construido sobre fundamentos plebiscitarios - de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él estaba condicionada la ordenación política del Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultaban y aun llegaban a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo.

“Tanto su estabilidad y permanencia relativa (mandato por siete años, dificultad de su revocación, independencia respecto de las cambiantes mayorías parlamentarias) como también el género de sus atribuciones, hacen del Presidente del Reich a la más depurada expresión de la neutralidad.”⁽³⁰⁾

4.4.3.2_. Política y Derecho.

Con fáciles y cómodas antítesis cabe distinguir Política y Derecho, Política y Economía, Política y Cultura, para entonces ser parte de la falsa idea del siglo XIX liberal de que es posible separar un cierto sector de “Política” de otros sectores concretos como Economía, Religión, Derecho, etc. **La peculiaridad de lo político radica, sin embargo, precisamente, en el hecho de que todo sector imaginable de actividad humana, en potencia, es político, y se convierte efectivamente en político cuando los conflictos y cuestiones decisivos se agolpan en ese sector.** Lo político puede asociarse con cualquier materia, y no hace sino darle un giro nuevo -si se me permite hacer uso de una fórmula usada por Eduardo Spranger- Así resulta una equivocación y un artilugio equívoco, cuando no falaz, indicar con la palabra despolitización que es posible evitar la enojosa responsabilidad y el riesgo de lo político, que cabe eliminarlo por completo. Todo cuanto es de interés público es político en cierto modo, y nada de lo que interesa esencialmente al Estado puede ser despolitizado en serio. El apartamiento de la política es el apartamiento del Estado. Dónde puede terminar éste, dónde haya de arribar el fugitivo, nadie puede preverlo; de todos modos, seguramente el resultado será, o bien la decadencia política u otra clase de política.”⁽³¹⁾

4.4.3.3_. Democracia Plebiscitaria.

“La democracia plebiscitaria. En el caso de las decisiones auténticas, incluso la simple posibilidad de discernir y de comprender correctamente y, con ello, el derecho a opinar y a juzgar reposan únicamente sobre la asociación y la participación existenciales, únicamente sobre una *participatio genuina*. La política auténtica, como la religión, capta al hombre en ‘forma total y existencial’. De ahí la conveniencia de asegurar el contacto con el pueblo.

(29) Íbidem. Pág. 283.

(30) Íbidem. Pág. 285.

(31) Íbidem. Pág. 200 y 201.

Si en un estado legislativo parlamentario (...) se concibe (la ley) únicamente como la resolución momentánea de la mayoría parlamentaria del momento, en el estado democrático, en cambio, lo es de la voluntad momentánea de la mayoría popular del momento. El resultado momentáneo del plebiscito del momento tiene un grado superior de momentaneidad que la voluntad momentánea de una asamblea que permanece estable durante un tiempo prolongado.

El parlamento no es elegido a cada instante y su momentaneidad sólo existe dentro del marco de una abolición de largo alcance de la momentaneidad, esto es, en el marco de un período electoral de varios años. El protagonismo del pueblo incrementa aun más el funcionalismo de la ley -que hace abstracción de toda cualidad de contenido- y lo lleva hasta sus últimas consecuencias porque él es al final el único garante de la justicia.”⁽³²⁾

4.4.3.4.- Estado Total.

Señalaba Schmitt que el estado debe hacerse más fuerte a medida que las contradicciones se hacen más fuertes, pero las contradicciones se hacen más fuertes precisamente porque el estado se está volviendo cada vez, más débil.

La intensificación de los conflictos exige más protagonismo del estado, mayor fuerza y legitimación, una asistencia constante por su parte.

En 1927 Schmitt creía que el estado tenía todavía el monopolio de la política, de la hostilidad: es decir, que sólo son enemigos los estados y que no hay enemigos dentro del estado. Los conceptos clásicos del derecho público de los países europeos se elaboraron sobre este presupuesto implícito y por ello presuponen el estado como “*modelo de unidad política*.” Conceptos clásicos porque establecían distinciones claras ya que partían de que los estados tenían el monopolio exclusivo de la decisión política y, por tanto, sólo ellos eran sujetos políticos y, en consecuencia, enemigos legítimos.

A partir de 1927, Schmitt piensa que el estado ha entrado en una situación crítica y no conserva ya, ni mucho menos, el monopolio de lo político. La hostilidad le sobrepasa y gangrena su estructura. No es ya capaz de concentrar lo político por lo que la guerra (y la hostilidad que la anima) deja de tener carácter estatal, formal, agonal, para volverse material, civil, con independencia de que su escenario de desarrollo sea nacional o internacional. El Estado hoy no puede ya determinar la política, es la política la que debe determinar al Estado. Así resume Schmitt en un párrafo capital de su panfleto sobre el Estado nacional socialista, “Estado, Movimiento y Pueblo”, el resultado final del alzamiento que había liderado Adolfo Hitler. El estado ha perdido el monopolio de lo político tal como fue considerado en los siglos XVII y XVIII; es ya sólo una parte de la unidad política y una parte, además, dependiente de la organización que carga con el Estado. El partido es el que guía políticamente y sustenta, en tanto que organización del movimiento, tanto el aparato del Estado, como el orden social y económico y el conjunto de la unidad política.

(32) Íbidem. Pág. LXXII.

El 30 de enero de 1927, afirma Schmitt, murió verdaderamente Hegel; es decir, murió el Estado hegeliano, la teoría del Estado como imperio de la razón objetiva, en el que el funcionario erudito, como decía Otto Mayer, que cumple todas las tareas decisivas, no es un instrumento sino un poder autónomo dentro del Estado. De ahí la importancia de que la ocupación nocional socialista del poder se hubiese hecho respetando la ley; por esa razón burocrática, el funcionario alto y bajo, ya que la ley no era otra cosa ya que la disciplina de funcionamiento de la máquina burocrática, se pasó a Hitler.

En este sentido, Schmitt (2009):

El pueblo no responde a todo lo que se le pregunta. Solo se hace pueblo y unidad si se le pregunta lo que toca, lo que corresponde, sépalo o no responder, hágalo en sentido positivo o negativo. Sería así representante el que hace la pregunta correcta, y pueblo el que se siente aludido, llamado por la pregunta y, por ello, responde.⁽³³⁾

La creencia de que todo el poder emana del pueblo recibe un significado análogo al de la creencia que todo poder de la autoridad procede de Dios. La teoría schmittiana de la “representación” envolvía de facto un espaldarazo a la autonomía del estado. Un alejamiento tácito del integrismo eclesástico. Pero sólo indirectamente.

4.4.3.5_. Teoría Política del Mito.

¿De dónde van a sacar los Estados, la fuerza necesaria para que sus normas penetren la vida, el espíritu y las costumbres del pueblo tal como la auténtica representación requiere? La fantasía, el corazón, la sensibilidad (si las leyes no quieren fracasar) tienen que recibir su parte, no pueden quedar vacíos.

Un Estado puramente racional, técnico, neutral, es una especie de máquina y acaba siendo repudiado por el pueblo. Los revolucionarios franceses advirtieron el problema y por ello crearon una religión pública. Una religión privada no lo resolvía porque ésta (como la fe fetichista, decía Hegel) es incapaz de interesar de verdad al corazón del hombre. Por su parte Schmitt, con la mirada puesta en esa misma cuestión, en 1922, al mismo tiempo que su escrito sobre el catolicismo, publicó otro sobre “*La Teoría Política del Mito.*”

Se buscaba a una Alemania, libre de toda intervención pontificia, para ensayar soluciones propias, autóctonas y, por tanto, independientes. El Estado, no cabe duda, no es la iglesia. La representación que produce, no se confunde, por ello, con el juego saltarín que reconduce a un principio unitario mediante una forma no totalmente racionalizable de las contradicciones que laceran la sociedad para darles una dirección normativa.

No hay derecho puro al margen de la política, y menos cuando en la Constitución se albergan preceptos de contenido ambiguo como los que hacen referencia a los derechos y libertades recogidos en la parte segunda del texto de Weimar.

(33) Schmitt, C (2009). Ob.cit. Pág. LXXIX.

En resumen, para Schmitt cuando se aspira a actuar con libertad de arbitrio para determinar el contenido existencial de la Constitución y defender su esencia ante una amenaza cierta, ante un peligro también existencial, se impone decidir previamente quién debe ser esa institución llamada a actuar como defensor de la Constitución. Y Schmitt propone incuestionablemente, que en el caso de la República de Weimar, lo sea el Jefe del Estado, es decir, el Presidente del *Reich*.

El sufragio popular en que fundamenta su nombramiento, y así como la independencia de los partidos que deriva del carácter directo de su elección, la competencia para asumir poderes excepcionales en momentos excepcionales que le atribuye el artículo 48 de la Constitución, y el hecho de vincular la idea de equilibrio al llamado *pouvoir neutre*, basta a Carl Schmitt para asegurar que el Jefe del Estado llegue a ejercer la función de garante de la Constitución cuando se trata de decidir, esto es, cuando su decisión entraña optar con libertad de arbitrio entre dos posibilidades existenciales diferentes.”⁽³⁴⁾

El Presidente del *Reich*, con arreglo a la jurisprudencia mayoritaria, estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Puede dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y otros organismos extraordinarios.

En otras palabras, “éste es un dictador soberano, reúne en sus manos la legislación y la aplicación de la ley y puede ejecutar inmediatamente por sí solo las normas por él establecidas lo que no puede hacer el legislador ordinario del estado legislativo parlamentario mientras respete la diferenciación de poderes que es esencial al estado legislativo con su separación entre ley y aplicación de la misma.”⁽³⁵⁾

4.4.3.6_. Referencia a la Tesis Sostenida por Hans Kelsen. Reseña de la Obra “¿Quién Defiende a la Constitución?”

La obra de Kelsen ¿Quién Defiende a la Constitución? ha sido considerada una respuesta a la tesis desarrollada por Schmitt en El Defensor de la Constitución. De allí que después de haber descrito exhaustivamente a esta última, se referirá ahora, al pensamiento de Kelsen, a ella circunscrito. Según Kelsen, Schmitt sostenía que la actividad legislativa era creadora de derecho, en tanto que la jurisprudencia, únicamente aplicaba el derecho.

Según Kelsen, nadie podía ser Juez de su propia causa, de allí que el control de la Constitución debía ejercerlo un tribunal independiente de las otras funciones del Estado (Gobierno y Parlamento).

Kelsen criticó a Schmitt cuando éste sostenía que el Parlamento era el único creador de Derecho, en tanto para Kelsen, un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias específicas, en tanto que el Tribunal constitucional anula normas.

(34) Lombardi, G. Ob. cit., Pág. XLII.

(35) Schmitt, C. Ob. cit. Pág. LXXIII.

Kelsen reconocía al Tribunal Constitucional y a las demás ramas del Poder Público como protectoras de la Constitución, sólo que con diferencias cuantitativas.

Kelsen sostenía que era falsa la afirmación hecha por Schmitt de que la política era función del legislador, a través de la cual sometía a los hombres a su voluntad y que al ejercer el poder constreñía a los hombres a buscar sus intereses dentro de los límites establecidos por sus normas, decidiendo así acerca de los conflictos de interés existentes, en tanto que el Juez, no como instrumento de ese poder, sino como sujeto del mismo, aplicaba el orden creado por el Legislador.

Al respecto Kelsen señalaba que Schmitt olvidaba en su análisis a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Para Hans Kelsen, si se mira a la política como poder de decisión en orden a la resolución de los conflictos de interés -para hablar con la terminología de Schmitt- entonces la política estaba presente en cada sentencia, en mayor o menor medida.

Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y con ello, un poder que da a la función judicial el carácter "político" que tiene la legislación, aunque en una medida mayor. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa.⁽³⁶⁾

Hans Kelsen considera, que Schmitt pareciera sostener que los tribunales ordinarios sólo resuelven casos concretos, aplicando normas cuyo contenido no demanda interpretación ni encierra dudas. Kelsen (2009) señala:

Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un tribunal independiente la determinación del contenido de una ley constitucional dudosa y se puede preferir, por alguna razón, poner esa función en manos del Gobierno y del Presidente, pero es impensable afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea justicia, cuando la norma a aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido. Es imposible afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de la que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.

Según Kelsen, la Constitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc. Pero dada que una jurisdicción constitucional en relación con leyes sólo es posible cuando las normas constitucionales materiales son presentadas también bajo la específica forma constitucional, es decir, como leyes

(36) Kelsen, H. (2009) "¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?" Tecnos. Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Bailerbes Jr., Madrid, España. Pág. 19.

calificadas –pues de otro modo cada ley material constitucional sería derogada o modificada por una simple ley, que esté en contradicción con aquéllas, y así no sería posible en absoluto una ley constitucional– la evolución de la constitucionalidad de una ley por parte de un Tribunal constitucional, implica una respuesta a la cuestión de si la ley ha sido dictada de acuerdo con la Constitución.

Carl Schmitt afirmaba, que la decisión del Juez se deriva en cuanto al contenido, de otra decisión definida y mensurable, que se halla ya contenida en la ley. El Juez entonces, no crea derecho, sino que encuentra en el Derecho la solución ya creada.

Una ley no es una sentencia, ni una sentencia es una ley. En toda decisión, señala Schmitt, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

Precisamente de este punto de vista se sigue que entre ley y sentencia no hay diferencia cuantitativa, que ésta lo mismo que aquélla, son generadoras de Derecho, y no en último término, dado que el elemento de la “decisión” de ninguna manera está limitado a la función de legislar, sino que también y de manera necesaria – está incluido en la función judicial, ésta como aquélla deben tener un carácter político.

Frente a la amenaza de la politización de la justicia efectuada por Schmitt, Kelsen sostiene que “La discrecionalidad a que dan lugar las leyes, son las que dan poder a los tribunales y con ello el carácter político de su función. Debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Entonces las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los Derechos Fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos difusos, como libertad, igualdad, justicia, etc.

De lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del Poder del Parlamento no previsto en la Constitución y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él:

Puede dudarse acerca de si es oportuno transferir a un tribunal independiente la determinación del contenido de una ley constitucional dudosa y se puede preferir, por alguna razón, poner esa función en manos del Gobierno y del Presidente, pero es impensable afirmar que la función de un Tribunal Constitucional no sea justicia, cuando la norma a aplicar tiene un contenido dudoso y que, por ende, su sentencia es la determinación de ese contenido. Es imposible afirmar que la índole dudosa del contenido de la norma en una ley constitucional es algo distinto de la que es una ley que no tiene carácter de ley constitucional.⁽³⁷⁾

(37) Kelsen, H. (2009) “¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?” Tecnos, Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Bailleres Jr., Madrid, España. Pág. 19.

Hans Kelsen considera que, desde el punto de vista teórico, un tribunal constitucional y un tribunal ordinario, aplican Derecho y también generan Derecho. Estos producen sólo normas individuales, en tanto que aquellos aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y anulando leyes, no generan, sino que destruyen una norma general.

Pero cuando un Tribunal aplica el control difuso, también elimina la norma, sólo que para un caso específico.

Una sentencia sobre la constitucionalidad de una ley orienta al Derecho hacia una dirección determinada. Justamente, aquí cobra especial significado, *que la voluntad política del Estado*, plasmada en la sentencia del Tribunal Constitucional, proceda de tal manera, que lleve a expresar los intereses opuestos.

Para Kelsen, Schmitt desconoce el verdadero sentido de la así llamada “forma judicial” y su utilidad para el procedimiento ante una autoridad que desempeña el papel de “defensor de la Constitución.” El hecho de que lo mismo que en una determinada figura jurídica - también en la sentencia de un Tribunal, y en especial en la de un defensor de la Constitución, participan intereses opuestos, de manera que toda decisión se toma acerca de la oposición de intereses; es decir, a favor de uno u otro, o en el sentido de una mediación entre ambos.⁽³⁸⁾

Hans Kelsen consideraba que, dado que precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a un tercero que esté fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre el Gobierno (Jefe de Estado) y el Parlamento. La ventaja de un Tribunal Constitucional es que desde el principio no toma parte en el ejercicio del Poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno.

En relación a la afirmación efectuada en el Preámbulo de la Constitución de Weimar, utilizada también por Schmitt como fundamento de su tesis, según la cual el Texto Fundamental es expresión de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, mediante un acto unilateral, Kelsen señala que en realidad, la Constitución de Weimar es decisión de un Parlamento, cuya identidad con el pueblo alemán unido, sólo puede ser afirmada en el horizonte de la ficción de la representación.

En cuanto a lo sostenido por Schmitt de que el Presidente del Reich es el Defensor de la Constitución, porque él, “elegido por el pueblo alemán entero, está llamado a hacer de contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, teniendo la posibilidad, mediante la convocatoria del plebiscito, de enlazarse de modo directo con la voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la Constitución, Kelsen lo califica de “sin sentido.” Considera que si algo es ficticio es la “Unidad del Pueblo.” Si bien el Jefe de Estado debe procurar la

(38) Íbidem. Pág. 42.

unidad de la población - Unidad Política - Efectiva Solidaridad de intereses, no es menos cierto que, está igualmente presionado por los partidos políticos y las clases sociales.

Según Kelsen, el resultado de un plebiscito no puede equipararse a la “voluntad general del pueblo.”

Kelsen consideraba que la elección de un Jefe de Estado inevitablemente tiene lugar bajo la presión de los partidos políticos, es un método democrático, pero no garantiza especialmente su independencia. Deducir de allí que, el Jefe de Estado “es elegido por el pueblo,” es decir en realidad, elegido por la mayoría. No existe en realidad voluntad general. La elección del Presidente no garantiza que en el ejercicio de sus funciones se equilibren los intereses antagónicos. Sostener lo contrario como lo hace Schmitt, es cerrar los ojos frente a la realidad.

Tampoco se puede sobrevalorar en su eficacia los medios convencionales dirigidos a garantizar la independencia del Jefe de Estado (Duración del cargo, dificultades para removerlo, etc.).

Alerta Kelsen que, ¿Si los Jueces son designados por el Jefe de Estado, ello acaso no es una expresión de poder político?

En opinión de Kelsen, Schmitt no logra demostrar que el Jefe de Estado pueda ser más objetivo que un Tribunal.

Kelsen por ello considera necesario estatuir un poder neutral, específico, junto a los demás poderes y enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

El control lo ejerce según Kelsen el Jefe de Estado cuando se niega a promulgar una ley, “cuando con ayuda de la fuerza armada obliga a un territorio a cumplir la ley, el Presidente del Reich actúa como simple ejecutor de un defensor de la Constitución, pero no es el único defensor.

Para Kelsen, las competencias atribuidas al Jefe de Estado con base en las cuales Schmitt lo cataloga de Defensor de la Constitución, más bien lo catalogan como un “Ejecutor de la Constitución.” Pero ese mismo papel lo juegan las demás ramas del Poder Público.

Para Schmitt, la atribución del rol de defensor de la Constitución a un Tribunal Constitucional es anti-democrática. Kelsen al respecto se pregunta la razón de esa afirmación y señala que “El carácter antidemocrático de un Tribunal Constitucional, lo mismo que el del Jefe del Estado, no puede depender sino sólo del modo de su designación y de su situación jurídica. No hay obstáculo alguno de hacerlo democrático mediante la elección de sus miembros por el voto popular.”

Schmitt, según Kelsen, no se plantea que el Jefe de Estado sea quien pueda violar la Constitución. Únicamente concibe al Jefe del Estado como contrapeso al Parlamento.

La Constitución es una situación, la situación de unidad del pueblo alemán. En qué consiste esa unidad del pueblo alemán que tiene carácter material y no meramente formal, no se especifica con mayor precisión. Puede no ser otra cosa que una situación deseada bajo una determinada perspectiva política. En lugar del concepto “*ius positivista*” en el que unidad es un ideal “*ius positivista*.”

Vista las posturas de ambos juristas y admitiendo, por una parte, los efectos que en sus tesis tiene el tiempo y las distancias geográficas y, por la otra, que en ejercicio del poder es una constante la tendencia al abuso, se mantiene viva la inquietud por ambos expresada de la necesidad de un Defensor de la Constitución.

De una primera valoración que pueda hacerse de las tesis expuestas por Schmitt y Kelsen, nos atrevemos a señalar que ambas se caracterizan por el extremismo y en ello pierden fuerza, sin que dejen de traducirse en importantes aportes. Una, la de Schmitt, parte de una independencia, neutralidad y legitimidad del Presidente del *Reich*, adquirida por el voto de “todo el pueblo,” que además se mantiene inquebrantable durante todo el periodo presidencial y cuyas actuaciones trascendentales se relegitiman a través del plebiscito.

Se asume así que el Presidente del *Reich* no está expuesto a los grupos de presión, ni es capaz de incurrir en violaciones de la Constitución. A la par que Schmitt da fuerza a la consulta plebiscitaria, desmerita a la población, a quien llega a calificar como borregos que simplemente siguen la línea mesiánica y mítica del líder carismático. Tamaña contradicción, atenta contra la supuesta relegitimación de ciertas decisiones políticas promovidas por el Presidente del *Reich*.

Acierta a nuestro parecer Schmitt al considerar que toda actuación de poder es política, sólo que pareciera no reconocer en su justa medida los límites que impone el Derecho en ese ejercicio. El decisionismo, está ciertamente involucrado en toda actuación del Estado, cualquiera sea la rama del Poder Público que intervenga, pero en su ejercicio debe tenerse al Derecho como límite.

La postura de Schmitt es así tan extrema e ingenua o acomodaticia, como lo es la “*Teoría Pura del Derecho*” de Kelsen, para quien la norma sólo tiene contenido jurídico y en ella no hay presencia de política. La creación de la norma es política, su interpretación es política y su aplicación también lo es. En cualquier caso, no se trata de que la política opere libremente, debe traducirse en decisiones dentro de lo que permite el derecho, pero en ello siempre habrá una decisión. Que un Tribunal Constitucional pueda estar exento de la tentación de dejarse llevar por la política, representa también una ficción. La elección de los jueces y su continuidad en los cargos, en la práctica, se encuentran generalmente atadas a decisiones políticas.

En definitiva, se trata de un tema que no puede ser abordado en función de posturas extremas, por cuanto como más adelante se verá, no puede ser uno sólo el Defensor de la Constitución, al todos ser potenciales victimarios de la misma.

5_. Mecanismos de Defensa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Vinculación con las Posturas de Schmitt y Kelsen.

5.1_. Del Título VIII. “De la Protección de esta Constitución.”

La Constitución de 1999, bajo el Título VIII, “*De la Protección de esta Constitución,*” contempla cuatro normas de especial relevancia a los efectos de encontrar respuesta a la pregunta de cuáles son los mecanismos a través de los que puede procurarse su vigencia y respeto. Es de observar, sin embargo, que la definición del alcance y, por ende, la plena aplicación de la Carta Magna implica tener en cuenta adicionalmente al resto de los artículos que la componen, en los que además encontramos mecanismos adicionales para su defensa.

Es así como, antes de abordar el referido Título constitucional, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 7 de la Carta Magna, según el cual, ésta es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico venezolano, al cual se encuentran sujetas todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público.

De igual manera es importante a los efectos del presente análisis, lo dispuesto en el artículo 137, según el cual, “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetar las actividades que realicen.”

Es así como el reconocimiento del Estado venezolano como uno democrático y social de Derecho y Justicia (Art. 2), constituye la letra del Texto Fundamental el norte de su defensa.

En ese contexto, procederemos en primer lugar a analizar las disposiciones contenidas en el Título VIII, “De la Protección de esta Constitución.”

5.2_. Artículo 333. Preservación de la Vigencia del Texto Constitucional.

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.” (Subrayado nuestro).

Frente a la amenaza que siempre se cierne sobre un texto constitucional de que alguien pretenda desconocerle su vigencia, sea por un acto de fuerza o porque pretenda derogársele por mecanismos distintos a los en ella previstos, la propia Carta Magna desconoce validez a tales iniciativas, convirtiéndose así, ella misma en garante de su defensa.

Esta norma atribuye además la misión de proteger a la Constitución a la población en general, trátase de personas que se encuentren en ejercicio de una función pública o de simples ciudadanos.

Es de observar que la referida norma atribuye ese rol únicamente a los ciudadanos, término este que nos obliga a adentrarnos en su alcance. La ciudadanía se encuentra regulada en la CRBV entre sus artículos 39 al 42. El artículo 39 circunscribe el ejercicio de la ciudadanía a “Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución.” Son ciudadanos así: a) los venezolanos por nacimiento o por naturalización; b) Que no se encuentren inhabilitados políticamente ni sometidos a interdicción civil; c) Que sean mayores de edad.⁽³⁹⁾

La ciudadanía supone la titularidad y ejercicio de derechos y deberes políticos. Si bien el elegir y el ser elegidos resulta lógico se condicione a la ciudadanía, pero el deber de proteger a la Carta Magna no debería agotarse en ella. Entra aquí la discusión que se planteó, en el pasado reciente, respecto a la participación de menores de edad en la lucha por el restablecimiento del sistema democrático venezolano amenazado por las actuaciones del Poder Público Nacional en actual ejercicio de funciones, asunto este al que volveremos más adelante.

Una cosa es ser persona, otra, ser venezolano y una muy distinta, el ser ciudadano. En ese contexto, conforme al artículo 131 de la CRBV, toda **persona** tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público. Sean **venezolanos o extranjeros**, el que opere en territorio nacional debe acatar el ordenamiento jurídico nacional.

El Texto Constitucional venezolano emplea en algunas normas los términos **personas, ciudadanos, pueblo y sociedad**, todo lo cual complica la delimitación del ámbito humano-jurídico de a quién corresponde la defensa de la Carta Magna, en tanto no se trata de sinónimos.

El artículo 62 de la CRBV es clara expresión de lo antes señalado, con el agravante de que en el mismo se utilizan aquellos términos como si se trataran de lo mismo. Señala así dicha norma:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. (Subrayado nuestro).

El artículo 70 de la CRBV señala por su parte que “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía, en lo

(39) Art. 39: mayores de 18 años en cuanto al ejercicio de los derechos políticos de elegir y ser elegidos.

político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación de mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto, y la asamblea de ciudadanos. Por su parte, el artículo 71 constitucional circunscribe el caso del referendo a los electores, en tanto que el artículo 62, como vimos, delimita el derecho al sufragio activo y pasivo a los ciudadanos.

Por otra parte, la CRBV alude a la noción “Pueblo,” por ejemplo, en su artículo 5 en el que señala que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo. Si el ejercicio de la soberanía se concreta indirectamente a través del sufragio, pero directamente en la forma prevista en la ley, puede sostenerse que constitucionalmente no necesariamente el pueblo está conformado sólo por “ciudadanos.”

En lo que respecta a los fines del Estado y a los derechos sociales, las normas que los regulan están dirigidas en función de la persona, que es, a quien se reconoce, como titular de los derechos humanos.

En todo caso y, en aquel contexto, de aplicar literalmente al artículo 333 constitucional, correspondería a los ciudadanos la defensa de la Carta Magna. No se especifican, sin embargo, los medios a través de los cuales puede procurarse la recuperación de la vigencia del Texto Fundamental.

Se trata acaso de un deber formal, que sólo puede implementarse a través de recursos judiciales o, es posible que ese deber se concrete por otros medios.

Dentro de la primera opción, resulta lógico pensar en el llamado control difuso y concentrado de la constitucionalidad, al que se refirieron en su momento Schmitt y Kelsen, a pesar de que para el primero, como vimos, no eran manifestaciones de defensa de la Constitución. En nuestra opinión, ambos deben considerarse como mecanismos de defensa del Texto Fundamental.

Al respecto el artículo 25 de la CRBV dispone que:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, según el caso, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores. (Subrayado nuestro).

Aquella norma, clara expresión del llamado control difuso va dirigida a los funcionarios públicos, es decir, a ciudadanos investidos de autoridad, habiéndose suscitado polémica en el caso venezolano si se circunscribe únicamente a los jueces o si también comprende al resto de los funcionarios públicos.

En lo que respecta a los ciudadanos que no están investidos de autoridad, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 26 de la CRBV, según:

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. (Subrayado nuestro).

Es más:

“(…) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 26 de la Constitución, es también base constitucional de la jurisdicción constitucional, pues ésta no se limita a esa función objetiva de preservación de la supremacía constitucional, sino que, además, está llamada al restablecimiento de las situaciones jurídicas lesionadas por los actos del poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución. De allí precisamente que a las pretensiones de nulidad de tales actos o de condena a actuación frente a las omisiones legislativas, puedan acumularse pretensiones subjetivas restablecedoras.”⁽⁴⁰⁾

Por su parte, el artículo 27 de la CRBV dispone que “**Artículo 27.-** Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.” (Subrayado nuestro).

Todas estas normas constituyen a nuestro parecer manifestaciones de mecanismos de defensa del Texto Constitucional en el que interactúan los ciudadanos, las personas, los jueces y en opinión de un sector de la doctrina patria, los funcionarios públicos en general.

El artículo 333 constitucional alude como hecho desencadenante de su aplicación a la derogatoria de la Carta Magna por medios distintos a los en ella previstos. Al respecto debe tenerse presente al Título IX De la Reforma Constitucional, en el que se reconocen a la enmienda (Arts. 340-341), la reforma (Art. 342 al 346) y a la Asamblea Nacional Constituyente (Arts. 347 a 350) como las modalidades bajo las cuales es posible alterar o cambiar el articulado del texto Fundamental. Cualquier mecanismo distinto a éstos o cualquier intento por implementarlos en términos diferentes a los regulados en ese Título, conducen a otra norma fundamental en la defensa de la Constitución, la prevista en el artículo 350, disposición esta, a la que más adelante nos referiremos.

En relación a esos mecanismos, la CRBV reconoce la posibilidad de accionarlos a un 15% de los electores inscritos en los Registros Civil y Electoral.

5.3._ Artículos 334, 335 y 336. Papel del Poder Judicial en la Preservación de la Integridad del Texto Constitucional.

Para Canova (2012) la Justicia Constitucional comprende:

(40) Urosa, D. (2015) “*Fundamentos Constitucionales del Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela. Vinculos y Diferencias Entre la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa.*” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela. Pág. 327.

Toda la actividad jurisdiccional de defensa de las normas y principios constitucionales frente a las leyes o actos de similar jerarquía o frente a cualquier otro acto, hecho u omisión proveniente de entes públicos o personas privadas, sea desempeñada por cualquier tribunal, especial u ordinario...⁽⁴¹⁾

Concepto que abarca todos los medios procesales mediante los cuales se controla jurisdiccionalmente la adecuación de los actos de los Poderes Públicos a la Constitución, vale decir, el control concentrado de los actos de omisión legislativa, el amparo constitucional, las demandas de protección de intereses y derechos supraindividuales, la demanda de habeas data, entre otros, y por tanto mucho más amplio que el de jurisdicción constitucional, el cual corresponde a un criterio orgánico, especialmente referido al órgano jurisdiccional al que compete el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, que en Venezuela sería la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, según el artículo 334 de la Constitución⁽⁴²⁾

Más próximo a la visión de Kelsen en cuanto a quien es el Defensor de la Constitución, se encuentra el artículo 334 constitucional, según el cual:

Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella. (Subrayado nuestro).

Esta norma reconoce la competencia que tienen todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución, a la vez que se reitera la supremacía de la Carta Magna frente a cualquier otra ley y como competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la declaratoria de nulidad de leyes u otro tipo de acto emanado del Poder Público. En esta materia específica pareciera existir un control concentrado de la constitucionalidad que, sin embargo, es acompañado de un control difuso ejercido por el resto de los tribunales que se traduce en la desaplicación de la norma a un caso concreto, pero no en su anulación.

En desarrollo de aquel rol establece el artículo 335 de la CRBV que:

(41) Canova, A. (2012) "El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional." Ediciones Paredes. Caracas. Pág 26.

(42) Urosa, D. Ob. cit., Pág. 325.

El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. (Subrayado nuestro).

Otra expresión de la defensa de la Constitución, más allá de la declaratoria de nulidad de actos del Poder Público que vayan en contra de su letra es el rol que como su último intérprete se atribuye a la Sala Constitucional. Sus actuaciones son vinculantes para el resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Mas en concreto, el artículo 336 de la CRBV atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las siguientes competencias:

Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.

2. (...)

3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.

4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.

5. (...)

6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.

7. (...)

8. (...)

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. (...)

11. Las demás que establezca esta Constitución y la ley.

El artículo 336 *eiusdem* enumera las competencias de esa Sala Constitucional, especialmente aquellas relativas al control concentrado de los actos de rango legal de los órganos del Poder Público, el control previo de la conformidad constitucional de los tratados internacionales a ser suscritos por la República, el control de las omisiones legislativas u omisiones de cumplimiento de obligaciones de rango constitucional de los órganos del Poder Público, demandas de colisión de leyes, controversias constitucionales y recurso de revisión de sentencias.”⁽⁴³⁾

(43) Urosa, D. Ob. cit., Pág. 326.

Igualmente, señala Urosa (2015):

Como enseña Brewer-Carías, que antes de la Constitución de 1999 no existiera una jurisdicción constitucional exclusiva y excluyentemente ejercida por un determinado Tribunal especializado como lo es la Sala Constitucional, no quiere decir que no existiese justicia constitucional, la cual correspondía a todos los jueces de la República mediante el control difuso y la acción de amparo constitucional y especialmente como competencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema, la cual ejerció el control concentrado de los actos de rango legal desde 1858.”⁽⁴⁴⁾

La significación del papel atribuido a la Sala Constitucional en la Defensa del texto Fundamental y su alineación con la visión kelseniana de la materia se pone en evidencia la Sala Constitucional con la Sentencia N° 952/2003. Caso: Margarita Farías, según la cual:

En tal sentido, resulta necesario destacar que en los sistemas Kelsenianos de Justicia Constitucional, del cual esta Sala forma parte, siempre han partido de la premisa de que su ejercicio se asemeja a lo que la doctrina ha denominado “legislador negativo” (KELSEN), debido a que ejerce la función de eliminar del ordenamiento jurídico, normas que sean contrarias al dispositivo constitucional. Sin embargo, y así ha sido su desarrollo en el derecho comparado, esta actividad no se agota con su exclusión, sino que se han suscitado situaciones en que el texto del articulado genere confusiones que si bien pueden tener un halo de inconstitucionalidad, no llega a ser una evidencia tal, que pueda afirmar la necesidad de su anulación. Esto ha conllevado a que la jurisdicción constitucional vaya más allá de ejercer sus funciones como ‘legislador negativo’, teniendo que dar una interpretación normativa a los fines de esclarecer, delimitar o delinear el sentido de un determinado artículo con respecto a la Constitución [...]Estas posiciones han conllevado a que Tribunales Constitucionales tales como el alemán, primeramente, y luego el italiano y el español, tuvieran que desarrollar una modalidad de análisis de leyes para aquellos casos en que se evidencien normas cuya inconstitucionalidad no sea evidente, pero que requieren adaptaciones con el objeto de adecuarlas al orden constitucional vigente. Esto dio origen a la elaboración de sentencias que han recibido el calificativo de interpretativas.⁽⁴⁵⁾

A ese respecto nos referiremos puntualmente a algunas de las atribuciones del resto de los órganos del Poder Público en las que se manifiestan roles protectores al texto constitucional, al ya habernos referido a las atribuidas al Poder Judicial.

(44) Íbidem, pág. 327.

(45) Abache, S. (2015) “Sobre Falacias Judicial Constitucional y Derecho Tributario.” Librería Alvaronora. Caracas, Venezuela. Pág. 208.

Ha reconocido así la Sala Constitucional la posibilidad que tiene de dictar normas, tal como ocurrió en el caso del artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta en 2007, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, para regular un nuevo procedimiento judicial⁽⁴⁶⁾ y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.⁽⁴⁷⁾

6._ Implicaciones del Principio de Separación de Poderes.

Ha sido tradición republicana en Venezuela la adopción del Principio de Separación de Poderes. En la CRBV el artículo 136 dispone que el Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Más allá de la colaboración que entre los poderes ha de registrarse, también existe entre ellos una serie de mecanismos dirigidos a su control. La efectividad en el funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos propios de la separación de poderes, representa otra manifestación de protección a la Constitución, especialmente en lo atinente a las atribuciones de los órganos que ejerce el Poder Público (Art. 137 CRBV).

6.1._ Papel del Presidente de la República en la Defensa de la Constitución.

El Presidente de la República es el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional. Está obligado a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República.

Entre las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República, el artículo 236 de la CRBV dispone las siguientes:

- Cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.
- Dirigir la Fuerza Armada Nacional en su carácter de Comandante en Jefe, ejercer la suprema autoridad jerárquica de ella y fijar su contingente.
- Declarar los estados de excepción en los casos previstos en la Constitución.
- Convocar referendos en los casos previstos en la Constitución.
- Convocar y presidir el Consejo de Defensa de la Nación.

Entre las atribuciones del Presidente de la República destacan a la luz de las tesis desarrolladas por Schmitt y Kelsen la de hacer cumplir la Constitución. En ejercicio de esa atribución, de manera similar a como lo contemplaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar, la CRBV faculta al Presidente de la República a declarar estados de excepción.

A su vez, corresponde al Presidente de la República la convocatoria a Referendo. A través del referendo pueden ser revocados funcionarios elegidos por el voto popular, algunas leyes, tanto para su aprobación como para su abrogación, expresiones todas ellas de la postura exaltada por Schmitt de la pertinencia de relegitar las actuaciones del Presidente en determinadas circunstancias.

De acuerdo con el artículo 337 de la CRBV:

El Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican como tales expresamente las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones, de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se dispone para hacer frente a tales

(46) Sentencia N° 0007 del 1 de Febrero de 2000 (Caso: José A. Mejía y otros).

(47) Sentencia N° 1645 del 19 de Agosto de 2004 (Caso: Gregorio Pérez Vargas).

hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incommunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y demás derechos humanos intangibles.

Si bien la anterior es una muestra del importante papel que puede cumplir el Presidente de la República en la defensa de la Constitución, no menos verdad es que, él está sujeto a controles por parte de la Asamblea Nacional y del Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando en la práctica reciente venezolana les hayan restado valor.

6.2.- Asamblea Nacional.

Más allá del rol que como legislador tiene la Asamblea Nacional, corresponde a ésta ejercer funciones de control respecto de los demás órganos que conforman al Poder Público Nacional.

Es así como el artículo 187 de la CRBV contempla entre sus atribuciones:

- Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional.
- Voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros.

7.- Título IX De la Reforma Constitucional

7.1.- Artículo 350.

De acuerdo con el artículo 350 contenido en el Capítulo III relativo a la Asamblea Nacional Constituyente:

El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.

La precitada norma refleja nuevamente la confusión que supone el uso indiscriminado de ciertos términos como “pueblo,” al que en dicha disposición se asigna la misión de Defender a la Constitución como expresión más depurada y concreta de esa tradición republicana y de los valores, principios y garantías democráticos.

En relación con la noción de pueblo en el contexto de esa norma, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado en dos sentencias, sólo que no de manera uniforme o consistente.

Es así como en Sentencia N° 24 de fecha 22 de Enero de 2003, se define al pueblo como “El conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o pequeño poblado y menos, individualidades.”

En otra decisión, la Sentencia N° 1.395 del año 2.000 había sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, que el pueblo venezolano era el “... conjunto de personas que habitan en el país, o en una región o lugar del mismo, inmersas dentro de una cultura, lenguaje y costumbres comunes, y donde la mayoría goza de la misma nacionalidad.”

La Sala en la Sentencia 24/2003 señaló adicionalmente que:

En la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contraría los principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos; y así se decide.

Según Carmen María Márquez (2013):

Así, la Sala aun cuando construye su tesis sobre una premisa de Estado Nacional, plasma su visión de la idea Rousseauiana de la soberanía, en la cual asevera que ésta reside de manera fraccionada en cada uno de los individuos que componen el Estado, siendo cada uno de ellos detentador de una porción o alícuota de la soberanía.

Y agrega también (2012):

Como consecuencia de esta tesis - se colige que la consagración de la soberanía popular comporta por parte del electorado el ejercicio del mandato imperativo (LA ROCHE *Ibidem*. Págs. 359-361) y continúa argumentando en esa línea. El mandato imperativo ha sido expresamente reconocido por el Constituyente d 1999, al consagrar como eje fundamental de la democracia participativa, la exigencia de la rendición de cuentas (artículo 66) y la posibilidad de la revocatoria de los cargos y magistraturas de elección popular mediante referendo (artículo 72).⁽⁴⁸⁾

Continúa señalando la Sentencia N° 24/2003 que:

Sólo debe admitirse en el contexto de una interpretación constitucionalizada de la norma objeto de la presente decisión, la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando agotados todos los recursos y medios judiciales, previstos en el ordenamiento jurídico para justiciar un agravio determinado, producido por 'cualquier régimen, legislación o autoridad, no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable. En estos casos quienes se opongan deliberada y conscientemente a una orden emitida en su contra e impidan en el ámbito de lo fáctico la materialización de la misma, por encima incluso de la propia autoridad judicial que produjo el pronunciamiento favorable, se arriesga a que en su contra se activen los mecanismos de desobediencia, la cual deberá ser tenida como legítima si y sólo si - como se ha indicado precedentemente - se han agotado previamente los mecanismos e instancias que la propia Constitución contiene como garantes del estado de derecho en el orden interno, y a pesar de la declaración de inconstitucionalidad al agravio se mantiene. (Subrayado nuestro).

(48) Márquez, C. (2013) "Interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." En Provincia N° 29, Enero-Junio. Pág. 60.

En este mismo sentido:

Así, el orden jurisdiccional constitucional se ejerce por antonomasia a través del control concentrado de la constitucionalidad que abarca, como se dijo, la potestad de la Sala Constitucional de anular los actos de rango legal y condenar las omisiones legislativas, mediante dos medios procesales concretos, la demanda de nulidad de actos de rango legal y la demanda de omisión legislativa. Asimismo, el control concentrado abarca pretensiones mero-declarativas de colisión de leyes y del cuestionado recurso de interpretación constitucional. Pero la justicia constitucional cuenta también con otros medios de control de la constitucionalidad, como son el control difuso, dirigido a la desaplicación de normas al caso concreto cuando colidan con la Constitución y la demanda de amparo, constitucional para la protección de derechos y garantías constitucionales. En ambos casos cualquier juez de la república puede ejercerlos, dentro de sus competencias, erigiéndose como juez constitucional. Asimismo, su regulación procedimental cuenta con un régimen especial, bien en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bien en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.⁽⁴⁹⁾

7.2_. Fuerza Armada Nacional.

Frente al ejercicio de cualquiera de los mecanismos de defensa de la Constitución antes comentados, pero especialmente de los que corresponden al “pueblo,” los regímenes responsables del quebrantamiento del orden jurídico recurren a actos de fuerza y para ello se apoyan en el estamento militar. El papel que juega la Fuerza Armada Nacional (FAN) en Venezuela se constituye así en otro de los temas que no puede ser ignorado, en tanto resulta necesario precisar, hasta qué punto la FAN es también Defensora de la Constitución a la par que puede amenazarla y violentarla.

Al respecto debe señalarse que corresponde al Poder Nacional la organización y régimen de la FAN. Según el artículo 328 de la CRBV:

La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno (...) En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. (Subrayado nuestro).

Frente al ejercicio del derecho de rebelión, a la disidencia, desobediencia o cualquier otra modalidad de implementación de los artículos 333 y 350 constitucionales, la reacción inmediata de un gobierno o régimen, es la represión, la persecución y el encarcelamiento, para lo cual más allá

(49) Íbidem. Pág. 343

del papel jugado por el Poder Judicial y Legislativo dirigido a criminalizar la manifestación y la protesta (Derecho Penal del Enemigo), se encuentra el llevado a cabo por la FAN.

A los efectos que aquí interesa, nos referiremos entre las diversas misiones atribuidas a la FAN al llamado “orden interno”, al que define el artículo 18 de la Ley Orgánica de Seguridad Nacional como el “Estado en el cual se administra justicia y se consolidan los valores y principios consagrado en el Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las demás leyes, mediante las previsiones y acciones que aseguren el cumplimiento de los deberes y el disfrute de los derechos y garantías por parte de los ciudadanos.”

Como señala Ávila (2015) “el orden interno es un concepto bastante difuso que sin duda se refiere al funcionamiento del sistema político.”⁽⁵⁰⁾

El orden interno está a cargo dentro de las FAN a la Guardia Nacional (GN), bajo la autoridad civil del Ministerio del Poder Popular de Interior, Justicia y Paz. En ejercicio de aquella competencia, la GN puede verse apoyada por los órganos del Servicio de Policía, aunque en la práctica, la FAN se ha involucrado en ese rol mediante actos sublegales.

La manifestación y la protesta como derechos deben ejercerse de manera pacífica y sin armas (Arts. 68 y 53 CRBV). Es precisamente esta condición la que mayor polémica pueda generar, especialmente en aquellos casos en los que ante la desproporción de la actuación de la FAN, la población responde de manera no pacífica, aunque reactivas.

En ese sentido de especial importancia resulta referirse brevemente a “Las Normas de Actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en Funciones de Control de Orden Público, la Paz Social y la Convivencia Ciudadana en Reuniones Públicas y Manifestaciones” (NAFANBCOP) publicadas en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.589 de fecha 27 de Enero de 2015.

En esa normativa se alude al uso de armas de fuego en cualquier tipo de manifestación (Arts. 5.5. y 15.9). Se establece así que, los cuerpos de seguridad no portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones pacíficas, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empelados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso.

El activismo político que le ha sido conferido por el régimen Chavista-Madurista al estamento militar ha socavado las premisas fundamentales con base a la cual la FAN debe actuar (neutralidad, independencia e imparcialidad), convirtiéndola en un brazo más de ramas del Poder Público Nacional como el Ejecutivo, Judicial y Electoral.

La misión que como Defensor de la Constitución tiene la FAN de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico y la cooperación en el mantenimiento del orden interno, se ha desnaturalizado en el caso venezolano reciente.

(50) Ávila, K. (2015) “Seguridad Ciudadana y Seguridad Nacional. La lucha por el control de las manifestaciones y del orden público en Venezuela.” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela. Pág. 502.

7.3_. Comunidad Internacional.

El grado de integración internacional alcanzada por los países del mundo, así como la proliferación de tratados multilaterales dirigidos a alcanzar el respeto a los Derechos Humanos y otras materias, juegan también papel importante en la Defensa de la Constitución.

En el caso venezolano y en materia de Derechos Humanos, vale destacar lo señalado por el artículo 23 de la CRBV según el cual:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Vista la norma anterior, puede sostenerse que la Defensa de la Constitución no se circunscribe únicamente al Texto Constitucional propiamente dicho, sino que también comprende a los tratados internacionales suscritos por Venezuela relativos a Derechos Humanos, cuando éstos contengan regulaciones más favorables que las del Derecho Interno, incluido en la Carta Magna:

Los Estados están sujetos al Derecho internacional de los derechos humanos y tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto, de modo que, con independencia de los problemas de su implementación interna, en el ámbito interamericano las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ejecutarse indefectiblemente por todos los órganos del Poder Público de los Estados parte, máxime si, como en el caso venezolano, éstos han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptando voluntariamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y participado con sus alegaciones y pruebas en los procesos que han derivado en sentencias que reivindican derechos de seres humanos concretos, corrigiendo así el estado de injusticia social.⁽⁵¹⁾

Se ve, así intervenciones y pronunciamientos de organizaciones como la OEA y la ONU, medidas unilaterales adoptadas por países extranjeros contra personeros de gobiernos considerados violadores de los textos constitucionales a los que están sujetos, que en definitiva son igualmente expresiones de su defensa.

CONCLUSIONES

En el caso venezolano, puede sostenerse que la defensa de la constitución está repartida entre su propio articulado, el Derecho Internacional, la población y los distintos órganos del Poder Público.

(51) Meier, E. (2014) "La Eficacia de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Frente a las Prácticas Ilegítimas de la Sala Constitucional." Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Series Estudios N° 105. Caracas, Venezuela. Pág. XXIII.

La supremacía de la Constitución, la consagración de un Estados de Derecho y el reconocimiento supraconstitucional de los Derecho Humanos, son la base de la defensa del Texto Fundamental venezolano.

En lo que respecta al rol de la población, la CRBV no es del todo clara en cuanto al alcance de las personas naturales que no ejercen funciones públicas, pero hacen vida dentro o fuera del territorio nacional.

Sigue siendo un tema por aclarar si la defensa de la Constitución corresponde únicamente a la ciudadanía, es decir, a quienes ejercen derechos políticos o, si por el contrario tal papel corresponde ejercerlo a toda la población. También existe la posibilidad que algunas modalidades de defensa de la Constitución correspondan a una categoría y otras a todas. Los menores de edad, los ciudadanos residiados en el exterior, los extranjeros residiados en el país, la “sociedad civil”, son categorías sobre las que persisten aquellas dudas.

Como señala acertadamente, Lombardi (2009):

Desde poco después de la Segunda Guerra Mundial en adelante, la garantía de la Constitución es confiada a organismos que actúan en el plano jurisdiccional, y con métodos y criterios jurisdiccionales, reconocidos como comunes, incluso cuando se habla de órganos como el Consejo Constitucional francés, que por su composición difícilmente podría definirse como una institución de tipo jurisdiccional.⁽⁵²⁾

La CRBV es una clara expresión de la adopción de aquella visión, en tanto es significativamente mayor el papel que corresponde al Poder Judicial venezolano en la defensa de la Constitución que la que corresponde a cualquier otra rama del Poder Público Nacional. Ese rol corresponde, por una parte, a todos los jueces de la República, mediante el llamado control difuso, como a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a quien corresponde el control concentrado de la constitucionalidad. En opinión de un sector de la doctrina nacional, el control difuso corresponde ejercerlo también a funcionarios públicos de otras ramas del Poder Público Nacional.

Señala nuevamente de modo acertado Lombardi, que independientemente de la adopción del sistema en el que se atribuya al Poder Judicial la defensa de la constitución “... el verdadero problema estriba en si, (...) este modelo puede cubrir o no el complejo y amplio espectro de todas las garantías. De hecho, hay actos que por su naturaleza, por las circunstancias en las que se manifiestan y por la propia estructura de sus relaciones, escapan al tipo de control que venimos mencionando. Por eso, hace falta encontrar otros mecanismos, y otras formas de tutela y, como consecuencia, son necesarios otros ‘defensores’.”⁽⁵³⁾

En un caso como el venezolano, en el que se ha puesto en evidencia la inexistencia en la práctica del Principio de Separación de Poderes, en los que sólo recientemente ha existido un Asamblea Nacional autónoma y en los últimos días un Ministerio Público que ha actuado de manera ajustada al

(52) Lombardi, G. Ob. cit. Pág. XLV.

(53) Ibidem. Pág. XLVI.

Texto Fundamental, resulta insuficiente o inútil el reconocimiento formal que se haga al Poder Judicial, y, muy especialmente, a la Sala Constitucional como Defensor de la Constitución.

Las muestras de lo antes afirmado son numerosas, siendo quizá una de las más representativas la de la Magistrada Luisa Estela Morales Lamuño, para entonces Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (2007-2013), cuando el 30 de junio de 2011, después de que Hugo Chávez anunciara que padecía de una grave enfermedad, señaló en una transmisión de televisión lo siguiente:

Presidente, nosotros (Magistrados) estamos acá como ya nos conoce y por supuesto firmas cada uno en nuestras responsabilidades, nuestra institucionalidad se encuentra arraigada, de tal modo establecida que un solo Poder representa a cada uno de los Poderes Públicos (...) Una vez más compartiendo con usted Presidente esta nueva lucha (...) Su dirección, su inspiración, su concepción de República es lo que inspira constitucionalmente el desarrollo de nuestras actividades (...) Nosotros sabemos que Dios tienen con un usted un propósito grande para este país y Dios hace una obra perfecta, Dios no se equivoca (...) Nos responsabilizamos de que nunca, en ningún momento en Venezuela se pueda decir que los Poderes Públicos le han fallado a su pueblo (...) Esperamos que usted venga y nos transmita que de todos estos días, ha tenido tiempo de reflexionar y las cuales no vamos a defraudar, ni ahora ni nunca (...) Aquí estamos sus Instituciones pues, sobre todo firmes en el avance de las responsabilidades que nos ha encomendado.⁽⁵⁴⁾

Fallecido Hugo Chávez, el Tribunal Supremo de Justicia continuó la línea de obediencia y sumisión al legado de su conductor, muestra de lo cual lo constituyó la publicación de un cartel de luto que textualmente decía:

El Tribunal Supremo de Justicia y el Poder Judicial ratifican su compromiso en seguir construyendo junto al pueblo un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, siguiendo los lineamientos establecidos en nuestra carta Magna y el legado que Jefe de Estado nos dejó a lo largo de su vida para continuar el proyecto de soberanía e independencia que inició el Padre de la Patria, Simón Bolívar.⁽⁵⁵⁾ (Subrayado nuestro).

En un contexto como el de la Venezuela de los últimos 18 años, es donde se pone de manifiesto lo limitadas, ingenuas o sesgadas que fueron las posiciones desarrolladas por Kelsen y Schmitt, sobre todo, teniendo en cuenta que realidades como las registradas en nuestro país han sido frecuentes desde tiempos remotos en innumerables civilizaciones. "El normativismo kelseniano es hoy, en efecto, insuficiente para asegurar la protección no sólo de las esferas de actividad de los órganos del Estado, sino, sobre todo, de los derechos. Mientras que el decisionismo resulta ser actualmente incapaz de salvaguardar los valores en los que se basa la propia Constitución."⁽⁵⁶⁾ No

(54) Nota de prensa, TSJ, Poderes Públicos cada días más firmes, unidos y fortalecidos en nuestras responsabilidades (01 de julio de 2011), disponible en: <http://goo.gl/EpWgw>.

(55) <http://goo.gl/MlFbH>.

(56) Ídem.

puede ser uno sólo el defensor de la Constitución, sino que tienen que ser varios; el principal: la población.

Como señala Lombardi, “puede contarse con distintos organismos que se encargan de su protección. Ya hemos advertido, además, que no se necesitan poderes especiales, ni particularmente acentuados, para lograr estos objetivos. Es más, cuanto mayores son los poderes, mayor peligro corre la función de salvaguarda de la Constitución.”⁽⁵⁷⁾

En esos casos extremos en los que, al Poder Constituido, sea mediante el voto directo (Presidente de la República y Asamblea Nacional) o, indirectamente, Poder Judicial y Poder Ciudadano, no es posible reconocer en ellos la defensa de la Constitución, reside en el pueblo ese rol, que vale advertir, siempre le corresponde ejercerlo, es decir, no se trata de un rol subsidiario.

Los artículos 333 y 350 de la CRBV son expresión de ese papel que corresponde jugar a la población, permaneciendo dudas en cuanto al alcance del término “pueblo” y a las modalidades a través de las cuales la defensa de la Constitución puede instrumentarse.

A casi un siglo de la polémica registrada entre Schmitt y Kelsen, en relación a un tema de tanta trascendencia para la existencia del Estado, parecieran aparentemente pocos los avances registrados, al punto que siguen aquellos siendo referencia fundamental. No obstante ello, el papel de la llamada Comunidad Internacional es hoy día determinante en aquella defensa, en donde no sólo la identidad de valores democráticos juegan papel relevante, sino también, el peso que el comercio internacional en ella tiene.

El activismo político que le ha sido conferido por el régimen Chavista-Madurista al estamento militar ha socavado las premisas fundamentales con base a la cual la FAN debe actuar, la neutralidad, independencia e imparcialidad, convirtiéndolo en un brazo más de ramas del Poder Público Nacional como el Ejecutivo, Judicial y Electoral.

La misión que como Defensor de la Constitución tiene la FAN de garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico y la cooperación en el mantenimiento del orden interno, se ha desnaturalizado en el caso venezolano reciente, convirtiéndola en su verdegato.

REFERENCIAS:

Abache, S. (2015) “*Sobre Falacias Judicial Constitucional y Derecho Tributario.*” Librería Alvaronora C.A. Caracas, Venezuela.

Ávila, K. (2015) “*Seguridad ciudadana y seguridad nacional. La lucha por el control de las manifestaciones y del orden público en Venezuela.*” En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I. Caracas, Venezuela.

(57) Ídem.

Canova, A. (2012) *“El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional.”* Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela

Kelsen, H. *¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?* Tecnos, Segunda Edición, ITAM. Biblioteca Raúl Baillerbes Jr., Madrid, España.

Lombardi, G. Carl Schmitt y Hans Kelsen. (2009) *“La Polémica Schmitt/Kelsen Sobre la Justicia Constitucional: El Defensor de la Constitución Versus ¿Quién Debe ser el Defensor de la Constitución?”* Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Madrid, España.

Márquez, C. (2013) *“Interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del Artículo 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”* ULA, Provincia N° 29. Enero-Junio. Mérida, Venezuela.

Meier, E. (2014) *“La Eficacia de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las Prácticas Ilegítimas de la Sala Constitucional.”* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Series Estudios N° 105. Caracas, Venezuela.

Rafecas, D. (2010) *“La Ciencia del Derecho y el Advenimiento del Nazismo: el Perturbador Ejemplo de Carl Schmitt.”* Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, Año 8, N° 15. Madrid, España.

Schmitt, C. (2009) *“El Defensor de la Constitución.”* Tecnos Clásicos del Pensamiento. Madrid, España.

Schmitt, C. (2011) *“El Valor del Estado y el Significado del Individuo.”* Editorial CEPC. Madrid, España.

Urosa, D. (2015) *“Fundamentos Constitucionales del Control Jurisdiccional de los poderes Públicos en Venezuela. Vínculos y Diferencias Entre la Justicia Constitucional y la Justicia Administrativa.”* En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. 1915-2015. Tomo I, Caracas.

Varios Autores (2014) *“El TSJ al Servicio de la Revolución.”* Editorial Galipán. Caracas, Venezuela.

<http://www.catedrahendler.org/doctrina>

<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kelsen.htm>

<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/38449/1/articulo3.pdf>

LOS SERVICIOS PÚBLICOS: PRINCIPIOS Y EXCEPCIONES FRENTE AL COVID-19

THE PUBLIC SERVICES: PRINCIPLES AND EXCEPTIONS FRONT COVID-19
LES SERVICES PUBLICS: PRINCIPES ET EXCEPTIONS FACE AU CORONAVIRUS

Saidi Cheikh ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.02>

Recepción: 03 de Octubre de 2020 Aceptación: : 11 de Noviembre de 2020

RESUMEN

A lo largo de la historia de los países y de los grupos humanos, el servicio público ha constituido una realidad social e institucional, y, que lo sigue siendo, en todos los tiempos y en todos los lugares, y en circunstancias por los que atraviesan los países, como es el caso actual. Por la situación actual provocada por la crisis sanitaria del COVID-19 que golpea al mundo desde finales de 2019. De hecho, desde la Edad Media e incluso antes, existían los servicios públicos, hornos y molinos como servicios vitales de la vida cotidiana, han demostrado su valía en estos tiempos. Sin embargo, cabe señalar que si el servicio público moderno fue, desde su aparición a nivel jurídico y jurisdiccional en Francia, país de origen, el 8 de Febrero de 1873, objeto de impugnación de todas las partes, y que si se suman estos desafíos al relativo a su vigencia como criterio para distinguir entre derecho privado y derecho público, este concepto sigue siendo el medio más extendido y conveniente para dar respuesta a las diversas demandas de la sociedad.

Palabras Clave: COVID-19, Poderes Públicos, Principios, Servicios Públicos.

ABSTRACT

Throughout the history of countries and human groups, the public service has constituted a social and institutional reality, it remains so, through all times and in all places and circumstances that countries go through, as it is the case. for the current situation caused by the COVID-19 health crisis which has hit the world since the end of 2019. In fact, from the Middle Ages and even before, there were public services, ovens and mills as vital services of everyday life, have proved their worth in these times. However, it should be noted that if the modern public service was, since its appearance on the legal and jurisdictional level in France, country of origin, on February 8, 1873, the object of contestation of all sides, and that if these challenges are added to that relating to its validity as a criterion for distinguishing between private and public law, this concept still remains the most widespread and convenient means of responding to the various demands of society.

Keywords: COVID-19, Public Powers, Principes, Public Services.

ABSTRAIT

Le service public a constitué à travers l'histoire des pays et les regroupements humains une réalité sociale et institutionnelle, il en reste ainsi, à travers tous les temps et dans tous les lieux et les conjonctures que traversent les pays, comme il est le cas pour conjoncture actuelle causée par la crise sanitaire COVID-19 qui frappe monde depuis la fin de l'année 2019. En réalité, dès le moyen âge et même avant, il y a eu des services publics, les fours et les moulins comme services vitaux du quotidien, ont fait leur preuve à ces époques. Cependant, il y a de noter que si le service public moderne était, depuis son apparition sur le plan juridique et juridictionnel en France, pays d'origine, en date du 8 Février 1873, l'objet de contestations de tous les cotés, et que si ces contestations s'ajoutent à celle relative à sa validité comme critère de distinction entre droit privé et droit public, ce concept reste toujours le moyen opportun le plus répandu pour répondre aux différentes exigences de la société.

Mots Clés: COVID-19, Pouvoirs Publiques, Principes, Services Publiques.

(1) Titulaire d'une Licence en Droit (1988) - L'Université D'Oran et d'un Doctorat en Droit de l'Université de Sidi-Bel-Abbès (2007)-Algérie. Maître de Conférences en Droit Public à l'Université de Saïda - Algérie. Ex- Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques (2009-2014). Actuellement Président du Conseil d'Ethiques et de Déontologies. Adresse Électronique: ch_saididz@yahoo.fr

INTRODUCTION:

A l'instar de tout les pays du monde, l'Algérie a connu, juste après son indépendance du colonisateur français en 1962, l'existence de ses propres services publics.⁽²⁾ Ces services ont été adaptés selon ses choix politiques, et à chaque fois, que des mutations l'exige. C'était le cas de la restructuration de son secteur public économique durant les années quatre vingt ou même avant conformément à la vocation de son régime politique inspirée de l'idéologie socialiste exprimée d'une manière claire dans les deux premières décennies, dans la charte nationale en 1976. Une charte considérée comme un document suprême qui se plaçait à la tête du principe de la hiérarchie des normes y compris la constitution. Cette charte a couronné toutes les chartes sectorielles connues dans le pays durant la période 1963 jusqu'à 1988, date des émeutes d'octobre qui ont secoués le pays causant l'effondrement du socialisme. Ces émeutes se sont pris ultérieurement comme assise de toutes les reformes entamées en Algérie.

À partir de ce qui précède, il est clair que deux phases importantes caractérisent l'histoire du service public en Algérie depuis son indépendance. Elles peuvent être récapitulées comme suit:

A) La Première Phase: Que l'on peut appeler phase d'idéologisation du service public. Elle s'étend de l'année 1962 jusqu'à 1989,⁽³⁾ c'était une phase orientée vers un projet de développement autocentré ou développementiste. Elle se caractérisait, aussi, par une prégnance de l'Etat et l'administration sur l'économie et une répression des mécanismes du marché, ainsi que par une rupture avec tout ce qui paraît d'origine capitaliste.⁽⁴⁾ Il était donc normal, lors de cette phase, de traduire son aspect idéologique par plusieurs chartes,⁽⁵⁾ et ce depuis 1965, puisque le service public était considéré comme support et un moyen juridique, politique, économique et sociale pour la mise en œuvre des objectifs du socialisme au profit de la population. Ce qui signifie à la fois la protection des valeurs de la révolution algérienne et la consécration des aspirations de son peuple, notamment la fameuse devise par le peuple et pour le peuple.

(2) Par le biais de la loi du 31-12-1962 l'Algérie avait prorogé la législation française à l'exception de ce qui s'oppose à la souveraineté nationale, ce qui a conduit à l'adoption du concept français du droit administratif avec une spécificité algérienne qui se caractérise par l'adoption d'un seul système juridictionnel qui connaît deux litiges qui s'opposent: c'est ce qui a été consacré réellement par le code de procédures civiles.

(3) - L'Algérie a connu à travers son histoire notamment depuis son indépendance plusieurs chartes parmi lesquelles on peut citer:

- La charte d'Alger (1964) qui représente l'ensemble des textes adoptés par le premier congrès du Front Libération Nationale (du 16 au 22 avril 1964),

- La charte de 1976 : constitue l'ensemble de textes proposés par le conseil de la révolution, cette charte traite de différents aspects de de la vie politique du pays. Elle (la charte) développe aussi une vision historique des fondements de la nouvelle société algérienne postcoloniale, en faisant référence aux idéologies sur lesquelles doit reposer la nation et l'état algérien, notamment le socialisme et l'Islam. Cette charte fut l'objet d'une révision en 1986, suite aux différentes revendications exprimées au sein du parti unique, et ce jusqu'à la disparition de cette charte suite à l'adoption de la constitution de 1989.

(4) - Fatiha Talahite, réformes et transformation économiques en Algérie, Economies et Fiances, Doctorat d'Etat, Université Paris13, 2010.

(5) - L'Algérie a connu à travers son histoire après son indépendance plusieurs chartes parmi lesquelles on peut citer :

- La charte d'Alger (1964) qui représente l'ensemble des textes adoptés par le premier congrès du Front Libération Nationale (du 16 au 22 avril 1964),

- La charte de 1976 : constitue l'ensemble de textes proposés par le conseil de la révolution, cette charte traite de différents aspects de de la vie politique du pays. Elle (la charte) développe aussi une vision historique des fondements de la nouvelle société algérienne postcoloniale, en faisant référence aux idéologies sur lesquelles doit reposer la nation et l'état algérien, notamment le socialisme et l'Islam. Cette charte était l'objet d'une révision en 1986, suite aux différentes revendications exprimées au sein du parti unique, et ce jusqu'à la disparition de cette charte suite aux contestations populaire et l'adoption de la constitution de 1989.

L'autogestion des différents services publics, durant cette phase, constituait la pierre angulaire du socialisme algérien où l'entreprise autogérée était la seule forme possible de faire apparaître la notion du service public en Algérie.⁽⁶⁾

B) La deuxième phase: C'est une phase qui débute avec l'adoption d'une nouvelle constitution qui est celle de 1989. Une constitution qui a revu tous les fondements de l'Etat algérien, en annonçant l'ouverture du champs politique, économique et médiatique⁽⁷⁾ du pays après des décennies de commandement de l'Etat et ses instances par un régime politique totalitaire sous l'égide d'un parti unique dans une ressemblance totale aux des régime des pays de l'Est.

À l'inverse de sa précédente, cette phase se caractérise par un rapprochement claire de certaines valeurs du modèle libérale, notamment celui du pays colonisateur, à l'image des pays qui ont constitués des colonies françaises,⁽⁸⁾ et ce par la créations de deux ordres de juridictions séparés⁽⁹⁾ civil et administratif suite à l'adoption en 1996 d'une quatrième constitution dans la vie du pays depuis 1962.⁽¹⁰⁾

Si ces mutations ont facilement trouvées leur chemin sur le plan théorique, leur mise en œuvre sur le terrain était prématurément interrompu suite à l'arrêt du premier processus électoral pluraliste suivi d'une crise sécuritaire qui a frappé le pays à cause de l'annulation du premier tour des élections législative organisé le 26 Décembre 1991 dont il était vainqueur un parti islamiste avec 188 au parlement algérien.

Lors de la susdite crise qui a duré une décennie, le service public s'est vu presque perdre son identité, voire son existence, à cause des frappes terroristes dont ils étaient l'objet toutes les institutions de l'Etat à travers le pays de la part des groupes islamistes armés comme riposte à l'annulation des élections et la dissolution de toutes les assemblées populaires représentatives au niveau local .

(6) Helie, D. (1973) L'autogestion industrielle en Algérie, Revue des Mondes Musulmans et de la Méditerranée, 1969, Pág. 6. Voir aussi: Georges S.Vlachos, Institutions Administratives et Economiques en Algérie. Tome 2, Alger, SNED. Pág. 306.

(7) Parution de la nouvelle Constitution algériennes de 1989, cette dernière a été adoptée par référendum le 23 Février 1989 après les événements du 5 Octobre 1988. Puis elle a été suspendue après l'arrêt du processus électoral après le 11-01-1992, suite à la démission du Président de la République et la dissolution de l'Assemblée Populaire Nationale. Le pays entraînait alors dans une situation exceptionnelle qui de 10 ans où l'Etat Algérien pris des mesures exceptionnelles pour garantir sa survie et la continuité de ses services publics.

(8) La Constitution du 23 Février 1989 garantissait les droits fondamentaux des citoyens algériens (liberté d'expression, d'opinion, d'association, liberté religieuse, liberté de la presse). Cette constitution instaurait un régime parlementaire composé de deux chambres (parlement monocaméral composé de: Assemblée Populaire Nationale et Conseil de la Nation. Cette constitution reconnaissait aussi d'une manière claire l'indépendance du pouvoir judiciaire (cour suprême, conseil supérieur de la magistrature) et la propriété privée et le multipartisme.

(9) La France connaît l'existence de deux juridictions séparées: l'ordre administratif avec l'application des règles de droit spécifiques, cependant la cour de cassation se trouve au sommet de l'ordre judiciaire ordinaire. L'existence de ces deux ordres de juridictions distincts est le produit de l'histoire de la révolution française pour empêcher le juge judiciaire de s'immiscer dans les questions de l'administration et ce conformément à la fameuse loi des 16-24 Août 1790 sur l'organisation judiciaire.

(10) La notion de service public a été employée pour la première fois par la jurisprudence en France dans l'arrêt Blanco le 8 février 1873. La parution de cette notion et sa définition ont été exprimée d'une manière claire dans les arrêts Terrier (CE,6 Février 1903) et Thérond (CE, 05 Mars

Avec le à la stabilité qu'a connu pays au début des années deux mille et le retour au processus institutionnels, la situation du service public faisait appel à une nécessité de sa réhabilitation structurelle et fonctionnelle. Après avoir diagnostiqué la situation des différents services publics le rapport de la réforme de l'Etat établit le mois de juillet 2002 a reflété cette question. Seize ans plus tard, la création d'un observatoire national du service public en 2016 venait de s'inscrire clairement dans cette vision.

2.- Notion de Service Public:

Quoi que sa naissance⁽¹¹⁾ au début fût imprécise,⁽¹²⁾ ce concept à caractères idéologique est devenu par la suite la pierre angulaire du droit administratif⁽¹³⁾ dans le système juridique et juridictionnel français et par la suite dans les pays qui l'ont adopté.⁽¹⁴⁾

Le service public peut être défini⁽¹⁵⁾ comme une activité d'intérêt général, prise en charge d'une manière directe ou indirecte par une personne publique morale, comme l'Etat ou ses démembrements, notamment les personnes morales territoriales dites parfois collectivités locales⁽¹⁶⁾ ou toute institution publique à caractère administratif, et ce afin de réaliser un but d'utilité publique.

A l'heure actuelle deux catégories de services publics s'imposent, les services publics administratifs SPA ou EPA, et les services publics industriels et commerciaux SPIC ou EPIC, chacun de ses services a ses propres règles de gestion et de fonctionnement.

À l'occasion de la discussion de sa gestion deux grands modes de gestion du service public sont évoqués. Soit le mode gestion directe qui trouve son existence lorsque le service public est exécuté en régie par la personne publique à la quelle il est attribué, ou lorsqu'il est individualisé, mais qu'elle exerce un contrôle sur son exécution similaire à celui exercé sur ses propres services. Soit la dévolution du service public, lorsque la puissance publique confie la gestion du service public, notamment à un organisme privé de manière unilatérale par le biais d'une loi ou d'un contrat de délégation de service public.⁽¹⁷⁾

(11) C'est ce qu'on peut le remarquer clairement à partir de l'arrêt d'Agnès Blanco, que le service public devient le critère absolu et définitif pour la détermination de la juridiction compétente. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op.cit. Pág.1 et suite.

(12) Sabah, K. (2009-2010) Administration et performance, le cas de l'administration algérienne, Mémoire de magister, Université de Tlemcen, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion. 2009-2010. P.42

(13) Plusieurs pays ont adopté le système français à l'inverse d'autres pays qui ont adopté le système anglo-saxon qui se caractérise par une seule juridiction qui voit les affaires civiles et administratives.

(14) Delmare, M. (2009) Droit Administratif. Ellipses Edition Marketing S.A. 32 rue Bague 75740 Paris cedex 15, Pág. 182.

(15) Delmare, M. Ibid, Pág. 182.

(16) Les collectivités locales en Algérie sont les communes et les wilayas.

(17) - Ce mode de gestion du service public est censé avoir été consacré dans un arrêt du Tribunal des Conflits du 22 Janvier 1921 soc. Commerciale de l'Ouest Africain, connu aussi sous le nom Bac d'Eloka, Serge Velly, L'Essentiel du Cours, Droit Administratif. 2e Édition 1999. Librairie Vuibert. Paris Cedex 13. Pág. 56.

2.1_. Fondements du Service Public:

Sur le plan conceptuel et académique la notion du service public désigne deux conceptions:

2.1.1_. Le Service Public est une Mission (Conception Matérielle):⁽¹⁸⁾

59

Selon cette conception le service public désigne l'activité assumée par une collectivité publique, cependant, il faut noter que cette conception a la primauté en ce sens. Pour qu'on puisse être devant un service public, il faut et suffit que l'activité assumée - à l'échèle local ou national - doive constituer une activité d'intérêt général dont les pouvoirs publics (centraux ou locaux) ont entendu faire un service public.

2.1.2_. Le Service Public est une Organisation:⁽¹⁹⁾

Sur ce plan, le service public est une organisation formée d'agents et de moyens matériels destinées à accomplir certaines missions, au sein d'une administration (ex: le service public de la santé publique).

De ce fait, toute discussion relative au service public fait appel à trois critères:

1-Critère Matériel: satisfaire un intérêt général de la société quelque soit le domaine (santé, sport, éducation...).

2-Critère Organique: la présence d'une personne morale pour gérer un service public, quelque soit cette personne l'Etat ou ses démembrements territoriales ou à caractère technique comme les services des travaux publics, ou de la formation (enseignement supérieure ou éducation nationale...).

3- Critère Juridique: Activité qui exige des clauses particulières et exorbitantes du droit commun, c'est le cas des marchés publics où le service public contractant opte pour l'application des dispositions du droit public à la l'inverse de ce qui est suivi dans les contrat privés où les accords et les conventions doivent être respectés conformément à la locution latine «pacta sunt servanda» qui traduit la force obligatoire et exécutoire des conventions des contractants et constitue un principe de droit des obligations en droit privé.

Cependant, il y a lieu de noter, aussi, que les trois critères ont évolué:

-Le critère matériel a connu une extension pour contenir différentes activités comme le théâtre ou certaines activités nouvellement parues comme la protection de l'environnement...

- Le critère organique, lui aussi, a évolué puisqu'on parle de sa dilution, parce qu'à l'origine, la gestion du service public était confiée à l'administration alors

(18) Velly, S. Op. cit. Pág. 52 Sabah, K. (2009-2010) Administration et performance, le cas de l'administration algérienne, Mémoire de magister, Université de Tlemcen, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion. 2009-2010. Pág.42

(19) Velly, S. Ibid. Pág.52

que cette dernière peut assumer des activités relevant de l'initiative privée et elle peut faire appel à des règles de droit privé quand elle voit impossible le recours aux règles exorbitantes. Mais il est reconnu aussi à des organismes privés la possibilité d'avoir en charge des services publics selon des cahiers de charges.

Pour consacrer l'idée de gérer un service public par un organisme privé la jurisprudence, notamment en France, a reconnue cette possibilité dans plusieurs arrêts,⁽²⁰⁾ toute en dégageant, aussi, trois critères pour rendre cette gestion possible.⁽²¹⁾

Les critères dégagés sont:

- La mission du service public doit être d'intérêt général non lucratif même si le concessionnaire ouvre, dans certains cas, droit à la possibilité de percevoir des taxes.
- L'organisme privé doit disposer de prérogatives de puissance publique.
- Un contrôle périodique doit être effectué par les pouvoirs publics.⁽²²⁾

2.2_. Finalités du Service Public:

Depuis son existence sur le plan juridique et juridictionnel en 1873, les finalités du service public, en tant qu'entité pluridisciplinaire ont été distinguées par des finalités multiples, à savoir :

a-La finalité de préservation de l'ordre public⁽²³⁾ et de la régulation (la défense nationale, la justice, l'état civil et les ordres professionnels.

b-Services publics ayant pour but la protection sociale et sanitaire (sécurité sociale, prestations publiques hospitalières).

c- Services publics ayant pour but la satisfaction des besoins de la population dans le domaine éducatif (enseignement en plusieurs paliers, service public audiovisuel...).

d- services publics ayant pour finalités des besoins économiques de la société avec deux fameuses distinctions au sein de ce type de service connu sous le nom service public à caractère industriel et commercial (EPIC).

3_. Principes du Service Public (les Lois de Rolland):

A travers son historique, depuis son existence par la jurisprudence, ainsi que l'évolution qu'a connue la mission de l'Etat dans plusieurs domaines, une constatation remarquable peut être faite au niveau des principes qui gèrent le service public. Cette constatation fait ressortir deux types de principes applicables à tous les services publics et principes d'application variable.⁽²⁴⁾

(20) -Serge Velly, Op.cit. 56.

(21) - Il s'agit notamment des arrêts suivants:

- Caisse primaire « Aide et protection », CE, 13 mai 1938,

- Montpeurt, CE, 13 Juillet 1942.

- Bouguen, CE, 2 Avril 1923. Pour plus de détails voir: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op.cit, Pages: 332, 347 et 357.

(22) Site de la Revue Générale du Droit, RJD), CE, 28 Juin 1963, Nancy, site visité le 10-09-2020. <http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 2 novembre 2016 à 22h18mn.

(24) Norbert F. (2012) « Constitution et Service Public » Pág. 2 article disponible sur le site : <https://www.cairn.info/revue.nouveaux-cahiers-conseil.constitutionnel-2012-4-page-21.htm>.site visité le 12-09-2020 à 14.00mn.

4. Principes Applicables à Tous les Services Publics (Principes Classiques):

Il s'agit des principes suivants:

4.1. Le Principe de Continuité et ses Exceptions:

A) Le Principe:

De valeur constitutionnelle (décision 79-105 CC du 25 Juillet 1979), la continuité du service public signifie que ce dernier doit s'exercer de manière continue sans interruption,⁽²⁵⁾ puisque son but se constitue principalement autour de la satisfaction permanente de l'intérêt général.

Cette dernière exige aussi, la permanence des services publics essentiels dans l'Etat, et ce pour le maintien de la paix sociale et la préservation de la stabilité de la société. C'est le cas, à titre d'exemple, des services de sécurité (police), les services de la santé publique (hôpitaux et centres de santé), les services de communication, les services à caractère technique (électricité, gaz, eau...), etc. Cette continuité implique que tout service doive fonctionner régulièrement et continuellement en fonction des besoins sociaux.⁽²⁶⁾

Cette continuité s'impose également dans les circonstances exceptionnelles durant lesquelles les autorités publiques peuvent édicter des règlements indépendamment de l'existence d'une loi. Cette jurisprudence vise justement à garantir la continuité des services publics (« veiller à ce qu'à toute époque les services publics(...) soient en état de fonctionner. De même, l'autorité de police administrative peut prendre des mesures justifiées par la protection de l'ordre public et qui ne seraient pas justifiées en dehors de cette situation particulière.⁽²⁷⁾

Cependant le principe de continuité peut avoir des exceptions et des limites, c'est le cas de la théorie de la force majeure, comme le cas du Covid-19.⁽²⁸⁾

(25) Serge Velly, Op. cit. Pág. 51.

(26) Serge Velly *Ibid*, Pág. 52.

(27) CE. 29, Juin 1918, Hyriés.

(28) Décision de la 6e ch., 12 Mars 2020, n° 20/01098): Les faits: La cour d'appel de Colmar vient de statuer sur la qualification de force majeure de l'épidémie de COVID-19. Saisie à propos de la rétention administrative d'une personne frappée par cette mesure, elle n'a pas pu le faire en sa présence. En effet, cette dernière avait été en contact avec des personnels susceptibles d'être infectés par le virus COVID-19. Aussi, la cour relève-t-elle que: «ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visioconférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience». Cette décision qui qualifie le risque de contagion par le COVID-19 de force majeure est très intéressante à la fois dans le contexte de l'épidémie (pandémie) actuelle et la caractérisation de la force majeure. La cour rappelle ainsi les éléments caractéristiques de cette cause d'exonération totale: extérieure, imprévisible et irrésistible. En outre et surtout, les conseillers ont insisté sur l'impossibilité d'escorter la personne ou de l'entendre en visio-conférence dans le délai imparti; cela justifie son absence à l'audience; ces éléments manifestent le caractère irrésistible de l'événement: il n'est pas possible de prendre des mesures pour y remédier. Cet arrêt fournit une occasion opportune de rappeler les conditions pour opposer l'exonération pour force majeure et l'appliquer à l'épidémie de COVID-19.

B) Le Principe:

Lors des cas exceptionnels semblable à la force majeur que traverse le monde, à cause du covid-19, le principe de continuité se voit concilier d'autres mesures administratives prise par les autorités de police administrative pour réorganiser le fonctionnement des services publics afin de limiter notamment l'accueil de leurs usagers dans le cadre de la lutte contre cette pandémie. À cette fin, certains services publics locaux ou nationaux non indispensables peuvent avoir leur personnel réduit en vu de le protéger, c'est le cas de ce qui a été décidé en Algérie par des dispositions règlementaires, notamment celles prévues à l'article 6 du Décret Exécutif n° 20-69 qui stipule: « Il est mis en congé exceptionnel rémunéré, pour la période prévue à l'article 2 cité ci-dessus,⁽²⁹⁾ au moins 50% des effectifs de chaque institution et administration publique.

Sont exclus de la mesure prévue à l'article 6 ci-dessus, les personnels indiqués: les personnels de santé quel que soit l'employeur, les personnels relevant de la direction générale de la sûreté nationale, les personnels relevant de la direction générale de la protection civile, les personnels relevant de la direction générale des douanes, les personnels relevant de la direction générale de l'administration pénitentiaire, les personnels relevant de la direction générale des transmissions nationales, les personnels de contrôle de la qualité et de la répression des fraudes, les personnels relevant de l'autorité vétérinaire, les personnels relevant de l'autorité phytosanitaire, les personnels affectés aux missions d'hygiène et de nettoyage, les personnels affectés aux missions de surveillance et de gardiennage. Toutefois, les autorités compétentes dont relèvent les personnels exclus de cette mesure, peuvent autoriser la mise en congé exceptionnel des effectifs administratifs.

Peuvent également être exclus de la mesure prévue ci-dessus, par décision de l'autorité compétente, les personnels indispensables à la continuité des services publics vitaux.⁽³⁰⁾

D'autres services peuvent avoir leurs activités suspendues comme il le prévoit l'art 3 du décret précité: «Les activités de transport de personnes, citées ci-dessus, sont suspendues durant la période indiquée à l'article 2 ci-dessus: les services aériens de transport public de passagers sur le réseau domestique; les transports routiers sur toutes les liaisons: urbains et suburbains - intercommunaux - inter-wilayas; le transport ferroviaire de voyageurs; le transport guidé: métro, tramway, transport par câble; le transport par taxi collectif.

Est exclue de cette mesure, l'activité de transport des personnels. Cependant selon l'article 4 du même décret toujours: «sans préjudice des dispositions de l'article 3 ci-dessus, le ministre chargé des transports ainsi que le wali territorialement compétent, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, d'organiser le transport des personnes pour assurer la continuité du service public et le maintien des activités vitales, au niveau des services exclus des dispositions du présent décret énumérés à l'article 7 ci-dessous;

(29) L'article 2 du décret exécutif n° 20-69 du 26 Rajab 1441 correspondant au 21 mars 2020 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (COVID-19) stipule que les mesures objet du présent décret sont applicables à l'ensemble du territoire national pour une période de quatorze (14) jours. Elles peuvent être, au besoin, levées ou reconduites dans les mêmes formes.

(30) Art 7 du Décret.

des institutions et administrations publiques ; des entités économiques et services financiers. En tout état de cause, l'organisation du transport doit être effectuée dans le strict respect des prescriptions préventives contre la propagation du Coronavirus (COVID-19) édictées par les services compétents de la santé publique.

Selon l'article 5 d'autres services peuvent être carrément fermés devant le public dans les grandes villes, durant la période indiquée à l'article 2 ci-dessus, il s'agit des débits de boissons, les établissements et espaces de loisirs, de divertissement, de spectacle..., à l'exception de ceux assurant la livraison à domicile. La mesure de fermeture peut être étendue à d'autres activités et à d'autres localités, par arrêté du wali territorialement compétent. Les mesures de fermeture peuvent toucher d'autres services (les bibliothèques, centres culturels, piscines, complexes sportifs ... airs de jeux établissements en plein air ...).⁽³¹⁾

En revanche, certains services publics vitaux ne nécessitant pas l'accueil de leurs usagers doivent rester ouverts pour assurer leurs missions d'une manière continue (eau potable, assainissement, énergie et ordures ménagères), l'état civil à l'exception des mariages en Algérie où plusieurs walis ont instruit les présidents d'APC afin de suspendre la délivrance des actes de mariages dans le cadre de la lutte contre le coronavirus (Covid-19).⁽³²⁾ La décision intervient dans le but de mettre un terme aux fêtes de mariage qui constituent un facteur aggravant la propagation de la pandémie.

Toujours, dans le cadre de la conciliation, les institutions et administrations publiques peuvent prendre toute mesure encourageant le travail à distance dans le respect des lois et règlements en vigueur. Les dispositions de cette conciliation sont prévues dans le cadre juridique régissant ce qui est appelé le télétravail. En France l'article L.1222-9 du code du travail définit le télétravail comme «toute forme d'organisation du travail dans laquelle un travail qui aurait également pu être exécuté dans les locaux de l'employeur est effectué par un salarié hors de ces locaux de façon volontaire en utilisant les technologies de l'information et de la communication» (ordinateurs fixes et portables, Internet, téléphonie mobile, tablette, fax, etc.).

Le salarié (ou l'agent) qui effectue du télétravail est qualifié de «télétravailleur».⁽³³⁾ En Algérie, selon les dispositions du Décret 20-69, les institutions et administrations publiques peuvent prendre toute mesure encourageant le travail à distance dans le respect des lois et règlements en vigueur.⁽³⁴⁾

C) Principe d'Égalité Devant le Service Public et ses Exceptions:

C.1) Le Principe:

L'un des principes les plus souvent cités des services publics est le principe d'égalité des administrés devant le service public. Ce principe constitue un principe général du droit et l'une des valeurs de l'état de droit.⁽³⁵⁾

(31) Cabinet Cloix&Mendes Gil-site visité le 06-09-2020 à12.00.

(32) Arezki Benali, Lutte contre le covid-19: des walis suspendent la délivrance des actes de mariage. Algérie Eco. Site visité le 09-09-2020 à 23h .00mn.

(33) l'art L.1222 du code du travail français.

(34) l'art. 9 du décret 20-69.

(35) De Laubadère, A. (1973) Traité de Droit Administratif. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, sixième

Conformément à ce principe, lui aussi à valeur constitutionnelle, aucune distinction n'est faite entre les usagers du service public, quant à l'accès comme au service rendu lui-même, ses usagers se trouvent sur le même pied d'égalité devant les charges et les prestations présentées ou exercées par le service public. Il ne peut donc exister aucune discrimination au sein d'un service public (exigence de neutralité et d'impartialité). Tous les usagers qui se trouvent dans la même situation objective peuvent réclamer les mêmes avantages,⁽³⁶⁾ soit qu'il s'agisse d'un SPA ou d'un SPIC; il ne peut exister de systèmes préférentiels.⁽³⁷⁾

Le juge administratif sanctionne les discriminations pratiquées dans les services publics (inégalités de traitement, discriminations tarifaires,... etc). Néanmoins, l'application uniforme de règles égalitaires ne doit pas avoir pour effet d'accroître les inégalités sociales. En effet, les prix fixés par le service public pour bénéficier de ses prestations ne doivent pas être les mêmes pour tout les usagers; les plus démunis doivent bénéficier de tarifs avantageux pour que l'égalité face aux services publics soit garantie. Ainsi, les services publics doivent adapter leur offre à chaque usager pour garantir l'égalité de tous.

C.2) Exceptions:

Vu la crise sanitaires exceptionnelle qui frappe le monde, le principe d'égalité se trouve affecté par la volonté des autorités publiques de faire assurer en premier lieu le principe précédent, c'est à dire la continuité, au moyen des outils numérique en accélérant l'usage de ce dernier. En effet, cette démarche n'est pas neutre pour l'effectivité du principe d'égalité dans son sens cité précédemment, puisque des effets peuvent être en résulter comme suit:

Primo: l'égalité d'accès aux services publics est remise en cause par l'existence d'un fossé numérique ou ce qui est appelé parfois fracture numérique⁽³⁸⁾ qui est à la fois sociale et géographique. Sociale, étant donné que l'illectronisme⁽³⁹⁾ peut constituer un obstacle devant le principe d'égalité, car certains usagers ne sont pas internautes. Géographique, car l'égalité d'accès au service public devient relativisée par la présence de certains territoires ou zones où la couverture du réseau internet est absente ou parfois perturbée, ce qui signifie l'exclusion des usagers de ses zones dites blanche des services publics qui deviennent entièrement numérisés à cause de la crise sanitaire.⁽⁴⁰⁾ On peut citer à titre d'exemple certaines régions en Algérie, notamment celles dites zones d'ombre.

Secundo:⁽⁴¹⁾ Pour faire face aux effets de cette crise sanitaire, certaines prestations sont vues totalement numérisées, c'est le cas du service public de l'enseignement, notamment celui du supérieur. Cette question pose un problème de conformité au regard de l'évolution de la jurisprudence administrative, notamment en France.

(36) Le monde diplomatique.fr site visité le 25-08-2020 à 11.

(37) De Laubadère, A. (1973) Traité de Droit Administratif. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, quatrième édition, 20, rue Soufflot, Paris, 1967, Pág. 573.

(38) Michel, E. (2001) « Le Fossé Numérique. L'internet, Facteur de Nouvelles Inégalité § Problèmes Politiques et Sociaux, » la Documentation Française N° 861. Aout 2001. Pág. 32.

(39) Annequin, V. (2020) « La Numérisation du service public dans la lutte contre le coronavirus. » Revuedf.com /droit-administratif/la-numerisation-du-service-public-dans-la-lutte-contre-

(40) Annequin, V. Ibid.

(41) Annequin, V. Ibid.

Par son arrêt en date du 27 Novembre 2019, CIMADE, LDH, GISTI, SYNDICATS DES AVOCATS EN France, le conseil d'Etat déclare que la saisine de l'administration par voie électronique est un droit et non une obligation⁽⁴²⁾. Toutefois, cet arrêt précise immédiatement que ce droit peut être écarté lorsqu'y font obstacles des considérations tenant à l'ordre public, la défense et la sécurité nationale ou la bonne administration ou lorsque les présences personnelles du demandeur est nécessaire. Conséquemment il semblerait que l'état d'urgence résultant de la propagation du COVID-19 peut s'inscrire dans ces exceptions, ce qui rend légal le fonctionnement des services publics dont les prestations sont numérisées.⁽⁴³⁾ Bien entendu que la légalité de cette numérisation forcée ne signifie pas pour autant que le principe en sorte grand, ⁽⁴⁴⁾ puisque par ces mesures prise, la continuité paraît comme un principe primordial au détriment du principe d'égalité et sa constitutionnalité.

D) Le Principe de Mutabilité ou D'Adaptation et ces Exceptions:

D.1) Le Principe:

Le service public doit toujours avoir la capacité de s'adapter non seulement aux changements décidés par les pouvoirs publics pour répondre aux exigences de l'intérêt général dans des situations ordinaires, mais il doit, aussi, faire preuve, de cette capacité dans les situations exceptionnelles. C'est le cas dans cette crise sanitaire sans précédent qui nécessite une adaptation qualitative, afin de satisfaire au mieux l'intérêt général. Cette idée justifie des compétences administratives d'intervention unilatérale de grande envergure qui, la encore ne sont pas limitées aux seuls services publics administratifs, notamment ceux qui sont sous la main de l'administration sous forme de régie, même si les autres services ne sont pas écartés de cette nécessité d'adaptation, puisque sur ce fondement repose la nature partiellement réglementaire du cahier des charges de la concession des services publics industriels et commerciaux.⁽⁴⁵⁾

D.2) Exceptions:

Si la numérisation du fonctionnement des services publics n'est pas la conséquence de la situation exceptionnelle qu'a causé la pandémie, puisque cette numérisation a précédé l'apparition de la crise, cette dernière a poussé les personnes publiques comme les personnes privées à généraliser les usages numériques quand il s'agit de leurs activités nécessitant pas une présence physique de leurs agents.⁽⁴⁶⁾ C'est le cas des cours en ligne qui se sont multipliés jusqu'à devenir la modalité par défaut de certains services publics, à l'image du service public de l'enseignement supérieur en France comme en Algérie via la plateforme moodle.

Par son contenu précédent, le principe de mutabilité (adaptation) est marqué par d'importantes conséquences sur les parties de ce service:

-Les usagers du service n'ont aucun droit de maintenir à un moment donné des situations statutaires ou réglementaires qui les arrangent vis-à-vis le service public, non plus qu'au maintien du service public.⁽⁴⁷⁾ De ce fait, à

(42) <http://conseil-etat.fr/arianweb/CE/analyse/2019-1127//422516>.

(43) Annequin, V. Ibid.

(44) Annequin, V. Ibid.

(45) Annequin, V. Ibid.

(46) Annequin, V. Ibid.

(47) CE. 27 Janvier 1961 Vannier: Suppression de Certaines Émissions de TV.

notre avis, les mesures d'adaptation prise dans le cadre de la lutte contre la propagation du Covid-19 peuvent ne pas être l'objet d'un contentieux devant les juridictions du moment qu'il n'existe aucun droit pour les usagers au maintien d'un service public (CE. 6 Avril. Tupin).

Ces derniers ne peuvent on plus se réclamer d'un droit au maintien de l'état des règles d'organisation du service public: CE, 2 Octobre 1985, Jeissou de Sem du Pont Saint Nazaire contre Saint Brévin. Cependant ce principe ne les prive pas comme les agents publics de tous droits. En effet, les usagers ont droit à un « fonctionnement normal du service » conformément aux règles prédéfinies: CE. 25 Juin 1969. Vincent. Les agents quant à eux ont droit à l'application exacte de leur statut tant qu'il n'est pas modifié.

L'Administration peut ainsi toujours, au nom de l'intérêt général, cesser même l'exploitation d'un service si celui-ci ne correspond plus aux exigences de l'intérêt général.⁽⁴⁸⁾

- Ce principe implique, aussi que le service public puisse en permanence s'adapter aux nécessités changeantes de l'intérêt général. Ainsi, les agents de services publics ne peuvent jamais opposer à l'administration un droit acquis au maintien de leur statut: CE, 4 Mai 1960, Jaffray. Mais aussi s'agissant des dispositions relatives à leur rémunération: CE, 11 Octobre 1995, Institut Géographique National.

Compte tenu de ce qui vient être cité, devant les défis auxquels les autorités publiques se trouvent confronter à cause de la crise Covid-19, ces dernières ont procédé à la détermination des services essentiels à maintenir en période de confinement, en distinguant les missions gérées à distance, de celles qui peuvent être s'exercer sur le terrain, puis organiser la reprise d'activité en veillant à la protection des personnels et des usagers.⁽⁴⁹⁾

E) Principes D'Application Variable:

Ces principes sont le résultat de la distinction entre les services publics administratifs(SPA) et les services publics commerciaux et industriels(SPIC).

E.1) Premièrement: Principes Relatifs Aux Services Publics Administratifs:

Ces principes se présentent sous forme de différents rapports qui concernent les usagers du service public avec ce dernier comme suit:

-Les Usagers:

L'utilisateur du service public administratif se trouve dans une situation régulière à caractère réglementaire régit par le droit public. On ne parle plus de contrat entre l'utilisateur et le service public, de ce fait les conditions d'être bénéficiaire des prestations présentées par le service public à caractère administratif sont déterminées dans toutes les circonstances, d'une manière

(48) Delmare, D. Op. cit, Pág. 193.

(49) Portail de la fonction publique territoriale en Ile &Vilaine (maintenir le service public face à la crise COVID-19). Site visité le 25-08-2020.

unilatérale, par l'Administration gestionnaire du service. Exception est faite dans certaines situations où on trouve parfois un usager dans une situation à caractère purement contractuelle. C'est le cas par exemple de la gestion d'un service public par un organisme privé ou l'utilisateur est lié au service public par un acte de droit privé.

-Les Agents du Service Public:

Les agents du service public ont normalement la qualité d'agents publics, quand ce dernier est géré par une personne morale publique qu'elle que soit, l'Etat ou ses collectivités locales ou ses autres démembrements à caractère administratifs. Les agents dont leur relation avec ce service est permanente ont la qualité de fonctionnaires titulaires et ceux dont la relation est pour une période déterminée suite à des dispositions contractuelles sont des agents contractuels.

-Les Tiers:

Les tiers représentent une catégorie de personnes qui ont un statut vis-à-vis le service public sans avoir la qualité des usagers ni des agents de ce service. Cette catégorie est constituée de fournisseurs ou des prestataires de services qui ont une relation avec la personne publique morale ou privé à laquelle la gestion du service est confiée. Le contrat régissant cette situation est un contrat de droit public même quand il s'agit d'une personne privée en cas de mandat s'il porte directement sur l'exécution du service ou s'il contient des clauses exorbitantes.

E.2) Deuxièmement: Principes Relatifs à la Gestion des Services Publics à Caractère Industriel et Commercial:

Conformément à leur vocation, ce type de services publics est régi d'une manière générale par les dispositions du droit privé sans l'exclusion des règles de droit public.

a) Les Usagers du Service Public:

Le contrat est la forme selon laquelle l'utilisateur se trouve vis-à-vis ce type de service public. C'est un contrat régi par le droit privé, le recours aux dispositions du droit public est écarté pour toute procédure qui vise son annulation.

b) Les Agents:

En ce qui concerne la situation des agents et le droit applicable, ainsi que les principes qui régissent les agents du service, une distinction est faite entre deux situations.

1^a ère situation:

Cette situation est la situation générale qui caractérise ce service public, elle se traduit par l'application du droit privé pour ces agents quand il est géré par une personne de droit privé.

2^a ème situation:

Dans le cas où le service public est géré par une personne publique morale, ses cadres dirigeants sont considérés comme des agents publics. Il s'agit dans la plus part des cas du directeur et le comptable.

c) Les Tiers:

La situation de cette catégorie vis-à-vis le service public, est une situation contractuelle. On distingue entre deux types de contrats, un contrat administratif, d'une part, et d'un contrat de droit privé, d'autre part. On est devant le premier type de contrat quand ce dernier porte sur l'exécution du service ou ce contrat contient une clause exorbitante du droit privé.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Ce qu'on peut retenir comme conclusion réelle à la fin de ce papier et on le recommande, surtout pour l'Algérie, c'est que le service public reste un support durable incontesté, vu son rôle lié à celui de l'Etat dans toutes les conjonctures. Car il est prouvé qu'un pays qui veut se développer n'a d'autre alternative que d'utiliser le procédé de service public de manière extensive quel que soient ses types et ses appellations.

Pour ce qui est le cas en Algérie, se pense que la crise sanitaire actuelle représente une opportunité pour le pays afin que ses services publics doivent faire preuve de leur existence en changeant leurs mécanismes de fonctionnement organisé en monopole qui nous rappelle toujours de la phase d'idéologisation.

Un monopole qui reste derrière l'échec enregistré dans le passage d'une manière claire d'une gestion dirigée à une gestion libérale. C'est un constat qu'on le partage avec M. C. Belmihoub qui décrit dans un de ces analyses: « ...le service public a été organisé en monopole public soit sous la forme d'une gestion directe par l'administration, soit sous la forme d'établissement public exploitant un monopole réglementé.»

La question de la réhabilitation du service public peut voir le jour, du moment qu'elle a constitué une des finalités pour lesquelles l'observatoire national a été créé.

A ce titre, l'observatoire devient le premier concerné par la proposition des règles et mesures tendant à l'amélioration de l'organisation et du bon fonctionnement du service public durant cette crise, afin de garantir une adaptation adéquate qui lui permet d'accompagner l'évolution de sa propagation. Cette finalité ne peut être réalisée, à notre avis, que par les

missions ont été confiées à cet observatoire conformément à l'art 4 du décret portant sa création, à savoir:

A) En Matière d'Accès aux Services Publics:

A ce titre, l'observatoire peut étudier et proposer toute mesure tendant notamment à:

- la promotion et la protection des droits des usagers et l'équité dans l'accès au service public, surtout les services qui se trouvent concernés en premier lieu par la lutte contre la pandémie.

- faire élaborer toutes études, appréciations, indicateurs, statistiques et informations de nature à promouvoir les actions destinées à l'amélioration de la qualité des prestations présentées par service public lors de cette crise.

- faire impulser et encourager la participation des usagers ainsi que celle de la société civile dans l'amélioration de ces prestations.

B) En Matière d'Adaptation du Service Public:

Dans ce cadre, le service public se trouve dans l'obligation d'accomplir les missions suivantes:

-Favoriser le développement de la généralisation de la numérisation par l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour préserver et garantir l'effectivité des principes précédents au profit de tout les usagers;

-Favoriser la mise en place des systèmes et procédures efficaces de communication en vue d'assurer l'information des usagers sur les prestations des services publics durant cette crise, et ce à travers l'amélioration de leur accès à l'information et de recueillir leurs opinions, suggestions et de répondre à leurs doléances.

C) En Matière de Rapports Entre Usagers et Agents du Service Public:

Dans ce cadre l'observatoire est appelé de contribuer à l'instauration du professionnalisme et l'éthique dans les services publics par l'adoption de toute mesure de nature à:

- Faire améliorer les conditions de travail des agents du service public dans le cadre cette crise.

- Susciter et maintenir la confiance entre les agents du service public et ses usagers.

- Favoriser du principe d'humanisation dans les rapports entre les agents du service public et les usagers.

- Promouvoir les valeurs morales inhérentes aux activités des agents du service public.

- Faire promouvoir la culture de la performance et du mérite personnel des agents du service public.

BIBLIOGRAPHIE

Annequin, V. (2020) « La Numérisation du Service Public Dans la Lutte Contre le Coronavirus de la Revue des Droits et des Libertés Fondamentaux » [RevueDf.com /droit-administratif/la-numerisation -du-service-public-dans -la-lutte-contre- coronavirus](http://RevueDf.com/droit-administratif/la-numerisation-du-service-public-dans-la-lutte-contre-coronavirus). Visite du site le 28-08-2020.

Benali, A.E. (2020) « Lutte Contre la Covid-19: des walis suspendent la délivrance des actes de mariage » Site visité le 09-09-2020 à 23h .00mn.

Delaubadère, A. (1967) « Traité de Droit Administratif » Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Quatrième Édition. 20. Rue Soufflot. Paris, France.

Delaubadère, A. (1973) « Traité de Droit Administratif » Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Sixième Édition. 20et24, rue Soufflot, Paris, France.

Delmare, M. (2009) « Droit administratif » Ellipses Edition Marketing S.A, 2009 ,32 rue Bargue 75740. Paris. Cedex 15.

Georges S.V. (1973) « Institutions Administratives et Economiques en Algérie » Tome 2 » Alger, SNED.

Hardy, J. (1996) « Le Service Public en Question » IEP de Rennes, Centre de Recherches Administratives et Politiques, CRAP.CNRS. Revue Politiques et Management. Vol. 14, N° 3, Septembre. Institut de Management Public. Argel, l'Argelie.

Sabah, K. (2010) « Administration et performance, » le Cas de l'Administration Algérienne, Mémoire de Magister, Université de Tlemcen, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion. 2009-2010.

Michel, E. (2001) « Le fossé numérique. L'internet, facteur de nouvelles inégalité § Problèmes politiques et sociaux » La Documentation Française N° 861, Aout 2001.

Talahite, F. (2010) « Reformes et Transformation Économiques en Algérie » Economies et Finances. Doctorat d'Etat. Université Paris 13.

Velly, S. (1999) « L'Essentiel du Cours, Droit Administratif » 2e Édition. Librairie Vuibert. Paris Cedex 13.

Weil, P. /Braibant P.Delvolvé / Genevois, B. (1999) «Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative» 12° Edition. Dalloz. Paris, France.

Le Constitution du 07 de Février du 2016 approuvé par le Premier Abdelmalek Sellal.

La Constitution du 28 de November du 1996 approuvé par l' Assemble National.

La Constitution du 23 de Février du 1989 approuvé par Referendum Approbatoire..



La Constitution du 22 de Novembre du 1976 approuvé par l'Assemblée Nationale.

Loi N° 62-157, du 31 Décembre 1962, portant reconduction jusqu'à nouvel ordre, de la Législation en Ligureur au 31 Décembre 1962.

Loi des 16 et 24 Août 1790 est une Loi Française Adoptée par l'Assemblée Nationale Constituante le 16 Août 1790.

Décret Présidentiel N° 16-03 du 05-01-2016, Portant Créations de l'Observatoire National du Service Public. (Onsp).

Décret Exécutif N° 20-69 du 26 Rajab 1441, Correspondant au 21 mars 2020 relatif aux mesures de prévention et de lutte contre la propagation du Coronavirus (COVID-19).

Code du Travail Français sanctionnée par l'ordonnance N° 2007-329 du 12 de Mars du 2007.

Les Arrêts Utilisés:

- CE/06. Février 1903. **Terrier**
- CE/05. Mars 1910. **Thérond.**
- CE/02. Avril 1923. **Bouguen.**
- CE/13. Juillet 1942. **Caisse Primaire « Aide et Protection » - Montpeurt.**
- CE/29. Juin 1918. **Hyriés.**
- CE/04. Mai 1960. **Jaffray.**
- CE/11. Octobre 1995. **Institut Géographique National.**
- CE/02. Octobre 1985. **Jeissou de Sem du Pont Saint Nazaire contre Saint Brévin.**
- CE/27. Janvier 1961. **Vannier.**
- CE/25 Juin 1969. **Vincent.**
- Décision de la 6e Ch. 12 Mars 2020, N° 20/01098) de la Cour d'Appel de Colmar.

LINKS ON INTERNET CONSULTÉES

Site de la Revue Générale du Droit (RJD), visité le 10-09-2020.

<http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 2 novembre 2016 à 22h18mn.

Cabinet Cloix & Mendes Gil -site visité le 06-09-2020 à12.00

Le monde diplomatique.fr site visité le 25-08-2020 à 11.

<http://cindy.nicolas.over-blog.com/2014/10/droit-administratif-la-notion-de-service-public.html>.visite du site le 10 novembre 2020 à 22h18mn.Vuibert, Paris cedex 13

<http://.conseil-etat.fr/arianweb/CE/analyse/2019-1127//422516>

Portail de la fonction publique territoriale en Ile &Vilaine(maintenir leservice public face à la crise covid-19), site visité le 25- 08-2020.

<http://www.wikiterritorial.cnfpt.fr/> le17-11-2016 à 17 h.

<https://www.cairn.info/revue.nouveaux-cahiers-conseil.constitutionnel-2012-4-page-21.htm>. Site visité le 12-09-2020 à 14.00mn.



LA LABORALIZACIÓN PROGRESIVA DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

THE ADMINISTRATIVE CAREER'S TRANSFORMATION THROUGH THE JOBS'S LAW IN VENEZUELA

María Eugenia Torres Hoyer⁽¹⁾
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.03>

Recepción: 30 de Agosto de 2020

Aceptación: 16 de Octubre de 2020.

RESUMEN

El régimen de la función pública siempre ha estado regido por sus propias normas, las cuales son distintas a las del Derecho Laboral. Tiene su propio estatuto donde se establecen tareas públicas, asignadas a funcionarios quienes tienen el deber de cumplirlas, diferenciándose de esta forma de la relación contractual que priva en el derecho laboral. Sin embargo, la función pública se ha ido laboralizando con el paso del tiempo. En muchos casos, esa laboralización surge de cambios legislativos, y en otros ha sido producto de “tergiversaciones” que en materia laboral son razonadas históricamente como canales “normales” para el logro de avances y reivindicaciones sociales. En el presente artículo se propone la realización de un análisis del proceso de laboralización de la función pública tocando aspectos como el ingreso, estabilidad y el derecho colectivo en la función pública.

Palabras Clave: *Función Pública, Laboralización, Técnica Contractual,*

ABSTRACT

The regime of the public function has always been governed by its own rules, which are different from those of Labor Law. It has its own statute where public tasks are established, assigned to officials who have the duty to fulfill them, thus differentiating themselves from the contractual relationship that prevails in labor law. However, the public function has been working with the passage of time. In many cases, this work arises from legislative changes, and in others it has been a product of “factual paths,” which in labor matters are historically considered “normal” channels for the achievement of advances and claims. In this article we propose the realization of an analysis of the process of laborization of the public function touching aspects such as income, stability and the collective right of work in the public function.

Keywords: *Public Function, Workization, Contract's Technique, Administrative Career, Worker.*

(1) Abogada Egresada de la Universidad de Los Andes (ULA); Mención Magna Cum Laude. Profesora Ordinaria Categoría Asistente de la Escuela de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas de la Universidad de Los Andes (FACIJUP-ULA) en las Asignaturas de Derecho Romano I y II. Especialista en Derecho Mercantil (CIJ-ULA); TEG-Mención Publicación. Maestrante en Administración de Empresas: Mención Finanzas en la Universidad de Temuco-Chile.

INTRODUCCIÓN:

Dentro de las diversas áreas o elementos del Derecho Administrativo, ciertamente una de las más importantes es el Derecho Funcionario, que no es otro que el régimen que regula la función pública de manera general, en su ingreso, estabilidad, ascenso, traslado, suspensión, evaluación de desempeño, situaciones administrativas, la disciplina, retiro, normas de carácter adjetivo correspondientes a los procedimientos a seguir para dilucidar las controversias en el ámbito judicial, entre otros aspectos.

Originariamente los servidores públicos, o lo que es lo mismo, el personal al servicio del Estado, se encontraban regidos por normas propias, sin que les fuera aplicable la normativa que rige las relaciones de trabajo pertenecientes al Derecho Privado. Por tanto, la Función Pública ha tenido su propio estatuto de personal, destacándose una relación de tipo estatutaria y no contractual, como si lo es, en las relaciones laborales.

En este orden de ideas, la designación o el acto de nombramiento de los funcionarios público era considerado como un acto administrativo que al emitirse, subsumía al funcionario en un régimen de personal establecido unilateralmente por el Estado, condicionándolo al cumplimiento de las tareas públicas asignadas. Por ello, no eran propias del Derecho de la Función Pública figuras como la Sindicalización, el Derecho a huelga, la Contratación colectiva, ni le eran ajustables regímenes de beneficios pertenecientes al Derecho Laboral.

En Venezuela, a lo largo de los años, privó esta corriente, con algunos intentos de llevar las normas laborales al campo funcionario, hasta que luego del proceso de recuperación de la Democracia en 1958, se presentaron esfuerzos por aplicar beneficios laborales a los Funcionarios. Así las cosas, la Constitución de 1947 se adopta con rango constitucional por primera vez, el sistema estatutario como sistema regulativo de relaciones de empleo público, lo que posteriormente se repite en la Constitución 1961 (Artículo 122), que equivale al actual 144.

Ahora bien, con la sanción de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, se regula por primera vez la función pública mediante una Ley Especial, y comienzan a generarse debates, en virtud de las iniciativas de algunos sectores de la sociedad de extender algunos derechos de los trabajadores a los funcionarios públicos. En el proyecto presentado por la Comisión de Administración Pública del Congreso Nacional de aquellos años, se proponía la prohibición expresa de la contratación colectiva y la huelga en la función pública.

Sin embargo, luego de discusiones al respecto, se llegó a la conclusión de que no era necesaria la prohibición expresa de tales aspectos, y luego, fueron produciéndose cambios que permitieron introducir elementos del Derecho Laboral en el ámbito funcionario, verbigracia las llamadas "Actas Convenio," como una manera de ir regulando las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, y la aceptación de la sindicalización en la función pública.

A partir de la entrada en vigencia de la Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa de 1975, se introducen aspectos relevantes de naturaleza laboral en la función pública, tales como la aplicación a los funcionarios públicos del régimen general de prestaciones sociales de la LOT y el Derecho a la Sindicalización, lo cual, pues, condujo a la suscripción de contratos colectivos en *algunos sectores de la Administración Pública* y al uso del Derecho a la huelga como módulo conflictivo de lucha para exigir el cumplimiento de los acuerdos y reivindicaciones laborales.

Posteriormente, la Ley Orgánica del Trabajo de 1998, incluía en su artículo 8 el Derecho de los Funcionarios Públicos a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y la huelga, derecho estos, que, como se ha advertido, ya tenían lugar en la Administración, en algunos casos, con débil fundamentación legal y en la mayoría sin ninguna fundamentación. Así lo dice Caballero (2006):

La Ley Orgánica del Trabajo de 1998 marca una de las últimas resistencias del viejo Derecho Estatutario ante el avasallante empuje del Derecho del Trabajo, que se avizora como el Derecho Común de toda actividad humana ejercida bajo una voluntad ajena, pública o privada, mediante el pago de una remuneración. Pág. 26.

Igual situación se refleja en la reforma parcial de la Ley del Trabajo de 1998, en la que se mantuvo el texto íntegro del Artículo 8. La Ley del Estatuto de la Función Pública de 2002 en su artículo 32, consagra de una manera expresa para los Funcionarios Públicos de Carrera, el Derecho a Organizarse Sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la Convención Colectiva y a la Huelga. Que igual están establecidos en la hoy Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT) y su respectivo Reglamento Ejecutivo General. Aunque, cabe la necesidad de señalar, que dentro de ese proceso de progresiva laborización de la función pública, está también, la especialísima Ley Orgánica de Prevención de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT), que no se encuentra mencionada en la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP). No obstante, no significa que no puedan aplicarse sus disposiciones al entorno funcional.

Aquí, cabe destacar una idea fundamental de Brewer-Carías (2013):

No se trata por tanto, ni de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, pues no existe un criterio clave absoluto para definir el Derecho Administrativo ni su objeto: la Administración Pública. La definición debe elaborarse con la mezcla de los diversos criterios, lo que además responde al contenido heterogéneo y mutable de la actividad administrativa del Estado. Pág. 26.

Pues, el Derecho Administrativo, y, en este caso el Derecho Funcionario no puede ser definido únicamente como el Derecho de la Legislación Administrativa de la Función Pública, sino también, como una rama del Derecho Administrativo que abarca leyes heterónomas con un sentido global u holístico, la función pública del Estado, que no se halla regulada

exhaustivamente por su Ley Administrativa correspondiente. De tal modo, que el fenómeno regulador de la materia es integral. Y el Derecho Funcionario se encuentra regulado por técnicas del Derecho Público y del Derecho Privado. Hasta tal punto, como sostiene Hernández (2011) "... hay quienes reconocen que incluso para atender al interés general puede hacer uso instrumental del Derecho Privado, con lo cual, la actividad administrativa estaría regida por normas de ambos sistemas jurídico." Pág. 178.

En este orden de ideas, del análisis teórico realizado en el presente artículo, se concentrará en los aspectos de ingreso y las controversias suscitadas respecto a los criterios utilizados para establecer si se considera o no funcionario público, a quien tiene una relación de empleo público con la referida Administración Pública, vedando como reseña el método de ingreso, la estabilidad y el Derecho Colectivo del Trabajo en la Función Pública, pero, con mayor énfasis en los funcionarios de carrera, por cuanto son éstos sobre quienes impacta el proceso de laboralización progresiva que se ha venido dando en el Derecho Funcionario, y, que es donde se considera que se han producido cambios importantes a lo largo de los últimos años que apuntan a cotejar cada vez más las relaciones entre el Estado y sus servidores públicos con las relaciones laborales. Pues el Derecho Funcionario como sub-parte del Derecho Administrativo, acaba absorbiendo sus caracteres. Como diría Fleiner (1933) "El Derecho Administrativo no alude a un cuerpo especial, sino a las normas que rigen a la Administración, sean de Derecho Público Privado." Pág. 35; pero si ocurre, que "Tanto el Derecho Público como el Privado interactúan, con prevalencia de uno u otro." (Domínguez: 2020: 45).

1._. La Función Pública y la Carrera Administrativa.

A este referente García (2001) explica que:

El Estado como conjunto orgánico que persigue unos fines superiores, sólo puede considerarse existente en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza cuando actúa, es decir, cuanto de modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos. En el momento en que tales actos dejan de tener lugar cesan, de ser una realidad presente para convertir en pasado, lo histórico. Pág. 112.

Observando al Estado como conjunto de entes órganos e instituciones, y como parte integrante del mismo, se encuentra la Administración Pública, de la cual existen cuando menos dos concepciones, una orgánica y otra material, y cuyo concepto en sentido orgánico, y desde el punto de vista restringido (Por cuanto si bien la Administración desde el punto de vista orgánico realiza siempre una actividad administrativa, también la realizan otros órganos de los otros Poderes del Estado), apunta al conjunto de estructuras administrativas, de Ministerios, de oficinas y departamentos que forman parte del Poder Ejecutivo. Brewer-Carías (1980) dice "La Administración como actividad, en cambio, es una noción material que atiende a una acción o tarea administrativa realizada por el Estado." Pág. 42.

Esta actividad administrativa, se materializa a través de quienes ejercen las funciones propias del cargo que ocupen dentro de la Administración Pública. Por tanto, es a través de los funcionarios públicos como el Estado y la Administración Pública ejecutan las acciones administrativas dirigidas a cumplir con sus cometidos y fines superiores.

Desde este punto de vista, la Sala Político Administrativa del TSJ por medio de **Sentencia N° 00943** del 15 de Mayo de 2001, estableció lo que debe entenderse por Función Pública, en los siguientes términos:

Con carácter general la función pública es toda la actividad destinada a realizar los intereses del colectivo. Lo cual es por antonomasia la ratio de la prestación del servicio público llevada a cabo por la Administración Pública. Esa función pública en específico está tanto delineada como regulada por el ordenamiento jurídico. Así, en particular *ex lege* y reglamentariamente se estatuye las competencias y atribuciones que los agentes públicos tienen, y así mismo, los fines que se persiguen con su ejercicio y sus límites, las cuales por principio, como se expresó, atienden a la realización del interés público, y en tal sentido, como es obvio, excluyen absolutamente propósitos quebrantadores de la Ley, o en general de los principios, derechos y garantías que soportan a un Estado de Derecho.

La referida Sentencia, establece los criterios para determinar cuándo se está en el ejercicio de la función pública, exponiendo lo siguiente:

El funcionario público es quien cumple la función pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la función pública, bien por elección popular o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este. Ahora, quien es funcionario público, per se tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa; por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario se puedan ejercerse otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como aceptación de cargos de docencia, etc.). Pero ello no significa en modo alguno que siempre se esté ejerciendo dicho cargo, así, si bien siempre se tiene esa cualidad de funcionario (al menos mientras no haya operado una destitución, suspensión, renuncia, etc.), ello no significa que siempre se esté ejerciendo la función pública. Para que esto último ocurra deben estarse efectuando los

cometidos o funciones del servicio. Por lo que cabe apuntar adicionalmente, que es perfectamente deslindable el hecho de que se estuviere dentro del horario o espacio de tiempo establecido para cumplir con la función pública o incluso que se esté aparentemente realizando ésta, del hecho cierto e inequívoco de que se está realizando dicha función, es decir, en los dos primeros supuestos señalados no puede entender.

En concordancia con el criterio de la Sala, se encuentra lo expresado por Alfonso-Guzmán (2001) quien explica:

Resulta evidente que, en el sector privado entre trabajador y empleador, existe un vínculo jurídico de naturaleza contractual de Derecho Privado, conforme al cual, trabajador y patrono convienen las condiciones de trabajo, reguladoras de esa prestación dentro del marco normativo laboral. Pág. 86.

Sin embargo, en el sector público, no se aplican las mismas normas de carácter contractual propias del Derecho Laboral, lo cual ha significado un punto de discusión abordado entre dos tendencias contrapuestas; por un lado la tesis tradicional administrativista, que plantea la rigidez estatutaria; en función de la cual, hay una marcada diferencia entre las relaciones de empleo en el sector privado, y el sector público; requiriendo necesariamente de instrumentos legales distintos al expresar, que para el sector público, deben haber normas de Derecho Público, reguladas unilateralmente por el Estado, creadoras de derechos, deberes y condiciones de trabajo, bajo la figura de un Estatuto exclusivo para la materia.

Por otro lado, se encuentra la corriente laboralista, que se fundamenta en la equiparación de la relación jurídica entre el funcionario y el Estado a la relación jurídica entre el Trabajador y su Patrono, que el mundo del trabajo es uno sólo, por lo cual, aun cuando pueden existir situaciones especiales o grupos específicos de trabajadores, que por sus características requieran ciertas particularidades, todos ellos deben estar sometidos a una misma legislación: la legislación laboral. Ésta Tesis es defendida por el Español Mairal (1990) quien sostiene:

Que es manifiesta la inconstitucionalidad de la existencia de una dualidad de regímenes de personal, concretamente un régimen jurídico público para los funcionarios públicos con un contenido diferente al del resto de los trabajadores por cuenta ajena, tanto en el ámbito del sector público como en el privado. Pág. 92.

La existencia de una dualidad de regímenes jurídicos, uno estatutario y otro laboral, implica entonces, una notoria violación al principio jurídico de igualdad, que informa, como valor superior, todo el ordenamiento constitucional vía artículo 2, y que constituye a su vez una garantía genérica de los Derechos Subjetivos de los Venezolanos. No obstante, un sector de la Doctrina Española refuta la anterior afirmación jurídica, en vista de que **Sala Franco** considera, que existen diversas relaciones de empleo, por lo que existen diferencias básicas, que justifican un trato diferenciado entre unas y

otras. Por tanto, para que el principio de igualdad pueda ser vulnerado, debe existir un trato de forma desigual a los iguales.⁽²⁾

En concordancia con el autor anteriormente mencionado, puede entreverse a la Laboralización de la Función Pública, como una tendencia más marcada, por cuanto, en el transcurrir del tiempo, la rigidez estatutaria va perdiendo su validez, asemejando la relación pública, a una relación laboral usualmente conocida.

De hecho, Sánchez (2001) dice “que esa tendencia laborizante implica una intensa dicotomía entre Derecho Público y Derecho Privado como esferas rígidamente separadas y excluyentes...esto es, los dos estatutos jurídicos se desarrollan como ordenamientos diferentes y auto-integrados.” Pág. 42. A lo cual cabría señalar, que en opinión de muchos autores, *nacionales y extranjeros*, ese esquema jurídico, pero también de pensamiento, hace tiempo que entró en crisis.

Y ello se debe principalmente, a que la aplicación pura y simple del Derecho Laboral a los Funcionarios Públicos plantea una serie de problemas jurídicos, pues ni la Administración Pública tiene el Estatuto de la Empresa Privada, ni puede ordenar su política de personal con la misma libertad del empresario privado. Si tuviera que utilizarse términos rimbombantes para describir la anterior situación jurídica, cabría la necesidad de utilizar una no muy vieja expresión de Retortillo-Baquer, de que en sí, la Administración Pública jamás aplicará el Derecho Laboral en su auténtica expresión, pues los Funcionarios Públicos decantarán al Derecho Laboral de su vocación *iusprivatista*, administrativizando las nociones, las técnicas y demás institutos del Derecho Laboral, con la vocación teleológica del Derecho de las Administraciones Públicas del Estado,⁽³⁾ esto es que será una especie de Derecho Administrativo Laboral.

Y ello queda en evidencia por la mismísima doctrina Española debido a una particularidad del artículo 103.3 Constitucional de ese País, en vista de que dicho precepto se refiere a un Estatuto, y que en nada lo está contraponiendo al Estatuto de los trabajadores, sino que ésta Constitución fija ciertas *modulaciones jurídicas* en la relación de empleo, por razón del orden público de las funciones a desempeñar, y de la integración del trabajador en una organización pública.

Aunque, la Constitución considera al funcionario como un trabajador, éste está sometido a las peculiaridades del sector donde trabaja, en vista de los intereses generales a los que sirve. Y ésta concepción estatutaria en Venezuela no es nueva, toda vez, que la asunción del sistema estatutario de la función pública tiene como antecedente constitucional primigenio a la Constitución de 1947, que dispuso en su Artículo 90 dispuso lo siguiente:

El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro. Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

(2) Sala Franco, V.T. (1989) “Incidencia de la Legislación Laboral en el Marco de la Función Pública.” INAP. Madrid, España.

(3) Cfr. Martín Retortillo-Baquer, S. (1996) “El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones.” Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 30-31.

De igual forma, la Constitución de 1961 en su artículo 122 establece:

La Ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social. Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo.

Como ya se dijo, la Ley de Carrera Administrativa promulgada en 1970 es la que viene por primera vez a regular, mediante una ley especial, la Función Pública atendiendo al mandato constitucional dispuesto en el artículo 122; que también fue asumida de manera similar por la vigente Constitución de 1999, que en su artículo 144 establece:

La Ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social. La Ley decretará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos.

Luego, en el año 2002 es sancionada la vigente LEFP, donde se regulan los distintos aspectos de las relaciones de empleo público por mandato expreso de la Constitución, consagrando, entre otros aspectos, y de manera expresa, el Derecho a la Contratación Colectiva y el Derecho a Huelga, derogando prácticamente con el Artículo 32 al Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1998, de ese entonces.

A éste raro fenómeno regulativo todavía existente del Derecho Funcionario, Carrillo (2003) sostiene:

...Lo cierto es que, debido a la supresión de ese capítulo específico en la Ley Funcionario, queda sometido a la regulación analógica de la Ley Orgánica del Trabajo, excepto su sanción por afectación del servicio público, la cual quedó expresamente reseñada como causal de destitución en el artículo 86.5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Pág. 85.

Siendo esto así, la Función Pública acabará laborizándose así:

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, *en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública*. Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcionario. (Cursivas Añadidas).

Nuevamente, la Legislación Laboral no será aplicada en su sentido genuino a los funcionarios públicos administrativos. De hecho, Brewer-Carías (1996) dice “La laboralización del régimen de la función pública, en todo caso, no puede verse como una huida del Derecho Administrativo, sino como la interaplicación normal del Derecho Público y del Derecho Privado al funcionamiento de la Administración Pública.” Pág. 37. Ya que, continúa el autor citado (1996) que:

El Derecho Administrativo, y por supuesto, el Constitucional, es el Derecho normal y específico de las mismas, de manera, que incluso algunas actividades públicas sólo están sometidas al Derecho Público; sin embargo, lo contrario nunca puede darse, es decir, no puede haber actividad de las Administraciones Públicas que estén sometidas exclusivamente al Derecho Privado, es decir, no hay actividad administrativa de Derecho Privado. Pág. 56.

Y es que, es un real principio del Derecho Administrativo Venezolano, aquél según el cuál, “no siempre la Administración Pública actúa como *potentior personae*, sino que, en ocasiones, ella actúa como “*un particular*.” Pág. 147. Indistintamente de la situación de la Administración Pública Venezolana, con la interaplicación del Derecho Laboral o el Derecho Funcionario, ésta queda sometida por igual a la Ley. La legalidad debe entenderse en un sentido general: legalidad administrativa o la legalidad laboral. No existe así, esa distinción, pues sigue siendo un sometimiento legal. Y con ello, que según Hernández (2011):

Ninguno de sus actos se escapa de esa subordinación plena, que equivale a ausencia de libertad: *la Administración no es libre*. Por el contrario, ella cumple su función vicarial subordinada plenamente a la Ley, incluso, en el ámbito de las potestades discrecionales, en tanto ellas no existen más allá de la Ley. Pág. 148.

Entonces, la extensión de la Ley Laboral, nuevamente, es solo un elemento accidental, que no debe incidir en la aplicación, a tales empleados, del régimen constitucional de la función pública, ya que según Hernández (2011) “en tanto ese régimen no es más, que una garantía especial de la función vicarial que define a todas las Administraciones Públicas.” Pág. 153. Vale la pena aclarar, que el autor se refiere, al régimen constitucional del artículo 141 y 146, ambos constitucionales. Aún así, cabe destacar, que la mención constitucional de “*la Ley*,” materializa el elemento unilateral y público propio de la *Teoría Estatutaria Italiana*. De hecho, el autor venezolano Caballero Ortiz (2008):

Veremos que los sistemas van desde aquéllos como el venezolano, donde el personal contratado reviste legalmente carácter excepcional, hasta sistemas como el Italiano, donde se ha producido el fenómeno de la llamada contractualización o privatización, y el abandono de la jurisdicción administrativa; obviamente, pasando por sistemas intermedios como el Alemán y el Español, donde la contratación de empleados para la Administración Pública se

ha convertido en un hecho frecuente. En fin, en Francia, los contratados revisten un carácter especial, presenta la misma excepcionalidad del sistema venezolano, pero no quedan sometidos al **Derecho del Trabajo**: tienen la singularidad de constituir a agentes públicos sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pág. 919-920.

La relación de empleo público se ha caracterizado siempre, porque la Ley situaba a la Administración en una posición de especial supremacía en relación con sus empleados públicos. Todo ello, en la medida en que desarrollaban funciones públicas y se subordinan a la persecución de los intereses públicos. Se comprende entonces, que la naturaleza de la relación de empleo ha sido concebida siempre, como un elemento determinante de la atribución de las controversias a la justicia administrativa. Constitucionalmente por medio del artículo 259, ciertas materias quedan como objeto de reserva legal por mandato constitucional, pues el ingreso a la Administración será siempre por medio de un acto administrativo previo, como manifestación de una potestad administrativa procedimentalizada bajo el esquema o formato de un *Concurso Público de Oposición*. De tal manera, que los tribunales de la justicia administrativa corresponderán, conocer de todos esos conflictos jurídicos.

Y aquí Severo (1970) dice “la instauración de una reserva de ley se debió al intento de protección de la burocracia, frente a las intromisiones del Poder Público y a la intención de asegurar la imparcialidad de la actividad administrativa.” Pág. 86. De éste modo, el auge de una Reserva Legal Funcionarial como garantía jurídico constitucional, augurará la objetividad y probidad de la regulación funcionarial de la Administración Pública, al colocar un obstáculo de corte competencial al Poder Ejecutivo Nacional, de regular a su propio personal administrativo, con criterios políticos, que según el mismo artículo 146 constitucional proscriben con la mención de la honestidad, idoneidad y eficiencia de los futuros servidores del Estado.

Ante ésta situación, Lares (2001) define “los funcionarios son los individuos que en razón del nombramiento de la autoridad competente o de otro medio de Derecho Público, participan en el ejercicio de las funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales” Pág. 331. Pero cabiendo añadir, que el servicio de los mencionados funcionarios públicos queda supeditado según los artículos 141 y 145 constitucionales, a la satisfacción de necesidades objetivas de la colectividad como la vocación finalística de los poderes estatales. Y siendo ello así, la supuesta contractualización de las relaciones de los contratados con el Estado, queda claro, que éstos muy en el fondo, ejercen los poderes administrativos estatales, a pesar de todo. Tal cual como ocurre, con el sistema Alemán.

Es importante destacar, que ante la diferenciación que doctrinariamente fue utilizada con respecto al concepto de funcionario y empleado público, la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1975 integró tal aspecto técnico, y definiendo los conceptos de empleado y funcionario público dándoles un significado equivalente. En efecto, el Artículo 1, Párrafo Único decía: “A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario

público, empleado público, y servidor público, tendrán un mismo y único significado.” En la actualidad, estas definiciones cambiaron, como indica Urosa (2006):

La Ley del Estatuto de la Función Pública, en su artículo 3, define al funcionario público, siguiendo el lineamiento establecido por la Constitución Nacional (Artículo 146) de la siguiente manera: Artículo 3. Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente. Pág. 25.

1.1._. La Relación Estatutaria Según la Constitución (1999) y la Ley del 2002.

La Constitución Nacional de 1999, establece, en el Artículo 146 como regla general, que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, y reconociendo, excepcionalmente, la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, y de elección popular.⁽⁴⁾ En este mismo orden de ideas, el artículo 19, 20 y 21 establecen una clasificación de los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Además de los Funcionarios de Carrera, se encuentran a los Funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción, que a su vez se clasifican en funcionarios de alto nivel y funcionarios de confianza. Los funcionarios que ocupan cargos de alto nivel son los que dirigen las políticas de los órganos y entes en los cuales prestan su servicio, planifican, programan, orientan y dirigen la actividad gubernamental en un momento determinado. Los funcionarios de confianza son los que pudieran no tener un rango jerárquico relevante, no tener la dirección de la institución, ni personal bajo su dirección, pero el cargo posee ciertas características que ameritan que el máximo jerarca tenga libertad para su nombramiento y remoción, como lo son los cargos en materia de fiscalización e inspección, rentas, aduanas y fronteras.

1.2._. Aspectos Sobre el Ingreso de los Funcionarios de Carrera.

Durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, se establecía como regla general que el nombramiento en un cargo de carrera debía estar precedido de la celebración de un concurso, sin embargo, se admitía el nombramiento omitiendo el concurso en aquellos casos en que no existieran candidatos a ocupar el cargo en el registro de elegibles.

Por tanto, se adquiría la condición jurídica de Funcionario Público, por su permanencia en el cargo desempeñado durante un período superior a seis (06) meses, contados a partir de su nombramiento, y al momento de cumplir ese tiempo, de conformidad con lo que establecía el Parágrafo

(4) El artículo 72 menciona el Derecho constitucional colectivo al referendo revocatorio de funcionarios que ocupan “cargos de elección popular.” Cabe decir, que la doctrina jurisprudencial Alemana y Española consideran esos cargos públicos como cargos representativos gobernados por el principio jurídico de rango constitucional de la representatividad de la forma política republicana-presidencialista del Estado.

Segundo del artículo 36, se procedía a su nombramiento por ratificación.

Esto último en la práctica, pasó a ser de excepcional, a general. También existía la posibilidad de que un trabajador que prestara servicios bajo la modalidad de contratado, adquiriese la condición de funcionario público, siempre y cuando concurrieran condiciones tales como, el cambio en la naturaleza de la relación contractual por pasar a ser por tiempo indeterminado (renovación sucesiva de dos o más contratos) y el ejercicio de funciones análogas a las de un funcionario, que previo cumplimiento de los requisitos de Ley había adquirido tal condición, prestando servicios en la misma dependencia o dirección y con el mismo horario, sin importar el salario que devengara, debiendo comprobar en sede judicial los supuestos aludidos, siendo en consecuencia, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominó "Ingreso Simulado a la Administración Vía Contrato," pues según Kiriakidis (2003) "los contratados podían transmutarse en funcionarios públicos, aún a pesar de las previsiones de la Ley de Carrera Administrativa." Pág. 128. Entonces, con mayor razón aún, Caballero (2008) "...ha dejado ya de tener relevancia la crítica que podía formularse a la tesis del funcionario contratado, funcionario de hecho o a la denominada relación funcionarial encubierta. Pág. 945.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, y luego con la promulgación de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), termina de cambiar de manera importante estos criterios de ingreso a los cargos de carrera en la Función Pública, pues, con la simple entrada en vigencia de la Constitución actual, y luego, con la sanción de la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente, "la presunción de carrera administrativa" a favor de todo el que procure los servicios personales a la Administración se considera rota, ipso iure, u ope constitutionen.

La Constitución Nacional establece de manera categórica como regla, que los cargos de la administración pública son de carrera, (sin que haya otra forma para al ingreso a la carrera administrativa) y que excepcionalmente pueden ser de libre nombramiento y remoción, dejando a salvo, por supuesto, los de elección popular, los obreros al servicio de la Administración Pública y los Contratados.⁽⁵⁾

En materia Funcionarial, la mayoría de los cargos administrativos son jurídicamente de Carrera, y en menor grado de Libre Nombramiento y Remoción, y en mucho menor grado, de elección popular. Así se deduce, de las estructuras organizativas de los Ministerios, los Órganos y Entes Públicos del Estado, y de la *práctica administrativa imperante*. Y de hecho, así es plasmado por el mismo Artículo 146 de la Carta Magna cuando indica:

Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la ley. *El ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera será por concurso público*, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará

(5) Aclarando con la posición de Hildegard Rondón de Sansó, que la Constitución de 1999 no utilizó una redacción clara, sino que empleó la noción de "cargo de carrera" para decirnos que todos los cargos de la Administración Pública son de carrera, salvo los relativos a las excepciones que la misma norma señala. Ella puntualiza: "lo que existe son los cargos que debidamente definidos, calificados, calificados e incluidos en lo que se denomina un manual de cargos, indican, cuales son las tareas propias del cargo; condiciones para su desempeño; facultades y cargas; código; orden de remuneraciones;..." V. Hildegard Rondón de Sansó (2003) Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó. Tomo II. Caracas, Venezuela. Págs. 32-33.

sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

En atención a la citada disposición constitucional, el Artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece lo siguiente:

El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole. *Serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley.*

La norma transcrita ratifica, que todo aspirante a un Cargo de Carrera en la Administración Pública, debe someterse imperativamente a un Concurso Público de Oposición (procedimiento administrativo previo) y dispone de manera expresa, y manifiesta, que aquellos nombramientos de funcionarios de carrera realizados sin haberse efectuado el correspondiente concurso, serán absolutamente nulos.

Al respecto dice Finamore (2012) “Es decir, se sanciona con nulidad absoluta aquellos nombramientos de funcionarios públicos de carrera que no hubiesen sido producto de los respectivos concursos.” Pág. 45.

Tomando en cuenta estas consideraciones, es importante disertar sobre lo que ha sido la tendencia laboralizadora de los últimos años, en lo que se refiere a la aplicación de la legislación laboral o administrativa dependiendo, si el en el caso concreto se trata de un trabajador o de un funcionario, en virtud del modo en que ingresó a la Administración Pública. Bastante particular, es, de hecho, la mención de que los obreros de la Administración Pública Universitaria Autónoma entran por medio de un concurso de oposición previo, que, en vez de finalizar con un acto administrativo, lo que ésta hace es adjudicar un contrato laboral, a un determinado obrero inscrito en el procedimiento de ingreso. Verbigracia, la ULA, para laborar como Secretaria, o Bedel. La anterior situación jurídica puede ratificarse totalmente con literatura española como Silvia del Saz (1995) al decir:

Que hay una reserva laboral en la Administración Pública en el ámbito de los contratos laborales para aquéllas funciones para las que no existía un cuerpo de funcionarios apropiado, es decir, para las funciones manuales o propias de Oficios no atribuidos al Cuerpo de Subalternos que tenía encomendada funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas. Por añadidura, los cargos directivos estaban reservados al Derecho Administrativo para los Funcionarios de Carrera. Pág. 145.

No obstante, indistintamente de tratarse de un contrato eminentemente laboral, la normativa interna universitaria Ulandina, pide la complementariedad de las técnicas jurídicas del Derecho Público: *acto administrativo formal*; con las técnicas jurídicas del Derecho Laboral: *contrato laboral*. Hasta tal punto, que la firma de un contrato laboral previo, sin la existencia, o la conexión hilada con el acto previo, éste implica su nulidad de pleno derecho. Hipótesis, que de alguna manera no viene reflejada constitucionalmente en Venezuela, como si sobreviene en la Ley Fundamental de Bonn (1949), que legitima la técnica laboral en la Administración.

Ahora bien, para quienes defienden la tesis laboralista, un funcionario que ingresó de modo irregular a la función pública, esto es, que el nombramiento haya sido otorgado sin cumplir con el requisito de la celebración de un concurso, debe considerarse como un trabajador cuya relación con la Administración Pública debe ser regulada por el Derecho Laboral. Aunque, con la necesaria matización de la preponderancia del Derecho Laboral, pero complementada minoritariamente con el Derecho Público.

Este fue un criterio doctrinal, institucional, manejado por el Ministerio del Trabajo, hace mucho tiempo aquí en Venezuela, pues a través de las Inspectorías Laborales venía declarándose competente y conociendo de solicitudes realizadas por los funcionarios públicos, incluso de aquellos cuyo ingreso fue anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, lo cual como ya se expuso, les daba el carácter de Funcionarios de Carrera, por el solo hecho, de haber ingresado por *nombramiento: acto administrativo*, sin realización de previo concurso.

Esto puede llegar a ser considerado como una especie de usurpación en la que está incurriendo el Ministerio del Trabajo, por cuanto, al ser los recurrentes, funcionarios públicos y no trabajadores, cualquier conflicto que se genere en virtud de su relación de empleo con la Administración Pública, debe ser ventilada por ante los Tribunales Contenciosos Administrativos, tal como lo establece la Ley del Estatuto de la Función Pública en su Artículo 93. De ahí, vale la pena considerar una idea de García-Trevijano (1954) "...que habla de Funcionario Público sin más, ya que cuando se trata de funcionario se refiere a relaciones jurídicas de Derecho Privado (Laboral, Civil, Mercantil). Pág. 56. Hay una complementariedad jurídica.

En el caso de los funcionarios que ingresaron a la Administración Pública luego de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, cuando los *nombramientos* realizados para su ingreso hayan omitido el requisito del Concurso, el mismo se cree o reputa como un ingreso irregular a la Carrera Administrativa por no haberse celebrado el Concurso. No obstante, no dejan de ser funcionarios, y su relación con la Administración Pública debe ser regulada por la Legislación Administrativa. Por tanto las Inspectorías del Trabajo no son competentes para conocer sobre conflictos derivados de la relación entre funcionario y Administración. Y ellos son en esencia, "*Funcionarios de Hecho.*" Reiterando el criterio, la SC-TSJ con sentencia 28/03/2016:

Ahora bien, aprecia la Sala que en el presente caso, se pretende la revisión de la sentencia dictada el 26 de noviembre de 2014 por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda,

que declaró sin lugar el recurso de apelación, por cuanto en su criterio la sentencia violó su derecho al debido proceso “*al someter a nuestro representado ilegalmente, a una autoridad incompetente en materia funcionarial, como lo era la Inspectoría del Trabajo, y a un procedimiento indebido para ventilar este caso, como el establecido en el artículo 425 de la LOTTT (sic)*”, y no al “*regido por la LEFP (sic) por cuanto era funcionario público.*” Expuestos los alegatos de la parte solicitante, esta Sala procede a verificar la procedencia o no de la presente solicitud y al efecto observa que el Juzgado Superior Primero del Trabajo realizó un análisis acerca de si el ciudadano Wilson Marino Morales ostentaba la condición de funcionario público o de trabajador, a los fines de determinar el régimen legal aplicable, que lo llevó a determinar que el mencionado ciudadano no ostentaba el cargo de funcionario público, por el hecho de no haber ingresado a la Administración por concurso público.

Ante tal pronunciamiento, se hace necesario traer a colación la Sentencia N° 2149 dictada por esta SC-TSJ del 14 de Noviembre de 2007, quien se pronuncia sobre el Alcance del Artículo 146 de la Constitución, que es del tenor siguiente:

... En este sentido... **se establece con rango constitucional que la única forma de ingreso a la Carrera Administrativa, es mediante un concurso público** (Vid. Artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). En consecuencia, aprecia esta Sala Constitucional que en virtud de los considerandos expuestos, deben los órganos jurisdiccionales al momento de decidir las querellas funcionariales, atender al momento y la forma de ingreso a la Administración Pública, en virtud que si el ingreso fue realizado con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el querellante poseía la cualidad de funcionario de carrera debe el órgano administrativo previo al dictamen de los actos de remoción o retiro atender a tal condición y, en consecuencia, proceder a efectuar las gestiones reubicatorias. Si por el contrario, el querellante ingresó a la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no poseía la cualidad de funcionario de carrera puede el órgano administrativo, si no se ha efectuado un concurso público proceder a la remoción del mismo. **En atención a lo dispuesto, debe aclararse que a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso a la carrera administrativa será, únicamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).**

El Tribunal Supremo de Justicia a través de la Sala Constitucional, mediante la Sentencia transcrita, aclara el alcance, y la correcta interpretación de la referida norma constitucional (Artículo 146), por lo cual, es una Sentencia, que se considera de carácter vinculante, conforme lo indica el Artículo 335 de la Constitución.

Desde este punto de vista, las Inspectorías del Trabajo llevaban a cabo una inadecuada laboralización de las relaciones jurídicas de empleo público, en cuanto a la estabilidad y otros aspectos generadores de conflictos entre los Funcionarios y la Administración Pública, donde, éstas han pretendido institucionalizar una falsa creencia jurídica de una errónea aplicación de las normas constitucionales y de la jurisprudencia del TSJ, por varias Inspectorías Laborales, bajo los lineamientos del Ministerio del Trabajo en una perfecta extralimitación de atribuciones, que incluso, pudiera configurar usurpación de funciones perpetrada por el Poder Ejecutivo con respecto a funciones propias del Poder Judicial con la Justicia Administrativa, con ocasión al control difuso de normas legales inconstitucionales.



1.3_. La Categoría de los Contratados al Servicio de la Administración Pública.

Como se mencionó con anterioridad, a la luz de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la figura del Contrato Laboral suscrita entre un obrero y el Estado, se convirtió ipso facto en una vía de ingreso irregular a la Carrera Administrativa. Pero, con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública del 2002, la Ley, en cierta manera laboraliza o privatiza, la materia concerniente a los Contratados por una disposición expresa de la Ley. Ya que en efecto, los Artículos 38 y 39 de la Ley son muy claros al establecer:

Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral.

Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública.

Estas disposiciones de la Ley, vienen a dejar claro que no existe posibilidad de ingreso a la Administración de forma permanente por vía contractual, y excluye a los contratados de la regulación estatutaria. Aunque, la formalización de dicha técnica contractual, sea únicamente para unas tareas administrativas, o, técnicas muy especializadas, que un simple funcionario público de carrera no debe cumplir, en vista de que el perfil del aludido contratado -no siendo obrero, sino Profesional- presta sus ayudas de una forma temporal; o, que durará por el tiempo de ejecución de la tarea. "Y, sin que se pueda utilizar indiscriminadamente en un sentido cuantitativo. No obstante, el anterior criterio técnico-gerencial es sumamente difícil de precisar, jurídicamente."(Del Saz: 1995: 148). Esas normas: (38 al 40); no señalan al Contrato Laboral, sino a una modalidad especial de Contrato Administrativo en mi opinión.

Así lo señala De Pedro (2004) “la vía del contrato sólo sería posible en los casos que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, o en aquellos que por causa probada se haga preciso la contratación.” Pág. 19; 2 hipótesis: y ambas se excluyen. Es una idea contradictoria, en especial la última por su extrema ambigüedad jurídico-administrativa. Dichos contratos laborales deben ser la excepción a la regla del ingreso por concurso. Y eso debe quedar definido constitucional y en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Aún así, la actual realidad preponderante contractual, en la Administración denota una derogación constitucional *ipso-facto* por las Oficinas de Recursos Humanos respectivas, de incorporar en su mayoría, a empleados, bajo los términos de una relación laboral por tiempo determinado. Pero ¿Hasta donde puede llegar la contratación, laboral, o administrativa de servicios especializados? Hay mucha discrecionalidad política para el legislador! Y ello ocurre por una falta de previsión regulatoria de tipo constitucional en el área contractual de los Recursos Humanos.

La inclusión de esas normas ha sido objeto de una amplia discusión, porque algunos doctrinarios consideran, que está suficientemente claro que para ingresar a la Función Pública, es preciso cumplir con el requisito del Concurso, y su posterior nombramiento. No obstante, y de especial valor, es, que la práctica administrativa imperante emplaza como un canal de ingreso habitual en la captación de recursos humanos, a la Contratación, con fines de temporalidad, más no de definitividad, pues los Concursos de Oposición brindan estabilidad al nuevo funcionario público con el respeto de la garantía del debido proceso administrativo, frente a cualquier posible arbitrio del superior jerárquico, mientras que dicho contratado no tiene estabilidad jurídica dentro del Estado, sino temporal. Cabe destacar también, que los Contratados constituyen una menor presión presupuestaria con el tema de los pasivos laborales, tras los 25 años de servicio, a diferencia de lo que ocurre con lo funcionarios públicos de carrera. Al respecto, Kiriakidis (2006) señala: Pero sucede que entre nosotros, lo evidente -durante largo tiempo- no ha sido claro, y por el contrario, hasta no hace mucho los contratados, podían transmutarse en funcionarios públicos, aún a pesar de las precisiones de la Ley de Carrera Administrativa, por virtud de la aplicación de una Tesis Jurisprudencial a la que, a los efectos de estas notas, denominaremos “*la Tesis de la Relación Funcionarial Cubierta.*” Pág. 128.

Ya que además, según el mismo autor (2003) “la aplicación del régimen laboral a los contratados lejos de disipar dudas, nos lleva a un campo que entre los laboristas, ha suscitado grandes y permanentes discusiones, pues una relación de prestación de servicios personales puede ser o no una relación laboral.” Pág. 149.

1.4._. La Estabilidad “*Laboral*” de los Funcionarios Públicos de Carrera.

El Derecho a la estabilidad, es un derecho exclusivo de los

funcionarios de carrera, es decir, no tienen derecho a ella los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ni los funcionarios de elección popular. La estabilidad funcional constituye la columna vertebral de la función pública, y más específicamente de la Carrera Administrativa. La LEFP establece en su Artículo 30:

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley.

El artículo transcrito, impone destacar cuáles son esas causales avistadas en la Ley para poder retirar a un Funcionario de Carrera. En tal sentido el artículo 78:

El retiro de la Administración procederá en los siguientes casos:

1. Por renuncia escrita del funcionario o funcionaria público debidamente aceptada. 2. Por pérdida de la nacionalidad. 3. Por interdicción civil. 4. Por jubilación y por invalidez de conformidad con la ley. 5. Por reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. La reducción de personal será autorizada por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, por los consejos legislativos en los estados, o por los concejos municipales en los municipios. 6. Por estar incurso en causal de destitución. 7. Por cualquier otra causa prevista en la presente Ley. Los cargos que quedaren vacantes conforme al numeral 5 de este artículo no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal. Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que sean objeto de alguna medida de reducción de personal, conforme al numeral 5 de este artículo, antes de ser retirados podrán ser reubicados. A tal fin, gozarán de un mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación. En caso de no ser ésta posible, el funcionario o funcionaria público será retirado e incorporado al registro de elegibles.

Tomando en cuenta la normativa, la autora Becerra (2006) "Por eso al actuar la destitución contra el Derecho Básico de los funcionarios o funcionarias, cual es la estabilidad, su procedencia sólo será factible en los casos taxativamente, señalados en la norma y con apego irrestricto al procedimiento pautado para su imposición." Pág. 126. En concordancia con las ideas del autor, se encuentran las expuestas por otro autor, Carrasco (2006), quien alude:

El procedimiento de destitución que consagra la Ley del Estatuto de la Función Pública presenta determinadas fases de estricto cumplimiento para la validez de la sanción aplicada. Su incumplimiento deviene en la nulidad del acto que la dicte (si se ha impugnado oportunamente). Si la inobservancia es total y absoluta, vicia el acto de destitución de nulidad absoluta. Pág. 117.

Ahora bien, la estabilidad en la función pública es distinta a la estabilidad a la que tienen derecho los trabajadores, cuyas relaciones de trabajo están reguladas por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En efecto, el artículo 86 de la aludida Ley diviniza el derecho a la estabilidad de los trabajadores y los artículos 88, 89, 90 y 91 crean el procedimiento para su protección.

Ahora bien, la inamovilidad lía, que para poder despedir a un funcionario público, no solamente debe éste estar incurso en alguna de las causales tipificadas en el artículo 79 LEFP, sino que además debe seguirse el procedimiento especial dispuesto en el artículo 422, cuya omisión puede acarrear el reenganche con pago de salarios caídos según el procedimiento señalado en el artículo 425 de la misma Ley. La inamovilidad, en los últimos años se ha convertido en la regla general, por cuanto el Poder Ejecutivo Nacional ha venido emitiendo anualmente Decretos de inamovilidad nacional para los trabajadores, excepto para los de Dirección.

2_. El Derecho Colectivo del Trabajo y la Función Pública.

Para Alfonso-Guzmán (2001):
La Sindicación de los funcionarios públicos es un hecho reconocido por el Estado, al ser promulgada en 1970, la Ley de Carrera Administrativa, que abre paso con ella a una nueva rama de la ciencia jurídica ubicada en la encrucijada, o punto de unión, entre el Derecho Administrativo, rector del funcionamiento de los entes jurídicos de carácter público, y el Derecho del Trabajo. Pág. 384-385.

Mediante prácticas reiteradas, como es común en el ámbito laboral, fueron produciéndose cambios que permitieron introducir elementos del Derecho Laboral en el ámbito funcional, verbigracia las llamadas "Actas Convenio," que eran una manera de ir regulando las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, y la aceptación de la sindicalización en la Función Pública.

A partir de la entrada en vigencia de la Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa de 1975, se introducen aspectos relevantes de naturaleza laboral en la función pública, como lo son la aplicación a los funcionarios públicos el régimen de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo y el Derecho a la Sindicalización, lo cual condujo, a la suscripción de los Contratos Colectivos en algunos sectores de la Administración Pública, y el uso del Derecho de Huelga como un método de lucha para exigir cumplimiento de acuerdos y reivindicaciones laborales.

Con la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo el 01 de Mayo de 1991, y su Artículo 8, se perfilaba definitivamente la Convención Colectiva del Trabajo, como un instrumento normativo cuyo ámbito de validez subjetivo, era posible agregar, no solo los laborantes regidos por normas de la

relación común de trabajo, sino también funcionarios o empleados públicos, adquiriendo de esta forma el Derecho a discutir y aprobar convenciones colectivas del trabajo, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, dedica un capítulo especial (Artículos 442 al 447) para regular y desarrollar las convenciones colectivas en el sector público. En este orden de ideas el legislador busca cumplir con un mandato constitucional puesto que la Constitución Nacional de 1999, en los Artículos 95, 96, 97, ya que reconoce expresamente a los trabajadores del sector público los derechos propios a la libertad sindical, al conflicto, a la negociación colectiva y a la huelga. Constitucionalizándose así, la laboralización del régimen de los funcionarios.



CONCLUSIONES

Sin duda, el proceso de democratización del sistema político del país, y la implantación de un marco de libertades públicas y de garantías de índole social consagradas progresivamente en nuestras cartas magnas y leyes a lo largo de las últimas cinco décadas, ha influido de manera determinante en la concepción de la función pública venezolana, que había estado ideada bajo esquemas de regulación estatutarias cerrada con condiciones de trabajo siempre limitadas, a la naturaleza e interés de su empleador, como es la de servicio público y el interés colectivo, las cuales les impedían el desarrollo de sus derechos individuales, de los beneficios e indemnizaciones; e igualmente, les cercenaba el Derecho Colectivo del trabajo y a sus instituciones básicas como son las organizaciones sindicales, la negociación colectiva de trabajo y el Derecho a la Huelga.

El funcionario público, comienza a percatarse de su condición de legitimado activo de los mismos derechos y beneficios establecidos para los trabajadores del sector privado de la economía. Esta nueva noción del empleo público, favoreció el planteamiento por parte de los funcionarios públicos, de reivindicaciones de naturaleza laboral, esencialmente esos de tipo colectivo, expresadas especialmente por prácticas laborales reiteradas, cuyo ejemplo emblemático fueron las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación que empujaron a través de las “actas convenios”, la flexibilización y permeabilidad del régimen estatutario y fueron creando mediante la afirmación y efectos de una verdadera Convención Colectiva, donde se fijaron unas condiciones de trabajo, beneficios, Derechos e inclusive, equiparaciones a normas de la legislación laboral.

Igualmente, se han producido extralimitaciones que han generado presiones excesivas sobre el sistema estatutario, toda vez que está instituido por mandato constitucional y no es sano para el Estado de Derecho desconocer un sistema que por razones incuestionables funda una regulación diferenciada del ámbito laboral. Sin embargo, el establecimiento de mejores condiciones para los funcionarios como fuerza humana, es cuando menos, justo.

El proceso de laboralización del régimen de la función pública, no

puede verse como una huida del Derecho Administrativo, sino como una interaplicación diferente a la habitual del Derecho Público y el Privado, al funcionamiento de la Administración Pública, haciendo posible de esa manera, que el Estado cumpla con sus fines dentro de un marco jurídico que resguarde y garantice sus servidores, los derechos immanentes derivados del hecho social trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonso-Guzmán, R. (2004) “*Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo.*” Decimo-Tercera Edición. Editorial Melvín, C. A. Caracas, Venezuela. Págs. 569.
Becerra, F. (2006) “*Función Pública en el Ámbito Municipal Venezolano.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 210.

Brewer-Carías, A. R. (1980) “*Fundamentos de la Administración Pública. Tomo I.*” Editorial Jurídica Venezolana. Colección de Estudios Administrativos N° 1. Caracas, Venezuela. Págs. 386.

Brewer-Carías, A. R. (1996) La Interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el Proceso de Huida y Recuperación del Derecho Administrativo, “*en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo en Honor a Brewer-Carías. Formas de la Actividad Administrativa.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 476.

Brewer-Carías, A. R. (2013) Introducción General al Derecho Administrativo Venezolano, En “*Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 1*” de la Universidad Monteavila (UMA). Caracas, Venezuela.

Briceño Vivas, G.-Bracho Dos Santos, J. (2005) “*Ley del Estatuto de la Función Pública.*” Colección Textos Legislativos N° 27. Primera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 137.

Caballero, J. (2006) “*El Derecho del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público.*” Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Pág. 352.

Caballero, J. (2006) “*El Funcionario Público y el Derecho del Trabajo. ¿Qué Relevancia Tiene en la Actualidad el Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo?*” en Derecho Administrativo Venezolano en los Umbrales del Siglo XXI: Libro Homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez. Colección de Estudios Jurídicos Universidad Monteavila N° 1. Primera Edición. Editorial Jurídica Venezolana (EJV) - Universidad Monteavila. Caracas, Venezuela. Págs. 191-206.

Caballero, J. (2008) Los Contratados al Servicio de la Administración Pública: el Nuevo Marco Constitucional y su Desarrollo Legal, “*en Libro Homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*” Ediciones Paredes y IDP-UCV. Caracas, Venezuela. Págs. 919-948.

Carrasco, A. (2003), Comentarios al Régimen Disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública, “*en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, en Homenaje a Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I.*” FUNEDA.

Caracas. Págs. 97-124.

Carrillo, C.L. (2003) La Reorbitación de los Deberes y Derechos de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública, “en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Pág. 224.

Del Saz, S. (1995) La Laboralización de la Función Pública: Del Contrato Laboral para Trabajos Manuales al Contrato de Alta Dirección, En “*Documentación Administrativa N° 243. Ejemplar Dedicado a la Función Pública y a la Laboralización.*” Madrid, España. Págs. 133-182.

De Pedro Fernández, A. (2004) “*Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública.*” Segunda Edición. Vadell Hermanos. Caracas, Venezuela. Págs. 92.

De Pedro Fernández, A. (2004) Derecho Colectivo de los Funcionarios Públicos, Personal Contratado y Contencioso-Administrativo en la Ley del Estatuto de la Función Pública, “en *el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó. Tomo III.*” FUNEDA. Caracas, Venezuela. Págs. 236.

De Sousa, R. (2006) El Contencioso-Administrativo y el Amparo Constitucional en la Función Pública “en *el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I.*” FUNEDA. Caracas. Págs. 155-180.

Domínguez, C. (2020) Entre el Derecho Público y el Derecho Privado, en “*Revista de Derecho Público N° 161-162/2020.*” Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela.

Finamore, M. (2012) “*El Ingreso por Concurso Público a la Carrera Administrativa.*” Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela. Págs. 143.

Fleiner, F. (1933) “*Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand.*” Librairie Delagrave. París, France. Págs. 280.

García-Pelayo, M. (2001) “*Derecho Constitucional Comparado.*” Octava Edición. Tercera Reimpresión. Fund. Manuel García-Pelayo. Caracas, Venezuela. Págs. 569.

García-Trevijano Fos, J.A. (1954) Relación Orgánica y Relación de Servicio en los Funcionarios Públicos, En “*Revista de la Administración Pública N° 13.*” Págs. 53-102.

Hernández, J. (2011) “*Introducción al Concepto Constitucional de Administración Pública en Venezuela,*” en Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo-Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) N° 27. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Págs. 342.

Kiriakidis, J. (2003) Comentarios al Régimen Disciplinarios en la Ley del Estatuto de la Función Pública, “en *el Régimen Jurídico de la Función Pública*

en Venezuela, en *Homenaje a Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I.* FUNEDA. Caracas. Págs. 127-152.

Lares, E. (2001) *Manual de Derecho Administrativo.* Décima Segunda Edición. Editorial Exlibris. Caracas, Venezuela. Págs. 742.

Mairal, M. (1990) *“El Derecho Constitucional a la Igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público (Un Estudio de los Problemas Derivados de la Dualidad de Regímenes Normativos Aplicables al Personal al Servicio de las Administraciones Públicas).”* Málaga, España. Págs. 225.

Martín, S. (1996) *“El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones.”* Editorial Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 249.

Sánchez, M. (2001) *“El Derecho de la Función Pública.”* Editorial Tecno. Madrid, España. Págs. 421.

Severo Giannini, M. (1970) *“Diritto Amministrativo. T. I.”* Milán, Italia. Págs. 478.

Urosa, D. (2006) *“El Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999 “en el Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela, en Homenaje a Hildegard Rondón de Sansó. Tomo I,”* FUNEDA.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU INTERRELACIÓN CON LOS ESTUDIOS ORGANIZACIONALES

INTELLECTUAL PROPERTY AND ITS INTERRELATION WITH ORGANIZATIONAL STUDIES

Leyda Alejandra Blanco Alarcón⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.04>

Recepción: 25 de Septiembre de 2020

Aceptación: 01 de Diciembre de 2020.

RESUMEN

Con la presente investigación analítica se reflexiona sobre la posible interrelación entre la Propiedad Intelectual como rama jurídica especializada y los Estudios Organizacionales, tal análisis se logra haciendo uso del pensamiento complejo. Los Estudios Organizacionales permiten la comprensión de fenómenos organizacionales tradicionales y no tradicionales, mediante la profundización de aspectos sociales, prácticas, formas de comportamiento y otras realidades que se producen en lo interno y externo de las organizaciones. En este caso, la Propiedad Intelectual se configura como una rama del derecho que posee comportamientos y relaciones únicas que facilitan su análisis mediante los Estudios Organizacionales y las teorías de la organización, que como otras ramas del derecho, requiere ser repensada a fin de visualizarla desde nuevos contextos alejados de dogmas o esquemas positivistas que la delimitan en su carácter restrictivo y regulador, para la investigación se toma como experiencia concreta de reflexión, las Marcas Colectivas, por considerarlas un fenómeno organizacional flexible y con una realidad social que puede ser teorizada a través del neoinstitucionalismo.

Palabras Clave: *Propiedad Intelectual, Estudios Organizacionales, Marcas Colectivas, neo-Institucionalismo.*

ABSTRACT

With this analytical research, we reflect on the possible interrelation between Intellectual Property as a specialized legal branch and Organizational Studies, such analysis is achieved by using complex thinking. Organizational Studies allow the understanding of traditional and non-traditional organizational phenomena, through the deepening of social aspects, practices, forms of behavior and other realities that occur inside and outside of organizations. In this case, Intellectual Property is configured as a branch of law that has unique behaviors and relationships that facilitate its analysis through Organizational Studies and organization theories, which like other branches of law, requires rethinking in order to view it from new contexts far from dogmas or positivist schemes that delimit it in its restrictive and regulatory nature, for research collective marks are taken as a concrete experience of reflection, as they are considered flexible and with a social reality that can be theorized through neo-institutionalism.

Keywords: *Intellectual Property, Organizational Studies, Collective Brands, Neo-Institutionalism.*

(1) Abogada. Especialista en Propiedad Intelectual por la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Investigadora en Ciencias Sociales adscrita al Centro de Investigaciones en Propiedad Intelectual de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Estudiante del Doctorado en Ciencias Organizacionales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela. Correo electrónico: alejandrablancocalarcon@gmail.com
Registro ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7047-9921>

INTRODUCCIÓN:

El pensamiento complejo permite la posibilidad de interrelacionar múltiples disciplinas del conocimiento mediante la puesta en práctica de los principios de recursividad, complementariedad, dialógico y hologramático; tales principios facilitan la visión multidimensional de los fenómenos, facilitando la concepción integradora, coexistencialista y desde luego transdisciplinaria. La oportunidad que ofrece el pensamiento complejo de vincular distintas disciplinas, favorece la interrelación de áreas en las que parece imposible traspasar las fronteras de sus fundamentos.

En la presente investigación se reflexiona sobre la posible interrelación que pudiera existir entre el derecho y los llamados Estudios Organizacionales-EO, tomando como punto focal el análisis de un área tan especializada como los derechos de propiedad intelectual, más concretamente las Marcas Colectivas.

Para lograr la adecuada integración de áreas se toma en consideración que los Estudios Organizacionales-EO están concebidos como una alternativa de reflexión, análisis y comprensión de fenómenos organizacionales que involucra la organización, las organizaciones y lo organizado (Sanabria, 2018) tanto de escenarios tradicionales como no tradicionales; así las cosas, en el primer caso, los EO tradicionalmente tienen un sustento en las ciencias de la administración y en el segundo caso, un escenario no tradicional, es su correlación con las ciencias jurídicas, muy particularmente con la propiedad intelectual. Lo interesante de los Estudios Organizacionales-EO es que permiten ahondar en los fenómenos sociales internos y externos, prácticas, procesos, estructuras, formas de comportamiento, modelos, teorías y relaciones que se tejen en las organizaciones.

De igual forma, es importante resaltar que los estudios organizacionales son utilizados según Ibarra y Montaña citado por Medina (2007) para “la reflexión crítica de la realidad social.” Pág. 12. En ese contexto, la propiedad intelectual comprende un fenómeno social muy particular que merece la pena ser estudiada con la visión que otorgan las ciencias de la organización. Con la anterior premisa se justifica la interrelación de las teorías de la organización con otros andamiajes analíticos no comunes. (Medina: 2007).

La propiedad intelectual involucra muchos escenarios desde los cuales puede ser estudiada mediante la perspectiva de los EO, en el sentido que la misma contempla instituciones formalmente concebidas, fenómenos organizacionales propios que detentan cierto tipo de comportamientos, sistemas y relaciones únicas, así como también, posee en sus dos grandes áreas, el derecho de autor y la propiedad industrial posibilidades organizacionales que pueden ser analizadas mediante las teorías de la organización, de las cuales en la presente investigación se tomará como punto focal a las Marcas Colectivas.

En este orden de ideas, existen organizaciones formales de la propiedad intelectual muy sistemáticas y estables, como por ejemplo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que es el organismo

internacional perteneciente a las Naciones Unidas que tiene como finalidad velar por los derechos de los titulares de propiedad intelectual en el ámbito mundial, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el caso venezolano el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, entre otras muchas organizaciones que tienen propósitos o fines claramente establecido, en ese sentido, pareciera que la reflexión desde el punto de vista organizacional de estas organizaciones resulta evidente.

No obstante, a pesar de que los Estudios Organizacionales permiten la reflexión de fenómenos tradicionales, los mismos buscan trascender de tales perspectivas hacia otros fenómenos organizativos, vinculando análisis sociales y punto de vistas transdisciplinarios, lo cual nos obliga a indagar sobre fenómenos organizacionales poco evidentes, tal es el caso de las Marcas Colectivas. Asimismo, las organizaciones mencionadas, podrían ser entendidas perfectamente dentro de la organización de naturaleza legal-racional, consideradas como el mejor vehículo para transitar dentro del escenario con predominio en el capital, marcadas por una alta eficiencia y otros elementos aportado por **Max Weber**. (Medina Salgado: 2007: Pág. 14)

Por otro lado, si bien es cierto que como afirma Bentata, la propiedad intelectual más específicamente la propiedad industrial (2002) “es una institución social de estabilización y de estímulo al trabajo dedicado con sus reglas de conducta.” Pág. 11. Esta afirmación clásica de estabilización permite concebir que la propiedad intelectual es un sistema organizacional sólidamente sustentado en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, lo cual ha permitido que sus áreas sean tratadas con criterios anticuados y modernos, pero escasamente analizados desde otras áreas o perspectivas del conocimiento multidimensional.

En ese caso, la visión clásica de estabilización es contraria de la que desea ofrecer con la interrelación entre propiedad intelectual y los Estudios Organizacionales, así las cosas, lo que se pretende lograr con la conjunción es la comprensión de la organización con los movimientos que dan lugar a su conformación y adaptación permanente (González-Miranda: 2014), toda vez, que las organizaciones y los fenómenos organizacionales no son rígidos, además que deben ir de la mano con los análisis sociales. Esta comprensión deberá ser realizada mediante tres perspectivas como objeto fundamental de los Estudios Organizacionales a saber, que son: las organizaciones, organización y organizando propuestos por *Clegg y Hardy* (1996) citado por González-Miranda. Pág. 51.

Al reflexionar sobre las características de las instituciones que administran los derechos de propiedad intelectual y vincularlas con los Estudios Organizacionales, es de considerar que desde el punto de vista sociológico las mismas responden a patrones funcionalistas y no constructivistas, debido a que operan bajo situaciones estables, cerradas, rígidas, mecánicas, según las formas distintas de organización que realiza el autor Dessler (1979).

En ese orden de ideas, se podría considerar que tales características de rigidez obedecen a la necesidad de permanecer inmutables, o en todo caso

su funcionalidad opera bajo la racionalidad instrumental. Aunado a lo anterior, es posible correlacionar la funcionalidad de sus dos grandes ramas (Derecho de Autor y Propiedad Industrial), con el positivismo jurídico de **Jhering** debido a que “considera que, si bien el derecho es producto de la lucha de los hombres para modelarlo conforme a sus intereses particulares, también es un producto de la acción del Estado.” (Fuenmayor: 1994, Pág. 264). Esto último, permite traer a colación en el caso venezolano, las consecuencias que ha traído para la propiedad industrial en Venezuela, la denuncia del Acuerdo de Cartagena y la salida del país de la Comunidad Andina de Naciones.

Todo lo anterior conlleva a pensar que la propiedad intelectual tanto en lo organizacional como en los fenómenos organizacionales evidentes y no evidentes, funciona típicamente como instituciones destinadas a ejecutar actividades rutinarias y previsibles, por lo tanto, en ellas se “recalcan el cumplimiento de las reglas y el conducto regular y tienen una división especializada del trabajo y un liderazgo directivo” (Dessler: 1979: Pág. 10).

En ese sentido, el reto planteado con la presente investigación consiste en visualizar un fenómeno organizacional concreto de la propiedad intelectual como es el caso de las Marcas Colectivas bajo un nuevo enfoque, que permita darle una concepción destinada al cambio, lo cual será posible a través de una reflexión crítica acerca del impacto de los Estudios Organizacionales en el Derecho y de la necesaria vinculación de las áreas haciendo uso de la perspectiva constructivista.

DESARROLLO:

1. Reflexión sobre el Impacto del Soporte Epistémico de los Estudios Organizacionales en el Derecho.

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia son fuentes del derecho que intentan mantener el equilibrio y la justicia social, conformando el denominado Estado de Derecho, todo esto, bajo la concepción positivista que supone en ella elementos inmutables y neutrales.

Es posible asemejar la creación de las normas jurídicas con la concepción tradicional de la organización que refleja neutralidad, siendo esta (la neutralidad) cuestionada por la teoría crítica al afirmar que “los arreglos organizacionales son condicionantes del ordenamiento de la sociedad. Para la teoría crítica es un sofisma, pues la estructuración del trabajo en la organización comprende un ejercicio artificial que intencionalmente desarrollan las élites.” (Saavedra-Mayorga et al: 2017: Pág. 555), considera, que de esta forma opera la creación de las normas jurídicas ya que la teoría crítica hace ver que las mismas no condicionan por sí mismas el orden de la sociedad sino las estructuras de poder dominante en algún momento histórico, por ende resulta factible la aplicación de la teoría crítica lo cual permitiría impulsar la necesaria modernización del Derecho, tomando en cuenta además a la teoría jurídica crítica como alternativa del pensamiento clásico o positivista.

Ahora bien, el Derecho no debe permanecer estático, ni ajeno a la posmodernidad, ya que la afirmación perenne de que el derecho se sustenta

sobre el paradigma positivista, resultaría contradictorio a la manera como se proyectan los Estudios Organizacionales y por ende imposibilitaría su interrelación ¿Por qué? Porque el derecho positivo es rígido y los Estudios Organizacionales son flexibles con un componente interactivo dentro de sus ideales además que cuestionan la validez del positivismo como corriente equivalente a la llamada racionalidad instrumental.

Por otro lado, existen fundamentos filosóficos tanto en el Derecho como en los Estudios Organizacionales que son comunes, tal es el caso de la Axiología y Praxiología, pues ambas abarcan los valores, la ética, la justicia y la acción humana, que permitirían su interrelación, de esa manera los Estudios Organizacionales podrían influir epistemológicamente sensibilizando la estructura jurídica clásica. De igual manera, es posible lograr una interrelación con el derecho consuetudinario, que a pesar de no ser reglas y normas escritas, son cumplidas por las sociedades.

Se hace referencia al derecho consuetudinario ya que es un escenario del derecho distinto al derecho positivo que involucra conciencia individual reflejada en el interés colectivo y permite reflexionar sobre el hecho de que la norma jurídica es parte del derecho, pero no es todo el derecho. Como señala Jellinek citado por Fuenmayor (1994) “que en la lucha entre las normas jurídicas y las costumbres surgidas en el pueblo, casi siempre estas últimas suelen salir victoriosas.” Pág. 266.

El Derecho Consuetudinario, se presenta como la fuente del derecho más cercana a los Estudios Organizacionales ya que rige la convivencia y organización de una sociedad fundamentadas en los usos y costumbres. Bajo esa concepción, será necesario que los países se introduzcan a la forma de pensamiento del Common Law, tal y como indica Montañó-Hirose (2004) que similarmente como sucedió con experiencias mexicanas “en las que propiciaba la transferencia del modelo estadounidense, penetrando con mayor fuerza el discurso administrativo.” Pág. 28 podría suceder con una nueva visión del derecho como ciencia.

Es necesario adaptar una explicación del fenómeno organizacional desde el punto de vista del Derecho, y por esa razón, resulta importante traer a colación, a manera de caso de estudio, un elemento de los derechos de propiedad intelectual, como es la Marca Colectiva que se encuentra dentro de la categoría de los derechos de propiedad industrial, la cual, a pesar de poseer características de rigidez como casi la totalidad de las áreas jurídicas debido al carácter imperativo de sus normas y principios, se presenta como una rama innovadora no exclusiva de juristas, sino que permite en sus prácticas la participación de otros actores sociales. He allí, que la propiedad intelectual, es una puerta que permite adentrar la explicación de los fenómenos organizacionales en el derecho.

Ahora bien, surge la inquietud de *¿por qué la Marca Colectiva como área jurídica puede ser analizada desde el fenómeno organizacional?* Por el hecho de que posee características organizacionales y sociales que le son propias. En ese sentido, cabe resaltar lo indicado por Romero Calero (2012) en relación que las marcas colectivas “no debe ser vista como una figura más de la propiedad industrial, sino como un elemento importante capaz de

imbricar el aspecto económico con la generación de valores éticos en sectores medulares como el empresarial y comunitario.” Pág. 34.

Por lo tanto, las Marcas Colectivas se configuran como un elemento flexible de ese mundo posiblemente inflexible, debido a que su reglamento de uso es construido colaborativa y consensuadamente. De igual manera, sus beneficios quedan en la localidad de origen, es así como la misma se presenta como fenómeno social donde los productores y prestadores de servicios se organizan mediante la representación de una asociación titular de la Marca Colectiva con la finalidad distinguir sus productos o servicios con características o cualidades comunes (Romero: 2012: Pág. 29).

Por lo tanto, y como afirma Sanabria (2018) con los Estudios Organizacionales en el contexto social resulta de interés resaltar “La necesidad de desafiar a través de un tipo de crítica social las supuestas bases objetivas del conocimiento. Es necesario poner en duda el mundo que es dado por sentado tanto en el contexto de la actividad científica como en el cotidiano.” Pág. 7. En ese caso, esta posibilidad de crítica social, que ofrece los Estudios Organizacionales a través del construccionismo abre la posibilidad de nuevos panoramas en torno a un enfoque alternativo de las Marcas Colectivas desde lo que se configura de ella en torno a la propiedad intelectual como desde la perspectiva de su quehacer social.

En ese sentido, las marcas colectivas serían el campo de investigación inicial de la propiedad industrial que va a permitir la comprensión de hechos organizacionales, lo cual podrá traer como consecuencia que otras áreas de la propiedad intelectual puedan ser comprendidas dentro de los Estudios Organizacionales.

En consecuencia, los Estudios Organizacionales se proyectan como la herramienta utilizada por las marcas colectivas que permite entender fenómenos sociales y profundamente organizacionales de la propiedad intelectual. Sin embargo, no siempre sería así, ya que los Estudios Organizacionales también podrán utilizar a las marcas colectivas como la figura organizacional que encaja dentro de las teorías, prácticas y relaciones de la organización, otorgándole a las mismas un carácter simbiótico.

2.- La posibilidad Ofrecida por el Carácter Pluridisciplinario de los Estudios Organizacionales que Permite la Observación de la Necesaria Trascendencia de la Propiedad Intelectual.

La característica principal de los estudios organizacionales es que tienen carácter pluridisciplinario (González-Miranda: 2014: Pág. 43). Tal característica es la que permitirá vincular las teorías organizacionales, las organizaciones como objetos empíricos y los procesos sociales (organizaciones, organización y organizando) que se tejen en ella con esta figura jurídica especializada como lo es la propiedad intelectual, ello permitirá generar nuevas concepciones teóricas y prácticas en esta área del derecho.

La posibilidad que ofrecen los Estudios Organizacionales permite que áreas como la propiedad intelectual, puedan ser observadas desde

múltiples miradas o perspectivas, es decir, facilita que el actor vaya más allá de reconocer y comprender sus instituciones, sino que puedan entenderse como un espacio en los que se conjugan múltiples fenómenos sociales, toda vez que los Estudios Organizacionales permiten comprender las pluri-racionalidades de las organizaciones y no la búsqueda de una única teoría o teoría universal (González-Miranda: 2014: Pág. 49).

Así las cosas, la propiedad intelectual no debería ser únicamente vista desde el enfoque estricto de su doctrina, legislación y jurisprudencia, cuyos fines y características han sido construidos por sus propios actores o beneficiarios los cuales responden generalmente a intereses fundamentalmente económicos, lo que conlleva a que las visiones sean poco permeables en las figuras que la conforman. En ese orden de ideas, es de resaltar que la misma Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, hace referencia al trance por el que atraviesa la propiedad intelectual, en ese sentido, Amézquita, Salazar *et all* (2015) señalan:

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sugirió que la PI estaba en crisis, tanto por las poderosas ideas de movimientos sociales que se oponen a la concesión de patentes sobre material genético o que afectan el medio ambiente como por los usuarios mundiales de Internet que ven -usualmente- al derecho de autor como una barrera para acceder a la información en esa red. Esto conduce a preguntarse ¿qué es lo que falla en esta institución? Pág. 62.

Esto se ha podido evidenciar en la urgente necesidad que implica la trascendencia del sistema de patentes en la actualidad, debido a la pandemia causada por el COVID-19, en el sentido que se han creado iniciativas que permitan el acceso al conocimiento de la información contenida en los documentos de patentes. La relevancia del capital ha hecho de la propiedad intelectual una organización sólida y poco visualizada desde otras disciplinas del conocimiento no vinculadas con las ciencias exactas, naturales o tecnológicas. En este caso, se hace referencia a las ciencias sociales y humanas, por lo tanto, es posible que esos estándares de comportamiento, gestos, conductas y posturas sean predeterminados por sus defensores para evitar la transformación conllevando a la falla institucional.

La conjugación de ambas disciplinas, Estudios Organizacionales y Propiedad Intelectual, permitirá acudir a un sentido filosófico y orgánico, repensando la posibilidad que también se puedan generar fenómenos asimétricos o irregulares en esta área del Derecho, que regula los bienes intangibles, es decir, que vaya más allá de las condiciones objetivas de protección de los bienes derivados del intelecto destinados en la mayoría de los casos para obtener riquezas, o, prohibir el uso de un conocimiento que en algunos casos pudieran haber sido creado con la intención de que sean conocidos, divulgados o para alimentar el patrimonio cultural de la humanidad y no el patrimonio personal de pocos individuos. Este es un debate que se ha venido dando durante los últimos años donde la cultura libre ha ido ganando terreno a las instituciones jurídicas de la propiedad intelectual.

Ahora bien, *¿a partir de cuál perspectiva se visualiza la posibilidad de interrelacionar los Estudios Organizacionales con la propiedad intelectual?* La respuesta a esta inquietud, es a través de la puesta en práctica de la perspectiva constructivista que se atribuye a los Estudios Organizacionales, los cuales Sanabria (2018) “constituyen miradas alternativas al hegemónico paradigma funcionalista en el campo de los EO.” Pág. 2.

3.- Vinculación de los Estudios Organizacionales con la Propiedad Intelectual a Partir de la Perspectiva Constructivista.

Si se observa desde el punto de vista institucional o desde la dogmática jurídica, el derecho es un área del conocimiento que posee disposiciones, principios, fundamentos, doctrinas, ordenamientos, instituciones formales y jerárquicas de antigua y reciente creación, dedicadas a hacer cumplir sus preceptos lo cual contribuyen a que sea una disciplina compacta. Por lo tanto, la justificación de una posible interrelación de los Estudios Organizacionales en disciplinas tan especializadas como lo es la propiedad intelectual, será posible mediante el paradigma constructivista, comprendida como la antítesis del paradigma funcionalista. En el sentido de que, si se toma en cuenta este último, la visión de la propiedad intelectual como disciplina jurídica no se transformaría, quedaría inmutable evitando que la dialéctica jurídica se modernice.

Los Estudios Organizacionales concebidos desde una óptica constructivista son los que podrán permitir el análisis renovado de instituciones, formas, relaciones y funciones de la propiedad intelectual, tal es el caso de admitir incorporar en su discurso los conceptos de acceso abierto y tecnologías libres que favorecen la liberación del conocimiento sin exceso de controles que impone la propiedad intelectual vista desde la perspectiva funcionalista, eso conlleva a plantear reformar la propiedad haciendo uso de la perspectiva constructivista, toda vez, que se pueden mediante esa perspectiva, combinar saberes.

Así las cosas, si lo que se desea transformar es la propiedad intelectual que hasta la actualidad se configura como una ciencia positivista y dogmática, será a través de la visión constructivista de los Estudios Organizacionales que se podrá aplicar una nueva perspectiva *¿Por qué?* Por el hecho de que esta visión cumple las siguientes características tomadas de Sanabria (2018) citando a Lock, & Strong:

· “Se enfocan en el significado y la comprensión como las características centrales de las actividades humanas.

· Consideran que estos elementos tienen su origen en la interacción social y en acuerdos compartidos (dada la existencia y la relevancia de estos procesos socioculturales).

· Sostienen que las formas de construcción de sentido son específicas para un tiempo y un espacio.

· Tratan de descubrir las características esenciales de los individuos, los procesos que operan en el contexto sociocultural de las acciones y los discursos que definen y articulan esas mismas interacciones. Y,

· Conservan una perspectiva crítica...” Pág. 8.

En ese contexto, se asume al constructivismo desde los Estudios Organizacionales para facilitar la interrelación de las disciplinas por su profunda aproximación con la sociología. De esta manera se podría abordar tal y como afirman Amézquita, Salazar et al (2015), sobre la necesidad de crear “nuevas formas de pensar la propiedad intelectual en donde sean posibles debates novedosos y con mayor énfasis en asuntos locales.” Pág. 71.

Con esto surge otra inquietud que anima a continuar indagando aspectos que pueden relacionar las áreas del conocimiento indicadas en la presente investigación, en ese sentido, surge la pregunta *¿Cuál figura jurídica de la propiedad intelectual puede dar forma a esta perspectiva organizacional de la propiedad intelectual desde la óptica constructivista?* inmediatamente viene a la mente las marcas colectivas.

Ahora bien, una vez comprendido que las marcas colectivas se configuran como el elemento de la propiedad intelectual que merece ser analizado desde los Estudios Organizacionales, es posible resaltar las características mencionadas por Uzcátegui (2007) por las cuales es posible afirmar:

Que se trata de una marca individual porque el titular es una asociación o colectividad de carácter privado o público legalmente constituida, pero de carácter colectivo, una vez creada para ser explotada por terceras personas diferentes al titular, que en el caso de la marca colectiva debe estar vinculada con él.” Pág. 13.

En ese caso, con los Estudios Organizacionales es posible reflexionar acerca del carácter colectivo o individual de la marca colectiva toda vez que entre las principales características que la configuran se encuentra la asociación que posee la titularidad de la marca. En ese sentido, en esta representación organizacional, la única subordinación que existe, es la de los usuarios de la marca que deben cumplir estrictamente lo establecido en el reglamento de uso controlado por la asociación. Sin embargo a pesar de dicha subordinación, tales reglas son construidas mancomunadamente con la intención de garantizar estándares comunes en los productos y servicios identificados con la marca, en ese caso y en la construcción colaborativa de sus reglas, se está en presencia de estructuras aplanadas que funcionan como sistemas orgánicos, siendo así es una forma atípica de las otras figuras que ofrece la propiedad intelectual.

Estas formas organizacionales (las marcas colectivas) abiertas u orgánicas, se presentan como representaciones contrarias a la mayoría de las disciplinas de la propiedad intelectual, visualizadas como estructuras rígidas o cerradas del paradigma funcionalista, muy distinto al que urge repensar. Es por ello, que se considera que el elemento que ofrece la propiedad intelectual, y, que permite a primera vista, vincularla con los Estudios Organizacionales, dando origen a una nueva dimensión de esta disciplina jurídica, lo constituyen las marcas colectivas. Otra pregunta que surge, a partir de esta reflexión es, si, ¿las marcas colectivas podrán tener un rol complementario, más allá de ser un signo distintivo? con los Estudios Organizacionales. La respuesta pareciera ser afirmativa.

La intención que rodea la necesidad de profundizar esta investigación es comprender tanto a los Estudios Organizacionales como una ciencia novedosa, rica y pluridisciplinaria y a la propiedad intelectual desde un punto de vista, más humano, organizacional, abierto y menos mecanicista. Tal vinculación permitirá enriquecer ambas ciencias, ofreciendo una posibilidad de transdisciplinariedad y multi-enfoque.

4._. Aproximación práctica de la Interrelación de las Marcas Colectivas como Elemento de la Propiedad Industrial con las Teorías Organizacionales.

4.1_. Análisis sobre Institucionalismo y Neo-Institucionalismo de las Marcas Colectivas.

De las teorías organizacionales, la tesis sobre el institucionalismo le atribuye importancia a la legalidad y a los valores, para ella todas las acciones fundamentadas en las reglas y normas que siguen los individuos dentro del entorno social determinado son elementos que se configuran como piezas clave para permitir que una organización se transforme en institución. Es desde este contexto, que la legalidad va a jugar un papel fundamental en el desarrollo organizacional. Sin embargo, lo que hará, que tal legalidad se cumpla es el proceso de legitimidad del que deben gozar todas las acciones para ser ajustadas conforme a las normas; es por ello, que a pesar de que cualquier situación que se encuentre bajo el amparo de la ley, es necesaria la aceptación y aplicación de tales normas con el fin de convertirse en estrategias legítimas y funcionales. Por ende, en la medida que las normas sean aceptadas e implementadas será posible la institucionalización.

Las marcas colectivas cumplen con un proceso importante de legalidad, ya que se encuentran amparadas por las leyes en materia de propiedad industrial, aunado a ello, muchos países las han adoptado como una estrategia de política pública en la medida que permite la organización de un conjunto de individuos llámense microempresarios, prestadores de servicios, artesanos o productores quienes organizados bajo una asociación titular de la marca, generan estrategias comunes para abordar los mercados nacionales o internacionales, tales acciones son implementadas en la medida de proteger mediante un signo distintivo, productos y servicios con alto valor local, además de que puedan competir en el mercado podrán hacer frente a grandes empresas, corporaciones o multinacionales de manera conjunta. Según Uzcátegui (2007) con esta marca, los actores sociales del proceso productivo o de prestación de servicios “- Enfrentan el mercado de forma conjunta, obligándolos a crear lazos de solidaridad y contar con estrategias comunes de comercialización de los productos y servicios que la llevan. - Unifican las características de los productos o servicios que portan la marca sobre la base de criterios previamente establecidos por la asociación titular de ésta.” Pág. 14.

Complementando la explicación anterior, las marcas colectivas como institución, poseen una importante característica de legalidad por encontrarse enmarcadas en varias legislaciones tanto nacionales como internacionales.

Sin embargo, lo que se propone con la investigación es que en Venezuela sean adoptadas tanto legal como legítimamente, motivado al interés de que sean conocidas, aceptadas e implementadas por las comunidades locales donde existen productos y servicios con gran potencial o importante reputación, pudiendo así ser comercializados con el apoyo de instituciones y del Estado. Para lograr esto, es importante comprender en primer lugar el institucionalismo y el Neo-Institucionalismo, a fin de evaluar la teoría que permitirá justificar, que las marcas colectivas configuradas como mecanismo de organización, pasen a convertirse en formas institucionalizadas no solo desde la legalidad, sino a partir de la legitimidad.

Es de resaltar, que se analizaron una serie de artículos científicos a fin de comprender las teorías de institucionalismo y neo-institucionalismo como forma de darle valor a las instituciones como figuras que integran un conjunto de reglas, preceptos, normas, hábitos, rutinas y costumbres. El análisis se realizó sobre la base de la sociología de las organizaciones. En tal sentido, se consideraron trabajos tales como el denominado “*El Neo-Institucionalismo y la Revalorización de las Instituciones*” del profesor **José Antonio Rivas Leone**, y algunas concepciones del artículo “*Perspectivas del Institucionalismo y Neo-Institucionalismo*” del investigador **José G. Vargas**, así como de otros trabajos que abordan el tema como “Teoría institucional: Escrito Teórico Sobre los Protagonistas de la Escuela Institucionalista de Economía” de **Clea Beatriz Macagnan**.

El análisis crítico comprendió, en primer orden el concepto de legitimidad, en el entendido que, las acciones, además de cumplir con las imposiciones de la ley deben ser reconocidas, aceptadas y asumidas por los individuos. Resulta, que entender a la legitimidad como forma de participación o democracia asumida por grupos sociales, donde los particulares defienden sus derechos haciendo uso de estrategias de cooperación, negociación, compromiso y otros valores, se configuran como mecanismos a practicar, por los grupos que conforman la asociación titular de la marca colectiva, por dar un ejemplo de correlación entre esta figura jurídica y las acciones de legitimidad posibles. En este sentido, vale la pena resaltar lo señalado por **Habermas** (citado en Monedero, 2009) en relación con la idea de que la legitimidad va a coadyuvar a la integración social e identidad, que a la vez están determinadas por vías legales.

Bajo el anterior criterio de **Habermas** se comprende que la legitimidad parte de un procedimiento que surge de la experiencia y de aspectos como la identidad colectiva, tomando en cuenta la vinculación y pertinencia de una sociedad con las leyes, normas y reglamentos, a la vez, que las instituciones se podrán considerar como las vías adecuadas para manejar el poder político. Así las cosas, la legitimidad funciona como promotor de la acción social de aceptación de las normas. De este modo, para el tema sobre marcas colectivas, la legitimidad y su vinculación con la relación social es más importante, que si es vista como estrategia de poder, control o dominación.

La legitimidad alejada de la burocracia y dominación, es la que se desea analizar desde la perspectiva de las Marcas Colectivas, por lo tanto, los tipos ideales de dominación planteados por **Weber** (citado en Pamplona: 2000:

Pág. 191), donde lo legítimo se circunscribe a lo que es válido socialmente resulta fundamental, sobre todo en lo que corresponde con la relación entre las acciones sociales que conllevan a que lo legítimo es lo válido, en la medida en que tal validez racional viene dada por intereses, por la costumbre y por los hechos basados en la experiencia.

Para **Weber** lo válido no se equipara a lo verdadero, sino que hace referencia a lo legítimo, y que además podría ser asumido a través de un consenso. No obstante, el tema que nos ocupa no es debatir en torno a la legitimidad propuesta por **Weber** o **Habermas** sino comprenderla en la medida de analizar si la misma podría adaptarse a la aplicabilidad de ciertos mecanismos amparados por la ley, caso específico el de las Marcas Colectivas aportadas por la propiedad industrial. Una vez comprendido que la legitimidad es aquello socialmente válido y aceptado, proveniente de las costumbres o los intereses, resulta de interés entender las teorías del institucionalismo y neo-institucionalismo.

a) **El Institucionalismo:**

Al hablar de institucionalismo nos estamos refiriendo a una corriente de la sociología, para el caso que nos ocupa, que se encarga de estudiar a la sociedad desde sus instituciones, las cuales a partir de ellas desde la medida de sus concepciones teóricas y nuevas posturas, permitirán considerar la importancia de promover transformaciones sociales, que permitan mejorar las condiciones de los ciudadanos dentro de un entorno local determinado.

El Institucionalismo ha sido estudiado desde muchas disciplinas del conocimiento. Sin embargo, interesa abordar el tema desde el punto de vista organizacional. Entre los primeros teóricos en estudiarlo se encuentra **Veblen**, refiriéndose a las instituciones desde el punto de vista económico y de coacción, donde las instituciones moldean alterando los valores de los individuos que la integran, sin embargo no es el postulado de **Veblen** que tanto interesa sino el de Mitchell y Commons, ya que fundamentaron sus teorías sobre el institucionalismo, afirmando postulados que equiparan los hábitos a las instituciones, refrendando de esta manera la semejanza que existen entre los individuos que cohabitan con las mismas costumbres, y que conlleva a interesarse por el trabajo conjunto, tratando de esta forma manejar los conflictos.

Según **Commons** es la acción colectiva como una forma social construida democráticamente a partir de organizaciones de individuos, lo que permitirá la conformación de instituciones, es decir, más que analizar la forma social sería la importancia que se le atribuiría a las instituciones surgidas a partir de la acción colectiva local, en virtud, de que sus individuos tienen mayor capacidad para la organización. Todo ello, a partir de un enfoque institucional, sin alejarse de las reglas y normas.

Pareciera entonces que las marcas colectivas encajan perfectamente en este postulado. El punto de vista de **Commons** (citado en Macagnan: 2013) resulta interesante ya que define a la institución “como la acción colectiva por el control, por la liberación, y por la expansión de la acción individual.”

Pág. 134. Esta premisa se ajusta al postulado de las marcas colectivas como forma de institucionalización, ya que se observa que del interés individual parte el interés general, así como la acción colectiva va a permitir el control, homogenización de los procesos, elaboración de normas de uso por la liberación, es decir la determinación de acciones para competir en el mercado de manera independiente. Por su parte, la institucionalización permite el control de los intereses de los individuos que conforman, por ejemplo, así ocurre con las marcas colectivas.

b) El Neo-Institucionalismo:

Es considerada como una corriente contemporánea del estudio y análisis de las instituciones, especialmente en lo que comprende a la concepción de que “el nuevo institucionalismo se encuentra ayudando no solamente en la discusión sobre reglas formales y estructura de gestión, mas también sobre normas informales y de la red de relaciones sociales.” (Macagnan: 2013; Pág. 140). Según la cita anterior, resulta que con las transformaciones institucionales el análisis de la discusión se encuentra focalizado en las relaciones sociales y en las normas informales, en ese sentido surge la inquietud si con el Neo-Institucionalismo ¿se estaría en sustitución de lo legal por lo legítimo?

Conforme a la anterior, se considera que el institucionalismo en su forma tradicional ha descuidado aspectos de interés social, cosa que no se observa con el nuevo institucionalismo, posiblemente este descuido ha sido provocado por el hecho de que el mismo se ha centrado fundamentalmente en el poder y control.

Otra característica del Neo-Institucionalismo, es que analiza a las instituciones desde una perspectiva más amplia, defiende los cambios estructurales formales, la multidisciplinariedad, evitan la rigidez y dan importancia a los aspectos culturales. Unos supuestos que señala Rivas (2003) es que la tendencia es darle mayor valor a las instituciones como actores principales de las formas de hacer política y de construir redes o tejidos sociales. Pág. 44. Asimismo, indica que es una expresión de transdisciplinariedad, y he allí su gran importancia.

Por otra parte, a diferencia del institucionalismo, el neo se preocupa más por la legitimidad que por la eficiencia. Ahora bien, el tema de la legitimidad es tratado en el nuevo institucionalismo, existe una fuerte vinculación con el ambiente en donde se desenvuelve la institución, el trabajo en red y el tema de la política no es tan vinculante como en el institucionalismo clásico o tradicional.

5_. Punto de Vista en Relación con las Teorías Planteadas.

Para la presente investigación se concibe que el Neo-Institucionalismo es la vía posible de las teorías organizacionales para transformar algunos escenarios que hasta los momentos parecían ser inmutables toda vez que la nueva institucionalidad no viene dada únicamente por el estado, gobierno

o grupos de poder sino también puede surgir de las colectividades o grupos socialmente organizados. En consecuencia, la organización podrá convertirse en institución en la medida en que la misma sea legal pero también legítima por la facultad de los individuos o miembros que la integran.

En el caso de las Marcas Colectivas, las mismas se encuentran amparadas por diversas leyes, por ejemplo en el Convenio de París, en la **Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones**, entre otras leyes, pero será indispensable que dicha figura jurídica de la propiedad industrial sea conocida por los productores o prestadores de servicios que deseen poseer una Marca Colectiva, ya que de esta manera gozará de legitimidad, pues los miembros de la asociación crearán sus propias reglas de uso, quedando en evidencia la legitimidad de la misma, por lo tanto serán socialmente válidas.

Para las Marcas Colectivas el Neo-Institucionalismo permitirá justificar el funcionamiento autónomo de la asociación titular de la marca. Sin embargo, pese a esa autonomía, el Neo-Institucionalismo no aparta ni deja de lado el rol individual de cada actor que forma parte de la asociación, siendo mediante el reglamento de uso que ese funcionamiento autónomo tanto de la asociación como de cada miembro, se va a limitar y controlar, en ese caso allí, se estaría en presencia de elementos propios del institucionalismo clásico.

CONCLUSIONES

Para concluir, es de atreverse afirmar que esta investigación se fundamenta en que el constructivismo de los Estudios Organizacionales se caracteriza según Cuba y Lincold citado por Sanabria (2018) por ser una perspectiva “subjetivista, interpretativista e idealista.” Pág. 7; siendo la intención propuesta, toda vez, que el interés principal es el sujeto y sus interacciones sociales enfocadas como un todo donde confluyen la organización, la sociedad y las ciencias jurídicas, lo cual permite hacer un llamado urgente a la necesaria transformación de esta última, específicamente en lo que corresponde a ciertas disciplinas de la propiedad intelectual.

El Derecho deberá dejar de visualizarse desde la óptica positivista que lo vincula exclusivamente a la creación de normas y leyes por parte del Estado. Si se observa al Derecho desde la óptica positivista, pocas veces se van a encontrar respuestas a la necesidad de interrelacionarlo con otras áreas, así las cosas, se debe utilizar el pensamiento complejo u holístico.

La intención de un nuevo esquema de pensamiento de la propiedad intelectual será el que permita visualizarla desde otras disciplinas alejadas a los dogmatismos jurídicos o esquemas de pensamiento positivistas que delimitan únicamente un carácter regulador y restrictivo. Con los Estudios Organizacionales como área fluctuante se podrá llevar a cabo esa experiencia metodológica pluridisciplinaria y flexible, a ramas del saber que se niegan al cambio o a pensar en nuevos enfoques.

En ese sentido, la presente investigación se perfila como el punto de partida para abordar futuras investigaciones que permitan vincular otras figuras de la propiedad intelectual con los Estudios Organizacionales, partiendo de la experiencia obtenida con las Marcas Colectivas.

Finalmente, en relación con las teorías organizacionales, el Neo-Institucionalismo se perfila como una posibilidad de teorizar sobre la autorregulación, autonomía, la transdisciplinariedad y el trabajo en red de ciertas organizaciones, particularmente en el caso que ocupa el presente análisis permitirá profundizar sobre un nuevo contexto de las marcas citadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, D., Salazar, Ó., & Padilla, J. (2015) “*Teoría de la Propiedad Intelectual. Fundamentos en la Filosofía, el Derecho y la Economía.*” Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 15 (28). Págs. 61-76.

Bentata, V. (2002) “*Los Temas Críticos en Propiedad Intelectual.*” Editado por el Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, Venezuela.

Dessler, G. (1979) “*Organización y Administración: Enfoque Situacional*” (No. 658 DESSo).

Di Maggio, P.-Walter W. (1991) “*El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional.*” [http://www.laisumedu.org/DESIN_Ibarra/Usuarios/EL_NUEVO_INSTITUCIONALISMO_EN_EL_ANALISIS_ORGANIZACIONAL_Paul_J_Di\[1\].pdf](http://www.laisumedu.org/DESIN_Ibarra/Usuarios/EL_NUEVO_INSTITUCIONALISMO_EN_EL_ANALISIS_ORGANIZACIONAL_Paul_J_Di[1].pdf)

Fuenmayor, J. B. (1994) “*Historia de la Filosofía del Derecho.*” Editorial Buchivacoa. Capatariada-Edo. Falcón.

González y Miranda, D. R. G. (2014) “*Los Estudios Organizacionales. Un Campo de Conocimiento Comprensivo para el Estudio de las Organizaciones: A Comprehensive Field of Knowledge for Research Concerning Organizations.*” Innovar: Revista de ciencias Administrativas y Sociales, 24(54), Págs. 43-58.

Macagnan, C. (2013) “*Teoría Institucional: Escrito Teórico sobre los Protagonistas de la Escuela Institucionalista de Economía. Revista Base (Administração e Contabilidade)*” da UNISINOS [en línea], 10 (Abril-Junio): [Fecha de consulta: 21 de Enero de 2019] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337228654004>> ISS

Medina, C. (2007) “*¿Qué son los Estudios Organizacionales?*” Revista Universidad EAFIT, 43(148). Págs. 9-24. <https://www.redalyc.org/pdf/215/21514802.pdf>

Monedero, J. (2009) “*Legitimidad.*” En Román Reyes (Dir): Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social. Tomo 1/2/3/4. Ed. Plaza y Valdés. Madrid-México. <http://webs.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/L/legitimidad.htm>

Hirose, L. M. (2004) “*Los Estudios Organizacionales en México.*” Cambio, Poder, Conocimiento e Identidad. Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Itzapalapa. Universidad de Occidente. http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LIX/est_org_mex.pdf

Pamplona, F. (2017) Legitimidad, Dominación y Racionalidad en Max Weber. *Economía y Sociedad*. (8) Págs. 187-200. file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-LegitimidadDominacionYRacionalidadEnMaxWeber-5900558%20(2).pdf

Rivas, J. (2003) El Neo-Institucionalismo y la Revalorización de las Instituciones En “*Reflexión Política, N° 5.*” (9) <https://www.redalyc.org/pdf/110/11000903.pdf>

Romero, C. (2012) Las Marcas Colectivas en el Nuevo Contexto Venezolano. En “*La Revista Saberes y Propiedad No. 2.*” Debates Sobre la Propiedad Intelectual. MinComercio. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Venezuela. Págs. 28-35.

Saavedra-Mayorga, J. J., Gonzales-Miranda, D. R., & Marín - Idárraga, D. A. (2017) Teoría Crítica y Posmodernismo en los Estudios Organizacionales en América Latina. In “*Tratado de Estudios Organizacionales.*” EAFIT, Págs. 553-589. Medellín, Colombia.

Sanabria, M. (2018) Las Perspectivas Constructivistas en el Campo de los Estudios Organizacionales. En “*Revista Psico-Perspectivas. N° 17(3).*” Págs. 112-130. <https://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/viewFile/1379/935>.

Uzcátegui, A. (2007) Mérida: La Propiedad Intelectual como Potenciadora del Desarrollo Endógeno. Marcas Colectivas, Marcas de Certificación y Denominaciones Geográficas, Herramientas que Revalorizan los Patrimonios Económico y Cultural; En “*Cuadernos del CEPSAL 4.*” Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela).

Vargas, J. G. H. (2008) Perspectivas del Institucionalismo y Neo-Institucionalismo. In “*¿Exige la Sociedad-Red una Nueva Democracia?*” Págs. 1-33. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. file:///C:/Users/Admin/Downloads/

ANÁLISIS FODA DEL PROGRAMA DE ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

SWOT ANALYSIS OF THE STUDY PROGRAM OF GENERAL PROCESS LAW

Ivonne Maya Espinoza (1)
Tania Mónica Yescas Pacheco (2)

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.05>

Recepción: : 20 de Junio de 2020 Aceptación: 26 de Septiembre de 2020



RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar el programa de estudios de Teoría General del Proceso de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Quintana Roo (UQROO), con la finalidad de contribuir a su mejoramiento y actualización a través de un análisis FODA que detecte sus fortalezas y debilidades al compararlo con los programas de otras nueve Universidades Públicas de México. La comparación se hace a través de cuatro variables y dos sub-variables. Los resultados señalan que las fortalezas del programa son: la forma y fondo del “Contenido”, el “Periodo” y su “seriación”, que corresponden a los parámetros de la mayoría de las Universidades analizadas. Como debilidad se observa: la “Fecha del Plan de Estudios” que ubica a la UQROO dentro de la minoría de Universidades (30%), que requieren hacer una actualización. En conclusión, es necesario realizar una actualización del Plan de Estudios para mejorar el Programa objeto de estudio.

Palabras Clave: *Teoría, General, Proceso, Análisis, FODA.*

ABSTRACT

The article aims to analyze the General Theory of the Law Degree Process program of the University of Quintana Roo (UQROO), in order to contribute to its improvement and updating through a SWOT analysis that detects its strengths and weaknesses when compared with the programs of nine other Public Universities in Mexico. The comparison is made through four variables and two sub-variables. The results indicate that the strengths of the program are: the form and substance of the “Content”, the “Period” and its “serialization”, which correspond to the parameters of most of the universities analyzed. As a weakness it is observed: the “Date of the Study Plan” that places the UQROO within the minority of universities (30%), which require updating. In conclusion, it is necessary to update the Study Plan to improve the Program under study.

Keywords: *Theory, General, Process, Analysis, Swot.*

(1) Doctora en Humanidades y Maestra en Derecho, Profesora-Investigadora de la Universidad Tecnológica de la Mixteca, en México. Dirección Postal: Carretera a Acatlima Km 2.5, Huajuapán de León, Oaxaca, México, C.P. 69000. Correo Electrónico: maya@mixteco.utm.mx

(2) Alumna de la Licenciatura en Ciencias Empresariales de la Universidad Tecnológica de la Mixteca, en México. Dirección Postal: carretera a Acatlima Km 2.5, Huajuapán de León, Oaxaca, México, C.P. 69000. Correo Electrónico: taaniamonica@gmail.com

INTRODUCCIÓN:

El presente artículo tiene como objetivo analizar el programa de estudios de la asignatura: Teoría General del Proceso que se cursa en la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Quintana Roo (UQROO) de acuerdo con el Plan de Estudios de 2007 (con sus modificaciones aprobadas por el H. Consejo Universitario el 12 de diciembre de 2014) y compararlo con los contenidos de la misma asignatura (o su equivalente: Derecho Procesal) en otras nueve Universidades públicas de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM, 2016), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM, 2015a y 2015b), Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex, 2016), Universidad de Guadalajara (UDG, 2018a y 2018b), Universidad de Colima (UCOL, 2014), Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP, 1982), Universidad Autónoma de Campeche (UAC, 2009), Universidad Autónoma de Sinaloa (UAS, s.f.a y s.f.b) y Universidad Veracruzana (UV, 2008).

Lo anterior, con la finalidad de contribuir al mejoramiento y actualización de su programa de estudio (PE) a través de un análisis FODA (Fortalezas y Debilidades) para detectar las fortalezas y debilidades del PE.

El análisis FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas) es “una metodología de estudio de la situación de una organización o empresa en su contexto y de las características internas (situación interna) de la misma, a efectos de determinar sus Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas” (Ballesteros et al., 2010). En el análisis FODA también llamado Matriz FODA, existen dos situaciones una interna y otra externa:

La situación interna se compone de dos factores controlables: fortalezas y debilidades, mientras que la situación externa se compone de dos factores no controlables: oportunidades y amenazas. Es una herramienta utilizada para conocer la situación real en que se encuentra la organización (Ballesteros et al., 2010: 10).

En el presente trabajo unicamente se evaluará la situación interna, que es la que se puede controlar, por lo que se analizaran las fortalezas y debilidades del Programa de Estudios de la asignatura: Teoría General del Proceso de la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Quintana Roo. Dejando de lado las oportunidades y amenazas que son factores que no se pueden controlar y que se estudian más en empresas que en instituciones universitarias como la del objeto de estudio.

El análisis se hace a través de comparar el contenido de la asignatura Teoría General del Proceso que se cursa en la Universidad de Quintana Roo (UQROO) (2014 y s.f.) con los contenidos de la misma asignatura (o su equivalente: Derecho Procesal) en otras nueve Universidades Públicas de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) (2016), Universidad Autónoma Metropolitana (UAM) (2015a y 2015b), Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex) (2016), Universidad de Guadalajara (UDG) (2018a y 2018b), Universidad de Colima (UCOL) (2014), Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP) (1982), Universidad Autónoma de Campeche (UAC) (2009), Universidad Autónoma de Sinaloa (UAS) (s.f.a y s.f.b) y Universidad Veracruzana (UV) (2008).

La comparación se hace entre Universidades Públicas Mexicanas para que los sujetos de estudio sean lo más parecidos posible, de haber hecho la comparación con Universidades extranjeras o privadas, probablemente, los contenidos de la asignatura objeto de estudio habrían tenido discrepancias.

El artículo se integra de: una introducción y continua con el desarrollo de acuerdo con las variables que se analizaron en los programas de estudio: 1. Contenido de las unidades, que integran el programa de estudios de la asignatura (con las sub-variables: 1. 1. Forma y 1. 2. Fondo), 2. Período (en el cual se cursa la materia), 3. Seriación (si tiene una asignatura subsecuente) y 4. Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones. Posteriormente se señalan las 5. Consecuencias de un Deficiente Programa de Estudios y 6. Reformas Curriculares en el Siglo XXI en España, así como unas breves conclusiones.

En la literatura existen varios estudios realizados a través de análisis FODA implementados por Universidades para evaluar sus fortalezas y debilidades, tal es el caso del estudio realizado por Ballesteros et al (2010) en el cual varias profesoras integrantes de la Unidad de Investigación de la Facultad de Enfermería de la Universidad de la República en Uruguay realizaron un diagnóstico de la situación de las Cátedras en su facultad para evaluar las oportunidades de desarrollo de la misma en lo que se refiere a investigación científica.

También se ha utilizado para la definición de líneas de investigación, como en el caso de Villagómez, Mora, Barradas y Vázquez (2014) que utilizan el análisis FODA para definir y sus Líneas de Investigación y Generación del Conocimiento (LGAC) en un Cuerpo Académico para el programa de Licenciatura en Agronegocios Internacionales que ofrece la Universidad de Veracruz (LAI-UV), en Veracruz, México. Ellos analizaron el contexto actual del CA agroindustrial registrado por el Programa de Mejoramiento de Profesorado (PROMEP) e identificaron 12 CA activos en México, de los cuales solo dos están consolidados, otras dos están en proceso de consolidación y el resto se encuentra en formación.

Los LGAC que cultivan por CA son muy diversas, van de una a cuatro. Por lo que identificaron las fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas del programa LAI-UV lo que permitió proponer la creación del CA "Agronegocios sustentables" con un LGAC, a saber: Cadenas agroalimentarias y agroindustriales y llegaron a la conclusión de que el análisis FODA es una herramienta útil para identificar áreas de investigación en instituciones educativas.

Tomando en cuenta los casos anteriores se hizo un estudio de diez Programas de Estudios de la asignatura Teoría General del Proceso que se imparte en Universidades Públicas Mexicanas para determinar las fortalezas y debilidades del Programa de Estudio que se imparte en la Universidad de Quintana Roo con la finalidad de mejorar y actualizar su Programa de Estudio, además de que esta investigación puede servir como modelo para otras Universidades que deseen evaluar sus programas de estudio, a través del análisis FODA para fortalecerlos. Lo cual viene a contribuir al conocimiento.

La importancia de la Teoría General del Derecho radica en que “es la parte teórica del derecho procesal.” (Eduardo, 1959: 23), y el Derecho Procesal “abarca una de las tres funciones básicas del Estado: la función jurisdiccional, que se encarga de la administración de justicia en todas las especialidades como son los campos civil, penal, laboral, administrativo, fiscal, mercantil, internacional, etc.” (Molina, 1994). Por lo que es importante el estudio de la Teoría General del Derecho dentro de la Licenciatura en Derecho para fortalecer el Estado de Derecho en lo que respecta a hacer cumplir la ley y tener una justa administración de justicia en todas las especialidades del Derecho que hacen uso del Derecho Procesal.

La expresión Estado de Derecho “*Rechtsstaat*” para algunos autores:

Fue acuñada por primera vez por el jurista prusiano Robert Von Möhl en 1832, sin embargo, investigaciones recientes han permitido establecer que su paternidad corresponde a K. T. Welcker, quien, en una obra publicada en Giesen en 1813 distingue tres formas de gobierno: Despotismo, Teocracia y “*Rechtsstaat*.” (Hayek, 1978: 275).

1.- Contenido de las Unidades que Integran el Programa de Estudios de la Asignatura.

Cada Universidad decide el número de unidades que van a integrar su programa de estudios, el cual en general cuenta con contenidos similares (aspecto cualitativo), pero con distinto grado de desagregación de contenidos que dan origen al número de unidades (aspecto cuantitativo). Por lo tanto, esta variable se subdivide en dos sub-variables: 1. 1. 1. Forma y 1. 1. 2. Fondo. La primera, tiene un enfoque cuantitativo al hacer un recuento del número de unidades con que cuenta cada uno de los programas de estudio de las Universidades objeto de estudio. La segunda, tiene un enfoque cualitativo al revisar el contenido desarrollado en las unidades independientemente de su número.

1.1.- Forma.

Esta variable hace un recuento del número de unidades que integran los programas de estudio de las 10 Universidades analizadas. Asimismo señala el nombre de la unidad, lo que servirá de base para desarrollar la sub-variable a Fondo.

La UQROO (2014 y sin fecha) cuenta con 6 unidades de estudio (ver Tabla 1) en las cuales se analizan temas como: 1.-Introducción a la Teoría General del proceso, 2.-La Acción, 3.-Las Excepciones, 4.-Jurisdicción y Competencia, 5.- El Proceso y 6.- El Procedimiento Procesal.

La UNAM (2016) tiene 23 unidades de estudio en las cuales se abordan temas como: 1.- Nociones Generales, 2.- Diversas Formas de Solución de los Litigios, 3.- Ciencia del Derecho Procesal, 4.- La Ley Procesal, 5.- Conceptos Fundamentales 6.- Acción Procesal, 7.- Pretensión Procesal, 8.- Defensa y

Excepción, 9.- Presupuestos Procesales, 10.- Jurisdicción, 11.- Competencia 12.- Órganos Jurisdiccionales y Jueces, 13.- Secretariado Judicial, 14.- Ministerio Público, 15.- Las Partes, 16.- La Representación, 17.- Los Terceros en el Proceso, 18.- Proceso Jurisdiccional, 19.- Proceso y Procedimiento, 20.- Tiempo y Proceso, 21.- Hechos y Actos Procesales, 22.- Lugar y Sede de los Actos Procesales y 23.- Nulidad de los Actos Procesales.

El programa de estudios de la asignatura de Teoría General del Proceso en la UAM (2015a y 2015b) se divide en dos cursos seriados I y II. El primer curso se integra de 7 unidades las cuales estudian temas como: 1.- Del Derecho Procesal y el Proceso, 2.- La Acción (pretensión y excepción), 3.- Litigio y su Composición, 4.- Dialéctica Procesal, 5.- Jurisdicción, 6.- Competencia y 7.- La Cosa Juzgada y los Medios de Impugnación en el Proceso; el segundo curso está dividido en 5 unidades que abordan los siguientes temas: 1.- De los Procesos en Materia Civil en el D. F., 2.- Etapa Preliminar del Proceso Civil, 3.- El Juicio Ordinario Civil en el Distrito Federal, 4.- Incidentes y 5.- Justicia.

En la UAEMex (2016) el programa de la asignatura objeto de estudio cuenta con 6 unidades: 1.- El Proceso y Otras Formas de Solución de Conflictos, 2.- La Jurisdicción y Competencia, 3.- Acción, Excepción y Defensa, 4.- Los Sujetos del Proceso y sus Medios de Comunicación y Cooperación Procesal, 5.- De las Pruebas en el Proceso y 6.- De las Resoluciones y sus Medios de Impugnación.

Por su parte, el programa de la UDG (2018a y 2018b) cuenta con 7 unidades: 1.- Principios Generales del Derecho Procesal, 2.- Jurisdicción y Competencia, 3.- La Acción y la Excepción, 4.- El Proceso, 5.- Las Pruebas, 6.- Los Actos Jurídicos Procesales y 7.- Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales.

En cuanto a la UV (2008), su programa de estudio tiene 5 unidades: 1.- Teoría General del Proceso y Derecho Procesal, 2.- Litigio y Formas de Composición, 3.- Conceptos Fundamentales, 4.- Etapas del Proceso y 5.- La Actividad Jurisdiccional y los Sujetos Procesales.

La UAS (s.f. a y s.f. b) contempla 12 unidades en su programa: 1.- La Pretensión y las Formas de Composición del Litigio, 2.- El Proceso, 3.- El Proceso como Relación Jurídica, 4.- Jurisdicción y Competencia, 5.- La Acción, 6.- La Excepción, 7.- Las Partes en el Proceso, 8.- El Tiempo en el Proceso, 9.- Medios de Comunicación en el Proceso, 10.- La Prueba, 11.- Las Resoluciones Judiciales y 12.- Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales.

Con respecto a la UCOL (2014), su programa cuenta con 7 unidades: I-Proceso Jurisdiccional, II-Partes en el proceso, III-Acción, IV-Excepción, V-Jurisdicción y Competencia, VI-Actuaciones Judiciales y VII-Términos.

El programa de estudios de la UASLP (1982) cuenta con 14 unidades: 1. Introducción, 2. Antecedentes Históricos, 3. Fuentes del Derecho Procesal, 4. La Ciencia del Derecho Procesal, 5. La Acción, 6. La Pretensión, 7. Ejercicio de la Acción: Ejercicio de la Pretensión, 8. Jurisdicción y Competencia, 9. Los Órganos Judiciales, 10. Auxiliares de los Órganos Judiciales, 11. Partes y

Terceros en el Proceso, 12. Naturaleza Jurídica del Proceso, 13. La Actividad Procesal y 14. Materia Económico-procesal.

El programa de estudios de la UAC (2009) está integrado por 17 unidades: 1. Generalidades, 2. Equivalentes Jurisdiccionales, 3. Evolución Histórica del Proceso, 4. Fuentes Procesales, 5. Conceptos Fundamentales de la Ciencia Procesal, 6. Etapas del Proceso, 7. Teorías Sobre la Acción, 8. Competencia, 9. Sujetos del Proceso, 10. Teorías Sobre la Naturaleza del Proceso, 11. Lugar del Acto Procesal, 12. Medios de Comunicación Procesal, 13. Principios Procesales, 14. Teoría de la Prueba, 15. Clases de Resolución Tribunal, 16. Teoría de la Impugnación, 17. Teoría de la Ejecución Procesal. De los contenidos de los programas de estudio de las 10 Universidades en análisis se obtuvo que:

La Universidad, que cuenta con el programa de estudios con menos unidades de estudio es la UV con 5, y la que tiene el programa más amplio es la UNAM con 23. Si tomamos el número mayor y el menor de unidades existe una diferencia de 18, número que se toma como base para hacer una clasificación en tres rangos: básico (de 5 a 10), medio (de 11 a 16) y extenso (con más de 17 unidades) de los contenidos de los programas de estudio. De acuerdo con lo anterior, en el rango básico se ubican 5 Universidades (ver Figura 1): UV con 5 unidades, UQROO con 6, UAEMex con 6, UDG con 7 y UCOL con 7. Lo que representa el 50% de las Universidades que se encuentran en dicho rango.

En el rango medio se encuentran 4 Universidades: UAM con 12 unidades (divididas en 2 trimestres de 7 y 5 unidades), UAS con 12 unidades, UASLP con 14 unidades y UAC con 17. El rango medio representa el 40% de las Universidades.

En el rango extenso únicamente se sitúa la UNAM con 23 unidades, que representa el 10% de las Universidades.

Por lo tanto, la UQROO se ubica dentro del rango básico, en el que se encuentran la mayoría de las Universidades (50%), siguiendo así con la tendencia de tener un programa básico con una pormenorizada revisión de los contenidos, o uno medio (40%), con un desarrollo más amplio de los contenidos, y no uno extenso (10%) en el cual las unidades se revisen de forma superficial debido a la gran cantidad de temas.

De lo antes expuesto, se observa que, resulta más fructífero (para la comprensión de los temas por parte de los alumnos) tener un programa básico de estudios, que se analice a profundidad en clase tomando en cuenta la cantidad de horas necesarias para el adecuado desarrollo de cada uno de los temas, a contar con un programa extenso con demasiados temas que se revisen superficialmente por falta de tiempo.

Tabla 1: Análisis de la Asignatura de Teoría General del Proceso en Universidades Públicas Mexicanas.

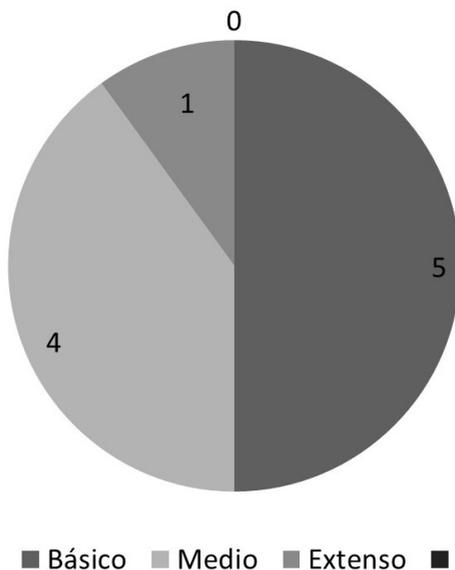


U	TGP/DP	Contenido	P	Fecha del Plan de Estudios	U	TGP/DP	Contenido	P	Fecha del Plan de Estudios
UQROO	TGP	1-Introducción a la Teoría General del Proceso 2-La Acción 3-Las Excepciones 4-Jurisdicción y Competencia 5-El Proceso 6-El Procedimiento Procesal	Ciclo 4 de 12	2007 Modificado el 12/12/2014	UV	DP	1- Teoría General del Proceso y Derecho Procesal 2- Litigio Formas de Composición 3- Conceptos Fundamentales 4- Etapas del Proceso 5- La Actividad Jurisdiccional y los Sujetos Procesales	5to ciclo de 8	2008
UNAM	TGP	1- Nociones Generales 2- Diversas Formas de Solución de los Litigios 3- Ciencia del Derecho Procesal 4- La Ley Procesal 5- Conceptos Fundamentales 6- Acción Procesal 7- Pretensión Procesal 8- Defensa y Excepción 9- Presupuestos Procesales 10- Jurisdicción 11- Competencia 12- Órganos Jurisdiccionales y Jueces 13- Secretariado Judicial 14- Ministerio Público 15- Las Partes 16- La Representación 17- Los Terceros en el Proceso 18- Proceso Jurisdiccional 19- Proceso y Procedimiento 20- Tiempo y Proceso 21- Hechos y Actos Procesales 22- Lugar y Sede de los Actos Procesales 23- Nulidad de los Actos Procesales	Semestre 3 de 10	2016	UCOLS	TGP	1- La Pretensión y las Formas de Composición del Litigio 2- El Proceso 3- El Proceso como Relación Jurídica 4- Jurisdicción y Competencia 5- La Acción 6- La Excepción 7- Las Partes en el Proceso 8- El Tiempo en el Proceso 9- Medios de Comunicación en el Proceso 10- La Prueba 11- Las Resoluciones Judiciales 12- Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales	Cuarto semestre de diez	s.f.
UNAM	TGP				UCOL	TGP	I-Proceso Jurisdiccional II-Partes en el Proceso III-Acción IV-Excepción V-Jurisdicción y Competencia VI-Actuaciones Judiciales VII-Términos	Segundo semestre de Nueve	2014
UAM	TGP I	1- Del Derecho Procesal y el Proceso 2- La Acción (Pretensión y Excepción) 3- Litigio y su Composición 4- Dialéctica Procesal 5- Jurisdicción 6- Competencia 7- La Cosa Juzgada y los Medios de Impugnación en el Proceso	Trimestre e VII de XII	s.f.	UDG	TGP	1- Principios Generales del Derecho Procesal 2- Jurisdicción y Competencia 3- La Acción y la Excepción 4- El Proceso 5- Las Pruebas 6- Los Actos Jurídicos Procesales 7- Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales	Área de Formación Básica Particular Obligatoria	19 de febrero de 2018.
UAM	TGP II	1- De los Procesos en Materia Civil en el D. F. 2- Etapa Preliminar del Proceso Civil 3- El Juicio Ordinario Civil en el Distrito Federal 4- Incidentes 5- Justicia	Trimestre e VIII de XII	s.f.	UASLP	TGP	1.Introducción 2.Antecedentes Históricos 3.Fuentes del Derecho Procesal 4.La Ciencia del Derecho Procesal 5. La Acción 6. La Pretensión 7.Ejercicio de la Acción: Ejercicio de la Pretensión 8. Jurisdicción y competencia 9. Los Órganos Judiciales 10. Auxiliares de los Organos Judiciales 11. Partes y Terceros en el Proceso 12.Naturaleza Jurídica del Proceso 13. La Actividad Procesal 14. Materia Económico-Procesal	Sexto semestre de diez	2016 (última revisión 01/07/1982)
UAEMEX	TGP	1- El Proceso y Otras Formas de Solución de Conflictos 2- La Jurisdicción y Competencia 3- Acción, Excepción y Defensa 4- Los Sujetos del Proceso y sus Medios de Comunicación y Cooperación Procesal 5- De las Pruebas en el Proceso 6- De las Resoluciones y sus Medios de Impugnación	Periodo 3 de 10	Mayo 2016	UAC	TGP	1. Generalidades 2. Equivalentes Jurisdiccionales 3. Evolución Histórica del Proceso 4. Fuentes Procesales 5. Conceptos Fundamentales de la Ciencia Procesal 6. Etapas del Proceso 7. Teorías Sobre la Acción 8. Competencia 9. Sujetos del Proceso 10. Teorías Sobre la Naturaleza del Proceso 11. Lugar del Acto Procesal 12. Medios de Comunicación Procesal 13. Principios Procesales 14. Teoría de la prueba 15. Clases de Resolución del Tribunal 16. Teoría de la Impugnación 17. Teoría de la Ejecución Procesal	Segundo semestre de ocho	2009 (Revisado octubre de 2017)

Fuente: Elaboración Propia (2020)

Notas: U = Universidad, TGP/DP = Teoría General del Proceso o Derecho Procesal, UQROO = Universidad de Quintana Roo, UNAM = Universidad Nacional Autónoma de México, UAM = Universidad Autónoma Metropolitana, UAEMEX= Universidad Autónoma del Estado de México, UDG = Universidad de Guadalajara, UCOL= Universidad de Colima, UASLP = Universidad Autónoma de San Luis Potosí, UAC = Universidad Autónoma de Campeche, UAS = Universidad Autónoma de Sinaloa y UV = Universidad Veracruzana. Fuentes: Elaboración propia con datos de la Universidad de Quintana Roo (2014 y s/f), Universidad Nacional Autónoma de México (2016), Universidad Autónoma Metropolitana (2015a y 2015b), Universidad Autónoma del Estado de México (2016), Universidad de Guadalajara (2018a y b), Universidad de Colima (2014), Universidad Autónoma de San Luis Potosí (1982), Universidad Autónoma de Campeche (2009), Universidad Autónoma de Sinaloa (sin fecha a y sin fecha b) y Universidad Veracruzana (2008).

Figura 1: Porcentaje de Universidades por Rango. Fuentes: Elaboración propia con datos de la Universidad de Quintana Roo (2014 y sin fecha), Universidad Nacional Autónoma de México (2016), Universidad Autónoma Metropolitana (2015a y 2015b), Universidad Autónoma del Estado de México (2016), Universidad de Guadalajara (2018a y 2018b), Universidad de Colima (2014), Universidad Autónoma de San Luis Potosí (1982), Universidad Autónoma de Campeche (2009), Universidad Autónoma de Sinaloa (sin fecha a y sin fecha b) y Universidad Veracruzana (2008).



Fuente: Elaboración Propia (2020)

1.2_. Fondo.

Al revisar los contenidos de las unidades que integran el programa de estudio de la asignatura en análisis, se observa que las Universidades que se ubican dentro del rango básico, cuentan con una planeación de unidades integrada en su mayoría por los mismos temas, siendo los más destacados los siguientes: el Proceso o Proceso Jurisdiccional y/o Etapas del Proceso (en los 5 programas), la Acción (en 4 programas), la Excepción (en 4 programas), Jurisdicción y Competencia (en 4 programas), Introducción a la Teoría General del Proceso/ Teoría General del Proceso y Derecho Procesal/ Principios Generales del Derecho Procesal (en 3 programas), Sujetos Procesales, Sujetos del Proceso o Partes en el Proceso (en 3 programas).

Las Universidades que se ubican dentro del rango medio además de los temas básicos anteriores integran los siguientes: La Cosa Juzgada y los Medios de Impugnación en el Proceso/ Medios de Impugnación de las

Resoluciones Judiciales (en 2 programas), Medios de Comunicación en el Proceso / Medios de Comunicación Procesal (en 2 programas), Fuentes Procesales (en 2 programas), La Pretensión y las Formas de Composición del Litigio/Litigio y su Composición (en 2 programas).

Además, de los temas anteriores, algunos programas agregan otros como: Dialéctica Procesal (Universidad Autónoma Metropolitana, 2015a y 2015b); El Proceso Como Relación Jurídica, El Tiempo en el Proceso y Las Resoluciones Judiciales (Universidad Autónoma de Sinaloa, s.f. a y s.f. b) dando también importancia a: La Prueba. La UASLP (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 1982) agrega temas como: Materia Económico-Procesal, La Ciencia del Derecho Procesal, Los Órganos Judiciales, Auxiliares de los Órganos Judiciales y Naturaleza Jurídica del Proceso. El Programa de la UAC (Universidad Autónoma de Campeche, 2009) contempla temas como: Equivalentes Jurisdiccionales, Evolución Histórica del Proceso, Lugar del Acto Procesal y Clases de Resolución Tribunal, además de 5 temas teóricos: 1.-Teorías Sobre la Naturaleza del Proceso, 2.-Teorías Sobre la Acción, 3.-Teoría de la Prueba, 4.-Teoría de la Impugnación y 5.-Teoría de la Ejecución Procesal. La única Universidad que se encuentra en el rango extenso, la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), hace una recopilación de los contenidos de los programas clasificados como básicos, así como de los medios para integrar un programa extenso en el cual agrega el tema de Nulidad de los Actos Procesales.

Con respecto al fondo del contenido de los programas de estudio, se observa que, los programas básicos cuentan con los temas mínimos necesarios para acreditar la asignatura de Teoría General del Proceso, la cual ayudará a comprender las asignaturas de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Laboral, en las cuales se desarrollarán contenidos más específicos de cada área, por lo que no es necesario tener un programa extenso, en el cual se agreguen demasiados contenidos, ya que se corre el riesgo de que se vean de forma superficial, generando dudas en los alumnos, y de que se dupliquen al cursar otras asignaturas procesales (como las antes mencionadas).

2.- Período.

En cuanto al período en el cual se cursa la asignatura de Teoría General del Derecho (refiriéndose al año, semestre, cuatrimestre, ciclo o período), se observa que existen discrepancias debido a que los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho tienen una variación en cuanto a la duración de la carrera.

La UQROO imparte la asignatura objeto de estudio en el cuarto ciclo de doce, la UNAM en el tercer semestre de diez, la UAM en el VII y VIII trimestre de XII, la UAEMex en el tercer semestre de diez, la UDG en el área de formación básica (que se cursa al inicio de la carrera), la UV en el quinto ciclo de ocho, la UAS en el cuarto semestre de diez, la UCOL en el sexto semestre de diez, y la UAC en el segundo semestre de ocho.

De acuerdo con lo anterior, las Universidades se dividen en dos grupos: las Universidades que imparten inicialmente la asignatura (entre el área de formación básica; el segundo, tercer o cuarto período) y las Universidades que postergan su estudio para la segunda fase de la carrera (entre el 5, 6, 7 y 8 período).

Las Universidades que imparten inicialmente la asignatura de Teoría General del Proceso son: la UAC y la UCOL (en el segundo semestre), seguidas de la UNAM y la UAEMex (en el tercer semestre), continuando con la UQROO y la UAS (en el cuarto ciclo y cuarto semestre, respectivamente). A las que se suma la UDG, impartiendo la materia dentro del área de formación básica. Estas Universidades representan el 70% del total de instituciones en estudio.

Las Universidades que postergan el estudio de la asignatura en análisis son: la UV (en el quinto ciclo), la UAS (en el sexto semestre), y la UAM (en el VII y VIII trimestre de XII). Lo cual representa el 30% de las Universidades analizadas.

De los resultados, se observa una tendencia por parte de las Universidades a impartir la asignatura de Teoría General del Proceso durante los primeros semestres o ciclos de la carrera. Esto coincide con el hecho de que dicha materia servirá de base y antecedente para cursar materias procesales como: Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Laboral.

Las Universidades que postergan el curso de Teoría General del Proceso, como es el caso de la UAM, no cuentan con la asignatura de Derecho Procesal Civil ya que abordan el tema dentro de la asignatura de Teoría General del Proceso II; y las otras Universidades no imparten varios cursos dedicados a las materias procesales.

Por lo tanto, en cuanto al período en el cual se cursa la asignatura en la UQROO, se observa que sigue la tendencia a impartir la materia durante los primeros semestres, lo cual se corresponde con la necesidad de sentar las bases para impartir las materias procesales subsecuentes, que integran el Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho.

3.- Seriación.

Cabe destacar, que la UAM es la única Universidad que tiene desarrollado el programa de estudio de Teoría General del Proceso en dos trimestres (VII y VIII), lo que representa el 10% del total de Universidades objeto de estudio. Sin embargo, el segundo programa, más que abordar la Teoría General, se dedica al estudio del Derecho Procesal Civil, ya que su plan de estudios no cuenta con dicha materia (únicamente tiene Derecho Procesal Penal). El resto de las Universidades, que representan el 90%, no tienen dos cursos de dicha asignatura, ya que sí cuentan con diversas materias procesales como: Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Laboral, por lo que no es necesario tener un segundo ciclo de Teoría General del Proceso.

4_. Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones.

Con respecto a la fecha en la cual se aprobó el Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones, se observa, que el Plan de Estudios más antiguo, es el de la UV, que data de 2008, y éste no ha tenido modificaciones o actualizaciones, y el más reciente es el de la UDG, que data de 2018. Dos Universidades no señalan la fecha de su Plan de Estudios en la página institucional, la UAM y la UAS. La UQROO tiene un plan de 2007 con modificaciones en 2014, así como la UCOL cuyo plan se aprobó en 2014. Por su parte la UNAM, la UAEMex y la UAS cuentan con planes aprobados en 2016, y la UAC tiene un plan de 2007 con revisiones de 2017.

De acuerdo con lo anterior, para la variable “Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones,” se tienen tres grupos: el primero, integrado por las Universidades que no señalan las fechas de sus planes de estudio (UAS y UAM), que representan el 20% de las Universidades objeto de análisis; el segundo, compuesto por las Universidades que cuentan con fecha de aprobación más antigua de sus planes (y sus modificaciones o actualizaciones) entre 2008 y 2014 (UV, UQROO y UCOL) que representan el 30%; y el tercero, integrado por las Universidades con planes de estudio más actualizados, que datan de 2016 a 2018 (UNAM, UAEMex, UDG, UAS y UAC), las cuales representan el 50%.

Por lo tanto, la UQROO se ubica dentro de las Universidades que cuenta con una fecha antigua de aprobación y/o modificación o actualización de su plan de estudios, ya que su plan data de 2007, y aún cuando se modificó en 2014, éste requiere ser revisado a la brevedad, ya que tiene seis años sin ser actualizado.

5_. Consecuencias de un Deficiente Programa de Estudios.

Un Programa de Estudio cuyo “Contenido de las Unidades que Integran el Programa de Estudios de la Asignatura” no cuenta con una revisión de la forma y el fondo de las Unidades y sus contenidos será deficiente para la formación actualizada que requiere el estudiante de Derecho.

Es importante destacar la tendencia, que se observa en las Universidades objeto de estudio, de cursar la asignatura de Teoría General del Proceso durante los primeros semestres o ciclos de la carrera, debido a que servirá de base y antecedente para cursar materias procesales como: Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Laboral. Por lo que es necesario cursar dicha asignatura al inicio de la carrera posponer su estudio significaría que no sería posible cursar ninguna especialidad procesal ya que la Teoría General del Proceso sienta las bases del Derecho Procesal.

En cuanto a la Seriación (si tiene una asignatura subsecuente) se señala que el 90% de las Universidades, no tienen dos cursos de dicha asignatura, ya que cuentan con diversas materias procesales por lo que no es necesario tener un segundo ciclo de Teoría General del Proceso. Al tener dos

cursos de Teoría General del Proceso el Programa de Estudios de la segunda asignatura puede ser repetitivo de la primera y además evita la oportunidad de cursar otras materias de especialidades procesales.

Por lo que respecta a la Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones, es importante, que en la Licenciatura en Derecho continuamente se estén revisando los Planes y Programas de Estudio para ir actualizándolos a las reformas legales que se van realizando continuamente. Si bien la teoría prevalece más en el tiempo, se observa, que en la práctica, la Ley se reforma continuamente, de ahí la necesidad de actualizar los contenidos de los Programas de Estudio.

6.- Reformas Curriculares en el Siglo XXI en España.

Hasta ahora lo antes analizado corresponde al ámbito de lo que sucede en México. Sin embargo, es importante revisar que se está haciendo en otras latitudes en lo que se refiere a los Planes y Programas de Estudio de la Licenciatura en Derecho, por lo que se revisa el caso de la Licenciatura en Derecho, que se imparte en la Universidad de Salamanca en España, para revisar que se está haciendo en Europa.

Hasta el ciclo escolar 2013-2014, la Universidad de Salamanca ofertaba el título de Licenciado en Derecho para los alumnos del 5to. curso, cuyo Plan de Estudios procedía del Decreto de 11 de Agosto de 1953, en el cual se cursaban 5 grados, y en el curso 4 y 5 se estudiaban las asignaturas de Derecho Procesal I y II, respectivamente. No había Teoría General del Proceso ni materias procesales especializadas en Derecho Civil, Penal, Laboral, Mercantil, etc. (Universidad de Salamanca, 1953). El título anterior “se sustituyó por el Grado en Derecho en el proceso de la nueva reordenación de titulaciones que supone la adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior.” (Universidad de Salamanca, 2013).

A partir del curso académico 2010-2011, el Título de Grado en Derecho comienza a impartirse en la Universidad de Salamanca “una vez superado el proceso de verificación, y sustituye a la Licenciatura en Derecho. Éste Grado ha renovado su acreditación en 2016.”(Universidad de Salamanca, 2020).

Dicho grado proporciona los siguientes conocimientos:

Formación básica sobre los conceptos básicos de la Ciencia del Derecho, y un conocimiento teórico y práctico de la estructura del ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional, y, en particular de los contenidos normativos de las distintas ramas del Derecho.”(Universidad de Salamanca, 2020).

La Universidad de Salamanca ofrece la posibilidad de cursar:

- El Doble grado en Derecho y en Criminología.
- El Doble Grado en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública-
- El Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho.
- El Doble Grado en Traducción e Interpretación y en Derecho.

Lo anterior, para adaptarse a la nueva reordenación de titulaciones que supone la adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, sería interesante que lo que están haciendo los países de la Unión Europea se realizará también entre los países que integran América Latina para proponer una doble titulación además de la validez de los Planes y Programas de Estudio a nivel regional, sin embargo, este tema se debe tratar con mayor profundidad en otro estudio.

CONCLUSIONES

De acuerdo con los resultados del análisis FODA realizado a través de las variables que se estudiaron en los programas de estudio de la asignatura de Teoría General del Proceso de la Licenciatura en Derecho en 9 Universidades, y, comparándolos con el Programa de Estudio de la Universidad de Quintana Roo, se llegó a las siguientes conclusiones:

En cuanto a la forma del “Contenido de las Unidades que Integran el Programa de Estudios de la Asignatura,” la UQROO se ubica dentro del rango básico, que es en el que se ubican el 50% de las Universidades, las cuales prefieren tener un programa básico, con una pormenorizada revisión de los contenidos, y no uno extenso en el cual las unidades se revisen de forma superficial, debido a la gran cantidad de temas. Contar con un programa básico facilita la comprensión de los temas por parte de los alumnos, ya que éstos se analizan a profundidad en clase tomando en cuenta la cantidad de horas necesarias para su adecuado desarrollo.

Del análisis de fondo del “Contenido de las Unidades que Integran el Programa de Estudios de la Asignatura” se establece que los programas básicos (como el de la UQROO) cuentan con los temas mínimos necesarios para acreditar la asignatura de Teoría General del Proceso la cual servirá de base para el estudio de las asignaturas procesales, como son: el Derecho Procesal Civil, el Derecho Procesal Penal y el Derecho Procesal Laboral, en las cuales se desarrollarán contenidos más específicos de cada área. No es necesario, tener un programa extenso con demasiados temas, ya que la falta de tiempo para su análisis generará que se vean de forma superficial, generando dudas en los alumnos, y corriendo el riesgo de que los temas se dupliquen al cursar otras asignaturas procesales.

Por lo que respecta al “Período” en el cual se cursa la materia, la UQROO sigue la tendencia de la mayoría de las Universidades a impartir la asignatura durante los primeros semestres. Lo anterior, para establecer las bases de las materias procesales subsecuentes que integran el Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho.

Por su parte, en la “Seriación” la UQROO sigue la tendencia del 90% de las Universidades que no tienen dos ciclos de Teoría General del Proceso, ya que su Plan de Estudios cuenta con múltiples materias procesales como: Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Laboral.

Con respecto a la “Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones” la UQROO se ubica dentro del 30% de las Universidades que cuenta con una fecha antigua de modificación de su plan de estudios, ya que se modificó en 2014, por lo que requiere ser revisado a la brevedad.

En conclusión, las fortalezas del Programa de Estudio de la asignatura de Teoría General del Proceso que se cursa en la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Quintana Roo (UQROO) son: la forma y fondo del “Contenido de las Unidades que Integran el Programa de Estudios de la Asignatura,” así como el “Período” en el cual se cursa la materia y la “Seriación,” éstas corresponden a los parámetros de la mayoría de las Universidades analizadas. En cuanto a sus debilidades sólo se encontró que la “Fecha del Plan de Estudios y sus Modificaciones o Actualizaciones” se ubica dentro de una minoría de Universidades (30%), que requieren hacer una actualización a su Plan de Estudios para estar a la vanguardia además de colocar la fecha de creación de su Programa de Estudio. Siendo ésta la única crítica negativa que se señala al Programa de Estudios de la UQROO, la cual se solventaría haciendo una actualización del Plan de Estudios vigente.

La actualización de los Planes y Programas de Estudio es uno de los aspectos que incide en la calidad de la educación en la formación del abogado, por lo que es importante revisar profundamente las variables analizadas en el presente artículo en cada una de las asignaturas que se imparten en la Licenciatura en Derecho para mejorar la formación del abogado que necesariamente incidirá en la preservación y fortalecimiento del Estado de Derecho.

El presente estudio deja abierta la posibilidad de evaluar, en otro estudio, una nueva reordenación de titulaciones a nivel América Latina a semejanza de lo que ocurre en el Espacio Europeo de Educación Superior, para proponer una doble titulación que además le de validez a los Planes y Programas de Estudio a nivel regional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ballesteros, H., Verde, J., Costabel, M., Sangiovanni, R., Dutra, I., Rundie, D., Cavalieri, F. L. Bazán. (2010) “Análisis Foda (Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas).” Revista Uruguaya de Enfermería. Uruguay. Universidad de la República. Noviembre. Núm. 5. Vol. 2. Págs. 8-17.

Eduardo, B. C. (1959) “*Introducción al Estudio del Derecho Procesal.*” Ediciones Jurídicas. Buenos Aires, Argentina. 331 pp.

Hayek, F. (1978) “*Los Fundamentos de la Libertad.*” Unión Editorial. Madrid, España. 275 pp.

Molina, H. (1994) “*Instrumento Metodológico.*” Teoría del Proceso, Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., México.

Universidad Autónoma de Campeche (2009) “*Programa de Unidad de Aprendizaje,*” <https://fd.uacam.mx/view/download?file=28/TEORIA%20GENERAL%20DEL%20PROCESO.pdf&tipo=paginas>, 23 de Marzo de 2020.

Universidad de Colima (2014) “*Documento Curricular. Licenciatura en Derecho,*” http://sistemas2.ucol.mx/planes_estudio/pdfs/pdf_DC132.pdf, 24 de Marzo de 2020.

Universidad de Guadalajara (2018a) “*Plan de Estudios. Licenciatura en Derecho,*” http://www.cucsh.udg.mx/licplanestudios/licenciatura_en_derecho, 25 de Marzo de 2020.

Universidad de Guadalajara (2018b) “**Programa de Estudios. Teoría General del Proceso. Licenciatura en Derecho,**” http://www.cualtos.udg.mx/programas/abogado/plan25/TEORIA_GENERAL_DEL_PROCESO_%2820-p25%29.pdf, 25 de Marzo de 2020.

Universidad de Salamanca (1953) “*Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho.*” https://www.usal.es/files/grados/planes/plan_estudios_derecho.pdf 9 de Septiembre de 2020.

Universidad de Salamanca (2013) “*Licenciatura en Derecho. Presentación.*” <https://www.usal.es/licenciado-en-derecho/presentacion> 9 de Septiembre de 2020.

Universidad de Salamanca (2020) “*Grado en Derecho. Presentación.*” <https://www.usal.es/grado-en-derecho> 9 de Septiembre de 2020.

Universidad Autónoma del Estado de México (2016) “*Programa de Estudios. Teoría General del Proceso. Licenciatura en Derecho,*” <http://derecho.uaemex.mx/U2017-B/Plan2015/LDE305.pdf>, 23 de Marzo de 2020.

Universidad Autónoma Metropolitana (2015a) “*Programa de Estudios. Teoría General del Proceso I. Licenciatura en Derecho,*” https://drive.google.com/file/d/0B7IVZ_Sngl1-MVhocWdtUXhpOXM/view, 23 de Marzo de 2020.

Universidad Autónoma Metropolitana (2015b) “*Programa de Estudios. Teoría General del Proceso II. Licenciatura en Derecho,*” https://drive.google.com/file/d/0B7IVZ_Sngl1-ejNTdldrT2EwNWs/view, 24 de Marzo de 2020.

Universidad de Quintana Roo (2014) “**Plan de Estudios. Licenciatura en Derecho,**” <http://www.uqroo.mx/imagen2019/pdf/PE%20de%20Derecho%202014%20%28sellado%29.pdf>, 26 de Marzo de 2020^a.

Universidad de Quintana Roo (S/F) “*Programa de Asignatura. Teoría General del Proceso. Licenciatura en Derecho,*” <http://www.uqroo.mx/intranet/convocatorias/1484-concurso-de-oposicion-uqroo-01-2020/>, 26 de Marzo de 2020b.

Universidad Autónoma de San Luis Potosí (1982) “*Planes de Estudios. Licenciatura en Derecho,*” <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/Planes%20de%20estudio.zip>, 24 de Marzo de 2020.

Universidad Autónoma de Sinaloa (S/Fa) “*Plan de estudios. Licenciatura en Derecho,*” <http://derecho.maz.uasnet.mx/index.php/plan-de-estudios/>, 24 de Marzo de 2020.

Universidad Autónoma de Sinaloa (S/F b) “*Programa Educativo. Teoría General del Proceso. Licenciatura en Derecho*,” http://derecho.maz.uasnet.mx/PLAN_DE_ESTUDIOS/4TO_SEMESTRE/TEORIA_GENERAL_DEL_PROCESO.pdf, 24 de Marzo de 2020.

Universidad Nacional Autónoma de México (2016): “*Plan de Estudios 1447. Teoría del Proceso. Licenciatura en Derecho*,” <https://www.derecho.unam.mx/ofertaeducativa/licenciatura/presencial/actualizacion/Teoria-proceso.pdf>, 24 de Marzo de 2020.

Universidad Veracruzana (2008) “*Programa de estudios. Licenciatura en Derecho*,” <https://www.uv.mx/oferta-educativa/experiencia-educativa/?programa=DERE-08-E-CR&cur=28022&mat=LDER>, 26 de Marzo de 2020.

Villagómez, J.A., Mora, Á. H., Barradas, D.S. E. Vásquez (2014) “*El Análisis FODA como Herramienta para la Definición de Líneas de Investigación*.” En *Revista Mexicana de Agronegocios*. Torreón, México. Sociedad Mexicana de Administración Agropecuaria A.C. Julio-Diciembre. Vol. 35. Págs. 1121-1131.

APROXIMACIÓN AL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA EN TIEMPOS DE COVID-19

APPROACH TO THE DECREE OF STATE OF ALARM IN VENEZUELA IN TIMES
OF COVID-19

Marcos Antonio Fernández Vega ⁽¹⁾

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2020.02.04.06>

Recepción: 15 de Febrero de 2020 Aceptación: 08 de Noviembre de 2020



RESUMEN

El 11 de marzo de 2020, la OMS declara el COVID-19 como una pandemia, hasta el 13 de marzo de 2020, a propósito de la existencia de casos de Covid-19 en Venezuela, el gobierno nacional declaró el Estado de Alarma al margen de los requisitos constitucionales, en todo el territorio nacional; declara al sistema sanitario en emergencia permanente y suspende las actividades académicas a todos los niveles educativos en el país. De este modo, esta situación de pandemia origina una calamidad pública que pone seriamente en peligro la seguridad de la Nación y de los administrados. El Ejecutivo Nacional ordena "Cuarentena social y colectiva", en todo el territorio nacional a partir del 17 de marzo de 2020. El presente estudio tiene por objetivo describir el Decreto mediante el cual se declara el Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.519, el Decreto de N°4.160.

Palabras Clave: *Estado de Excepción, Estado de Alarma, Decreto, Venezuela, Covid-19.*

ABSTRACT

On March 11, 2020, the WHO declares COVID-19 as a pandemic, until March 13, 2020, regarding the existence of Covid-19 cases in Venezuela, the national government declared the State of Alarm on the sidelines of the constitutional requirements, throughout the national territory; declares the health system in permanent emergency and suspends academic activities at all educational levels in the country. In this way, this pandemic situation originates a public calamity that seriously endangers the security of the Nation and of those administered. The National Executive orders "Social and collective quarantine", throughout the national territory as of March 17, 2020. The objective of this study is to describe the Decree by which the State of Alarm is declared to attend the health emergency of the Coronavirus (COVID-19), published in Extraordinary Official Gazette No. 6,519, Decree No. 4,160.

Keywords: *State of Exception, State of Alarm, Decree, Venezuela, Covid-19.*

(1) Estudiante del Tercer-Cuarto año de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes-Venezuela. Teléfono: 04165564220. E-Mail: marcosfernandezvega99@gmail.com. Investigador Novel del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).

INTRODUCCIÓN:

Para comenzar, según Santana (2017) se atribuye a una “situación de crisis que afecta a la población como un todo y que constituye una amenaza a la existencia de la comunidad organizada como base del Estado.” Pág. 43. En consecuencia, guarda relación con la noción de peligro público y de situaciones excepcionales de una “amenaza actual o al menos inminente para el conjunto de la comunidad.” Santana (2017) Pág. 44. Por otra parte, el Estado de Excepción según Álvarez (2020):

Es un mecanismo que, como su nombre sugiere, otorga poderes especiales al Ejecutivo Nacional para enfrentar situaciones fuera de lo común que afectan la paz o el bienestar de los ciudadanos, y que no son afrontables, a través de los mecanismos normales. Estos poderes podrán utilizarse estrictamente para ese fin, y una vez logrado el objetivo se extinguen. Pág. 49.

Si bien es cierto, el rasgo más característico de estas atribuciones es que acarrear la posibilidad de limitar o restringir el ejercicio de algunos derechos, temporalmente. Es importante subrayar, que en un Estado Democrático se puede plantear la limitación de derechos, pero nunca su suspensión, distinción que está apropiadamente expresada en la Constitución de nuestro país, que en su artículo 337 señala que “podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución.” No obstante, existen Derechos, que no pueden ser suprimidos ni restringidos; derechos, que si pueden ser restringidos, más no suspendidos; y Derechos que si pueden ser suprimidos ... (Y eso significa ser restringidos per se). Esas son las hipótesis posibles, que pueden deducirse de la Constitución y la Ley.

De ahí, que para contrarrestar y prevenir estos vicios, en la Constitución vigente (1999), se incluyeron una serie de procedimientos para limitar el ejercicio exorbitante del poder que es propio de los Estados de Excepción. Adicionalmente, los Estados de Excepción son invocados por el mismo Poder Ejecutivo, donde se facultan medidas para afrontar y dar normalidad a las circunstancias fácticas que dan origen a la crisis, por lo cual constituye: un Derecho de Excepción.

Por otra parte, los Estados de Excepción implican la limitación de derechos, siendo más bien, un sacrificio que la sociedad acepta por un interés general, de modo que por eso deben estar regulados para minimizar lo más que se puedan sus efectos negativos. Una democracia sin ejercicio pleno de los derechos no es una democracia.

Por último, la presente investigación tiene por objetivo describir el Decreto mediante el cual se declara el Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.519, el Decreto de N°4.160.

Finalmente, agrega la Constitución, que el Decreto de Estado de Excepción debe cumplir con una serie de requisitos, y el más importante es

que responsabiliza específicamente al Presidente de la República de establecer claramente cuáles son las limitaciones que se impondrán a determinados derechos durante la vigencia del Estado de Excepción, buscando garantizar que la población afectada esté enterada de las nuevas reglas a las que debe adecuarse desde su origen. Esto es muy importante, porque se evita que funcionarios inescrupulosos establezcan o determinen de forma arbitraria las limitaciones a los derechos durante la vigencia del decreto.

DESARROLLO

1._ Principios Constitucionales de los Estados de Excepción.

De esta manera, la Constitución regula de forma más rigurosa a los Estados de Excepción e introduce los siguientes principios:

1.1._ La Proporcionalidad y la Gradualidad.

Según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción (LOEE) “toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación.” En primer lugar, se aplica cuando se señala que dependiendo de la causa, la duración máxima puede variar según su gravedad. Esto debe apreciarse desde dos puntos de vista, pues la proporcionalidad debe entenderse tanto para decidir la medida como para aplicarla. Implica, que el Estado de Excepción, debe imponerse en función y para atender la emergencia que le dió origen, por lo que si dicha situación puede ser solucionada por los medios ordinarios no puede invocarse el Estado de Excepción. En segundo lugar, incluso en el caso de que la situación lo requiera, la aplicación de la excepción debe ser en proporción a la situación de que se trate, en sus circunstancias fácticas conforme a derecho.

1.2._ La Temporalidad.

Según Santana (2017) “las garantías podrían ser restringidas temporalmente (Artículo 337), sino que según el tipo de estado de excepción que se trate-alarma...- sería su duración máxima -treinta días...-, pudiendo prorrogarse los mismos hasta por un periodo de igual duración (Artículo 338).” Pág. 92. Es una constante de todos los tipos de Estado de Excepción que la Constitución prevé, de manera que los limita a un tiempo máximo de existencia.

Por otra parte, el artículo 5 LOEE “toda medida de excepción debe tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia.” No pueden ser indefinidos, ello implica no dictar decretos de Estados de Excepción sobre la misma situación, pero presentándola de diferente manera para hacer ver que se trata de un decreto sobre hechos diferentes.

Esto último constituiría un fraude a la Constitución cuya intención es que la excepción dure lo menos posible, apunta este principio a una regulación del tiempo para evitar la prolongación indebida del mismo, pues un Estado de Excepción indefinido se presta para cometer violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos.

No obstante, un cierto sector de la doctrina del Derecho Constitucional Latinoamericano opina con Zovatto (1990) “de un Estado Excepción Permanente, que se perpetúa en el tiempo, bien a causa de una prórroga sistemática de hecho, o como resultado de que la Constitución no ha previsto, a priori, ninguna limitación de tiempo para los mismos.” Págs. 48-49. Son claros ejemplos, el Paraguay con Stroessner, y Haití.

O, de igual manera con Zovatto (1990) “de una institucionalización de los Estados de Excepción...desviación que ha tenido lugar en los últimos años, en especial, en ciertos países de América latina, como en Chile, por medio de la Constitución de 1980, y en el intento frustrado en el Uruguay, durante el anterior Gobierno Militar.” Pág. 49.

En este punto, resulta importante tanto el control político que hace la Asamblea Nacional como el jurídico que debe realizar el Tribunal Supremo de Justicia, cuyas sentencias deben ser ajenas a parcialidad alguna y velar por el cumplimiento de la Constitución Nacional, sobre todo en este punto donde lo que está en juego es la restricción de las garantías de los ciudadanos. El Constituyente prefiere fijar límites al poder en tiempos extraordinarios, de esta forma no sirvan de excusa para desconocer derechos.

1.3._ Principio de Necesidad.

Para Santana (2017) se halla recogido en el artículo 337 de la Constitución Nacional cuando “indica que la declaratoria del estado de excepción solo procederá ante circunstancias de diversas naturalezas que afecten gravemente la seguridad del Estado, sus instituciones o ciudadanos, siempre que el derecho ordinario resulte insuficiente para enfrentarlas.” Pág. 88.

En efecto, el Decreto de Estado de Excepción, por el cual se declaró el Estado de Alarma debe contener las medidas que se consideren indispensables para enfrentar la catástrofe, calamidad pública o el acontecimiento similar que motivó la declaratoria de alarma (Artículos 337 y 338 de la Constitución y artículo 8 de la LOEE).

De igual forma, Santana (2017) “fin, restablecer la normalidad -o permitir que la situación sea controlada con medios ordinarios.” pág. 89. El artículo 6 LOEE reitera el carácter excepcional del Decreto de Estado de Excepción, al advertir:

Dictado en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a Derecho. Pág. 2.

1.4_. Sobre las Garantías a Restringir.

Por otra parte, según Santana (2017) el Decreto por el cual se decreta el Estado de Alarma:

Debe contener las garantías constitucionales que se restringen de forma temporal (artículo 339 de la Constitución y 6 de la LOEE). Ello significa que el propio Decreto debe indicar cuáles son las medidas restrictivas de las libertades de las personas naturales y jurídicas que son necesarias para enfrentar la situación que ha ocasionado la alarma. Pág. 159.

Se debe entender por garantía, como el mecanismo de protección jurídico-político por parte del Estado. Conforme a una correcta interpretación de la Constitución y la LOEE, tanto las medidas que se consideran indispensables para enfrentar al Estado de Excepción, como las restricciones temporales a las garantías constitucionales, deben estar contenidas en el propio texto del Decreto de Estado de Excepción.

En ese sentido, el Ejecutivo Nacional debe decidir de antemano cuáles serán las medidas y restricciones a implementar, y explicarlas suficientemente en el Decreto que declare el Estado de Excepción.

Paralelamente, Santana (2017) manifiesta:

El Presidente de la República puede decretar la restricción de garantías –tal como establece el Texto Constitucional– no podrá hacer lo propio con los derechos, que seguirán inalterables en cabeza de sus titulares y lo único que se limitará es el halo de protección del que gozan para hacerlos efectivos. Pág. 140.

De tal modo, que, el Decreto que declare el Estado de Excepción no puede limitarse a anunciar medidas que el Poder Ejecutivo puede tomar posteriormente a que se dicte el Decreto de Estado de Excepción, sino debe contener las medidas y restricciones a las garantías, sin que sea posible que éstas se establezcan en actos estatales posteriores a la declaratoria del Estado de Excepción. De hecho, el artículo 339 de la Constitución señala, que en el Decreto que declare el Estado de Excepción, “*se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe.*”

Sin embargo, como manifiesta García (2020) en el Decreto de Estado de Alarma se pretende habilitar a autoridades del Poder Ejecutivo para:

Dictar medidas y restricciones a derechos adicionales a las previstas en el propio Decreto de Estado de Alarma. En todo caso, toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación, artículo 4 de la LOEE. Pág. 285.

Ahora bien, para Santana (2017) el artículo 337 de la CRBV el Presidente se encuentra facultado para, “en Consejo de Ministros, restringir temporalmente las garantías consagradas, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.” Pág. 143. También, el Legislador amplía el abanico de garantías no restringibles, según el artículo 7 LOEE precisa que no puede restringirse las garantías de los siguientes derechos:

La vida, el reconocimiento a la personalidad jurídica, la protección de la familia, la igualdad ante la ley, la nacionalidad, la libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas, la integridad personal, física, psíquica y moral, no ser sometido a esclavitud o servidumbre, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales, el debido proceso, el amparo constitucional, la participación el sufragio y el acceso a la función pública y la información. Pág. 2.

En este sentido, Sánchez (1997):

Debe señalarse, que la consagración constitucional de las libertades públicas, no tiene igual respecto de todas ellas; o, en otras palabras, no todos esos derechos constitucionales tienen igual consagración constitucional. No sólo algunos, en realidad han sido consagrados como meras expectativas de derecho cuya actualización, depende enteramente del legislador, sino que incluso de los derechos directamente consagrados por el Constituyente, pueden distinguirse diversas graduaciones. En algunos casos, se trata de derechos absolutos, que no admiten restricciones, suspensiones ni limitaciones en su goce y/o ejercicio; en otros casos, se trata de derechos que no pueden ser limitados por el Legislador, aún cuando su ejercicio puede ser restringido o suspendido temporalmente; en otros casos, se trata de derechos que pueden ser limitados o regulados en aspectos específicos por el legislador; en otros casos, puede tratarse de derechos que pueden ser regulados o limitados sin restricciones por el legislador; y, por último puede tratarse de derechos que requiere de regulación legal para poder ser ejercidos. Pág. 570.

En este orden de ideas, Peña (2008) señala:

Naturalmente, que la especificada contenida en el artículo 27, pese a poder ser calificada de redundante, resulta más que necesaria, pues la experiencia en materia de suspensión y restricción de garantías durante la vigencia de la Constitución de 1961, demuestra que los jueces mostraban dudas acerca de la procedencia del ejercicio del Derecho de Amparo, mientras durase la referida suspensión, quedando de esa manera, muchas veces desprotegidos, por la vía del amparo, derechos tan importantes como la libertad personal, la libertad de tránsito, la propiedad, etc. De allí, pues, que ésta consagración categórica de la irrelevancia de los Estados de Excepción y de restricción de garantías, en lo tocante al ejercicio del derecho al amparo, juegue a favor de los derechos humanos, y, a la postre de la perfección de la democracia. Pág. 466.

2_. Tipologías de los Estados de Excepción.

En líneas generales, los Estados de Excepción pueden declararse ante situaciones objetivas de sumas gravedad, que hagan insuficientes a los medios ordinarios del Derecho Objetivo Ordinario, que dispone el Estado para afrontarlos. Por eso, su declaración no puede interrumpir el funcionamiento de los organs del Poder Público. Constitucionalmente, los cuatro tipos de Estados de Excepción que fueron reconocidos: Estado de Alarma, Emergencia Económica, Conmoción Interior, Conmoción Exterior persiguen ese fin, y, que según Fernández (2009):

La institución tiene como objeto asegurar la permanencia de la Constitución como Ley Fundamental de la República y ante la eventualidad de algunos acontecimientos naturales, económicos o bélicos, que pudieren afectar o eliminar su continuidad, se prevé tomar algunas medidas de carácter transitorio. Pág. 278.

2.1_. El Estado de Alarma.

De este modo, está vinculado con la ocurrencia de “catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas.” (Álvarez, 2020, Pág. 52). De acuerdo con Cabanellas (2009), una catástrofe es un “Suceso que produce gran destrucción o daño.” Pág. 213; y una calamidad es una “desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas” (Cabanellas, 2009, Pág. 195), ambos son eventos vinculados a causas naturales o accidentes de gran alcance en cuanto al daño material que pueden producir. Y se encuentra consagrado en el artículo 338 de la Constitución de 1999 expresando lo siguiente:

Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más. Pág. 98.

Los artículos 337 al 339 de la Constitución establecen la figura de los Estados de Excepción, “que es tradicional en el constitucionalismo venezolano.” (García, 2020, Pág. 72). Consecuencialmente, la regulación categorial de la figura de los Estados de Excepción establecida en la Constitución, es desarrollada por la LOEE.

Conforme a la Constitución y a la LOEE, el Decreto de Estado de Excepción según Santana (2017) es un:

Decreto presidencial dictado en Consejo de Ministros, que tiene como objeto establecer medidas excepcionales para atender circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y para las que resultan insuficientes las facultades ordinarias de las que se dispone para hacer frente a esos hechos. Pág. 76.

En atención a la necesidad de esas medidas extraordinarias, la Constitución permite en su artículo 337 que mediante “Decreto de Estado de Excepción se restrinjan algunas garantías constitucionales, salvo las relativas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.” (Echeverri Duque, 2014, Pág. 10).

En efecto, el Estado de Alarma tiene una limitación temporal de 30 días, siendo prorrogable por 30 días más (artículo 338 de la Constitución y 9 LOEE). Además, el Estado de Alarma puede sujetarse a un territorio determinado, o a todo el territorio nacional (artículo 9 LOEE).

Por último, el Estado de Alarma es una de las tres modalidades de Estados de Excepción previstas en el artículo 337 de la Constitución. Específicamente, el Estado de Alarma es descrito en el encabezado del artículo 338 de la Constitución como una medida aplicable cuando se produzcan “*catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nacional, o de sus ciudadanos.*”

2.2_. Facultades del Poder Ejecutivo en un Estado de Excepción.

La primera consecuencia manifiesta de la declaración de un Estado de Excepción es que el Ejecutivo Nacional, de manera temporal, tiene la potestad de limitar garantías constitucionales, expresado en el artículo 337 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles. Pág. 98.

Para ello, en el Decreto que establezca el Estado de Excepción, debe regular lo que estará sometido ese derecho mientras dure la emergencia. Tradicionalmente, se entiende, que, al procederse a declarar ese estado, los administrados pierden sus derechos, quedando a merced de la autoridad política; perdiendo también la posibilidad de reclamar por las agresiones de las que fueran víctimas.

Paulatinamente, Borea (1995) “se ha ido generando conciencia de que la suspensión de los derechos constitucionales, no apunta a dejar al ciudadano en el indefensión, sino, por el contrario, a reafirmar el principio del Estado de Derecho.” Pág. 269. Pues, como afirma muy bien el autor anterior, Borea (1995) “La situación de emergencia pretende restringir temporalmente algunos derechos en aras de impedir el deterioro de todos los derechos y a todas las personas por el eclipse de la juridicidad generado normalmente por situaciones de violencia, o, de catástrofe natural.” Pág. 269.

De no hacerlo así, la consecuencia lógica, es que no puede estar limitado, pues se trata de una exigencia de la Constitución en su artículo 339 que consagra:

El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. La declaración del estado de excepción no interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público Pág. 99.

Es por ello, en éste particular hemos de aclarar que no todos las garantías son susceptibles de ser restringidos, pues la Constitución expresa en el artículo 337 que “*no pueden ser limitados el derecho a la vida, la prohibición de incomunicación y de tortura, el derecho al debido proceso, el derecho de información y los demás derechos intangibles*”. Estos derechos intangibles, de acuerdo con el artículo 7 LOEE (2001) son los siguientes:

El derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, la protección de la familia, la igualdad ante la ley, la nacionalidad, la libertad personal y la prohibición de la práctica de desaparición forzada de personas, la integridad personal (física, psíquica y moral), la prohibición de ser sometido a esclavitud y servidumbre, la legalidad y el principio de irretroactividad de las leyes, el amparo constitucional, la participación, el sufragio y el acceso a la función pública. Pág. 2.

De esta manera, las garantías que no pueden ser limitados quedan al margen de actuación del Estado, en tanto las garantías que sí pueden limitarse tienen una afectación respecto a los primeros por cuanto todos los derechos humanos están estrechamente relacionados y no puede limitarse uno sin afectar a los demás. En todo caso, según Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2018) proclama lo siguiente:

Los derechos humanos son interdependientes, es decir están vinculados entre ellos y son indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales deben comprenderse como un conjunto. Lo anterior, también implica que el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos, al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en labor de promoción de los mismos, a mantener siempre una visión integral. Pág. 10.

En consecuencia, aunque la Constitución exprese que hay derechos que no pueden ser limitados, lo cierto es, que en la práctica la restricción de unos derechos siempre afecta a los demás por estar estrechamente vinculados entre sí.

Ahora bien, de acuerdo con la LOEE (2001), el Presidente de la República, en Consejo de Ministros puede ejercer las siguientes atribuciones:

1. “Todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación.” (Artículo 15). Ésta afirmación genérica, recordemos, no es absoluta, y tiene sus límites en la propia Constitución, de modo que esas medidas siempre y en todo caso deben atender y servir a los principios constitucionales.

2. "Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos." (Artículo 15).
3. Se pueden imponer servicios extraordinarios a los ciudadanos, así como a personas jurídicas. (Artículo 17).
4. Se puede "limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, así como asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción." Artículo 19.
5. También puede el ejecutivo hacer erogaciones que no estén en la Ley de Presupuesto (Artículo 20), en la práctica esto se traduce en la posibilidad de ejecutar el presupuesto sin control parlamentario, es decir, que bajo la excusa de una situación de crisis se dicte un decreto al respecto en realidad para evadir al Poder Legislativo. De ser así, esto constituiría un fraude a la Constitución y haría nulo el Decreto correspondiente, en consecuencia, este artículo es inconstitucional al contradecir el artículo 312 del Texto Fundamental que reza "la ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía,... indicará las modalidades de las operaciones y autorizará los créditos presupuestarios respectivos en la Ley de Presupuesto." Conforme a ello, es una competencia de la Asamblea Nacional.
6. La excepción también implica, la suspensión temporal de aquellas leyes que entren en colisión con las medidas tomadas en el Decreto de Excepción (Artículo 21). Sin duda, los Decretos de Estados de Excepción, equivalen a Decretos-Leyes con una vigencia temporal, que tienen igual efecto derogatorio que una Ley, según Cabanellas (2009) define como "disposiciones gubernamentales que innoven materia antes regulada por una Ley."
7. Una consecuencia natural de la declaratoria de excepción es la capacidad que tiene el Presidente de la República de ordenar la movilización de uno o varios componentes de la Fuerza Armada. (Artículo 23). Esto no implica asunción, de las atribuciones de otros poderes públicos, sino de aquellas labores propias de la institución armada en la contención de la emergencia correspondiente.
8. Otra facultad es la de poder requisar los bienes muebles o inmuebles que deban ser utilizados para restablecer la normalidad propiedad de particulares (Artículo 24). Ésta requisa no puede hacerse de cualquier manera, sino que debe ser por orden previa del Presidente de la República o a quién éste haya delegado la aplicación del Decreto, y además debe hacerse por escrito dejándose constancia de la requisición. En este sentido, se puede desarrollar que el proceso de requisamiento conlleve a un proceso de expropiación, por cuanto que el bien requisado es necesario para el Estado al afrontar los efectos de la pandemia, que según Cabanellas (2009) se define como "desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa. (Pág. 703)." Haciendo estas disposiciones en el Decreto en circunstancias fácticas excepcionales, de Ley de Declaración de Utilidad Pública o Social (2002) que estipula en su artículo 5:

La declaratoria de utilidad pública comprenderá los bienes que se califiquen necesarios para lograr tal finalidad, y para esa condición será indispensable un acto motivado mediante el cual se declare de interés público el bien por expropiar, así como también, los que por su utilización en los proyectos y programas, justifiquen las ventajas del bien común que originó la declaratoria de utilidad pública.

9. En principio existe la obligación de devolver los bienes requisados, pero en todo caso, siempre están sujetos a indemnización por los daños que puedan ocurrirle a los bienes, y más aún, si los mismos por su uso, los fungibles dejan de ser utilizables (Artículo 25). En este supuesto, nos encontramos con una disposición inconstitucional pues el artículo 26 de la ley señala que si se trata de bienes perecederos o fungibles se deben pagar al precio que tenían al momento de la requisición, lo cual viola el derecho al “pago oportuno de justa indemnización” que de acuerdo a la Constitución es parte del derecho a la propiedad.

De igual forma, se complementa con una serie de pautas del sistema jurídico venezolano ordinario. Según Santana (2017) son:

- i. Modificar los límites de gasto, de endeudamiento y de resultados financieros de la ley del marco plurianual del presupuesto.
- ii. Celebrar contrataciones públicas sin atender a las modalidades de selección de contratistas de la ley de la materia.
- iii. Prorrogar el servicio militar de todos los alistados.
- iv. Exigir a los operadores de servicios de telecomunicaciones que cumplan todas aquellas obligaciones que se establezcan en la normativa aplicable a los servicios de telecomunicaciones en estados de excepción, y en los planes para estados de excepción que al efecto se formulen.
- v. Disponer de la capacidad de las instalaciones de autogeneración eléctrica igual o superior a dos megavatios (2 MW). Pág. 84.

En resumen, son enormes los poderes que asume el Ejecutivo Nacional en un Estado de Excepción, y en la mayoría de los casos, a costa de los derechos de los administrados. Por ello, aun partiendo del hecho, que estas limitaciones son necesarias en aras del bien común, las mismas deben ejecutarse de acuerdo con los principios constitucionales, a saber, la razonabilidad, proporcionalidad, la congruencia y la temporalidad, pues luego de un Estado de Excepción, se debe solucionar ésta situación de anormalidad.

2.3._ Medidas que Pueden ser Establecidas por el Poder Ejecutivo.

La LOEE faculta al Poder Ejecutivo para dictar medidas complementarias, que según García (2020) son las “previstas en el Decreto de Estado de Excepción, es decir, medidas que pueden ser tomadas por el Ejecutivo aun cuando no estén contempladas como tal en el Decreto de Estado de Excepción, y que tienen su origen en la Ley.” Pág. 76.

1) Sobre la cooperación para la protección de personas, bienes y lugares, conforme al cual, decretado el Estado de Excepción, “toda persona está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso” (García, 2020, Pág. 76). Se trata, por ello, de obligaciones de hacer, sujetas a indemnización.

2) Medidas relativas a asegurar la prestación servicios y el abastecimiento. Por otra parte, García 2020 expresa que:

El artículo 19 de la LOEE advierte que, decretado el Estado de Excepción, se podrá limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad y tomar las medidas necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción. Ello puede implicar, por una parte, el establecimiento de medidas de racionamiento a la venta en establecimientos comerciales, particularmente en los sectores de salud y alimentos. Por otra parte, puede suponer que se dicten medidas para forzar o aumentar la producción de bienes y la prestación de servicios, particularmente en los sectores de salud y alimentos. Pág. 77.

3) La medida de movilización. Según García (2020) “el artículo 23 de la LOEE faculta al Presidente de la República, en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional, para ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional.” Pág. 77. La movilización se regirá por las disposiciones que sobre ella establece la Ley respectiva. Según la Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación, la movilización podría abarcar al sector privado.

4) La medida de requisición. Según Santana (2020) manifiesta:

El artículo 24 de la LOEE faculta al Ejecutivo Nacional para requisar los bienes e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizadas para restablecer la normalidad. Para toda requisición será indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente y deberá expedirse una constancia inmediata de la misma. En todo caso, conforme al artículo 25 de a LOEE, terminado el Estado de Excepción, se restituirán los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieran ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, se pagará el valor total de dichos bienes, calculados con base al precio que los mismos tenían en el momento de la requisición. Pág. 77.

2.4._. Controles del Decreto de Estado de Excepción.

La Constitución y la LOEE sujetan los Decretos de Estados de Excepción a “control parlamentario y judicial. En efecto, el Decreto de Estado de Excepción, por una parte, se sujeta a la aprobación de la Asamblea Nacional, y, por otra parte, al control constitucional de la Sala Constitucional el Tribunal Supremo de Justicia” (García 2020, Pág. 75).

2.4.1_. El Control Político de la Asamblea Nacional.

Según García (2020):

Conforme al artículo 338 de la Constitución, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado a la Asamblea Nacional, para su consideración y aprobación (artículo 339 de la Constitución y artículos 26 y siguientes de la LOEE). La LOEE establece las reglas parlamentarias especiales en cuanto a la consideración y aprobación del Decreto por la Asamblea Nacional. Pág. 76.

De este modo, según Balasso (2020):

3 situaciones diferentes: Por una parte, el control del Decreto que declara el Estado de Excepción y del acuerdo de la Asamblea Nacional que lo apruebe (o acuerde su prórroga), sin modificarlo (Artículo 32). En segundo lugar, la revisión de la constitucionalidad del decreto que declara el Estado de Excepción modificado por la Asamblea Nacional, caso en el cual ésta dispone de 48 horas para enviar el respectivo Acuerdo a la Sala (Artículo 32). Por último, la LOEE se refiere al caso en el cual la Asamblea Nacional no apruebe el decreto que declara el Estado de Excepción o su extensión, en cuyo caso la Sala debe omitir todo pronunciamiento. (Artículo 34). Pág. 179).

2.4.2_. El Control Constitucional de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y de otros tribunales de la República.

Sin duda, García (2020) expone:

También de acuerdo al artículo 339 de la Constitución y a los artículos 31 y siguientes de la LOEE, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. La LOEE establece las reglas procesales específicas por las cuales se producirá la decisión de la Sala Constitucional. En todo caso, el artículo 40 de la LOEE advierte que todos los jueces de la República, en el ámbito de su competencia de amparo constitucional, están facultados para controlar la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas con base al estado de excepción. La consecuencia práctica de la restricción de las garantías previstas en el Decreto de Estado de Alarma es que no se requiere de una Ley posterior que regule el modo como pueden ejercerse tales garantías: Desde la misma publicación del Decreto tales garantías quedan restringidas en el alcance previsto en el Decreto. Pág. 76.

Por lo que se refiere al trámite, la LOEE dispone un plazo de 10 días para que la Sala Constitucional emita su pronunciamiento (Artículo 33). Dentro de los primeros 5 días de ese plazo los interesados en “argumentar a favor o en contra de la constitucionalidad del Decreto pueden concurrir y consignar, los escritos de alegaciones y pruebas que a bien tengan, disponiendo la Sala de 2 días para admitirlos o rechazarlos (Artículos 35 y 36).” (Balasso, 2020, Pág. 179).

Igualmente, sobre el control jurídico Balasso (2020) manifiesta que:

La decisión de la Sala Constitucional tiene efectos retroactivos y debe ser publicada en Gaceta Oficial (Artículo 39); mientras que la falta de pronunciamiento de la Sala acarrea responsabilidad disciplinaria de los magistrados que le componen, estando sancionada con la remoción del cargo (Artículo 36). La Sala Constitucional en definitiva, debe resolver la inconstitucionalidad del Decreto cuando no se cumpla con los principios de la Constitución, tratados internacionales sobre derechos humanos o la propia LOEE (Artículo 37), de modo que el alcance del control ejercido por la Sala Constitucional sobre los decretos declaratorios de los Estados de Excepción, tiene carácter integral, porque se extiende tanto a los motivos formales como a los materiales. Pág. 180.

3.. Estudio del Decreto de Estado de Alarma durante la Pandemia Covid-19.

Haciendo uso de las facultades que le concede los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el Gobierno de Nicolás Maduro decretó, el 13 de Marzo de 2020, el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional. La decisión, publicada en la Gaceta Oficial No. 6.519 (Extraordinario) y establecida en el Decreto No. 4.160, se tomó, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela. De igual manera, el decreto tiene como fundamentos jurídicos:

En ejercicio de las atribuciones que me confieren los artículos 83 y 226, así como los numerales 2, 7 y 24 del artículo 236, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 337, 338 y 339 *eiusdem*; concatenados con los artículo 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 15, 17, 18 y 23 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción; lo establecido en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres; el artículo 67, Párrafo Único, de la Ley de Medicamentos; el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Salud, así como los artículos 34 y 62 de dicha Ley Orgánica. Pág. 1.

En lo adelante, Nicolás Maduro podrá adoptar medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. El mencionado Decreto, concatenado con varios artículos de la LOEE, contiene 7 Considerandos, 36 artículos y 12 Disposiciones Finales. Dicho instrumento de Ley está firmado por todos los miembros del Gabinete Ministerial.

Conforme a la Constitución y a la LOEE, el Decreto de Estado de Excepción según Santa (2017) lo conceptualiza como:

Un Decreto presidencial dictado en Consejo de Ministros, que tiene como objeto establecer medidas excepcionales para atender circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, y para las que resultan insuficientes las facultades ordinarias de las que se dispone para hacer frente a esos hechos. Pág. 183.

3.1_. De los Considerandos.

A efectos de este Decreto se consideró, entre otras cosas, que en el país existen circunstancias excepcionales, extraordinarias y coyunturales que motivan la declaratoria de Estado de Excepción y de Alarma, habida cuenta la calamidad pública que lía la epidemia mundial de la enfermedad epidémica Coronavirus, que causa la COVID-19.

Se recuerda, que el día 12 de Marzo del presente año la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como pandemia la enfermedad infecciosa producida por el virus del Coronavirus, que afecta a todos los continentes. Al mismo tiempo, la salud es un derecho social fundamental subsidiario del derecho a la vida, consagrado en el Texto Constitucional. En el Decreto, se deja constancia, que fue el día 13 de Marzo del año 2020, cuando se confirmó la existencia de COVID-19 en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, para Balasso (2020):

La finalidad del decreto, entonces, de acuerdo con el texto de su artículo 1° sería que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. Pág. 133.

3.2_. Implicaciones del Decreto.

Se denomina “Decreto mediante el cual se declara el Estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coranovirus (COVID-19),” y el mismo tiene, entre otras, las siguientes implicaciones:

1) “Todas las autoridades del Poder Público venezolano, en sus ámbitos nacional, estatal y municipal, están obligadas a dar cumplimiento urgente y prioritizado” al mencionado Decreto. (Artículo 2).

2) Se puede ordenar “restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas.” (Artículo 7). Para García (2020):

El artículo 7 advierte que el Presidente de la República puede ordenar restricciones a la circulación en determinadas zonas geográficas, ...indicarán modalidades que permitan la circulación para la adquisición de bienes esenciales, y el desplazamiento de personas del sector salud, o que se desempeñan en otras actividades que no pueden ser objeto de suspensión. Pág. 80.

La Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), divulgará por todos los medios disponibles las condiciones de prestación de los servicios de banca pública y privada, así como el régimen de suspensión de servicios, incluidos los conexos, y el de actividades laborales de sus trabajadores (Artículo 9), a la vez “establecerá las condiciones de prestación de los servicios de banca pública y privada.” (García, 2020, Pág. 82).

4) Se ordena “el uso obligatorio de mascarillas que cubran la boca y nariz en todo tipo de transporte público terrestre, aéreo o marítimo, incluidos los sistemas de Metro, Metrobús, Metrocable, Cabletren y los sistemas ferroviarios, entre otros” (Balasso, 2020, Pág. 134). Y para García (2020) es competencia de “las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la Nación a tomar las previsiones necesarias para hacer cumplir esta regulación.” Pág. 83.

5) Se suspenden las actividades escolares y académicas en todo el territorio nacional a partir del día lunes 16 de marzo. En el artículo 11 del Decreto, opina García (2020): Se suspenden “actividades educativas en todos los niveles, se faculta a los Ministros del sector de educación para dictar Resoluciones con el objeto de regular la reprogramación de actividades académicas, también la implementación de modalidades de educación a distancia o no presencial.” Pág. 81.

6) Se suspenden en todo el territorio nacional todo tipo de espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas, estipulado según García (2020):

En el artículo 12 “en consecuencia, se ordena el cierre de cualquier establecimiento comercial que pueda involucrar aforo público. Ello incluye los parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos o privados (artículo 14). Se exceptúan, sin embargo, las actividades culturales, deportivas y de entretenimiento destinadas a la distracción y el esparcimiento de la población, siempre que su realización no suponga aforo público. (Artículo 14). Pág. 81.

7) Los establecimientos dedicados al expendio de comida y bebidas, podrán permanecer abiertos prestando servicios exclusivamente bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar. “En todo caso, se faculta al Ministro con competencia en materia de salud, en conjunto con el Ministro en materia de alimentación, para regular esta materia.” (García, 2020, Pág. 82).

8) “Los parques, de cualquier tipo; playas, balnearios, públicos o privados, se mantendrán cerrados al público.” (Artículo 14).

9) Se podrán suspender los vuelos hacia el territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo que se estime conveniente. Según García (2020) “se faculta al Ministro del área para dictar las Resoluciones correspondientes. El Instituto Nacional de Aeronáutica Civil mantiene la suspensión de todos los vuelos desde el 17 marzo, si bien permiten los sobrevuelos, aterrizaje y despegue de carga y correo.” Pág. 82.

10) Los establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios públicos o privados, adecuarán sus protocolos a los lineamientos del Ministerio de Salud, de conformidad con la Ley Orgánica que regula el sector. Según García (2020) “el artículo 6 del Decreto se declara en emergencia todo el sistema de salud. Todos los centros de salud públicos y privados deben suministrar información diaria de los casos detectados.” Pág. 80.

11) Conforme al artículo 5, “todas las personas están obligadas a cumplir lo dispuesto en el Decreto y serán individualmente responsables cuando su incumplimiento ponga en riesgo la salud de la ciudadanía, responsabilidad de carácter penal” (García, 2020, Pág. 79). Pudiendo dictar medidas de colaboración para asegurar el cumplimiento de los fines del Decreto.

12) También, “la suspensión de actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación.” (Artículo 8). En efecto, algunas actividades “no pueden ser objeto de suspensión, como las relativas a las industrias de salud y alimentos, transporte, industrias básicas y estratégicas, la prestación de servicios domiciliarios o las señaladas por el Decreto, todas las actividades suspendidas deben cesar de inmediato.”(García, 2020, Pág. 81).

13) El Decreto establece diversas medidas en la salud. García (2020) enumera:

Para el sector salud (i) la necesidad de que los centros de salud adecuen su funcionamiento a los lineamientos del Ministerio del Poder Popular para la Salud (artículo 17); (ii) que los centros de salud atiendan las instrucciones y requerimientos señalados por el Ministerio (artículo 17); (iii) que los centros de salud puedan ser designados o requeridos como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, no estando sujetos a horario, turno o limitación de alguna naturaleza similar; (iv) la orden al Ministerio a que realice un inventario de medicamentos usados en otros países para tratar la COVID-19 (artículo 18), y (v) la orden al Ministerio para que garantice la producción de medicamentos. (Artículo 19). Pág. 82.

14) En cuanto al abastecimiento de bienes y servicios. Conforme al artículo 20 del Decreto, se “establecerán las coordinaciones adecuadas para garantizar pleno abastecimiento esencial a la población de bienes y servicios. Ello podría implicar las medidas de requisición prevista en la LOEE.” (García, 2020, Pág. 83).

15) Según Balasso (2020):

Se establece que el Ministerio con competencia en materia de finanzas tome “las provisiones necesarias para las compras puedan realizarse de manera urgente, a la par que ese Ministerio, conjuntamente con los Ministerios con competencia en materia de salud, comercio interno y exterior, e industrias, garantizará la producción de medicamentos esenciales que estén incluidos en los protocolos de diagnóstico y tratamiento, en sus denominaciones genéricas debiendo priorizar la importación de medicamentos e implementos para el diagnóstico y tratamiento del mismo (Artículo 19). Pág. 149.

16) Según Balasso (2020), el Decreto además prevé:

El Ministro con competencia en materia de relaciones exteriores, en coordinación con la Procuraduría General de la República tomen las medidas en el orden internacional que impidan el efecto nocivo de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas contra el país sobre los procesos de adquisición y traslado de los bienes adquirido en el mercado internacional. (Artículo 18).

17) Se establece el apoyo por parte del Ejecutivo Nacional para las entidades que se encuentren realizando investigaciones sobre la pandemia del coronavirus (COVID-19), para cual establece que “facilitará el aporte de los recursos presupuestarios necesarios que sean requeridos a tales fines y

priorizará los tramites vinculados a las mismas para la definitiva evaluación de sus resultados (Artículo 22).” (Balasso 2020, Pág. 149).

3.3_. Medidas Concurrentes en Caso de Contagio.

1.- Los pacientes sospechosos de haber contraído el coronavirus, así como aquellos en los cuales se hubiere confirmado tal diagnóstico por resultar positivo, permanecerán en cuarentena y en aislamiento hasta que se compruebe mediante el test que ya no representa un riesgo para la propagación del virus. Por otra parte, García (2020) profiere:

Los artículos 23 y siguientes establecen las reglas aplicables para las personas que puedan ser considerados como pacientes sospechosos de contagio o que hayan estado expuestos a pacientes sospechosos. Tales personas deben mantenerse en “cuarentena” por un lapso de dos semanas. El Ministerio deberá dictar unas normas para especificar las condiciones de cuarentena o aislamiento. (Artículo 25). Pág. 83.

2.- “También deberán permanecer en cuarentena o aislamiento las personas que, por alguna de las circunstancias..., hubieren estado expuestos a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19.” (Artículo 24). Si bien es cierto, deben proveer oportunamente a las autoridades competentes en materias de salud, seguridad ciudadana, o de defensa integral de la Nación, “toda información que sirva a los fines de determinar la forma de contagio a la que estuvo expuesta y el alcance que pudiera haber tenido como agente de propagación” (García, 2020, Pág. 83).

3.- “El cumplimiento de la cuarentena o el aislamiento es de carácter obligatorio y se requerirá al sujeto su cumplimiento voluntario” (Artículo 26). “En Venezuela se ha impuesto el cumplimiento de la cuarentena social preventiva general anunciada a mediados de marzo por Nicolás Maduro en todo el país.” (Balasso, 2020, pág. 146) Según Balasso (2020) manifiesta:

Ante la negativa de cumplimiento voluntario las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación, tomarán las previsiones necesarias para mantenerlo en las instalaciones médicas o las que se dispongan para tal fin, en sus residencias o bajo medidas alternativas especiales, si fuere autorizado, o trasladarlo a alguno de dichos lugares si no se encontrare en alguno de ellos. (Artículo 26). (Pág. 145).

Las personas que resultasen contaminadas están en la obligación de “proveer oportunamente a las autoridades competentes en materia de salud toda la información que sirva a los fines de determinar la forma de contagio a la que estuvo expuesta y el alcance que pudiera haber tenido como agente de propagación.” (Artículo 27).

5.- “Los órganos de seguridad pública quedan autorizados a realizar en establecimientos, personas o vehículos las inspecciones que ameriten necesarias cuando existe fundada sospecha de la violación de las disposiciones del Decreto.” (Artículo 28). En consecuencia, García (2020) sostiene:

Podrán tomar las medidas inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del virus. Se faculta al Ministro del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y paz para establecer los parámetros de actuación aplicables a la situación particular que plantea la atención de la epidemia. Pág. 83.

6.- “Las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación dispondrán los espacios que servirán de aislamiento para los casos de cuarentena que se requieran.” (Artículo 29). Para García (2020):

En el artículo 21 del Decreto se faculta a las autoridades competentes en materia de salud para evaluar las condiciones de seguridad de las edificaciones hospitalarias, a los fines de ordenar las obras de reacondicionamiento que se requieran a corto plazo, así como la construcción de obras de carácter temporal o permanente necesarias para que, coordinadamente con el Sistema de Protección Civil y Administración de Desastres, respondan a la emergencia sanitaria. Pág. 82.

7.- Cabe destacar que, según Balasso (2020):

En emergencia permanente el sistema de salud para la prevención y atención de los casos que se puedan presentar, con la orden de que todas las autoridades sanitarias y demás personal adscrito a establecimientos públicos de salud (sin importar el nivel territorial de que se trate) cumplan las órdenes directas emanadas del Ministerio del Poder Popular para la Salud, en cuanto sean necesarias para responder a la emergencia sanitaria (Artículo 6). Pág. 148.

8.- Según Balasso (2020) se ordena al Ministerio para la Salud hacer:

Un inventario tanto de los medicamentos como de los equipos de protección personal, usados en otros países para tratar la enfermedad epidémica a fin de que indique lo conducente para tramitar la compra de medicamentos, trajes de protección para el personal médico, enfermeras y demás funcionarios que apoyen al sistema público de salud. Pág. 149.

4_. La Implementación del Decreto.

Para la implementación de este Decreto se creó una Comisión Presidencial, la cual tendrá, entre otras funciones, la de coordinar con todos los órganos y entes involucrados, todos los protocolos emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS). “Los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, así como las empresas y demás formas asociativas privadas, están en la obligación de colaborar con la Comisión COVID 19 en el ejercicio de sus funciones.” (Artículo 36), establece el instrumento.

A la par, la Vicepresidenta Ejecutiva es la encargada de la ejecución del Decreto. Evidentemente, el Decreto crea la Comisión Presidencial para la Prevención y Control del Coronavirus (COVID-19). Por tanto, García (2020) asevera que tendrá por “objeto coordinar y asesorar todo lo relativo a la implementación de las medidas que sean necesarias adoptar para frenar y controlar la propagación de la pandemia del Coronavirus (artículo 30 y siguientes).” Pág. 84.

También, según el artículo 35 “los gastos que pudiera generar el funcionamiento de la Comisión se imputarán con cargo al Presupuesto.” Así mismo, Balasso (2020) expone:

Tiene el deber de informar diariamente al Presidente sobre las actividades desarrolladas y los avances alcanzados, asesorar al Presidente sobre las medidas a adoptarse la prevención y combate de la pandemia y coordinar su implementación, adoptar los protocolos de la Organización Mundial de la Salud, dotar los centros de salud, supervisar la base de datos y la información relativa a los casos diagnosticados y en observación, coordinar la actuación de todos los órganos de seguridad ciudadana y los demás que le correspondan en su rol de órganos asesor-coordinador en los asuntos relativos a la pandemia Coronavirus. Pág. 152.

Por lo demás, según Balasso (2020) explica:

En todo caso, delegaren la Vicepresidenta Ejecutiva, en consulta con los Ministros del poder Popular que conforman el Gabinete Ejecutivo con competencia en materia de salud, defensa, relaciones interiores, transporte, comercio, alimentación y servicios públicos domiciliarios, para que pueda ordenar mediante Resolución la suspensión de otras actividades, distintas a las indicadas en este artículo cuando ello resulte necesario para fortalecer las acciones de mitigación de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19). Pág. 155.

4.1_. Sobre los Procesos Judiciales y Administrativos.

Al mismo tiempo, el régimen aplicable a los procesos judiciales según García (2020) asiente:

En la Disposición Final Quinta del Decreto exhorta al Tribunal Supremo de Justicia a tomar las previsiones normativas pertinentes que permitan regular las distintas situaciones resultantes de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades y sus efectos sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran. Pág. 84.

De esta manera, el Régimen aplicable a los procesos administrativos según García (2020) ratifica:

Por su parte, conforme la Disposición Final Sexta, la suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueren dictadas, no podrán ser considerada causa imputable al interesado, pero tampoco podrá ser invocada como mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la Administración Pública. En todo caso, una vez cesada la suspensión o restricción, la Administración deberá reanudar inmediatamente el procedimiento. Pág. 84.

4.2_. Controles del Decreto.

En todo caso, el artículo 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece textualmente:

El Decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado, dentro de los ocho (8) días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. Pág. 99.

Sin duda, el mencionado Decreto, en la Disposición Final número 11 indica sólo lo siguiente: "Este Decreto será remitido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronuncie sobre su constitucionalidad." Por su parte, Balasso (2020):

A todo evento, habida cuenta de las circunstancias imperantes en Venezuela, donde -por una parte- la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado en desacato reiterado y futuro- indeterminado en el tiempo- a la Asamblea Nacional, cuya existencia, sin embargo reconoce, incluso mediante un insólito

pronunciamiento que excede por completo el ámbito de la sentencia dentro de la cual fue dictado, y por otra, la Asamblea Nacional ha desconocido a Nicolás Maduro como Presidente de la República, quien ha igualmente refutado la legitimidad de la Asamblea Nacional, lo cierto es que ni el Decreto primigenio N° 4.160, ni aquel por el cual se declaró su prorrogación, ni ningún otro, fue o ha sido enviado a la Asamblea Nacional; quién evidentemente tampoco se ha pronunciado al respecto, por considerar que se trata de actos que son ilegítimos, al no reconocer la investidura de Presidente de la República de su autor. Paradójicamente, tampoco el grupo de diputados a la Asamblea Nacional que reconoce a Nicolás Maduro como Presidente de la República, ha emitido pronunciamiento alguno al respecto. Pág. 178.

En el caso del Decreto, el cual, Nicolás Maduro declaró la existencia del Estado de Alarma en el territorio nacional, el 24 de marzo de 2020 se difundió un mensaje por la red social Facebook del Tribunal Supremo de Justicia que anunciaba según Balasso (2020):

La Sala Constitucional había declarado su constitucionalidad mediante sentencia N° 0057-2020, con ponencia conjunta, señalando que el referido decreto fue dictado en cumplimiento de todos los parámetros que prevé el Texto Fundamental, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y demás instrumentos jurídicos aplicables, preservando los derechos humanos y en protección del Texto Fundamental, el Estado, sus instituciones y el pueblo, razón por la que declaró que el mismo entró en vigencia desde que fue dictado y que su legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídico-constitucional se mantiene irrevocablemente incólume, conforme a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pág. 180.

Si bien es cierto, que la sentencia no lleva a cabo un control de la constitucionalidad del Decreto, ésta hace una ponderación de las circunstancias fácticas que rodearon la decisión en contraste con su juridicidad. Para Rondón De Sansó (1992):

La Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), Artículo 27, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles en su artículo 4, Párrafo Tercero, exigen en caso de suspensión de garantías, a los Estados de la Organización, que informen inmediatamente a los otros Estados, por conducto de la Secretaría General de la OEA, las disposiciones cuya aplicación haya sido suspendida, los motivos que la han suscitado, y, posteriormente, la fecha de cesa de la medida. Pág. 64.

A ese fenómeno jurídico, que todavía existe, hoy en el 2020, es el Control Internacional del Estado de Excepción, también llamado Control de Convencionalidad.

4.3_. Vigencia.

Finalmente, en las Disposición Transitoria, Final Octava se establece que el Decreto, “tendrá una vigencia de 30 días, prorrogables por igual período, hasta tanto se estime adecuada el estado de contención de la enfermedad

epidémica coronavirus (COVID-19) o sus posibles cepas, y controlados sus factores de contagio.”

CONCLUSIONES

Para concluir, el régimen de un Estado de Excepción en concreto, el Decreto de Alarma originado por la pandemia del Coronavirus, se fundamenta única y exclusivamente para atender las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, producidos por la crisis del coronavirus (COVID-19); que en consecuencia, para la normativa ordinaria resulta insuficientes las facultades de las cuales se disponen, todo ello para hacer frente a tales hechos es mediante un derecho de excepción. De allí pues, este es el elemento clave y fundamental para justificar un Estado de Excepción.

Si bien es cierto, que las medidas a adoptar se basan porque las facultades jurídicas de los órganos y entes públicos no resultan suficientes para hacer frente a los hechos, para poder dictarlas, exceden de lo que está previsto y reglado en las leyes, resulta indispensable entonces, para poder decretarlas, hacer uso de la potestad de restringir las garantías constitucionales de los derechos, como lo expresa el Texto Fundamental, para regular las limitaciones y restricciones de los derechos. Todo ello, conlleva a ampliar las facultades del Ejecutivo Nacional a la hora de afrontar las circunstancias fácticas excepcionales conforme a derecho. En consecuencia, asume la potestad de ordenar las medidas que considere convenientes, para enfrentar la pandemia, decretando otras medidas restrictivas.

La Constitución tiene previstos mecanismos excepcionales de decisión y controles adaptados a los escenarios de emergencia, que permitan responder oportunamente a la situación, pero que hacen posible, aún en estas circunstancias, la limitación del poder. Sin duda, la dicotomía existente en distintos ámbitos entre la declaratoria del Estado de Excepción decretado con ocasión de la pandemia del Coronavirus, y la realidad imperante que se ha vivido en el país desde mediados del mes de marzo, nos lleva a una incertidumbre jurídica en el goce de las garantías constitucionales.

Es por ello que, la pandemia mundial causada por el COVID-19 ha tomado a la humanidad por sorpresa. Las medidas implementadas por el Decreto están destinadas para enfrentar tal fenómeno de contagio como es ésta epidemia, que afecta la salud pública, además de su reacción rápida y multidimensional en los campos de la economía, la ciencia, la producción de determinados bienes y servicios, intercambio de información y comunicación, cooperación tecnológica y el desarrollo de fármacos, medicamentos e insumos hospitalarios, al mismo tiempo, se debe reestructurar en la post-pandemia el funcionamiento del Estado, dando importancia a lo público como lo privado, en sana armonía, siendo el Estado una institución fundamental para hacer frente al problema de la salud pública que ha causado la pandemia, mediante un ejercicio democrático sometido a Derecho, garante de los libertades de todos y eficaz en su actuaciones.

Finalmente, el Estado de Excepción y los Poderes de Emergencia se mantienen dentro de los límites que la razón jurídica impone. Las facultades extraordinarias que se le atribuyen al Ejecutivo Nacional pueden ser necesarias para enfrentar los acontecimientos que pongan en grave peligro la vida organizada de la comunidad en el Estado, si bien es cierto se debe adaptar los principios jurídicos a la situación emergente, no deja de someterse estos poderes a la Constitución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez, F. (2020) Estado de Alarma o de Excepción. En *“Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XL.”* Universidad de Salamanca. Salamanca, España.

Balasso, C. (2020) La Autopsia de un Decreto. Sobre el contraste existente entre el Decreto por el cual se declaró el Estado de Alarma con ocasión del Coronavirus, el Marco Regulatorio Aplicable y la Situación vivida en Venezuela desde mediados de Marzo de 2020 en *“Estudios Jurídicos sobre la Pandemia.”* Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios N°123 (1). Págs. 123-183.

Borea, A. (1995) La Evolución de las garantías Constitucionales y el Estado de Derecho en América Latina, *“En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.”* Primera Edición. Konrad Adenauer-Stiftung, CIEDLA, AVDC, ACDC y Biblioteca Jurídica DIKE. Caracas, Venezuela. Págs. 259-280.

Cabanellas, G. (2009) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* (31° Edición). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2018) *“Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad de los Derechos Humanos.”* Consultado el 17 de Octubre de 2020. Recuperado de: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios universalidad.pdf>

Echeverri, S. (2014) *“Los Estados de Excepción en Colombia, Un Estudio de caso.”* Revista CES Derecho. Vol. 5 N° 1. Universidad CS. Medellín, Colombia. Pág. 6-17.

Fernández, J. (2009) *“Temas de Derecho Constitucional: Especial Referencia a la Jurisprudencia de la Sala Constitucional.”* ULA y Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.

García, C. (2020) El Decreto de Estado de Alarma: Alcance y Consecuencias Prácticas en *“Estudios Jurídicos Sobre la Pandemia.”* Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios N°123 (2). Págs. 71-85.

Peña, J. (2008) *“Lecciones de Derecho Constitucional General. Vol. I. Tomo II.”* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela.

Rondón de Sansó, H. (1992) *“Los Estados de Excepción en el Derecho Venezolano.”* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Sánchez, E. (1997) "*Derecho Constitucional: Guías y Materiales para su Estudio por Libre Escolaridad.*" 3° Edición. Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela.

Santana, G. (2017) "*El Estado de Excepción a Partir de la Constitución de 1999.*" (Colección Monografías N° 5). Caracas, Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana.

Santana, G. (2020) "*Venezuela y el Estado de Alarma por el Covid-19. En 'Estudios Jurídicos sobre la Pandemia.'*" Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios N°123 (3), Págs. 55-70.

Zovatto, D. (1990) "*Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina.*" Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José.

Gaceta Oficial N° 36.860 del 24 de Marzo 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000).

Gaceta Oficial N° 37.261 del 15 Agosto de 2001. Ley Orgánica de Estados de Excepción (2001).

Gaceta Oficial N° 37.594 del 18 de Diciembre de 2002. Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación.

Gaceta Oficial N° 37.475 del 01 de Julio de 2002. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (2002).

Gaceta Oficial N° 6.519 del 13 de Marzo 2020. República Bolivariana de Venezuela. Decreto Que declara el Estado de Alarma para Atender la Emergencia Sanitaria del Coronavirus (COVID-19).

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERDICTOS EN EL SISTEMA JURÍDICO VENEZOLANO

SENTENCIA N° RC 000101 DE FECHA 13 DE AGOSTO
DE 2020 POR LA SCC-TSJ.

Luís Alberto Martínez Chacón (1)

Recepción: 08 de Noviembre de 2020 Aceptación: 10 de Noviembre de 2020

1.- Exposición del Caso.

Los interdictos en el ordenamiento jurídico venezolano se establecen en los artículos del 783 al 786, y, han sido caracterizados por ser “una figura jurídica destinada a garantizar la paz social, mediante el uso de un proceso judicial breve, que protege al poseedor de un bien.” (Núñez, 1988: 15).⁽²⁾ La Sentencia RC 000101 de fecha 13 de Agosto de 2020, dictada en el expediente 2017-000181 por la SCC-TSJ con ponencia del Magistrado Yván Darío Bastardo F.,⁽³⁾ objeto del presente análisis versa específicamente sobre el interdicto de Despojo contemplado en el artículo 783 del CCV.⁽⁴⁾ Aún cuando los interdictos posesorios tienen un procedimiento especial establecido en los artículos del 699 al 711 del C.P.C.,⁽⁵⁾ desde el 22 de Mayo de 2001, fecha en que se dictó la Sentencia N° 132, Expediente Número 00-0202,⁽⁶⁾ de esa misma Sala, ha sido muy controversial el procedimiento en materia interdictal, dado que este fue modificado, a partir de la publicación de la Sentencia, agregando un lapso para que el querellado haga alegatos antes de la promoción probatoria.

Algunos opinan Mata (2003) “un gran avance en materia de resguardo al debido proceso y al derecho a la defensa.” Pág. 58;⁽⁷⁾ otros como Trujillo (2011) por el contrario opinan que los cambios “generaron importantes efectos negativos en la sustanciación de los juicios en materia de interdictos posesorios.” Pág. 72.⁽⁸⁾ Indistintamente de la opinión que pueda tener el foro jurídico, todos concuerdan en que se hace de suma importancia mantenerse al día sobre los criterios jurisprudenciales emitidos por la SCC-TSJ en torno a la materia, pues, aún cuando el artículo 7 del CCV dispone otra cosa, en general, **el derecho tiende a ser cada vez más Jurisprudencial y -en opinión de algunos- menos legal.**

(1) Abogado (2018) Egresado de la Bicenturia de Aragua Aspirante al Título de Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Bicentenario de Aragua (UBA). Abogado Litigante en el Área Civil y Mercantil. Investigador Auxiliar del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GROVOM). Correo Electrónico: albertomchacon96@gmail.com.

(2) Núñez, E. (1988) “Los Interdictos.” Vadell Hermanos, Caracas, Venezuela. Págs. 98.

(3) Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 000101, expediente N° 2017-000181 de Fecha 13 de Agosto de 2020, Magistrado Ponente Iván Darío Bastardo Flores.

(4) Gaceta Oficial Extraordinaria 2.990 de Fecha del 26 de Julio de 1982. Código Civil Venezolano.

(5) Gaceta Oficial Extraordinaria 4.209 de Fecha del 18 de Septiembre de 1990. Código de Procedimiento Civil.

(6) Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 132 de Fecha 22 de Mayo de 2001, Expediente N° 00-0202. Magistrado Ponente Carlos Oberto Vélez.

(7) Mata, N. (2003) “Importancia y uso de los Documentos como Material Probático en los Interdictos Posesorios como Medio para Garantizar la Paz Social” Proyecto de Trabajo Especial de Grado para Optar por el Título de Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Noviembre 2003.

(8) Trujillo, L. (2011) “Procedimiento de Interdictos Posesorios en Función del Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva,” en el Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela.

2_. Tópicos Tratados en la Sentencia Bajo Análisis

2.1_. La Inmotivación y la Tutela Judicial Efectiva.

La Sala expresa en su motivación que la sentencia recurrida está viciada por inmotivación al dar por demostrada la posesión alegada por la querellante valorando sólo las pruebas documentales -lo que la sala calificó como un grave vicio en la valoración de las pruebas- y sin valorar los testimonios promovidos en juicio, lo que, según la Sala, configura una infracción al artículo 243 ordinal 4 del CPC, relativo al deber del juez de motivar su sentencia, al no tener la sentencia recurrida ningún motivo de hecho o de derecho que pueda sustentar el dispositivo. El deber de motivación, según Joan Picó i Junoy (Badell 2017).⁽⁹⁾

No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional; se trata de que la tutela judicial efectiva se anude con los extremos sometidos por las partes a debate. Pág. 116.

El criterio del autor antes expuesto, citado por Badell (2017), coincide con la SC-TSJ, en Sentencia de fecha 26 de Enero de 2001, N° 72, dictada en el Expediente N° 00-2806 con Ponencia del Magistrado Jesús E. Cabrera Romero,⁽¹⁰⁾ en cuanto, a que ponen de manifiesto la relación existente entre la motivación de las sentencias y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, lo que la Sala arguye es, que la recurrida incluye en una de las modalidades de inmotivación absoluta (Sentencia N° 125 de Fecha 26/04/2000 de la misma Sala),⁽¹¹⁾ dicho sea de paso, la más radical de todas, la ausencia total, esto es, ausencia material de argumentos de hecho y de derecho, argumento que resulta refutado por la propia sala que casó la sentencia al citar los argumentos ofrecidos por la recurrida, dado que la inmotivación por ausencia materia se da cuando no aparece escrito en la sentencia ningún motivo de la decisión. Lo anterior difiere por mucho de lo que la propia sentencia de la sala de casación expone, que la recurrida yerra en la valoración de las pruebas, al dar por probada la posesión con un medio inidóneo para ello y por no valorar los testimonios evacuados. Es doctrina de la Sala que las fallas en que incurra el juez en materia de valoración de las pruebas al dictar sus sentencias, constituyen vicios *In Iudicando* incluso el silencio probatorio (Cfr. Fecha 14 de Junio de 2000, N° 204⁽¹²⁾ y Sentencia N° RC000627, de Fecha 11 de Agosto de 2016).⁽¹³⁾

(9) Badell, A. (2017) "La Sentencia Civil. Tendencias Jurisprudenciales," en Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello, Dirección General de Post Grado. Caracas, Octubre 2017.

(10) Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 72 de Fecha 26 de Enero de 2001, Expediente N° 00-2806. Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero.

(11) Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 125 de Fecha 26 de Abril de 2000, Expediente N° 99-302. Magistrado Ponente Antonio Ramírez Jiménez.

(12) Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 204 de Fecha 22 de Junio de 2001, Expediente N° 99-597. Magistrado Ponente Franklin Arrieché Gutiérrez.

(13) Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, Expediente N° 2015-000627 de Fecha 11 de Agosto de 2016. Magistrado Ponente Guillermo Blanco Vázquez.

2.2_. *Legitimatio ad Causam* y Presupuestos de Procedencia.

La cualidad, en los términos del célebre jurista Luis Loreto se define como: “la relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada, y la persona abstracta a quien la ley concede la acción o la persona contra quien se concede y contra quien se ejercita en tal manera” (citado por la SPA-TSJ, Sentencia N° 1116 de Fecha 19/09/2002).⁽¹⁴⁾ De ese modo se desprendería del contenido del artículo 783 del CCV la cualidad activa y pasiva de las acciones interdentales restitutorias.

En este sentido se expresa Kummerow (1980) “el actor debe demostrar su posesión (cualquiera que ella sea), y que la misma subsistía para el momento en que fue ejecutado el despojo.” Pág. 208;⁽¹⁵⁾ entendiendo que la cualidad activa no es otra que la de poseedor, y la cualidad pasiva: “sujetos pasivos en la relación procesal pueden serlo: el autor del despojo, el mandante -a quien se equiparan aquel en cuyo interés haya sido cometido el despojo y aquellos que se hubieren aprovechado de él.” Pág. 209.

En la sentencia bajo análisis la Sala dispone:

De dicha norma se desprenden los supuestos de procedencia de la acción interdictal restitutoria, que el juez debe analizar indefectiblemente de forma concurrente, al momento de decidir, que son los siguientes: 1) Que el querellante sea el poseedor del bien objeto de litigio, sea ésta posesión de cualquier naturaleza. Que exista posesión. 2) Que el querellante haya sido despojado de la posesión, bien sea de una cosa mueble o inmueble. Que se haya producido el despojo. 3) Que el querellado sea el autor de los hechos calificados como despojo. 4) Que exista identidad entre el bien detentado por el querellado y el bien señalado como objeto del despojo por parte del querellante. 5) Que no haya transcurrido el lapso de caducidad de la acción, vale decir, que la acción se intente dentro del año siguiente al despojo.

De modo que tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que lo primero que ha de probarse es la posesión alegada por el querellante y la ocurrencia del despojo por causa del querellado, dado que estos elementos constituyen la cualidad necesaria para sostener en juicio la relación jurídico procesal entre las partes, y a la vez constituyen los más básicos presupuestos de procedencia de la querrela interdictal.

2.3_. La Posesión y su Prueba.

En principio, el artículo 49.1 de la Constitución⁽¹⁶⁾ indica entre otros derechos, el de acceso a las pruebas como parte del derecho a la defensa de los justiciables. De una interpretación con efecto irradiante del contenido de este derecho hacia la norma del 395 del CPC, la libertad probatoria se elevaría

(14) Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia N° 1116 Expediente N° 13353 de Fecha 19 de Agosto de 2016. Magistrado Ponente Levis Ignacio Zerpa.

(15) Kummerow, G. (1980) “Compendio de Bienes y Derechos Reales.” Paredes Editores, Caracas 1980. Págs. 514.

(16) Gaceta Oficial Extraordinaria 5.908 de Fecha del 19 de Febrero de 2009. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

a la categoría de derecho fundamental, por lo que las partes en todo proceso judicial o administrativo, incluyendo las querellas interdentales restitutorias, tendrían el derecho a promover cualquier medio de prueba que consideren conducente para demostrar sus derechos en juicio. Ello no obsta que según Rivera (2013) “si bien se consagra el principio de libertad probatoria, no se puede dejar de resaltar que el Juez puede desechar la pruebas que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes.” Pág. 166.⁽¹⁷⁾ Sobre estas últimas Rodríguez (2011) dice “lo pertinente es aquello que puede producir una cierta adecuación con los hechos controvertidos que se tratan en el proceso.” Pág. 5.⁽¹⁸⁾

Las anteriores consideraciones son pertinentes dado que la sentencia se ha expresado abundantemente sobre la doctrina jurisprudencial venezolana en torno a la valoración de las pruebas instrumentales en los juicios interdentales de despojo y su conducencia para demostrar la posesión:

Y en este sentido considera la Sala, que el título de propiedad ayuda a colorear la posesión sólo si existen otros elementos de hecho que la comprueban; es decir, se pueden consultar títulos, pero sólo para caracterizar los hechos de posesión sobre la cual debe pronunciarse una decisión, y serviría para colorear un acto que toca el *animus dominis* de la posesión, alegado por el querellante, de manera que, el efecto *ad colarandum possessionis* del título de propiedad del querellante poca importancia, si no ninguna, tiene en los interdictos posesorios.

Resulta lógico el argumento, de que difícilmente un título pueda demostrar la posesión que es sui generis emanando de los hechos que la constituyen, sugiere el jurisdicente la prueba de testigos como la más idónea para probar la posesión, aunque menciona la posibilidad de usar otros medios de prueba, y en opinión de este autor, podrían servir los medios de prueba libre, o meramente representativos, o bien, llamados también documentos representativos (ver Sentencia N° RC000720, SCC-TSJ de Fecha 01/12/2015)⁽¹⁹⁾ Por otro lado, si los títulos de propiedad según la Sala no tienen importancia en materia interdictal, deberían inadmitirse por ser impertinentes, dado que en esos juicios se discute la posesión y no la propiedad

2.4_. Reconvencción en Materia Interdictal.

La SCC-TSJ venezolana estableció al respecto lo siguiente, en la sentencia sometida a este análisis, respecto de la reconvencción que hiciera el querellado:

Así pues como se ha venido señalando, el procedimiento interdictal posesorio (...) no posee un acto de contestación a la demanda de conformidad con el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil; de esta forma, observa esta Sala, que para la interposición de la reconvencción

(17) Rivera, R. (2013) “Las Pruebas en el Proceso Venezolano.” Editor Librería J Rincón G. CA, Barquisimeto, Lara. Págs. 1054.

(18) Rodríguez, L. (2011) “Pruebas.” Editorial Livrosca CA, Caracas, Venezuela. Págs. 661.

(19) Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° RC-000720 de Fecha 01 de Diciembre de 2015, Expediente N° 2015-000365, Magistrado Ponente Marisela Godoy Estaba.

como pretensión autónoma que es, imprescindible realizarla en el acto de contestación de la demanda, acto el cual no se encuentra tipificado en el presente procedimiento interdictal, por lo cual resulta inadmisibles la reconvencción.

Aunque la aludida sentencia cita en sus argumentos el artículo 366 del CPC, argumenta que no es posible hacer la reconvencción en el procedimiento interdictal dado que este último no tiene una etapa de contestación según lo establecido en el artículo 701 *eiusdem*, es acertada la dispositiva, pero poco plausible su motivación, dado que en primer lugar el procedimiento interdictal restitutorio si tiene una etapa para contestar la querrela interdictal (ver Sentencias N° 132 de Fecha 22 de Mayo de 2001 y la N° RC0046 de Fecha 18 de Febrero de 2004 dictadas por la SCC-TSJ y la Sentencia N° 1717 de Fecha 26 de Julio de 2002 SC-TSJ).⁽²⁰⁾

En segundo lugar, pero más importante aún, la incompatibilidad a que se refiere el artículo 366 *eiusdem*, es la que existe entre el procedimiento ordinario y el procedimiento especial, siendo la querrela interdictal un procedimiento especial, que resulta incompatible con el procedimiento ordinario.



(20) Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia N° 1717 de Fecha 18 de Febrero de 2004, Expediente N° 02-0458. Magistrado Ponente Carlos Oberto Vélez.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NIEMBRO, ROBERTO. (2019) *“LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.”* FILOSOFÍA Y DERECHO. MARCIAL PONS. MADRID, ESPAÑA. PÁGS. 285.

Angello J. Peña B ⁽¹⁾



Recepción: 10 de Noviembre de 2020 Aceptación: 11 de Noviembre de 2020

Roberto Niembro, Mexicano, escribe una obra excepcional sobre la relación entre justicia constitucional y democracia. Se trata de un libro que no se limita a señalar los rasgos comunes de la justicia constitucional, como su carácter contra-mayoritario,⁽²⁾ o que se configura como una forma aristocrática⁽³⁾ del ejercicio del poder. Busca, en su lugar, generar alternativas que permitan aligerar las tensiones que, en no pocas oportunidades, suelen presentarse entre los jueces constitucionales y la democracia.

Con base en el paradigma discursivo, su objeto principal es defender un modelo dialógico de justicia constitucional, como una vía alternativa a las posiciones de la supremacía judicial (soberanía judicial) y la supremacía parlamentaria (Soberanía Parlamentaria). Un punto medio entre, el Juez Hércules⁽⁴⁾ y el Parlamento como representante por excelencia de la soberanía popular.

El autor, comienza estudiando los problemas que implica el control judicial de la constitucionalidad. Así, señala que en cuanto a la última palabra interpretativa de un Tribunal “la doctrina que dicte en cualquier proceso de su conocimiento, cuyo objeto sea o no el control de la ley, es vinculante para el legislador y/o el ejecutivo.” Otro de los pilares de la supremacía judicial, sería la última palabra sobre el control de la constitucionalidad, en el cual, “se refiere a quién tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución.” Pág. 48.

La supremacía judicial, es una tendencia arraigada en la mayoría de los Estados constitucionales actualmente. En Europa, esta tendencia se hizo notar después de la segunda guerra mundial con las transformaciones del Estado contemporáneo y el nacimiento de las nuevas constituciones. Muy especialmente, la supremacía judicial también ha encontrado gran acogida en la labor activista de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Se trata, de una concepción del rol del Juez como guardián de la Constitución, mejor posicionado que los demás poderes del Estado en lo relacionado a asuntos de índole constitucional. Situación, que en efecto le otorga un rango superior respecto de los demás poderes, por cuanto tener la última palabra sobre qué es constitucional y qué no, es sin dudas, un gran poder.

(1) Abogado Summa Cum Laude Egresado de la Universidad de Los Andes. Investigador Auxiliar del Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes.

(2) Véase Bickel, A. (1986) “The Least Dangerous Branch.” Yale University Press, 2nd. ed., New Haven, U.S.A.

(3) Véase Nino, C. (1997) “La Constitución de la Democracia Deliberativa.” Editorial Gedisa, Barcelona, España. Pág. 259.

(4) Véase Dworkin, R. (1989) “Los Derechos en Serio.” Editorial Ariel, 2da. ed., Barcelona, España. Pág. 177. El Juez que se busca en este modelo, por el contrario, es Pericles. La referencia a Pericles se hace, por cuanto fue un Juez en los albores de la democracia Ateniese, quien se destacaba por la reflexión y deliberación.

Los argumentos para sostener esta postura, son básicamente los siguientes: a) La Constitución es una norma jurídica; b) En consecuencia, los Jueces se encuentran mejor posicionados para interpretar la Constitución por cuanto se trata de un poder independiente e imparcial; c) Los Jueces se encuentran especializados en asuntos jurídicos; y d) Centralizando la función en los Jueces, no habría una anarquía interpretativa en el ordenamiento jurídico del Estado.

Niembro realiza una crítica sobre esta concepción teórica, puntualizando los argumentos en contra de tales rasgos que, en el Derecho Constitucional Comparado se señalan. Así, a modo de ejemplo, nutritivamente examina la **Sentencia del Tribunal Constitucional de España 31/2010**, sobre el "*Estatuto de Cataluña*,"⁽⁵⁾ como un claro ejemplo de supremacía interpretativa de los jueces. En tal precedente, se señala que "el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica -e indiscutible- de las categorías y principios constitucionales."

En ese sentido, el autor de la obra arguye en contraposición a la supremacía judicial, que la supremacía constitucional no requiere indispensablemente de "control judicial y menos aún de la supremacía judicial. En efecto, es perfectamente posible imaginar un sistema en el que las leyes son jerárquicamente inferiores a la Constitución, pero sin control judicial." Pág. 66. Casos en el constitucionalismo comparado donde se encuentra un sistema como el planteado, son los de Inglaterra hasta hace unos años y, actualmente, como ocurre en Canadá.⁽⁶⁾

Una crítica adicional a la supremacía judicial, es que permite a los jueces "inmiscuirse en mayor medida en la esfera del poder legislativo, elevando la exigencia de justificación de las decisiones legislativas, este control recíproco no ha sido aplicado las sentencias de los tribunales," y, continúa señalando el autor que es así, por cuanto, "al mismo tiempo que se promueve una mejor argumentación de las sentencias, se ha fortalecido la posición de los tribunales a tal medida que los ha convertido en instituciones cerradas a la crítica del legislador." Pág. 70.

Asimismo, en los parlamentos suelen haber cientos de personas que fungen como representantes del pueblo. En cambio, en un Tribunal o Sala Constitucional, se encuentra una agrupación muy reducida que incluso, no ha sido elegida popularmente. De esta forma, la pluralidad de puntos de vista está más presente en un Parlamento que en un Tribunal, lo cual permite mayor conexión del pueblo con las instituciones, en el caso del órgano legislativo.

Por otro lado, la teoría discursiva, propone un diseño institucional en el que se propicia una discusión constitucional abierta, justa e igualitaria que permita que sean los mejores argumentos los que se ganen la batalla dialógica. Una posible vía racional en la dicotomía de la soberanía judicial y soberanía

(5) Tribunal Constitucional. Sentencia 31/2010, de fecha 28 de Junio de 2010. BOE-A-2010-11409. Disponible en: https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409.

(6) La Carta Canadiense de Derechos y Libertades, señala en su artículo 33 que: "(1) El Parlamento o la legislatura de una Provincia puede promulgar una Ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable independientemente de alguna disposición comprendida en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta. (2) La Ley o una disposición de la Ley con respecto de la que esté en vigor una declaración bajo este artículo tendrá el efecto que tendría con excepción de la provisión de esta Carta, a la que se hace referencia en la Declaración. (3) Una Declaración efectuada bajo el Párrafo (1) cesará de ser aplicable cinco años después de su entrada en vigor o tan pronto como se especifique en la declaración. (4) El Parlamento o la Legislatura de una Provincia puede adoptar de nuevo una declaración efectuada bajo el Párrafo (1). (5) El Párrafo (3) se aplica con respecto a toda declaración adoptada bajo el régimen del Párrafo (4)." En este modelo, el Legislador es quien tiene la última palabra sobre el control de la constitucionalidad, por cuanto puede revertir una sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de una Ley o parte de sus artículos, y así imposibilitar que pueda ser declarada inconstitucional.

parlamentaria, es precisamente la que pregona el "Constitucionalismo Cooperativo,"⁽⁷⁾ mediante el cual, los tribunales deliberan, pero sus decisiones no se imponen a la voluntad del Parlamento.

El rol de la justicia constitucional, en ese sentido, sería el de "un colaborador más en la construcción del significado constitucional (de ahí la razón para incluirlo en las teorías cooperativas), que si bien hace aportaciones al sistema a través de medidas coercitivas y comunicativas" -continúa el autor- no debe "pretender apropiarse del sentido de la Constitución." Pág. 121.

Una de las formas en que se puede institucionalizar el diálogo en este modelo teórico, es en los procesos judiciales. Naturalmente, se trata de un espacio de participación no electoral⁽⁸⁾ en el que puede tener participación aquella persona que es excluida de la élite y el espacio político. Bajo esta idea, la deliberación en los órganos judiciales puede darse "en las distintas fases del proceso y entre diversos participantes. Lo más común es que a lo largo del proceso y antes de dictar sentencia el diálogo se entable entre los jueces y participantes en el proceso" y una vez llegado a la fase de decisión, "entonces el diálogo se reduce a los jueces que son los que toman la decisión." Pág. 183.

El Poder Judicial, además, según esta teoría puede dialogar con el Poder Legislativo. Por ejemplo, el Juez puede verificar que en el proceso parlamentario de realización de una ley, haya discusión y publicidad de la misma. El mismo razonamiento aplica para las reformas constitucionales en las que no basta que sean aprobadas por el pueblo, sino que necesitan discusión y participación.

En la vigilancia de esta participación sobre asuntos de interés público-constitucional, un Tribunal Constitucional puede cooperar con la deliberación de las instituciones de la democracia representativa, de la siguiente forma: "a) ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados; b) proveer de nuevos argumentos, y c) impugnar otros ya dados (p. ej. resultantes de la falta de información, el prejuicio, o impulsos de índole meramente perfeccionista)." Pág. 256.

Así, el modelo deliberativo de justicia constitucional, se configura como una herramienta que incentiva el diálogo entre el Poder Legislativo y el máximo órgano judicial en asuntos constitucionales. Es, asimismo, una propuesta de diseño de la Constitución que permite una reconfiguración del Poder Público, especialmente en lo relacionado al Poder Judicial. Esta obra, constituye un aporte a la discusión sobre justicia constitucional y democracia, y demuestra el crecimiento intelectual de América Latina en la discusión sobre tales temas medulares de la Ciencia Jurídica y Política.

(7) Véase Dixon, R. (2007) "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007)." International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1536716>. Pág. 393.

(8) Las elecciones periódicas, no constituyen espacios suficientes para la deliberación democrática. Por tal razón, la creación de modelos de diálogo no electoral, resulta ideal para fortalecer la legitimidad democrática de las instituciones. Sobre todo, de aquellas instituciones que como los Tribunales, no tienen origen democrático directo.

Estado de Derecho Rechtsstaat



Derecho ula

PUBLICACIONES

ARTÍCULOS

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN:
TRANSPOLACIÓN DE LA VISIÓN DE SCHMITT Y KELSEN AL CASO VENEZOLANO

JUAN CARMONA

LOS SERVICIOS PÚBLICOS: PRINCIPIOS Y EXCEPCIONES FRENTE AL COVID-19

SAIDI CHEIKH

LA LABORALIZACIÓN PROGRESIVA DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA
EN VENEZUELA

MARÍA TORRES

LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU INTERRELACIÓN CON
LOS ESTUDIOS ORGANIZACIONALES

LEYDA BLANCO

ANÁLISIS FODA DEL PROGRAMA DE ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL
DEL PROCESO

IVONNE ESPINOZA

SEMILLERO ACADÉMICO

APROXIMACIÓN AL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA
EN TIEMPOS DE COVID-19

MARCOS FERNÁNDEZ

ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS INTERDICTOS EN EL SISTEMA
JURÍDICO VENEZOLANO SENTENCIA Nº RC 000101 DE FECHA
13 DE AGOSTO DE 2020 POR LA SCC-TSJ.

LUÍS MARTÍNEZ

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NIEMBRO, ROBERTO. (2019) "LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE LA
DEMOCRACIA DELIBERATIVA."
FILOSOFÍA Y DERECHO. MARCIAL PONS. MADRID, ESPAÑA. PÁGS. 285.

ANGELLO PEÑA

Estado de Derecho Rechtsstaat



AÑO 2 • N° 2 • JULIO - DICIEMBRE 2020

Editor en Jefe:

Abdón Sánchez N.

Editores Adjuntos:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez y María V. Marcano D.

Comité Editorial:

Aura M. Morillo P. (ULA)

Edualis Navas. (ULA)

Alex David Hernández. (ULA)

Frank Rivas Torres. (ULA)

Enrique Abraham Andara. (ULA)

Comité de Arbitraje:

Carlos García Soto. (UMA)

Ramsis Ghazzaoui. (UCAB)

José Gregorio Silva Bocaney. (UCV)

Carlos Luis Carrillo Artilles. (UCV)

Jesús María Alvarado Andrade. (UCV)

Serviliano Abache Carvajal. (UCV)

Alberto Blanco Uribe-Quintero. (UCV)

Ronald Chacín Fuenmayor. (LUZ)

David Gómez Gamboa. (LUZ)

Consejo de Redacción y/o Asesor.

Daniela Urosa Maggi. (UMA)

Ninoska Rodríguez Laverde. (UCAB)

Miguel A. Gómez O. (ULA)

José Luis Malaguera Rojas. (ULA)

Francisco Ferreira Abreu. (ULA)

Autoridades Administrativas:

Rector: Mario Bonucci Rossini.

Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy.

Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón.

Secretario: José María Andérez.

Decano: Jose Luis Malaguera Rojas.

Depósito Legal: ME2018000132

Concepto Portada y Diseño:

David Acosta Blanco

Diagramación:

David Acosta Blanco

Logo:

Logo University of Heidelberg

Uni Heidelberg

Sello de la Universidad de Heidelberg.

<http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat>

rechtsstaat@gmail.com



LA REVISTA ESTADO DE DERECHO RECHTSSTAAT, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA REVISTA ESTADO DE DERECHO RECHTSSTAAT, ASEGURA QUE LOS EDITORES, AUTORES Y ÁRBITROS CUMPLEN CON LAS NORMAS ÉTICAS INTERNACIONALES DURANTE EL PROCESO DE ARBITRAJE Y PUBLICACIÓN, DEL MISMO MODO APLICA LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE ÉTICA EN PUBLICACIONES CIENTÍFICAS (COPE), IGUALMENTE TODOS LOS TRABAJOS ESTAN SOMETIDOS A UN PROCESO DE ARBITRAJE Y DE VERIFICACIÓN DE PLAGIO.

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL PENSAMIENTO DE LA REVISTA Y SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.