



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



# Rechtsstaat Estado de Derecho












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

REVISTA DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA  
Año 3 ° N ° 5 enero – junio, 2021  
Depósito Legal: ME2018000132  
ISSN: 2739-0330



## TABLA DE CONTENIDO

 EDITORIAL	
Elementos para Identificar los Rasgos Militaristas del Estado Venezolano	02 - 09
<b>Luigi Enrique Ardila T</b>	
<hr/>	
<b>ARTICULOS ORIGINALES</b>	
 De las Prerrogativas Procesales en el Contencioso Administrativo Venezolano: de las Citaciones y Notificaciones	10 - 37
<i>About the Process Privileges in the Venezuelan Administrative Justice: Citations and Notifications</i>	
<b>José Gregorio Silva Bocaney</b>	
<hr/>	
 Reflexión Sobre el Principio de Legalidad y Estado de Derecho con el Poder Público en la Constitución Venezolana de 1999: Problemas Actuales	38 - 56
<i>Reflections About Legality Principe and the Rule of Law of the Public Powers According the Constitution Law of 1999: Currents Problems</i>	
<b>Ana Elvira Araujo García</b>	
<hr/>	
 Ideología Constitucional del Derecho Electoral Ecuatoriano	57 - 84
<i>Constitutional Ideology of Equatorian's Electoral Law System</i>	
<b>Tanya T. Camargo Martínez</b>	
<hr/>	
 Derechos Humanos, Bioética y Posibilidades Biotecnológicas de Modificación Genética Humana. Referencia Especial al Método Crispr	85 - 108
<i>Human Rights, Bioethics and Biotechnological Possibilities of Human Genetic Modification. Special Reference to the Crispr Method</i>	
<b>Maryori Molina Luna</b>	
<hr/>	
 El Lugar de la Hermenéutica Jurídica en la Hermenéutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer	109 - 122
<i>The Place of the Juridic Hermeneutic in the Philosophic Hermeneutic of Hans-Georg gGdamer</i>	
<b>Arellys Ramona Rondón de Guillén</b>	
<hr/>	
 SEMILLERO ACADÉMICO La Legalidad Administrativa en los Tipos Organizativos y su Énfasis en los Entes Descentralizados Funcionalmente	123 - 142
<i>The Administrative Legallity in the Organizative Types and its Emphasis in the Decentralized Public Administration</i>	
<b>Nathalie Inés del Mar Meléndez Curbata</b>	
<hr/>	
 ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL Análisis de la Sentencia N° 43 del 20 de Octubre de 2020 Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia Ponencia: Magistrado Edgar Gavidea Rodríguez	143 - 146
<b>Glasbell del C. Belandria Pernía</b>	
<hr/>	
 RESEÑA BIBLIOGRÁFICA Corredor, Román y Ardila, Juan. (2021) "Casación de Instancia por Control Difuso Constitucional." Instituto de Estudios Dr. José Román Duque Corredor. Maturín, Estado Monagas, Venezuela. Págs. 90.	147 - 150
<b>Luis Alberto Martínez Chacón</b>	
<hr/>	

## EDITORIAL

### ELEMENTOS PARA IDENTIFICAR LOS RASGOS MILITARISTAS DEL ESTADO VENEZOLANO

Profesor Luigi Enrique Ardila T.

Director de la Escuela de Ciencias Políticas



2

Primeramente, el régimen vigente constituye un fraude a la Constitución de 1999. Y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la Sentencia N° 74 del 25 de Enero de 2006 señaló que un fraude a la Constitución ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas *“mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar formas y procedimientos constitucionales,”* o cuando se utilizan *“los procedimientos de Reforma, Enmienda, Asamblea Nacional Constituyente (ANC), y, de elecciones desvinculadas de la juridicidad constitucional para proceder a crear un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como sobrevino con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la Ley Marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado;”* y, que un falseamiento de la Constitución ocurre cuando se da *“a las normas constitucionales una interpretación, y, un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma, concluyendo con la afirmación de que una Reforma, una Enmienda, una Constituyente, unas elecciones presidenciales y parlamentarias, sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional.”*

Adicionalmente, el régimen bolivariano desde el mes de Enero de 2008, hasta el momento de hoy, viene aplicando una serie de reformas inconstitucionales a la Constitución de 1999, mediante la Legislación y los Decretos-Leyes dictados, cuya elaboración viene desde un Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución (2007-), la Directiva de la entonces muy oficialista Asamblea Nacional (2005-2009), y los demás órganos del poder público conformados por las personas adeptas al partido oficial de gobierno (PSUV), hasta la ya extinta asamblea nacional constituyente (2017-2020) y la gestión de la asamblea nacional (2021-2025).

Las pautas que en diversos discursos y alocuciones fue dando el Presidente Ejecutivo para los sucesivos cambios a la configuración del poder los últimos 14 años apuntaban por una parte, a la conformación de un Estado del Poder Popular, o del Poder Comunal, o Estado Comunal, estructurado desde los Consejos Comunales

como unidades políticas primarias u organizaciones sociales *no electas mediante sufragio universal, directo y secreto*, supuestamente dispuestos para canalizar la participación ciudadana, pero conforme a un sistema de conducción centralizado desde la cúspide del Poder Ejecutivo Nacional, donde no hay autonomías territoriales de ningún tipo; y por la otra, a la estructuración de un Estado Socialista, sustituyendo al sistema de libertad económica y Estado de economía mixta que viene siendo desmantelada por un sistema de economía estatista y colectivista, sometido a una planificación centralizada, minimizando el rol del individuo, y eliminando todo el vestigio de libertad económica, y de propiedad privada.

Recientemente, la nueva Asamblea Nacional sancionó en segunda discusión la Ley Orgánica de las Ciudades Comunes y la Ley Orgánica del Parlamento Comunal, que son abiertamente inconstitucionales. La primera va en contra del Municipalismo como garantía de instancia participativa local para la totalidad de los sectores civiles; la segunda va en contra de la Constitución por sustituir a la Asamblea Nacional por un Parlamento Comunal; curiosamente, éste no es nunca un parlamento: no deducen la diferencia entre Asamblea, Congreso y Parlamento.

Es decir, se trata de una modificación que implica transformar radicalmente al Estado, y crear un nuevo ordenamiento jurídico. Para ello, conforme al artículo 347 Constitucional, ineludiblemente, que se requería la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, que se intentó de nuevo en el año 2017, y que feneció de un modo extraño en Diciembre de 2020. El objetivo del "**Gobierno**," del régimen actual, es transformar el Estado, en un Estado Militarista, dado el rol, que se le da a la Fuerza Armada Bolivariana en su configuración y funcionamiento, toda sometida al Jefe de Estado, ya no más a la Asamblea Nacional como órgano rector del Poder Legislativo, y con la creación de una Fuerza Armada llamada "*La Milicia Popular Bolivariana*," protegida por otro gran número de órganos estatales como la DIGECIM, los ZODI'S, y otros.

Además, en particular, conforme a las numerosas propuestas de cambio constitucional, legal, reglamentario, y jurisprudenciales, que fueron ya formuladas desde Junio de 2007 hasta hoy Junio de 2021 por el famoso Consejo Presidencial aludido, dado el carácter acentuadamente regresivo y represivo que contienen en materia de protección y garantía de los derechos humanos, la intención de sus redactores, fue buscar configurar al Estado como Estado Policial, lo que sin duda orienta el sentido de las futuras reformas de *iure*, o *ipso facto* ejecutadas por el Estado venezolano.

El objetivo principal de la Fuerza Armada debe ser un cuerpo organizado, pero mucho más que organizada para "*...garantizar la independencia y soberanía de la Nación, y asegurar la integridad del espacio geográfico*," se propone agregar, además, que es para

únicamente “preservarlo de cualquier ataque externo e interno.” Que, en lugar de establecerse que esos objetivos, se deben lograr “mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional,” el régimen ha pretendido regularla para que logre “mediante el estudio, la planificación y ejecución de la doctrina militar bolivariana, la aplicación de los principios de la defensa militar integral y la guerra popular de resistencia, la participación permanente en tareas de mantenimiento de la seguridad ciudadana, y conservación del orden interno, así como la participación activa en planes para el desarrollo económico, social, científico, y tecnológico de la nación.” Se pretende utilizar a la Fuerza Armada para cumplir con la totalidad de los ámbitos de la vida civil de los administrados o civiles en el ejercicio de sus espacios vitales privados. La Administración Castrense ha pretendido invadir completamente la vida civil, como también la *sui generis* Administración Pública Civil ha invadido completamente la vida comercial de la Nación con Empresas Públicas y otras figuras estatales de similar estilo.

Se incorpora, de esta forma, “la doctrina militar bolivariana,” como elemento esencial de la actuación de la Fuerza Armada, aun cuando se desconozca su contenido exacto. Se incorporan elementos de guerrilla como “la guerra popular de resistencia,” y se convierte a la Fuerza Armada en organización de policía nacional, al atribuírsele la competencia en materia de seguridad ciudadana y conservación del orden interno.

Además, con la previsión de que entre sus funciones está la de participar en forma “activa en planes para el desarrollo económico, social, científico y tecnológico de la nación,” constitucionalizando la militarización del Estado, la Administración y la vida privada del administrado, civil o particular. De igual modo, contrariando la Constitución de 1999, el Estado ha venido vulnerando con el mandato de que “la Fuerza Armada nacional en el cumplimiento de su función, estará siempre al servicio del pueblo venezolano en defensa de sus sagrados intereses y en ningún caso al de oligarquía alguna, o poder imperial extranjero,” lo que de nuevo busca abrir el camino jurídico para la integración de la Fuerza Armada Nacional en el partido político de su Comandante en Jefe, quien ejerce la Suprema Autoridad Jerárquica en todos sus Cuerpos, Componentes y Unidades (como se propuso en la Reforma del artículo 236.6 de la Constitución: Proyecto de Reforma de 2007), quien la puede poner a su servicio o al servicio del partido de Gobierno.

En este orden de ideas, hay que recordar, que en la Reforma Constitucional rechazada refrendariamente el 02 de Diciembre de 2007, el artículo 236.7 propuesto atribuía al Presidente Ejecutivo, en carácter de Comandante en Jefe, la potestad de promover a sus oficiales en todos los grados y jerarquías, y designarlos o designarlas para los cargos correspondientes, “lo que constituye el instrumento

para asegurar la sujeción política de los mismos,” en palabras del Profesor Ucevista Manuel Rachadell.

Sin olvidar, la polémica norma constitucional de 1999, el artículo 328, que ha venido siendo aplicado, y que dice, que “La Fuerza Armada nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal, que le atribuya la Ley.” Tradicionalmente, la Constituciones Liberales de antaño han instaurado en esas funciones, al gobierno civil y a los administrados, no a la administración castrense. Nuevamente, la militarización surge, pero con ocasión a la búsqueda de la justicia y al aseguramiento de la transparencia con la *buena administración*, como concepto jurídico constitucionalizado, como dogma de irrenunciable persecución.

Por último, el actual régimen ha formado cuerpos policiales con una parte de los recursos humanos provenientes de la Administración Castrense; que las Reservas Militares, entre otras tantas cosas, conformarán unidades de la Milicia Popular Bolivariana.” De hecho, ese era un mandato en la Disposición Transitoria del Proyecto de Reforma Constitucional que fue rechazado refrendariamente el 02 de Diciembre de 2007, que a pesar de ser rechazado, ha venido siendo incorporado de manera fáctica por el actual régimen de **N. Maduro Moros**.

El rasgo apolítico de la Administración Castrense fue claramente suprimido. Y, aunque, la Constitución de 1999 reconoce el impedimento de los militares activos de proyectarse políticamente en cargos públicos de carácter representativo, esto es, de carácter electoral, la práctica ha sido por el Consejo Nacional Electoral, de permitir la inscripción de esos efectivos militares en el procedimiento electoral; adjudicarles la victoria, proclamarlos, y, juramentarlos, a sabiendas de que la Constitución actual prohíbe expresamente esa eventual práctica castrense.

Cierto, el artículo 131 de la Constitución de 1961 (Pacto de Punto Fijo) fue suprimida de la Constitución de 1999: la tradicional prohibición administrativa de una persona de ejercer la autoridad civil y militar simultáneamente, pero de igual modo, la Constitución de 1999 expresa el obstáculo de ocupar cargos políticos de un modo diferente. La prohibición existe igual, pero de una manera más ambigua. Estos son varios de los elementos, que permiten identificar el carácter militarista del actual régimen “*gubernativo*” imperante en Venezuela.

Así, llegan al poder diversos presidentes (Collor de Mello, Carlos Saúl Menem y, en un primer momento, Hugo Chávez, Nicolás Maduro Moros y Alberto Fujimori) de disímil orientación ideológica, que instauran un modo de concebir y ejercer el poder clasificable bajo la noción de una **Democracia Delegativa**. La baja institucionalización formal de los procesos en la toma de decisiones,

la extrema personalización del poder y el refuerzo de prerrogativas del Ejecutivo coexistieron con la pervivencia de elecciones —*lo que otorga a estos líderes legitimidad de origen*— y el mantenimiento de ciertas libertades básicas.

En tanto forma de concebir y ejercer el poder (por el liderazgo y sus bases), bajo estas **Democracias Delegativas** los presidentes glosan la toma de decisiones como una ejecutoria realizada en “*bien de la Nación,*” consideran simples estorbos los frenos legales y temporales de su mandato (establecidos en la Constitución), así como los contrapesos institucionales (Congreso y Judicatura) y las diversas formas de rendición de cuenta a la ciudadanía, y por eso, el cambio del ordenamiento constitucional y legal.

En una revisión a su planteamiento original, O’Donnell (2011) profundizó en el concepto, aportando una tipificación de la Democracia Delegativa en la que identifica sus dimensiones / variables constitutivas.

1. Tiene legitimidad de origen.
2. Las decisiones políticas tienen el respaldo del resultado electoral.
3. La institucionalidad es un elemento de interferencia para el ejercicio del poder.
4. Se hace necesario neutralizar las instituciones que obstaculicen el ejercicio del poder.
5. La formulación de políticas se caracteriza por la improvisación, evitando controles.
6. Evita los controles, debilitando el carácter representativo, fortaleciendo el personalismo (centralización en el Ejecutivo).
7. El Líder está por encima de la sociedad y sus instituciones.
8. El piso político descansa más en movimientos que en partidos.
9. Se creen “salvadores de la Patria,” por eso necesitan todo el Poder.
10. Se muestran ideológicamente imparciales.
11. Tiene apoyo en espacios significativos de la sociedad.

Las **Democracias Delegativas** pueden surgir como consecuencia de una grave crisis socio-económica, o, por una situación

donde confluye fragmentación social, crisis de representación y debilitamiento de partidos políticos, acompañados de una dosis de desinstitucionalización. Añade O'Donnell (2011) que:

Un rasgo distintivo, en lo que a la dinámica de las Democracia Delegativa se refiere, es el hecho de que ese rasgo de 'salvador de la patria' se acentúa aludiendo a la crisis (cierta o no) a la que su liderazgo viene a hacer frente, por eso necesita magnificar esa crisis, apelando al miedo, haciendo necesario otorgarle poderes plenos que estén por encima de cualquier intento de control. Pág. 24.

De acuerdo a un estudio realizado por González, en la presidencia de Hugo Chávez se pasó de una clara democracia representativa a una delegativa, modelo que describe en los siguientes términos:

1. Su ascenso al poder tuvo apoyo inicial y se mantuvo hasta el final de su mandato (habiendo ganado un cuarto mandato consecutivo, no pudo finalizar el tercero por su fallecimiento en marzo de 2013).
2. No había duda en cuanto a su legitimidad de origen.
3. Desde que llegó al poder en 1999, se produjeron diez (10) eventos electorales, de los cuales sólo perdió uno (Referendo Constitucional 2007).
4. La progresiva desinstitucionalización ha sido el recurso para afianzarse en el ejercicio del poder.
5. El control institucional ha sido un aspecto fundamental en la neutralización de otros controles que obstaculizaran su ejercicio del poder.
6. El mandato de Chávez se caracterizó por una marcada improvisación en materia de políticas públicas, evitando además todo tipo de controles.
7. El Ejecutivo ha resultado fortalecido por las modificaciones constitucionales, profundizando el personalismo político (centralización en el Ejecutivo).
8. El discurso político durante la presidencia de Chávez fue de identificación con el Pueblo.
9. El chavismo encarna un movimiento, mientras que el partido (PSUV) se presenta como la formalización que requiere para la participación electoral.



10. La conducta política de Chávez estuvo anclada en la noción de “salvador de la Patria,” justificando su ejercicio del poder de manera absoluta, gracias a disposiciones legislativas.

11. El tema de la concreción ideológica se mantuvo dentro del espectro de la izquierda, en el que se promovieron algunas etiquetas como el Socialismo del siglo XXI, del que no ha habido definición precisa.

Los anteriores argumentos aplican por igual con Nicolás Maduro. Otras características de la **Democracia Delegativa** —*presentes en el caso venezolano durante el lapso de 2000 hasta 2004*— son el interés permanente del Ejecutivo por acotar o sujetar a otros poderes; así como la formulación y ejecución —*con altos márgenes de discrecionalidad, desde la instancia presidencial*— de políticas públicas caracterizadas por su ejecución abrupta, no planificada e inconsulta, de resultados inciertos y rendimiento decreciente.

Asimismo, el sesgo movimientista de la **Democracia Delegativa** —*pues los oficialismos se sostienen en alianzas efímeras y cambiantes encabezadas por el líder con varios partidos afines*— genera una perenne fragmentación *intra* y *extrapartidaria*, que rebasa la alianza en el poder. Por su parte, la existencia y amplificación de un discurso y accionar polarizante, que emerge sobre el sustrato de un conflicto sociopolítico permanente —*combinando factores ideológicos con usos pragmáticos*— explica por qué la **Democracia Delegativa** tiende a la conflictividad, toda vez que semejante polarización sostenida aniquila el marco —*simbólico y efectivo*— común que hace posibles la convivencia y los acuerdos entre actores políticos.

En suma, al definir la **Democracia Delegativa** se ve que se trata de una retórica democratizante que encubre una concepción hiperpresidencialista, verticalista, concentrada, no controlable y excluyente del ejercicio del poder; en la cual se vacía de sentido el carácter de lo público —*representado como lo estatal y capturado por el oficialismo*— al acotarse los espacios y mecanismos de deliberación, rendición de cuentas y transparencia. La cual puede ser contrastada, desde un punto de vista sintético y siempre sin agotar las realidades específicas de ambos modelos, con la Democracia Representativa.

La experiencia política reciente de Venezuela también ha sido abordada desde la noción de régimen *híbrido*, o aludiendo sus formas de acceso y ratificación del poder como autoritarismo competitivo (Levitsky & Way, 2010). Ello obliga a hallar o construir una definición general de autoritarismo desde la cual analizar las maneras concretas que adopta el caso venezolano.

En este caso, hay que pasarse por los aportes clásicos de Bobbio, Matteucci y Pasquino (1989), para identificar bajo aquel concepto un modo de concebir y ejercer el poder político, donde se privilegia el mando ante el consenso, se concentra la toma de decisiones

en un líder, camarilla u órgano superior y centralizado, se resta valor a las instituciones representativas, se degradan la participación y deliberación autónomas, se asedia o elimina la oposición política y se procura el control de los procedimientos e instituciones electorales destinadas a transmitir la voluntad popular. Tal proceder puede asumir ropajes ideológicos diversos —y en ocasiones contrapuestos— y emerger en contextos históricos múltiples, como demuestra la experiencia latina en los dos siglos pasados.

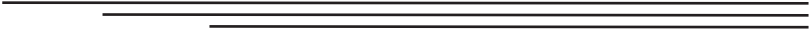
Esperamos que el presente Número, sea de su completo agrado!

#### ACLARATORIA

Con la intención de cumplir con las formalidades de rigor, el CDCHTA-ULA recomienda cambiar la numeración de la siguiente forma con el N° 5, que a continuación se seguirá con números consecutivos, lapso en minúscula y año.

Editor en Jefe

Abdón E. Sánchez Noguera



# DE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: DE LAS CITACIONES Y NOTIFICACIONES

ABOUT THE PROCESS PRIVILEGES IN THE VENEZUELAN ADMINISTRATIVE  
JUSTICE:

CITATIONS AND NOTIFICATIONS

José Gregorio Silva Bocaney<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.01>

Recepción: 17 de Marzo de 2021

Aceptación: 19 de Mayo de 2021



## RESUMEN:

De vieja data es la discusión entre privilegios y prerrogativas, desde el punto de vista gramatical, y si dichos privilegios constituyen tratos diferenciados que puedan devenir en inconstitucionales, frente a otros, que por el contrario, justifican su existencia, pero con marcados límites, en tanto y en cuanto, no pueden hacer nugatorio el proceso judicial, tanto en su desarrollo como posterior a su sentencia. En el presente trabajo nos limitamos a precisar los términos de privilegios y prerrogativas, contrastando sus fundamentos y centrarnos en las notificaciones y citaciones, sin que los argumentos que sustenten la existencia de dicho privilegio y su contrariedad o no con el bloque de legalidad, pueda aplicarse a otros privilegios.

**Palabras Clave:** *Privilegios, Prerrogativas, Igualdad, Vicios.*

## ABSTRACT:

The discussion between privileges and prerogatives, from the grammatical point of view, is old-fashioned and whether these privileges constitute differentiated treatment that may become unconstitutional, compared to others, which, on the contrary, justify their existence, but with marked limits, in both and insofar as they cannot make the judicial process null and void, both in its development and after its sentence. In this paper we limit ourselves to specifying the terms of privileges and prerogatives, contrasting their foundations and focusing on notifications and subpoenas, without the arguments that support the existence of said privilege and its contradiction or not with the legality block, can be applied to other privileges.

**Key Word:** *Privilege, Prerogatives, Equality, Vices.*

(1) Abogado Litigante. Especialista en Derecho Administrativo y Doctorando en Ciencias mención Derecho. Profesor de Pre y Post-Grado en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro Honorario del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monte Ávila (CERECO). [jose-silvaucv@gmail.com](mailto:jose-silvaucv@gmail.com). I.G. y Twitter: @silvabocaney. <https://www.linkedin.com/in/jos%E9-gregorio-silva-bocaney-1435065b/> <http://silvabocaney.blogspot.com/>

## INTRODUCCIÓN

El tema de las prerrogativas procesales ha constituido un punto álgido en el contencioso administrativo, pues ha sido considerado como violatorio al principio de igualdad de las partes en el proceso, así como por el –indebido- tratamiento que le ha otorgado el Tribunal Supremo de Justicia, tanto en Sala Político Administrativa como en la Constitucional, ampliando los entes y órganos amparados por las prerrogativas, glosando las existentes en mayores beneficios para el Estado, e incluso, creando algunas que carecen de cobertura legal.

De allí, que el aporte jurisprudencial, extendiendo las prerrogativas procesales a entes distintos de los abarcados expresamente en la ley, resulta absolutamente cuestionable, demostrando con ello, el carácter meramente instrumental que los operadores jurídicos-políticos que gobiernan al País, le asignan a la Constitución y a todo el sistema legal, tal como lo sostiene el profesor Francisco Delgado,<sup>(2)</sup> lo que conlleva a su absoluto desconocimiento acomodaticias que han hecho un grave daño al sistema jurídico –gracias a Dios reversible-.

Para tratar lo propuesto, considero pertinente referirme a la noción de privilegios y prerrogativas procesales que sobre el tema ha dado la doctrina; la determinación legal en cuanto a su aplicación a estados, municipios e institutos autónomos, sin entrar en el detalle de la indebida extensión a otros órganos o entes, pues tal extensión no deviene más que de aberraciones que se tratará en otro trabajo más extenso (debido al límite que generalmente se imponen en las obras colectivas), para finalmente, centrarnos en lo referente a citas y notificaciones y tratar de llegar a aproximar algunas conclusiones.

Por otra parte, debe aclararse que el presente trabajo es un tratamiento parcial a otro que en la actualidad elaboro sobre el tema, siendo que en el presente, pretende limitarse, luego de referir a algunos aspectos generales, a las citas y notificaciones conforme al Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por lo que las conclusiones sobre el punto o privilegio en específico, no pueden reputarse válidas para todos los privilegios, ni mucho menos para el tratamiento judicial que a los mismos se le han dado, sino sólo al privilegio, o punto que se trate.

## DESARROLLO

### 1. De los Privilegios y Prerrogativas. ¿Son sinónimos o se admite diferenciación en su Uso y Alcance?

Para comenzar el capítulo, debemos precisar si debemos considerar diferencias en los términos de privilegios y prerrogativas, y al respecto tenemos que el Diccionario de la Real Academia Española,<sup>(3)</sup> en su versión *online*, define al **privilegio** como: “*1. m. Exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia;*” mientras que por **prerrogativa**, señala:

(2) Delgado, F. (2017) “*Chavismo y Derecho.*” Editorial Galipán, Caracas D.F., Venezuela.

(3) Vigésimotercera edición, publicada en octubre de 2014, revisada en <https://dle.rae.es/> 09.03.2021 a las 13:36.

f. **Privilegio**, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo.// 2. f. Facultad importante de alguno de los poderes supremos del Estado, en orden a su ejercicio o a las relaciones con los demás poderes de clase semejante.// 3. f. Atributo de excelencia o dignidad muy honrosa en algo inmaterial.

De tal forma que de las acepciones indicadas, no puede desprenderse ninguna diferencia, siendo que más bien han de entenderse como sinónimos, al extremo, que unas sirven para definir a las otras y su definición, en algunas de sus acepciones, coincide en su contenido. Por su parte el Diccionario de Derecho Usual,<sup>(4)</sup> en cuanto a **prerrogativa** se refiere, indica: "**Privilegio**. // Exención.// Facultad privativa.// Atribución suprema. Derecho exclusivo y anejo a ciertas funciones o dignidades...", mientras por privilegio, señala:

Situación jurídica preferente con relación a los demás situados por lo restante en iguales condiciones; ya se aprecie en ello justicia general, lo cual sucede con los privilegios parlamentarios, necesaria garantía de sus funciones: ya se advierta notoria injusticia, por la irritante desigualdad personal, como en la antigua limpieza de sangre. Doctrina. En general, los autores **entienden por privilegio la prerrogativa** o gracia que se concede a uno, liberándolo de carga o gravamen o confiriéndole un derecho de que no gozan los demás. //Igualmente, todo favor, distinción, preferencia o prelación...

Con respecto a lo indicado en el Diccionario de Derecho Usual, se ve que en definitiva, el privilegio se entiende como la prerrogativa, y viceversa, por lo que si se intenta diferenciarla bajo dicha óptica, se incurrirá en una petición de principio, salvo que partamos del principio de que se trataría de sinónimos, de la misma manera a lo que aporta el Diccionario de la Real Academia Española, por lo que podría tratarse de irrelevante la existencia de diferencias en cuanto a los diccionarios citados se refiere.

En la doctrina patria Neher,<sup>(5)</sup> refiriendo a las ventajas comparativas con que cuenta la Administración, con respecto a los medios de acción con que cuentan los particulares, expresa:

Estas ventajas comparativas con que cuenta la administración para su actuación son de diversas índole y se aplican en multitud de supuestos; desde la actuación ordinaria de la Administración, mediante los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad de sus actos, hasta su actuación en circunstancias excepcionales , una de ellas configurada cuando debe comparecer en juicio, usualmente en calidad de sujeto pasivo o de defensor de la actuación impugnada, mediante los

(4) Cabanellas, G. (1997) "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". 25ª Edición. Tomo VI. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

(5) Neher, J.A. (1994) Privilegios y Prerrogativas de la Administración en el Contencioso Administrativo, En la Obra "Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica Profesor José Muci-Abraham." Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

denominados 'privilegios y prerrogativas procesales de la Administración.'

Gallotti<sup>(6)</sup> en el capítulo de su libro dedicado al tema, referido a la aproximación conceptual y justificación de la existencia de prerrogativas procesales, luego de la revisión semántica de la noción expresa que tanto en el contexto del castellano como en el jurídico, la prerrogativa y el privilegio son vistas y entendidas como sinónimos:

...que implican una preeminencia o superioridad de una persona frente a otra. En efecto, la noción de prerrogativas en el ámbito público denota una situación de sujeción-dominio del Estado frente a los particulares, que doctrinariamente es conocido como Poder de Imperium. Este poder lo observamos especialmente en el acto administrativo, donde el Estado tiene la posibilidad de ejecutar sus propias decisiones obedeciendo a los principios que rigen sus actividades, como también dentro del ámbito de los contratos administrativos donde consta con numerosas prerrogativas en materia de modificación, interpretación, revocación, reversión, etc...

En las nociones de ambos autores patrios, anteriormente revisados, se encuentra que por privilegio se refieren tanto a los de índole procesal, como a las nociones del *Poder de Imperium* de manera general o la auto ejecución de los actos administrativos, que conocido bajo la categoría de principios (principio de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo), es considerado dentro de la doctrina, en la noción de potestades<sup>(7)</sup> o de la noción francesa de *puissance publique*, que como señala Araujo,<sup>(8)</sup> ha sido definidora del Derecho Administrativo y ha tenido gran incidencia en la doctrina y jurisprudencia posterior. Sin embargo, el mismo profesor Araujo, explicando cómo esa noción de potestades o *puissance publique* ha servido para explicar al derecho administrativo señala que "al advertirse que la administración Pública está investida de potestades o prerrogativas de Poder Público, cuando por ejemplo, dicta órdenes, establece prohibiciones, ejecuta actos administrativos, desarrolla leyes o las complementa mediante reglamentos."

Sin embargo, el Profesor Gallotti<sup>(9)</sup> manifiesta que no debe confundirse del todo las prerrogativas o privilegios con potestad:

...aunque los primeros pudieran ayudar a definir el segundo-, ya que la potestad es propiamente ese poder y autoridad que ostenta la Administración Pública, esa facultad de hacer cumplir la Ley y con ello afectar la esfera jurídica de los ciudadanos; si bien a menudo

(6) Galloti, A. (2011) "Las Prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo." Segunda Edición corregida y actualizada. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

(7) Cfr. Linares, G. (2007) El Principio Cardinal. La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos, En el "Anuario de Derecho Público de la Universidad Montedávila N° 1." Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas D.F., Venezuela. Useche, J. (1997) Análisis Jurisprudencial de la Ejecutoriedad del Acto Administrativo, En Revista del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 20. Universidad de Carabobo. revisada en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc20/20-5.pdf> el 11.03.21 8:30, entre otros.

(8) Araujo, J. (2007) "Derecho Administrativo. Parte General." Colección Manuales Universitarios. Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela.

(9) Ídem. ob. Cit. Págs. 29 y 30.

nace de la Constitución, tiene su génesis en la noción misma del Estado, como una justificación y a la vez una herramienta para la existencia de una persona jurídica pública que tiene bajo su responsabilidad la organización y administración de la nación, como también velar por la satisfacción del interés general, especialmente cuando hablamos de un Estado Social de Derecho.

Aun cuando algunos autores no identifican directamente los privilegios con las potestades, en sus nociones hay intrínseca una aparente identidad; además, que se crean ciertas peticiones de principio, por lo que he de aclarar que en el presente trabajo, he de centrarme en la noción de privilegios o prerrogativas estrictamente procesales, y sobre ellos, gravitará cualquier mención, salvando los comentarios acerca de las funciones del Estado.

Volviendo al tema de la eventual existencia de diferencias en los términos de privilegios y prerrogativas, el profesor Hernández-Bretón<sup>(10)</sup>, refiriéndose a los privilegios y prerrogativas, señaló:

Desde el punto de vista terminológico, doctrina, tratados y jurisprudencia, tienden a utilizar las expresiones inmunidades, privilegios y prerrogativas para referirse de manera genérica e imprecisa a ciertos beneficios de muy diversa naturaleza, incluyendo algunos de carácter procesal, reconocidos a favor de ciertos sujetos, como por ejemplo, los Estados soberanos y las organizaciones internacionales, cuyos beneficios los sustraen o eximen del régimen ordinario aplicable a otros sujetos de Derecho. Etimológicamente considerados, sin embargo, la doctrina señala las diferencias entre esas expresiones.

Así, se aclara:

¿Qué son, pues, las inmunidades?, es la pregunta que de inmediato surge en la mente. Etimológicamente hablando, decimos que inmunidad viene de *'immunis o nun munus'*, no carga, no impuesto, es decir, libre de imposición o gravamen. Otro tanto hemos de sentar con respecto a prerrogativa que nace de *'prae rogare'*, pedir de antemano, llegándose a significar con esa palabra algo que se rogó previamente a quien tenía la facultad para otorgarlo. Lo mismo pasa con el vocablo exención, proveniente de *'eximire'*, con el sentido de sacar, librar de carga; lo que viene muy bien a cuento con el asunto de que venimos tratando: en el campo de la soberanía de los pueblos se requieren ciertas libertades para el ejercicio funcional de ciertos individuos en el territorio de otro Estado. Otro tanto decimos de la palabra

(10) Hernández-Bretón, E. (2008) Prerrogativas Procesales de los Estados Extranjeros y Organizaciones Internacionales en Caso de Demandas Laborales Intentadas por Persona Local Ante Tribunales Nacionales, En la "Revista de Derecho N° 30." Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

privilegio, que proviene del compuesto latino 'privilegium', privado de las leyes, libre de las normas legales, formándose con el correr del tiempo el vocablo que tenemos, así como se han ido formando las diversas expresiones engendradas por las lenguas madres.

Por su parte, se tiene que la profesora Rondón de Sansó<sup>(11)</sup> distingue a los privilegios como aquellos de carácter económico o fiscal, que bien le permiten la realización de sus créditos (ejecución de créditos fiscales, por ejemplo) o la eximen en materia tributaria (exención de tasas o aranceles), y las prerrogativas como las estrictamente procesales. A su vez, Gallotti sostiene que nunca ha habido una diferenciación asentada entre ambas, aun cuando a menudo pretende diferenciarse ambos conceptos, que al menos dentro del castellano, son sinónimos. No obstante:

*son distinciones que no tiene un fundamento muy fuerte, dado que las prerrogativas procesales tienen igualmente su génesis precisamente en esa majestad de la República, de modo que habría que precisar mejor dónde radica la diferencia y por qué habría de considerarse instituciones distintas.<sup>(12)</sup>*

Para tomar una posición propia, debe partirse -en principio- del contenido de distintas leyes que tratan lo referido al punto discutido de privilegios o prerrogativas, para determinar si de ellas se desprende alguna diferencia, y al respecto se tiene:

1.- La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional,<sup>(13)</sup> que si bien ha sido derogada parcialmente en su casi totalidad, incluyendo los artículos referidos a los privilegios y prerrogativas, constituyen un antecedente necesario a los fines del presente trabajo.

Artículo 3 (derogado). El Fisco Nacional gozará, además de los privilegios que le confiere la legislación civil, de los acordados por esta Ley y por leyes fiscales especiales. El representante del Fisco que no haga valer estos privilegios, será responsable personalmente de los perjuicios que la falta ocasione al Fisco Nacional. Artículo 49 (derogado). Pueden sacarse a remate público o contratarse con particulares, a juicio del Ejecutivo Nacional, las deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hayan pasado a figurar como saldos de años anteriores. En estos casos el rematador o cesionario gozará, para el cobro, de los mismos privilegios que la Ley acuerda al Fisco Nacional, al cual quedará subrogado. Artículo 74 (derogado). Los Institutos y Establecimientos Autónomos no gozarán,

(11) Rondón de Sansó, H. (1990) El Régimen Contencioso Administrativo Municipal, En la "Ley Orgánica de Régimen Municipal." Colección Textos Legislativos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

(12) Ídem. ob. Cit. Pág. 29.

(13) Gaceta Oficial N° 678 del 17 de Marzo de 1961. La Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional; reformada parcialmente por Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario del 21 de Junio de 1974 del Decreto N° 150 del 11 de Junio de 1974, publicado en la y derogada parcialmente por la Ley Derogatoria Parcial de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública: Gaceta Oficial N° 39.238 del 10 de Agosto de 2009, cuya Disposición Transitoria Única señala: "Hasta tanto se dicten los instrumentos normativos que regulen las materias, quedan vigentes los artículos 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 48, 52 y 69, y en forma parcial el artículo 106, sólo en cuanto a la custodia de los bienes que constituyen la Hacienda."



en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas que acuerdan al Fisco Nacional las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, a menos que por sus leyes o reglamentos orgánicos se les otorguen especialmente.

La referida ley, otorga los privilegios al Fisco, lo cual, dentro de las ficciones propias del Derecho Público, corresponde a la usada para diferenciar al Estado-Poder del Estado-persona (fisco), tal como lo indica el maestro Moles Caubet,<sup>(14)</sup> siendo que Fisco corresponde a la actuación del Estado como persona jurídica<sup>(15)</sup> sujeto de negocios jurídicos de índole privada o patrimonial -que no puede confundirse con persona jurídica de Derecho privado-, agregando el profesor Moles que:

No obstante, aun cuando actúe como Estado-persona jurídica no puede afirmarse que éste se encuentre exclusivamente sometido a los preceptos del Derecho Privado pues, conjuntamente a ellos, rigen prescripciones de Derecho Público, atendiendo al carácter excepcional del Estado-persona jurídica o Fisco. Este es persona jurídica al mismo título que las demás, empero dotada de ciertas prerrogativas de Derecho Público. (Ley Orgánica de Hacienda Nacional, arts. 3, 7, 9, 10, 15 y 16.

2.- La Ley Orgánica de Régimen Municipal<sup>(16)</sup> derogada, en su artículo 100, señalaba que la Hacienda Pública Municipal corresponde al conjunto de bienes, ingresos y obligaciones del Municipio, mientras que la Hacienda Pública, como persona jurídica se denomina Fisco Municipal. Así, no hace más que ratificar que a nivel municipal, se aplica igualmente la ficción del Fisco, donde de manera aparente encontramos Estado y Fisco a nivel nacional o estatal y Estado y municipio a nivel local, en un supuesto desdoblamiento de la personalidad del Estado al actuar en ejercicio de sus poderes -*Ius Imperium*- y otra al actuar como Fisco, frente a la tesis de la personalidad jurídica única del Estado.

Frente a esta disyuntiva, a la cual, si se ahonda sencillamente, se abandona el objetivo. Así se toma de manera aislada lo expuesto por Peña Solís,<sup>(17)</sup> al expresar:

Las figuras subjetivas son definidas por la doctrina italiana como 'cualquier entidad subjetiva reconocida en un ordenamiento jurídico'. Y es que dicho reconocimiento les permite actuar de manera jurídicamente relevante, puesto que pueden imputar y

(14) Moles, A. (1956) La Personalidad Jurídica del Estado, En la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N° 8," recogida en la compilación del mismo autor (1997) "Estudios de Derecho Público." Instituto de Derecho Público de la UCV. Caracas D.F. Venezuela.

(15) Cfr. Brewer Carías, A.R. (2012) Sobre la Personalidad Jurídica en el Derecho Administrativo, En "Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou," Universidad Externado de Colombia. Revisado en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/04/789-IL-4-772-Brewer-SOBRE-LA-PERSONALIDAD-IUR%C3%BDICA-EN-EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO-Libro-Hauriou-mayo-2012.pdf> el 11.02.2021 a las 22:08, señala: Cuando el Estado era irresponsable, por supuesto, como sucedió en el absolutismo, para superar las injusticias que ello provocaba hubo que acudir a la ficción del "Fisco" que, como persona jurídica estatal sí estaba sometida al derecho privado. Así surgió la teoría del Estado-Nación y Esta-do-Persona-Fisco, superada desde el siglo XIX. El sometimiento del Estado al derecho -Estado de derecho- en efecto, dio origen a la reafirmación de la personalidad de los entes político territoriales, sometidos tanto a normas de derecho público como de derecho privado, y sujetos a la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen.

(16) Gaceta Oficial Extraordinaria del 15 de Junio de 1989. Ley Orgánica de Régimen Municipal.

(17) Peña, J. (2001) "Manual de Derecho Administrativo, Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001." Colección de Estudios Jurídicos N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

que les sean imputados efectos jurídicos. El concepto de figuras subjetivas, según la referida doctrina, sustituye al anterior de 'sujeto', en el cual encuadraban únicamente las personas naturales y jurídicas, y permite superar dicho esquema, considerado reduccionista, en virtud de que las normas que sirven para identificar el elemento plurisubjetivo en un Ordenamiento General pueden perfectamente darles relevancia jurídica, es decir, la capacidad para imputar y recibir efectos jurídicos, a entes inmateriales que carezcan de personalidad jurídica...Pues bien, consideramos que la teoría de los ordenamientos jurídicos permite colocar en su justo término el problema de las figuras subjetivas, puesto que las mismas van a aparecer reconocidas como tales por normas expresas del Ordenamiento General, lo que conduce a postular que la integración del elemento plurisubjetivo se presenta como una decisión que corresponde a cada Estado, atendiendo al contexto socio histórico en que la misma debe ser adoptada. Sobre la base de dicho razonamiento resulta perfectamente posible que entidades inmateriales que carezcan de personalidad jurídica en un determinado país, lleguen a formar parte del elemento plurisubjetivo de ese Estado, o dicho de otra manera, que sin necesidad de otorgarle la plena subjetividad (carácter de persona jurídica), sea considerado como figuras subjetivas. En suma, el asunto concerniente a las figuras jurídicas subjetivas, como lo afirma GIANNINI (1991), no es más que una manifestación de aquella aptitud que tiene cada ordenamiento jurídico para crear las entidades que componen su propia subjetividad.

De tal forma, que aun cuando la Ley Orgánica de Hacienda le otorgaba los privilegios al "Fisco," se lo otorgaba en realidad a una de las manifestaciones del Estado; y por ende, al Estado mismo.

3.- Por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2001,<sup>(18)</sup> en su artículo 63 establecía que *Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República.*

Dicha redacción se repite en idénticos términos en el artículo 65 de la Ley del 2008 <sup>(19)</sup> y en el artículo 77 de la vigente Ley de 2016,<sup>(20)</sup> debiendo observar que la misma refiere que los privilegios y prerrogativas se le otorgan a la República; es decir, en cualquier juicio en que actúe la República, bien por algún órgano representado por la Procuraduría General de la República o la representación misma del Ente Público de carácter territorial.

(18) **Gaceta Oficial N° 5.554** Extraordinaria del 13 de Noviembre de 2001.

(19) **Gaceta Oficial N° 5.892** Extraordinaria del 31 de Julio de 2008.

(20) **Gaceta Oficial N° 6.220** Extraordinario del 15 de Marzo de 2016.

4.- La Ley Orgánica de la Administración Pública,<sup>(21)</sup> establece en su artículo 100: *“Los institutos públicos o autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios.”* De la redacción pareciera que los institutos públicos o autónomos, gozarían de los privilegios que la ley acuerde a todos los entes territoriales; sin embargo, ha de entenderse que gozarán los mismos privilegios que goza el ente territorial al cual se encuentra adscrito el instituto de que se trate; es decir, si es un instituto autónomo nacional, gozará de los privilegios otorgados a la República; si es un instituto municipal, de los privilegios que la ley otorga al municipio, etc.

5.- Esos privilegios que la ley otorga a la República, se entienden entonces, que los goza igualmente los institutos autónomos o públicos nacionales, por mandato de la LOAP, y los estado federados, por mandato de la derogada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,<sup>(22)</sup> que establecía: *“CAPÍTULO IX, Disposiciones Transitorias y Finales Artículo 33: Los Estados tendrán, los mismos privilegios prerrogativas (sic) fiscales y procesales de que goza la República,”* lo cual se mantiene el artículo 36 de la vigente ley,<sup>(23)</sup> indicando: *“Los estados tendrán, los mismos privilegios prerrogativas (sic) fiscales y procesales de que goza la República.”* Si bien corrige el error de la confusión entre singulares y plurales, omite, al igual que su predecesora, la conjunción “y” o la conjunción disyuntiva “o,” que permitiría darle un mejor sentido a la norma.

6.- A nivel municipal, el artículo 102 de la derogada Ley<sup>(24)</sup> que regía la materia, disponía dentro del Título VII, correspondiente a la Hacienda Pública Municipal, en su Capítulo I (del Patrimonio y las Finanzas), de los privilegios:

El Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, salvo las disposiciones en contrario contenidas en esta Ley. Igualmente, regirán para el Municipio, las demás disposiciones sobre Hacienda Pública Nacional en cuanto le sean aplicables.

Evidentemente, enmarca la disposición comentada, en la misma premisa que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública que se comentara anteriormente. Sin embargo, su ubicación puede resultar esclarecedora de los límites que se quisiera imponer a la aplicación de privilegios, en cuanto se refiriera al patrimonio y finanzas, lo que excluiría cualquier otro juicio donde no estuviere involucrado intereses patrimoniales, distinción que podría deducirse, no del contenido expreso de la norma (que en realidad no hace mayor distinción), sino de la ubicación en que decidió incorporarlo el legislador (argumento topográfico). Ahora bien, apartando dicho comentario, fue expreso el legislador al indicar en su artículo 44, que los institutos autónomos municipales NO gozarán de los privilegios que la ley acuerda al Fisco Municipal *“...salvo que una Ley nacional así lo establezca.”*

Por su parte, regulaba a renglón seguido, en los artículos 103 al 105, las disposiciones que se imponían ante los privilegios nacionales, toda vez

(21) **Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147** del 17 de Noviembre de 2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

(22) **Gaceta Oficial N° 4.153** del 28 de Diciembre de 1989. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público

(23) **Gaceta Oficial N° 39.140** del 17 de Marzo de 2009. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público

(24) **Gaceta Oficial N° 4.109 Extraordinario** del 15 de Junio de 1989. Ley Orgánica de Régimen Municipal.

que mantenía regulación expresa en cuanto a la citación y notificación cuando el municipio es parte –modificando los lapsos para su perfeccionamiento–, la ejecución de sentencias y la condenatoria en costas. En lo relativo a los actos de autocomposición procesal, no había disposición expresa como privilegios, sino que en lo referente a las competencias del concejo municipal, artículo 76.12, indicaba que correspondía al concejo *“autorizar al alcalde, oída la opinión del Síndico, para desistir de las acciones y recursos, convenir, transigir y comprometer en árbitros.”*

7.- Pese a lo anteriormente señalado, la situación parece modificarse con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,<sup>(25)</sup> toda vez que la mención genérica de extensión de privilegios, recogida en el artículo 102 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, desaparece en la redacción de la Ley que la sustituyó, salvo la previsión del artículo 29 que extiende los privilegios del municipio a los distritos, indicando: *“artículo 29: Las normas contenidas en la presente Ley, incluidas las relativas a los privilegios y prerrogativas, serán aplicables a los distritos metropolitanos en cuanto sean procedentes.”*

Así, entendiendo que los privilegios son de interpretación restrictiva, y que sólo operan en los estrictos términos que prevea la ley – independientemente de lo que digan los bárbaros-, ha de deducirse que el legislador no pretendió extender todos los privilegios de la República a los Municipios, sino limitarse a los expresamente contenidos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, referidos a la citación; no confesión; condenatoria en costas en los límites de la ley; limitaciones a los medios de autocomposición procesal; no sujeción a medidas preventivas o ejecutivas, salvo los casos expresamente señalados de ejecución de sentencias en cuanto a lo expresamente previstas en dicha ley que determina forma y límites de ejecución de sentencias, conforme las disposición del Título V (De la Hacienda Pública Municipal), Capítulo IV (De la actuación del municipio en juicio), y bajo la forma, condiciones y límites que la propia ley que regula las disposiciones del ámbito local dispone .

8.- Igualmente, los privilegios se trasladan a las Universidades Nacionales, en razón del artículo 15 de la Ley de Universidades, que señala: *“Las Universidades Nacionales gozarán en cuanto a su patrimonio, de las prerrogativas que al Fisco Nacional acuerda la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.”*

## 2.- ¿Sinónimos?

Retomando el punto de si se trata de sinónimos, como lo sugieren algunos autores, o existen francas diferencias, como lo señalan otros, revisando los términos en que han sido redactadas las diferentes leyes, se observa que en su mayoría utiliza los términos de privilegios y prerrogativas, siempre sometidas a la conjunción “y,” no distinguiendo dos nociones propias y autónomas, sino más bien ha de entenderse como sinónimos, sin poder desprenderse de sus textos que se trate de palabras con significado propio y diferente entre ellas. Pareciera ser una ruptura de la técnica legislativa, de respetar que el mismo concepto debe expresarse siempre con el mismo término o giro, sin que sea recomendable usar sinónimos, entendiendo que en la redacción de normas:

(25) **Gaceta Oficial N° 38.421** del 21 de Abril de 2006, reformada en **Gaceta Oficial N° 6.015** del 26 de Diciembre de 2010.

Se respetarán las reglas de la mejor gramática, los tiempos verbales, presente en lo posible, se evitará el uso de sinónimos y se verificará en todo momento la corrección de los términos. El texto ha de resultar claro y preciso... La necesidad de ser preciso y la ambigüedad y vaguedad de los términos obligan a ser muy cuidadosos en su utilización. Si al utilizar un término advertimos que pueden adjudicársele significados diferentes, es conveniente definirlos. La definición es un instrumento muy eficaz para precisar el significado y el alcance de un término, siempre que se la emplee apropiadamente por lo que nos referiremos a este tema en detalle, más adelante. Con frecuencia, el redactor acentúa el problema de los términos, al utilizar sinónimos para expresar el mismo concepto. Esta práctica no es recomendable en los textos normativos, ya que los términos considerados sinónimos nunca tienen idéntico significado porque tienen raíces etimológicas diferentes... La sinonimia es una técnica frecuentemente utilizada en algunos diccionarios. Sin embargo, no es recomendable usarla para definir términos en un texto normativo, por la misma razón que no es recomendable el uso de sinónimos para referirnos al mismo concepto en distintas normas del mismo texto normativo. Los sinónimos tienen distintas raíces etimológicas y por lo tanto no tienen idéntico significado.<sup>(26)</sup>

Tan acertado son las notas anteriores, que en Venezuela, el problema de si son sinónimos los privilegios y las prerrogativas, ha traído páginas de análisis y comentarios, pues, lo que quizás, en alguna oportunidad se trató como conceptos propios y distinguidos entre sí, se perdió en el tiempo y ya no se pueden distinguir significados propios de cada término, razón por la cual, a la luz de la legislación que los contiene, al igual que el tratamiento gramatical que el idioma le ha acentuado, debemos asumir que se trata de sinónimos.

### 3\_ Fundamento.

Las razones para justificar o repudiar la noción de privilegios procesales son de diversas índoles; en algunos casos, desde el punto de vista del perjuicio que se le puede causar al Estado, Hacienda Pública, Administración o al servicio público, sosteniéndose algunas veces que se trata de una debida protección en razón a la necesidad de protección a los intereses superiores que rigen la actuación del Estado;<sup>(27)</sup> mientras que en posición contraria, se destaca el perjuicio que se la causa al particular o la violación de derechos constitucionales.

(26) **Marina, B., Svetaz, M. A.** (2021) Notas Tomadas del Manual de Técnicas Legislativas Publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En "Técnica Legislativa: Marco Teórico," publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>, última revisión el 14/02/2021 a las 09:15.

(27) **De Sousa, J.** (2021) Límites a la Aplicación de las Prerrogativas Procesales de la República como Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Católica Andrés Bello. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS4029.pdf> última revisión (1) 07/04/2021 (2) 11:13.

En este sentido, el profesor Gabriel Sira<sup>(28)</sup> indicó:

Es decir, que nos encontramos ante una situación jurídica de larga trayectoria en nuestro Derecho y que, a pesar de ello, nunca ha estado exenta de críticas que la califican como violatoria del principio de igualdad procesal y una reminiscencia de los órdenes absolutistas; aun cuando otros obran en su defensa.

Resalta la eterna distensión entre las posiciones, aun cuando se debe recalcar que quienes han sostenido de alguna manera cierta defensa a las prerrogativas, no lo hacen de manera absoluta, sino que mantienen sus reservas. En tal sentido, se va a verificar ambas posiciones, con lo expuesto por un sector de la doctrina, y a los efectos, se debe traer nuevamente a colación lo indicado por Neher,<sup>(29)</sup> quien señaló:

Estos privilegios y prerrogativas de los que goza la Administración en su actuación en juicio, se fundamentan esencialmente en la naturaleza de ésta como representante del interés colectivo, en la defensa de la Hacienda Pública, cuya integridad no debe ser amenazada o perjudicada por la actitud negligente, temeraria o simplemente equivocada de sus representantes; y en la exigencia de continuidad en la prestación de los servicios públicos. Sin duda, la protección y preservación de la integridad de la Hacienda Pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos, parecen justificar la existencia de ciertos privilegios y prerrogativas a favor de la Administración que impidan que, a raíz de cualquier reclamación particular contra un ente estatal se paralice o disminuya el ritmo de prestación de un servicio público o se coarte la posibilidad para la administración de disponer de recursos para la atención de sus necesidades colectivas. Sin embargo, los privilegios y prerrogativas otorgados a favor de la Administración deben entenderse únicamente como mecanismos de protección de la normalidad en el funcionamiento de la Administración, y nunca como instrumentos de coacción contra los particulares en sus conflictos con el Estado, lo cual, además de ser contrario al principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, harían nugatoria la garantía jurisdiccional de acceso y obtención de justicia establecida como principio general del proceso en el encabezamiento del artículo 68 de la Constitución de la República.<sup>(30)</sup>

(28) Sira, G. (2021) Las Prerrogativas Procesales de las Empresas del Estado. A Propósito del Fallo N° 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, En el "Anuario del Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela N° 1." <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/aeda-01.pdf> última revisión (1) 06/04/2021 (2) 08:31.

(29) Ídem. Ob. cit. Págs. 420 y 421.

(30) Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662. Constitución de la República de Venezuela del 23 de Enero de 1961.

Como se puede observar, conjuga ambas posiciones, en tanto y en cuanto, entiende la existencia de la noción del privilegio y su fundamento, siempre que no haga ilusoria la obtención de la justicia debida.

Tal posición es absolutamente coherente, entendiendo la noción de tutela judicial efectiva concentrado en un derecho amplio, como la posibilidad de cualquier persona o sujeto de derecho de acudir libremente ante los órganos jurisdiccionales, frente a jueces capaces, independientes y probos, para que mediante de un proceso debido, se tramite el juicio con las debidas garantías de defensa que ha de dirimir una controversia, se dicte sentencia en un lapso prudencial y que dicha decisión sea cumplida o ejecutada,<sup>31</sup> que en Venezuela, no se circunscribe a la posibilidad de acceso a la justicia, previsto en el artículo 26, sino que conforma todo un sistema que abarca igualmente el derecho al amparo constitucional, habeas corpus y habeas data (artículos 27 y 28), el derecho a la investigación, sanción e indemnización a las víctimas ante la violación de derechos humanos (artículos 29 y 30), del debido proceso penal (artículo 44), debido proceso (artículo 49) y todo el entramado del sistema judicial, contenido en el Capítulo III Constitucional (artículos 253 al 272).

De allí que se considera necesario la revisión crítica de los sustentos de las posiciones, contrastándolo posteriormente con el tratamiento legal y la aplicación práctica de los privilegios, singularmente considerados, y no sustentarlo simplemente en la fórmula sacramental, mística y hasta mítica de la protección al interés general, sino ahondar en ello, para tratar de indagar si en todo caso se llega a cumplir el cometido.

A nuestro entender, retomando las nociones de privilegios o prerrogativas que otorgan tanto el Diccionario de la Lengua Española como el de Derecho Usual, se está en presencia de privilegios o prerrogativas cuando se trata de un igual que se le da tratamiento distinto, a un igual que se privilegia, tanto por la vía de la concesión como de la exención o excepción, que resalta en la expresión del Diccionario de Derecho Usual al indicar: *"Situación jurídica preferente con relación a los demás situados por lo restante en iguales condiciones..."*

Ante dicha posición, un importante sector de la doctrina y de otras personas que han estudiado el punto en cuestión,<sup>(32)</sup> sustenta su oposición en la violación del principio de igualdad.

De allí ha de surgir la primera interrogante, en cuanto si la República, el Estado o los diferentes órganos y entes del Poder Público, se encuentran en una situación de igualdad con los particulares, que ameritaría que una ley le otorgara una condición privilegiada que rompa ese equilibrio. Si la respuesta fuera positiva, habría que revisar todas las funciones que cumple el Estado y cuestionar su imposición al ciudadano, pero de no estar en igualdad de condiciones, se trata de potestades por una parte, y de la imposición de

(31) **Chamorro, F.** (1994) *"La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales Derivados del Artículo 24.1 de la Constitución."* Editorial Bosch. Barcelona, España.

(32) Hay otras. La posición de los Profesores **Gallotti** y **Reverón** (2021) *"Prerrogativas Procesales-Empresas, Asociaciones Civiles y Fundaciones Municipales,"* En <https://vlexvenezuela.com/vid/prerrogativas-procesales-empresas-asociacion-704028089> revisado 03/03/2021 21:15). De igual forma, los Trabajos Especiales de Grado de **Aquino, M.** (2004) *"Justificación de los Privilegios y Prerrogativas Contenidas en la Nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República."* Tesis de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. [http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ4614.pdf\\_04/03/2021](http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ4614.pdf_04/03/2021). **Castellanos, A.** (2015) *"Incidenias de las Prerrogativas Procesales de la Administración Tributaria con Respecto a la Defensa del Contribuyente en la Jurisdicción Contenciosa Tributaria en Venezuela."* Tesis de Grado presentada para optar por el título de Especialista en Gerencia Tributaria de la Universidad de Carabobo, en <http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/1849/acastellano.pdf?sequence=1> última revisión 06042001 (2) 20:40.

obligaciones que deben ser cubiertas y celadas por el juez que conozca del proceso.

Sin embargo, dicho celo no puede dejar nugatorio el derecho del particular de acceso a la justicia y que la noción de tutela judicial efectiva se vea efectivamente cumplido, que en el caso del contencioso se adereza con la parte final del artículo 259 Constitucional, en cuanto al deber del juez de *“disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas lesionadas por la actividad administrativa.”*

Así, el principio de igualdad ha de entenderse frente a la ley, de tratar de igual manera a los iguales, en cuyo caso, cualquier privilegio, entendiendo como tal lo indicado en el Diccionario de Derecho Usual, ciertamente luce como una aberración cuando son de tal magnitud como algunos de los privilegios procesales que se le otorgan a los entes Públicos. De forma tal, que pretender justificar el principio de igualdad procesal en el artículo 21 Constitucional, en su relación con el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, resulta acertado, siempre que se trate de una relación entre particulares, toda vez que:

- El Código de Procedimiento Civil, ley general y abstracta establece:

*...los jueces mantendrán a las partes en los derechos y facultades **comunes** a ellas, sin preferencias ni desigualdades, y en las privativas de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la **ley** a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos exlimitación de ningún tipo.*

- El artículo 21 Constitución, con respecto a la noción de igualdad, expresa:

*...omissis... 2.- **la ley** garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerados; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

De allí, que frente a la letra de la ley, no debe haber tratos diferenciados, mientras que la Constitución permite la denominada discriminación positiva en casos de debilidad manifiesta de un sector de la población. Sin embargo, se ha de mantener la igualdad en el proceso cuando se trata de iguales, mientras que leyes especiales regulan la conducta del juez en el proceso, cuando se trata de acciones donde participen ciertos órganos o entes del Poder Público. Es una ley, especial, la que contiene esas obligaciones que en mismos términos del artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, y se debe entender, que no se trata de *derechos y facultades comunes* a las partes, sino que se refiere al trato frente a una de ellas, en razón de sus derechos o facultades privativas a una de ellas, en cuyo caso, las debe mantener y observar *“...según **lo acuerde la***



***ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extrimitación de ningún género,***<sup>(33)</sup> pues es la ley la que prevé la situación de ventaja a favor de un sujeto de Derecho, que de bulto, no es “un igual” a otro litigante.

De forma tal, que el juez viola efectivamente el dispositivo de igualdad, sea juez de instancia, alzada o Tribunal Supremo, cuando frente a una prerrogativa o privilegio procesal, lo extiende jurisprudencialmente, o lo otorga o analiza de manera diferente a lo previsto en la ley, incluso, en ciertos casos, la imaginación del juez los crea, pues deja de ser la ley la que crea facultades privativas y lo hace el juez en su interpretación. Ejemplos de esto lo tenemos cada vez que se extiende un privilegio, cuando se otorga una interpretación distinta o cuando crea un privilegio no contemplado, como sucede cuando un juez le otorga un plazo de espera, ante la ausencia del representante de la República para una audiencia a la hora fijada “para garantizar su defensa.”

Así, se considera que el principio de igualdad es absoluto, en tanto y en cuanto, la ley no exponga trato diferenciado a alguna de las partes, pero si es la ley que regula un trato distinto a una de las partes del proceso, dentro de los derechos o facultades privativas del sujeto procesal privilegiado, siempre que se mantenga dentro de los estrictos límites que regula la ley que determina esa diferenciación en el trato, no implica la inconstitucionalidad del mismo, por lo menos, en cuanto respecta al principio de igualdad, aun cuando otros factores pueden llevar a la consideración de inconstitucionalidad o considerarlos injustos, recalando que si bien es cierto que la actividad del Estado y la prestación de los servicios no puede verse paralizada por la actividad judicial, tampoco pueden usarse esos privilegios para negar que la justicia se vea efectivamente materializada, o la obstaculización absurda del proceso.

Señalado lo anterior, debe centrarse en lo referente a las notificaciones y citaciones, conforme al Decreto con rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría de la República, en contraste con lo referido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

#### **4. Notificaciones y Citaciones.**

El artículo 78 del DLOPGR<sup>(34)</sup> señala que las notificaciones y citaciones practicadas al Procurador General de la República, sin el cumplimiento de las formalidades y requisitos establecidos en dicho decreto, se considerarán como no practicadas. Lo categórico de dicha norma, da a entender que las consecuencias del incumplimiento de la misma, sería la nulidad y la reposición de la causa, bien sea a solicitud del representante o sustituto de la procuraduría o de oficio por parte del tribunal. Ahora bien, podría el juez, si gozara de la “*autonomía*” necesaria,<sup>(35)</sup> declarar en algún caso concreto en que la formalidad o exigencia legal sea considerada no esencial, o que se trate de algún error en la interpretación por parte de la Procuraduría, pretendiendo que a su entender no se cumplió, o que derive de alguna interpretación o capricho de instancias

(33) **Gaceta Oficial N° 4.209** Extraordinaria del 18 de Septiembre de 1989. Código de Procedimiento Civil. Parte final del artículo 15.

(34) **Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.220** del 15 de Marzo de 2016. Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

(35) Esa noción de autonomía abarca un abanico de conductas, actitudes y aptitudes, que no podríamos analizar por lo extenso que ello implica.

judiciales superiores, aplicar al caso concreto el artículo 26 Constitucional y declarar que se trataría de una reposición inútil, en especial, por haber cumplido sus fines, independientemente del supuesto incumplimiento de la formalidad. Sin embargo, la posibilidad, en los momentos en que se realiza la presente investigación, luce poco probable.

El artículo 93 del Decreto Ley comentado, indica que las citaciones al Procurador General de la República para la contestación de demandas deben ser practicadas por oficio, acompañado del libelo y de los recaudos producidos por el actor. El oficio debe ser entregado personalmente al Procurador o Procuradora General de la República, o a quien esté facultado por delegación.

Para tener un punto de comparación, se traerá a colación lo indicado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil y al respecto se tiene que la citación será personal y se hará mediante compulsas **con la orden de comparecencia**. Compulsar no es más que la autoridad (juez) ha de contrastar las copias que se envían verificando que son exactas de sus originales.

Ahora bien, el artículo de la ley que regula la actuación de la Procuraduría, no hace más que determinar una forma mediante la cual se remitirá la orden de comparecencia (oficio), a la cual deberá acompañarse de los libelos y recaudos (compulsas), lo que no hace diferencia alguna con lo regulado para el proceso ordinario.

En cuanto a la exigencia de ser entregada personalmente, ha de tomarse en consideración que el Procurador General de la República, debe recibir las citaciones y notificación que sean enviados por todos los tribunales contenciosos administrativos de la República, las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, así como la de cualquier tribunal que conozca de una causa, que conforme a la ley, deba citar o notificar al Procurador,<sup>(36)</sup> por lo que se simplificó en un trámite por medio del cual el alguacil dejaba los oficios y sus recaudos en correspondencia de la Procuraduría los días martes y retiraba el acuse de recibo el día jueves, lo cual hasta la fecha, no ha traído inconvenientes.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 94 del Decreto Ley, consignado por el Alguacil el acuse de recibo de la citación en el expediente respectivo, comienza a transcurrir un lapso de quince días hábiles, a cuya terminación se considera consumada la citación del Procurador o Procuradora General de la República, iniciándose el lapso correspondiente para la contestación de la demanda. Es decir, la mera consignación en autos de la resulta de la citación, no activa el cómputo del lapso para contestar, sino que el mismo comienza, una vez transcurridos 15 días hábiles después que conste en autos las resultas, es decir, se entiende materializada la citación o notificación PGR practicada la diligencia por el alguacil y transcurrido el plazo que ordena la ley.

Toda vez que la Procuraduría ha de representar a todos los órganos de la Administración Nacional centralizada, otros órganos nacionales del Poder Público Nacional, así como intervenir en otras acciones judiciales distintas, ejercidas contra otros órganos o entes del Poder Público, e incluso, en acciones ejercidas contra particulares en ciertos casos específicos, a diferencia de las citaciones a particulares, que el propio citado tiene conocimiento de la situación, acceso a los registros que copete y posibilidad de acceder a la

<sup>36)</sup> En el año 2008, se contabilizó el promedio de citaciones y notificaciones que se libraban y practicaban para la Procuraduría en el curso de un mes, solo en los tribunales superiores contenciosos administrativos de Caracas, y se acercó a las 200.

información de primera mano, mientras que la PGR, ha de solicitar a otro órgano la información requerida, y empezar a tener conocimiento de las circunstancias del caso que rodean la demanda intentada.

Así, de la imposibilidad o facilidad de acceso a la información en uno y otro caso, pretender que lapso de contestación o para tener por notificado, sea el mismo de un particular al de la PGR, no sólo constituiría una falsa igualdad, sino que implicaría una desigualdad tan grave, que no permitiría muchas veces que el órgano llamado a defender los intereses de la república, tenga el acceso a la información y pruebas que pregona el artículo 49 constitucional, referente al debido proceso.

En este sentido, el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en la Sección correspondiente a las Disposiciones Comunes a los procedimientos), prevé categóricamente que *"a partir de que conste en autos la citación practicada, comenzará a computarse el lapso de comparecencia en el caso de la demandas de contenido patrimonial."*<sup>(37)</sup>

Sin embargo, toda vez que la misma ley deja a salvo la prerrogativa en la citación del Procurador General de la República, ha de entenderse que aun cuando conste en autos la práctica de la citación, el lapso no comienza a computarse hasta tanto no se verifique el lapso de privilegios, según sea el caso.

Por su parte, el artículo 38 de la misma ley, prevé la posibilidad de practicar las citaciones y notificaciones por medios electrónicos, ante lo cual, cabría preguntarse: ¿Pueden practicarse por estos medios las citaciones y notificaciones de la Procuraduría General de la República? A mi entender, la respuesta es lamentablemente negativa, pues en cuanto al privilegio se refiere, exige formalidades, como es la del oficio y la citación personal; sin embargo, hay que indicar que dicha práctica, podría simplificar el trámite, en especial, cuando el tribunal llamado a practicarlo se encuentra fuera de la Región Capital, lo cual redundaría igualmente en reducir costos (comisión o rogatoria según sea el caso, copias, traslado, etc.), aunque lamentablemente estaría sujeta a eventual reposición de la causa.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 98 del DLOPGR:

Los juicios en que la República sea parte, los funcionarios judiciales, sin excepción, están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. Las notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de las decisiones o de todo lo conducente para formar criterio sobre el asunto y ejercer las acciones pertinentes según el caso. Transcurrido el lapso de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la consignación en el expediente de la respectiva constancia, se tiene por notificado el Procurador o Procuradora General de la República y se inician los lapsos para la interposición de los recursos a que haya lugar. La falta de notificación es causal de reposición y ésta puede ser declarada de oficio por el

<sup>(37)</sup> Nuevamente el error y la falta de técnica legislativa hace gala, toda vez que si la intención es aplicarlo a un procedimiento específico, mal podría colocarse en las disposiciones comunes.

Tribunal o a instancia del Procurador o Procuradora General de la República.

En el primero de los casos, la citación para contestación de demandas, la justificación se puede encontrar en todos los órganos que termina representando directamente la Procuraduría, a los que ha de solicitarles el expediente para entrar en conocimiento del asunto, incluso, la necesidad de que expertos del organismo emitan las explicaciones debidas al caso, por lo que se otorga un plazo de 15 días (hábiles) para ese trámite, que una vez vencido, comienza el cómputo ordinario, tal como lo tiene cualquier otra parte. Cuando se trata de notificación de sentencias, bien interlocutorias o definitivas, el plazo es de 8 días (hábiles), a cuyo vencimiento nace el lapso de apelación.

Cabe destacar, que la notificación de las sentencias a la Procuraduría se aplica, independientemente de si la sentencia fue dictada dentro del lapso para decidir o fuera del mismo; incluso, si algún representante del órgano o ente haya actuado, pues no se trata del principio de que las partes se encuentran a derecho, o si hubo notificación tácita o presunta, sino que por mandato de ley, el tribunal debe notificar de la sentencia y acompañar los recaudos.

Ahora bien, en cuanto al privilegio y su cómputo, la justificación de que sea hábiles estriba en que se trata de diligencias y actuaciones que ha de ejercer la Procuraduría frente a otros órganos de la administración o del Poder Público, sobre cuyo cómputo no interviene si el juez, ni afecta si se encuentra de permiso sin que le haya sido designado suplente; si el órgano superior judicial decidió suspender o desincorporar al juez; si hay inventario, o la lluvia levantó el techo del tribunal.

Es decir, son muchas las razones por las cuales un tribunal no despacha, además de la inveterada costumbre de la Sala Político Administrativa de no dar despacho los días lunes y viernes, lo cual fue seguido de cerca por las Cortes de lo Contencioso (hoy Tribunales Nacionales), lo cual, en nada afecta o ayuda a que la Procuraduría realice su trabajo y cumpla sus necesidades en sede administrativa, pues el lapso procesal que interesa es el subsiguiente, siendo que la diferencia entre días hábiles de la Administración y los días de despacho, puede ser entre exagerado a indefinidamente distintos<sup>(38)</sup>. Sin embargo, ya la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo había dictaminado que los días hábiles respectivos a la notificación como privilegio, debía computarse como días de despacho, sin argüir mayor justificación, siendo que el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias 5.406 del 4 de Agosto de 2005 y 1018 del 24 de Septiembre de 2008, justificó dicho criterio:

A este respecto, conviene señalar que el referido lapso de ocho (8) días debe computarse como de días de despacho, todo ello con el fin de garantizar la igualdad de las partes y el derecho a la defensa de las mismas en los juicios contencioso-tributarios, así como de

(38) Basta con tomar en consideración que ante la abrupta e indebida remoción de los jueces de la Corte Primera (corte única para la fecha) de lo Contencioso Administrativo en Octubre de 2003, paralizó dicho órgano jurisdiccional y ocasionó un caos en el sistema contencioso administrativo, que duró hasta el nombramiento de los nuevos jueces y la creación de la Corte Segunda en julio de 2004, a lo que se sumó que los nuevos jueces debían empezar a avocarse, tener conocimiento particular de los casos a lo cual, siguió las vacaciones judiciales de ese año, lo que implicó una paralización efectiva por lo menos hasta el 15 de septiembre.



asegurar el cumplimiento del principio de uniformidad de los lapsos procesales.

El Profesor Gallotti,<sup>(39)</sup> compartiendo dicha posición, señala al respecto, que el principio invocado de uniformidad de los lapsos procesales, busca garantizar el debido proceso, defensa y seguridad jurídica:

...principio que toma especial importancia en el presente caso, dada la difícil posibilidad de determinar por parte del justiciable el desarrollo de los referidos cómputos de días hábiles. La dificultad a la que se hace referencia tiene lugar en la divergencia de días hábiles que existe en todo el país, de manera que al momento en que un órgano jurisdiccional notifica por ejemplo a una procuraduría estatal que cuenta con 8 o 15 'días hábiles' para tenerse por notificada, deviene la incertidumbre tanto para el estado, como para la contraparte y el tribunal, de la forma en cómo será computado dicho lapso, ya que habría que establecer si se toma por días hábiles del tribunal o por días hábiles del estado, que como es bien sabido, cada estado tiene sus propios días feriados conforme a sus fiestas regionales...Es por ello, que las normas procesales que tienen contemplado 'días hábiles' han sido considerados por la Jurisprudencia reiterada y asentada del Tribunal Supremo de Justicia como días de despacho, en aras de garantizar el debido proceso y certeza del desarrollo de los lapsos a los justiciables.

Sobre el referido argumento, y en especial, al sostenido por el Tribunal Supremo, debe señalar en primer lugar, que resulta un contrasentido hablar de privilegios y de "garantizar la igualdad de las partes." Este argumento se ve plasmado en el presente punto y el referido a las costas. Sin embargo, en primer lugar, al pretender aplicar el principio de igualdad -que ya sostuvimos no tiene cabida ni aplicación-, automáticamente se debe abstener entonces de hablar de privilegios; en segundo lugar, de ser ese el argumento, habría que igualar todos los privilegios, pues de ser así, en todos se lesionaría el derecho a la igualdad, lo que conllevaría, como consecuencia lógica, en eliminar el privilegio, lo cual indudablemente no ha sido la intención de las argumentaciones del TSJ; y en tercer lugar, implica dar cabida a que los privilegios no son de interpretación literal y restrictiva, sino que jurisprudencialmente pueden ser modificados, lo que ha sucedido en la práctica.<sup>(40)</sup>

Fue el legislador, quien no se limitó a referirse a días, de manera general, sino que especificó que se trataban de días hábiles y conforme la finalidad que busca el privilegio, a mi entender, conforme la justificación anteriormente dada, por tratarse de los trámites que debe hacer la Procuraduría ante distintos órganos de la Administración o del Poder Público, encuentra plena justificación que sean computados por días hábiles de la Administración, al igual que en dichos casos poco importa si el tribunal decide o no despachar, puede darse la situación contraria en la cual el tribunal decida despachar mientras el órgano administrativo de que se trate los declare días no hábiles.

(39) Idem. ob. Cit. Pág., 168.

(40) Sin contar con la abyecta manía de legislador positivo que han asumido diferentes Sala del TSJ.

En todo caso, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que los días hábiles se computan de conformidad con el calendario de la Administración, debiendo entender que si en un caso determinado una Administración determinada decide que un día no es hábil, aparte de motivar sus causas (al igual que el órgano judicial debe motivar los días de no despacho), debe ser plasmado en su calendario y someterlo a publicidad, lo que permitiría conocerlos.<sup>(41)</sup>

Por otra parte, en las últimas reformas a la ley de la Procuraduría, se incorporó la exigencia de acompañar las copias de las decisiones, y opera de la misma manera que las citaciones: hasta tanto no transcurra el lapso, no se entiende notificado, toda vez que los lapsos subsiguientes no empiezan a correr hasta no agotado el anterior, o, explicado de otra manera, tanto la citación como la notificación a que se ha referido, no surten efectos con su sola práctica, aun cumpliendo los requisitos exigidos, sino una vez cumplidos los trámites y transcurrido el lapso, lo cual, iguala en ese sentido a las partes en juicio y comienzan a correr los lapsos subsiguientes, sin que ello sea óbice, a que los recursos o actuaciones presentadas por las otras partes o intervinientes, tengan plena validez y se computen a partir de fenecido los lapsos de los privilegios.

Los plazos anteriores se refieren a los juicios en los que sea parte la República. Sin embargo, la ley igualmente regula condiciones en los que no sea parte, indicando los artículos 108 y 109, las obligaciones de los jueces y demás funcionarios judiciales de notificar al procurador de las demandas y de cualquier otra oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República.

La redacción podría causar cierta confusión, en tanto diferenciar una demanda contra la República, en cuyo caso procede la citación, a los casos de una demanda que obre directamente contra los intereses patrimoniales de la República (el caso de afectar indirectamente es más razonable), lo cual deriva de la redacción del artículo 107 de la misma ley, que indica “El Procurador o Procuradora General de la República puede intervenir en aquellos juicios en los que, si bien la República no es parte, son afectados directa o indirectamente los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.”

Así, la primera opción para ser considerado parte, es que sea el demandante o el demandado, sujeto activo o pasivo de la relación procesal y en tal sentido, la aplicación de los artículos 93 y 98 del DLOPGR quedaría reservada en los casos en que el Estado, un órgano o ente del Poder Público representado por la PGR sea demandado directamente; mientras que los artículos 108 y 109 del DLOPGR se aplicaría cuando el juez, bien sea por la revisión del expediente o ante la solicitud de alguna de las partes o de un tercero, inclusive un órgano del Poder Público, verifique que aun cuando no hayan sido directamente demandados esos órganos o entes, están involucrados directa o indirectamente los intereses patrimoniales de la República.

En todos estos casos, igual que en lo que su actuación sea como parte, las notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto.

(41) Valga referirse a la situación planteada durante la pandemia del COVID-19 que nos azota, donde el ejecutivo decreta días de cuarentena flexible o radical, pero desconocemos de manera general si un determinado órgano del poder público se encuentra laborando o no.

En todo caso, los artículos 108 y 109 del DLOPGR establecen dos supuestos:

**Artículo 108:** Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de la admisión de toda demanda que obre directa o indirectamente contra los intereses patrimoniales de la República. Las notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto... **Artículo 109:** Los funcionarios judiciales están igualmente obligados a notificar al Procurador o Procuradora General de la República de toda oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República. Estas notificaciones deben ser hechas por oficio y estar acompañadas de copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto...

En el primero de los casos (artículo 108 DLOPGR) y si la cuantía de la demanda es superior a las mil Unidades Tributarias (1.000 U.T.), el proceso se suspenderá por un lapso de noventa (90) días **continuos**, y una vez vencido el Procurador se tendrá por notificado.

Un supuesto –a título de ejemplo– puede ser la demanda que sea ejercida contra un contratista de la Administración, en especial, si la demanda tiene directamente relación con el contrato que se está ejecutando (subcontratista, trabajador, proveedor, etc.), o la demanda que se presente contra una empresa del Estado.<sup>(42)</sup>

En el segundo de los supuestos (artículo 109 DLOPGR), aplicable a aquellos casos en que no se notifica de la demanda, pero en el curso natural del proceso se presenta o dicta alguna oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales de la República, la notificación apareja la suspensión del proceso por un lapso de treinta (30) días **continuos**, y una vez vencido el Procurador se tendrá por notificado.

En ambos casos el Procurador debe contestar la notificación dentro de dichos plazos, manifestando la ratificación de la suspensión o renunciando a lo que quede de dicho lapso. En los casos que el Procurador conteste la notificación y ratifique la suspensión, tendrá como efectos que el proceso se mantiene suspendido, pero no de manera indefinida, sino por lo que resta del lapso y una vez vencido se entiende que se perfecciona la notificación; mientras que si renuncia a lo que queda del lapso, se entiende perfeccionada la notificación a partir de ese momento.

Las consecuencias, a partir de ahí, son múltiples, y podrá intervenir el Procurador a nombre del órgano o ente, bien sea como tercero interviniente (representando intereses propios) o como tercero coadyuvante a una de las partes (intereses ajenos), con los efectos procesales de dichas intervenciones.

<sup>(42)</sup> Partiendo del hecho que las empresas del Estado no gozan de los privilegios, pues la ley no lo prevé, y cualquier interpretación que hayan dado acordando su extensión, resulta *contra legem*.

Igual que en el ejemplo anterior, puede que de la demanda no se haya hecho mención a relación o contrato alguno que determine su relación con interés patrimoniales directos o indirectos de la República, pero del curso del proceso, incluso en estado de ejecución, el juez se percata directa o indirectamente de su existencia, ante lo que procede la respectiva notificación.

Por supuesto, lo señalado debe aplicarse igualmente a los otros órganos de representación judicial de otros entes territoriales o entes públicos a los cuales les sea atribuido los privilegios de la República por mandato de ley,<sup>(43)</sup> en cuyo caso, la representación estará a cargo del órgano correspondiente, entendiéndose Procurador General del estado, Síndico Procurador Municipal o sus delegatarios, según sea el caso.

Sin embargo, aun cuando la causa se trate de una demanda contra un Estado o Municipio (equivalente a los supuestos de los artículos 93 y 98 DLOPGR en el caso de la República), o se trate de causas donde pueda estar su interés inmerso de manera directa o indirecta sin que sea originalmente parte (supuestos de los artículos 108 y 109 del DLOPGR), si se verifica la existencia de derechos o intereses directos o indirectos de la República, aparte de la notificación del representante del ente territorial del estado municipio según fuere el caso –y sus respectivos privilegios–, debe notificarse igualmente a la PGR, de conformidad con los artículos indicados en su relación con el artículo 76 del DLOPGR. Señalado lo anterior, la redacción del artículo 111 del DLOPGR involucra otros casos que amplía considerablemente los supuestos, por lo que considero pertinente transcribir el artículo en su totalidad, para proceder a su revisión.

Cuando se decreta medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdicial y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un **servicio privado de interés público**, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que el organismo público que corresponda adopte las provisiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En este caso el proceso se suspende por un lapso de cuarenta y cinco días (45) días continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República. El Procurador o Procuradora General de la República, o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado. Adoptadas las provisiones del

(43) Ya se hará referencia a la extensión judicial de privilegios.



caso, el organismo correspondiente debe comunicar al Procurador o Procuradora General de la República, quien a su vez debe informar al juez de la causa.

Se trata del supuesto de las medidas judiciales dictadas, no sólo en aquellos casos en que se determine el interés patrimonial de la República de manera directa o indirecta (sobre los que estarían incluidos las medidas que afecten bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación y otras entidades públicas), sino que afecta servicios o actividades que pueden estar prestadas por particulares, como pueden ser los servicios públicos (cuyos bienes está afectados a reversión), bienes afectados al uso público (producto mismo de la afectación) **actividad de utilidad pública nacional**,<sup>(44)</sup> e incluye a los **servicios privados de interés público**.

Ésta última figura, que ha tenido recepción en la doctrina extranjera,<sup>(45)</sup> poco ha sido desarrollado como tal en Venezuela, pero aun su ausencia de regulación como **categoría**<sup>(46)</sup> (salvo la conseguida en el DLOPGR) o el nulo desarrollo doctrinario nacional como tal (específicamente como género de "servicio privado de interés general"), consigue su aplicación tanto normativa como de hecho -no como categoría jurídica-, aplicado al caso concreto y justificado en la motivación de la norma y que se verifica en el género de la actividad fuertemente regulada. En general, se trata de una actividad que no ha recibido publicación (no se le ha dado carácter de público) y no ha sido considerado servicio público,<sup>(47)</sup> sin embargo, se encuentra fuertemente regulada por el Estado, por el interés público que subyace en su prestación.

No ha sido considerado servicio público (excepcional), por lo que ha de considerarse servicio privado, pero se considera que al existir circunstancias que trasciende el interés particular, de por medio se verifica la existencia de derechos colectivos o intereses generales que pueden verse comprometidos, y que tal como lo señaló el profesor chileno Christian Trojas Calderón.<sup>(48)</sup>

Así es posible señalar que cuando se habla de servicios públicos impropios o servicios públicos virtuales o, mejor aún, de servicios privados de interés público (SPIP), se hace referencia a actividades que, sin estar reservadas expresamente a la acción estatal ni calificadas como actividades de servicio público, no pueden desarrollarse en un régimen puro de libertad económica y jurídica, puesto que tienden a la satisfacción de intereses generales –públicos– o colectivos –de algún grupo determinado– donde, sin embargo, su titularidad y responsabilidad no

(44) En este punto comienzan el uso de nociones que pueden resultar perversas, pues no se trata de bienes que puede ser objeto de expropiación, sino de toda una actividad, que sea declarada como de utilidad pública (lo que ha surgido a título de ejemplo de la denominada soberanía alimentaria).

(45) Cfr. <http://www.sindicat.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20inter-res%20general%20def.pdf> última revisión (1) 09/04/2021 (2) 11:40; ó; <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2018/05/25/Los-servicios-privados-de-interes-publico-con-motivo-del-Dictamen-CGR-N-117182018.aspx> ó; [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100008) última revisión (1) 09/04/20021 (2) 13:30.

(46) Sin embargo, se consiguen vastas regulaciones sectoriales.

(47) Silva, J.G. (2012) "De los Servicios Públicos. De las Demandas Que Interpongan los Usuarios por su Prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa." En "Los Servicios Públicos Domiciliarios." Colección del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO) N° 1. Coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas D.F., Venezuela. Octubre 2012.

(48) Rojas, C. (2014) La Categoría Jurídica de los "Servicios Públicos de Interés Privado." El Caso de las Juntas de Vigilancia de Ríos, En "Revista Chilena de Derecho vol. 41 N° 1." [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100008) última revisión (1) 08/04/2021 (2) 23:00.

corresponde a las Administraciones Públicas. En estos la Administración Pública se reserva habitualmente poderes de intervención y control que van más allá de la mera autorización inicial, conservando poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad.

Se trata de un control que se ejerce sobre la actividad, que supera el que pudiera desarrollarse sobre una actividad que se desarrolla bajo el esquema de libre comercio, sobre la cual se crea un órgano de control exclusivo para la actividad, generalmente bajo las “superintendencias”, para atender el control y la vigilancia de una determinada actividad o ramo. Ejemplo clásico de ello en Vzla., se tiene en la actividad bancaria o la actividad de seguros, donde no sólo se encuentra características generales, a lo que se agrega que se trata de una actividad que trabaja con dinero ajeno, dinero del asegurado o del depositante o cliente de por medio, entre un catálogo cada vez más extenso de actividades reguladas.<sup>(49)</sup>

En materia aseguradora, el Reglamento General de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, dictado durante la conocida como “*emergencia financiera*,” dispuso en su artículo 9 ante de ejecutar alguna medida cautelar o ejecutiva, el tribunal deberá dirigirse previamente a la Superintendencia de Seguros a los fines que ésta determine los bienes de las empresas de seguros que pueden ser objeto de la medida. Es decir, el tribunal no es libre de ejecutar las medidas o determinar los montos y cuentas a ser embargados. Esa regulación fue tomada en el artículo 62 de la Ley de la Actividad Aseguradora.<sup>(50)</sup>

En caso de que la autoridad judicial decretare alguna medida preventiva o ejecutiva sobre bienes de las empresas de seguros, de reaseguros, las asociaciones cooperativas que realizan la actividad aseguradora, las empresas de medicina prepagada, las administradoras de riesgos, oficiará previamente a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora para que ésta determine los bienes sobre los cuales será practicada la referida medida.

Ahora bien, independientemente de esta obligación, el tribunal deberá –adicionalmente-, por la vía del privilegio, notificar a la Procuraduría General de la República, lo cual extiende de sobremanera la actividad de control por esta vía.

Pese a todo lo expuesto, de manera general con respecto **a las citaciones y notificaciones**, no encuentro extralimitación de rango constitucional que derive en su nulidad o inaplicación, toda vez que incorporar el plazo para tenerse por citado o notificado, lejos de afectar el principio de igualdad, iguala a partir del agotamiento de dicho plazo, a las partes intervinientes, aun cuando una de ellas tenga un derechos o facultades privativas.

(49) Por supuesto, que en regímenes absolutistas o totalitarios, la amplitud de la norma puede conllevar a mayores abusos, restricciones o violaciones.

(50) Gaceta Oficial N° 6.220 Extraordinario del 15 de Marzo de 2016. Decreto Ley de la Actividad Aseguradora y Reaseguradora.



## CONCLUSIONES

Conforme lo han expuesto otros autores, diferenciar los términos de privilegios y prerrogativas, por lo menos en la actualidad, no tiene sentido, siendo que tanto gramaticalmente como legislativamente, el tratamiento otorgado es de sinónimos. En todo caso, la distinción que en algún momento se sostuvo, perdió vigencia, por lo que resultaría irrelevante tratar de mantener doctrinariamente dichas diferencias.

Por otra parte, como género, los privilegios han tenido una férrea crítica en la doctrina, en especial, en la más reciente, catalogándola de inconstitucional, especialmente, bajo la óptica de la igualdad procesal, lo cual se adereza con un abusivo tratamiento judicial, ampliando el alcance de los privilegios a otros órganos o entes no cubiertos expresamente por ley. Sin embargo, se considera que **centrándose en las citaciones y notificaciones**, su tratamiento y alcance conforme al DLOPGR, lejos de afectar el principio de igualdad, se trata de un acercamiento a la igualdad, entre sujetos procesales desiguales.

Tal aseveración, no alcanza necesariamente a otros privilegios, no avala la barbarie de ampliar los privilegios existentes por vía judicial, mucho menos a la creación de privilegios a través de interpretaciones judiciales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Aquino, M.** (2004) *Justificación de los Privilegios y Prerrogativas Contenidas en la Nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.* Tesis de Grado para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AA04614.pdf> 04/03/2021).

**Araujo, J.** (2007) *Derecho Administrativo. Parte General.* Colección manuales Universitarios, Ediciones Paredes. Caracas D.F., Venezuela.

**Brewer Carías, A.R.** (2012) Sobre la Personalidad Jurídica en el Derecho Administrativo, En *Ensayos de Derecho Público. En memoria de Maurice Hauriou,* Universidad Externado de Colombia. Revisado en [https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/04/789\\_-II-4-772-Brewer.-SOBRE-LA-PERSONALIDAD-JUR%C3%8DDICA-EN-EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO.-Libro-Hauriou-mayo-2012.pdf](https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/04/789_-II-4-772-Brewer.-SOBRE-LA-PERSONALIDAD-JUR%C3%8DDICA-EN-EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO.-Libro-Hauriou-mayo-2012.pdf) el 11.02.2021 a las 22:08,

**Cabanellas, G.** (1997) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* 25° Edición. Tomo VI. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

**Castellanos, A.** (2015) *Incidencias de las Prerrogativas Procesales de la Administración Tributaria con Respecto a la Defensa del Contribuyente en la Jurisdicción Contenciosa Tributaria en Venezuela.* Tesis de Grado presentada para optar por el título de Especialista en Gerencia Tributaria de la Universidad de Carabobo, en <http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/1849/acastellano.pdf?sequence=1> última revisión 06042001 (2) 20:40.

**Chamorro, F.** (1994) *“La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales Derivados del Artículo 24.1 de la Constitución.”* Editorial Bosch. Barcelona, España.

**Delgado, F.** (2017) *“Chavismo y Derecho.”* Editorial Galipán, Caracas D.F., Venezuela.

**Diccionario de la Real Academia Española** (2014) Vigésimotercera Edición. Versión de Octubre 2014. Consultada en <https://dle.rae.es/> 09.03.2021 a las 13:36.

**Galloti, A. y Reveron, C.** (2021) *“Prerrogativas Procesales-Empresas, Asociaciones Civiles y Fundaciones Municipales,”* En <https://vlexvenezuela.com/vid/prerrogativas-procesales-empresas-asociaciones-704028089> revisado 03/03/2021 21:15).

**Galloti, A.** (2011) *“Las Prerrogativas del Estado en el Derecho Procesal Administrativo.”* Segunda Edición corregida y actualizada. FUNEDA, Caracas D.F., Venezuela.

**Hernández-Bretón, E.** (2008) Prerrogativas Procesales de los Estados Extranjeros y Organizaciones Internacionales en Caso de Demandas Laborales Intentadas por Persona Local Ante Tribunales Nacionales, En la *“Revista de Derecho N° 30.”* Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

**Silva, J. G.** (2012) De los Servicios Públicos. De las Demandas Que Interpongan los Usuarios por su Prestación y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.” En *“Los Servicios Públicos Domiciliarios.”* Colección del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO) N° 1. Coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas D.F., Venezuela.

**De Sousa, J.** (2021) Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Católica Andrés Bello. <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAS4029.pdf> última revisión (1) 07/04/2021 (2) 11:13.

**Linares, G.** (2007) El Principio Cardinal. La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos, En el *“Anuario de Derecho Público de la Universidad Monteávila N° 1.”* Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas D.F., Venezuela.

**Marina, B., Svetaz, M. A.** (2021) Notas Tomadas del Manual de Técnicas Legislativas Publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En *“Técnica Legislativa: Marco Teórico,”* publicado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf>, última revisión el 14/02/2021 a las 09:15.

**Moles, A.** (1956) La Personalidad Jurídica del Estado, En la *“Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela N°. 8,”* recogida en

la compilación del mismo autor (1997) “*Estudios de Derecho Público.*” Instituto de Derecho Público de la UCV. Caracas D.F. Venezuela.

**Neher, J.A.** (1994) Privilegios y Prerrogativas de la Administración en el Contencioso Administrativo, En la Obra “*Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica Profesor José Muci-Abraham.*” Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

**Peña, J.** (2001) “*Manual de Derecho Administrativo, Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.*” Colección de Estudios Jurídicos N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

**Rondón de Sansó, H.** (1990) El Régimen Contencioso Administrativo Municipal, En la “*Ley Orgánica de Régimen Municipal.*” Colección Textos Legislativos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

**Rojas, C.** (2014) La Categoría Jurídica de los “Servicios Públicos de Interés Privado.” El Caso de las Juntas de Vigilancia de Ríos, En “*Revista Chilena de Derecho Vol. 41, N° 1.*” [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000100008) última revisión (1) 08/04/2021 (2) 23:00.

**Sira, G.** (2021) Las Prerrogativas Procesales de las Empresas del Estado. A Propósito del Fallo N° 732/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, En el “*Anuario del Post-Grado de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela N° 1.*” <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/aeda-01.pdf> Última revisión (1) 06/04/2021 (2) 08:31.

**Useche, J.** (1997) Análisis Jurisprudencial de la Ejecutoriedad del Acto Administrativo, En Revista del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Carabobo N° 20. Universidad de Carabobo. Revisada en <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc20/20-5.pdf> el 11.03.21 8:30, entre otros.

**Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.220** del 15 de Marzo de 2016. Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

**Gaceta Oficial N° 5.892** Extraordinaria del 31 de Julio de 2008. Decreto Ley Orgánico de la Procuraduría General de la República.

**Gaceta Oficial N° 5.554** Extraordinaria del 13 de Noviembre de 2001. Decreto Ley Orgánico de la Procuraduría General de la República.

**Gaceta Oficial N° 4.209** del 18 de Septiembre de 1989. Extraordinaria. Código de Procedimiento Civil.

**Gaceta Oficial N° 38.421** del 21 de Abril de 2006, reformada en **Gaceta Oficial**

N° 6.015 del 26 de Diciembre de 2010.

**Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147** del 17 de Noviembre de 2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

**Gaceta Oficial N° 4.153** del 28 de Diciembre de 1989. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

**Gaceta Oficial N° 39.140** del 17 de Marzo de 2009. Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

**Gaceta Oficial N° 4.109 Extraordinario** del 15 de Junio de 1989. Ley Orgánica de Régimen Municipal.

**Gaceta Oficial N° 0678** del 17 de Marzo de 1961. La Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

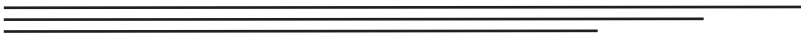
**Gaceta Oficial Extraordinaria** del 15 de Junio de 1989. Ley Orgánica de Régimen Municipal.

**Gaceta Oficial N° 1.660 Extraordinario** del 21 de Junio de 1974 del **Decreto N° 150** del 11 de Junio de 1974.

**Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662.** Constitución de la República de Venezuela del 23 de Enero de 1961.

**Sentencias N° 5.406** del 04 de Agosto de 2005 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

**Sentencias N° 1.018** del 24 de Septiembre de 2008 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.



# REFLEXIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO CON EL PODER PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999: PROBLEMAS ACTUALES

REFLECTIONS ABOUT LEGALITY PRINCIPLE AND THE RULE OF LAW OF THE PUBLIC POWERS ACCORDING THE CONSTITUTION LAW OF 1999:

CURRENTS PROBLEMS

Ana Elvira Araujo García<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.02>

Recepción: 12 de Octubre de 2020

Aceptación: 28 de Diciembre de 2020

38

## RESUMEN

Este trabajo pretende explicar los conceptos básicos que fundamentan el estudio del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo. Describe los antecedentes históricos y políticos del país bajo la corona española, la instauración de la república y el inicio de las instituciones. Pasa a analizar el "imperio de la ley" que supone la legalización del poder mediante el afianzamiento de la democracia. En este sistema se funda, se crea, todo el derecho público moderno. Piensa que la democracia sin control no puede durar. La autora destaca los días aciagos que vive el país con una dictadura apuntalada por las fuerzas armadas y una corrupción generalizada. Desarrolla la idea que el estado de derecho es un estado de justicia y la importancia de la posición del juez, amén de garantizar los derechos individuales. Continúa con el estudio del poder público, los fundamentos del Estado y la distribución del poder en un Estado descentralizado formalmente, pero el Estado en la práctica se halla muy centralizado y concentrado.

**Palabras Clave:** *Estado de Derecho, Legalidad Administrativa, Administración Pública.*

## ABSTRACT

This paper aims to explain the basics concepts which establish the study of Constitutional Law and the Administrative Law. Describe the historic and political facts of the country under the Spanish Crow, the first Republic instauration and the beginning of its institutions. Explains too the Rule of Law, which it suppose the legalization of the public powers through the strengthening of the Democracy. In this system it funds, it creates, all the Modern Public Law. The Democracy without controls can lot last. The paper emphasize the awful days which lives the country with a dictatorship propped by the Army and the corruption. It developes the idea around the rule of law as a justice state, and the importance of the Judge, amen to quarantee the constitutional rights. The paper continues with the study of the public power, the basis of the State and the distribution of the power in a formal decentralized state, but the State in the practice is centralized and concentrated.

**Key Word:** *Rule of Law, Administrative Legality, Public Administration.*

(1) Abogada Egresada de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Titular-Jubilada de la Escuela de Derecho en las Cátedras de Derecho Administrativo I y II de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Invitada de Derecho Contencioso-Administrativo en la Escuela de Derecho de la Universidad del Zulia (LUZ). Miembro del Instituto de Derecho Público (UCV). Miembro del Comité Arbitral de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución ha dado el rango supremo al principio de legalidad, formulado en términos generales como uno de los principios jurídicos básicos del ordenamiento jurídico en el artículo 259 de la Constitución. El primero, por cierto, en la enumeración que este precepto contiene —que se entiende como que la Constitución garantiza el principio jurídico de la legalidad, a través de la Justicia Administrativa— y otra serie de principios. Aparte de esta proclamación general, la Constitución ha precisado luego, dicho principio de legalidad, en varias de sus aplicaciones específicas (legalidad de los delitos y las infracciones administrativas: artículo 49.6; legalidad tributaria: artículo 317; legalidad de la Administración, artículos 137; legalidad de la acción de Jueces y Tribunales: artículo 253; defensa de la legalidad por el Ministerio Fiscal, artículo 285.1; sin contar toda la serie de reservas de Ley o remisiones a la Ley que la Constitución contiene en una buena parte de su articulado). ¿Qué ha de entenderse por el genérico principio de legalidad garantizado tan enfáticamente por el artículo 19?

Parece claro que el Constituyente ha querido aludir con esa fórmula al sistema de Estado de Derecho, formulado con este nombre en el artículo 2, como Estado Social y Democrático de Derecho, y referido con bastante precisión en el propio Preámbulo de la Constitución, que enuncia y destaca sus propios valores jurídicos, lo que llama su voluntad, la de la Nación como Poder Constituyente.

El Estado de Derecho es el que asegura el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, el que consagra una convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes, a la vez que protege todos los derechos humanos—no interesa en este momento precisar el alcance concreto de ese Estado de Derecho por sus connotaciones de social y democrático, aunque es oportuna la alusión.

El Estado de Derecho será, pues, el imperio de la Ley, la convivencia dentro de las Leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales.

Es, pues, una técnica determinada de organizar la vida colectiva (*government by laws, not by men*, gobierno por las Leyes —imperio de la Ley en el Preámbulo y en el artículo 137—, no por los hombres, los cuales, en cuanto ejerzan autoridad, sólo podrán exigir obediencia en nombre de la Ley, cuya voluntad abstracta han de limitarse a aplicar y concretar), pero no una técnica puramente formal, que se resuelva en una simple malla de normas, sea cual sea su origen y su contenido.

En cuanto a su origen, es patente que el principio de legalidad pone su énfasis precisamente en la Ley en su sentido formal, como voluntad popular, como decisión del pueblo venezolano, a través de sus representantes (artículo 186; y sin perjuicio de la admisión constitucional de Leyes estatales —*artículos 158, 159 y 164*—expresión de la voluntad de las respectivas colectividades en su ámbito competencial propio), desvalorizando automáticamente a los Reglamentos, o normas producidas por las distintas Administraciones, normas que sólo como complemento de la Ley tienen hoy cabida en el sistema



constitucional de las fuentes; incluso la desvalorización se extiende a los Decretos-Leyes, igualmente producto del Gobierno, y que, no obstante su rango, equiparable inicialmente al de las propias Leyes.

En definitiva, se trata de la primacía de la Ley como expresión jurídica central del sistema democrático mismo.

## DESARROLLO

### 1\_. El Principio de Legalidad. Antecedentes Históricos y Formales.

Gracias a los principios basados en las doctrinas que legitimaban su autoridad obligándolos a defender a los humildes e indígenas y que imperaron en el siglo XVI hasta parte del XVII, los actos del estado español bajo la casa de Austria fueron anclas que calaron profundamente en suelo americano estableciendo la solidaridad de la justicia. Luego, con la casa de Borbón las metas históricas de la monarquía cambiaron y se transformó en una maquinaria productora de utilidades. Los pueblos se rebelaron y la República ha sido el escenario para la permanente controversia entre el poder de la riqueza y los ideales de la justicia, aún sin resolver, con todas sus consecuencias (Indalecio Liébrano Aguirre, Tercer Mundo. Edit. Bogotá, 1988). Hoy profundizada con intensidad esa controversia en un país fracturado y arruinado.

La sociedad venezolana de 1800, a tres siglos de historia y como parte del imperio español, nacionalidad mestiza, posee porvenir e ideales. Poco favorecida, forma una capitanía general cuya estructura fiscal, judicial y económica se expresa en Intendencia, Audiencia y Consulado. Las libertades individuales y cualquier forma de representación, inexistentes...

Las leyes de indias son casuísticas y agobiantes. Todo un sistema de injusticias y desigualdades, la sociedad colonial fue una maraña de obstáculos legales y prejuicios (J. L. Salcedo Bastardo). Sin embargo, la Venezuela de 1800 no se inventa ni se forja por capricho, las instituciones son coloniales y retrógradas, pero son instituciones que reflejaban tres siglos de cultura, ilustración e industria.

De la Intendencia nace la Republica con unidad gubernamental y militar y luego la unidad jurisdiccional que supone la Audiencia. Del régimen de monopolio comercial y de navegación se liberan los venezolanos mediante el contrabando con Holanda a través de Curazao en el Caribe, que se instaura como medio de vida contrario a la política que prohíbe el comercio entre las colonias y exige que sea solo con la metrópoli. La consecuencia primera es que el derecho dictado para América refleja la citada formula "*se acata, pero no se cumple*" ilustrativa del divorcio entre las normas y los hechos. En contraposición, el Derecho Romano y el Anglosajón con sus instituciones que se basan en el propio acontecer social.

Con este problemático bagaje es proclamada la independencia en 1811 y el Derecho Público, es el primero en recibir el impacto. La Constitución de ese año preserva los intereses de la clase criolla dominante, y en lo formal concilia un sistema mixto de inspiración francés y norteamericano. A pesar de

su corta duración y estatuir una democracia incomprensible para las masas, un cierto orden ha nacido con un cuadro de instituciones políticas como el republicanismo, el esquema tripartito de poderes y la separación de sus ramas.

Venezuela fue una nación de vanguardia en el uso de la civilidad y el Derecho. Ha aspirado a formas justas de gobierno, los venezolanos fueron a otras patrias no a conquistar, sino a llevar libertad. Los sucesores de los mártires de la independencia han sabido enfrentar estos últimos años, con su vida, la ignominia del régimen dictatorial y prostituido a intereses criminales que gobiernan al país en estos veinte años.

En algo más de 200 años Venezuela tiene el record de 27 constituciones y un Estatuto Constitucional Provisorio. Es lógica la permanente crisis del Derecho.

## 2. La Técnica de Legalización del Poder.

La doctrina contemporánea con los maestros Giannini y García de Enterría sostienen que el Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema del **"Reino de la Ley"** el cual supone la legalización del poder sobre la que se forma el derecho público moderno. Giannini (INAP, Madrid, 1987) advierte que es una manifestación falsa decir que el Derecho Administrativo es consecuencia del Estado de Derecho. Los estados anglosajones, dice, son estados de derecho y no poseen derecho administrativo, lo cual es debatible en mi criterio.

Sostienen los anteriores maestros, que cuando la noción fue introducida se refería a la posición de los individuos de una colectividad frente al Estado y quería significarse que estos son *cives* (cíviles, ciudadanos) y no *subditi* (súbditos) y que el Estado debía actuar sometido a la ley. Con **Otto Mayer** (*Derecho Administrativo Alemán, 4 T. I*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1982) y **Jellinek** (*Teoría General del Estado*, México, 1958) la noción fue utilizada para definir la existencia de una Constitución que garantizara la libertad y los derechos fundamentales. Alerta Giannini sobre el peligro de identificar un Estado de Derecho con aquél que posee un Derecho Administrativo, porque sirve también para definir los estados fascistas. En el venezolano, la tristeza es aún mayor, la apariencia es de un Estado de Derecho, pero lo que existe es un estado forajido, supresor de libertades públicas y sin ningún tipo de apego a la ley ni respeto por las libertades y los derechos individuales, es un tema que plantea a lo largo de este trabajo.

El Estado de Derecho persigue un sistema de seguridad jurídica que garantice a los ciudadanos, por medio de la ley, un espacio de libre desenvolvimiento y de certeza de la acción del Estado. **La democracia afianza el "gobierno de la ley"** por razones bien conocidas: la ley es la quinta esencia de la **"voluntad general," es el fruto más preciado de la libertad, la expresión misma del principio democrático.**

A la vez, es el instrumento de la igualdad, la ley contiene preceptos generales, universales, alcanza por igual a todos los ciudadanos. Esta tesis, iniciando el siglo XX, se afirma y se expande en forma espectacular el recurso contencioso administrativo como técnica de imponer la legalidad y la correlativa libertad individual. Es el momento de Maurice Hauriou (Reus, España, 1964 y

obra escogida, IEA, Madrid, 1976), Duguit y Jezza, cuando se incrementan los poderes del Juez y las técnicas de control de la discrecionalidad.

El Preámbulo de la Constitución venezolana habla de un “Estado de Derecho y de justicia que consolide el imperio de la ley” en tanto que la Constitución española de 1978 confirma a un “Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley, como expresión de la voluntad general.” **La voluntad general solo está representada en la ley, no en alguno de los demás actos que emanan del aparato del Estado.** Aclárese, mientras las Constituciones citadas señalan (artículo 117 de la española y 253 de la venezolana) que la potestad de administrar justicia emana del pueblo a través de los órganos del poder judicial, no les atribuyen ninguna **representación**.

Éste término, representación popular, está reservado en las constituciones a los órganos legislativos. El pueblo actúa, ejerce su poder en la Asamblea nacional, en el parlamento, y la forma de ejercerlo es precisamente la ley. El artículo 201 de la Constitución venezolana afirma que “los diputados a la Asamblea Nacional son representantes del pueblo, no sujetos a mandatos, sino solo a su conciencia.”

Es el **sistema del imperio de la ley** sobre el cual será construido todo el Derecho Público. Éste mecanismo sitúa a las dos otras ramas del poder público en la posición de vinculados a la ley, bien en sede procesal al suscitarse algún litigio entre partes, bien en sede administrativa, cuando el Ejecutivo (Administración Pública) gestiona intereses generales. Ambos, Ejecutivo y Judicial son ejecutores de la Ley. No pueden ordenar lo que la ley no manda ni prohibir lo que la ley no prohíbe.

La representación política es el instrumento de la voluntad general que se expresa solo en la ley, con sus notas de superioridad y de irresistible. Nada de esto, para vergüenza patria, pues existe en Venezuela, donde impera una dictadura usurpadora del poder mantenida por las armas de unas fuerzas armadas que se vendieron a la ignominia; armas que han utilizado en repetidas ocasiones contra el pueblo y en particular contra la juventud desarmada y heroica.

El Estado es la personificación jurídica de quien se hace emanar el “*imperium*.” La democracia es una forma de Estado, sostienen *Hans Kelsen* (Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1949) y *García De Enterría* (Hacia una Nueva Justicia Administrativa, Civitas, Madrid, 1992) que significa “gobierno del pueblo por el pueblo.” La unidad resulta de la sumisión de todos a ese orden estatal.

Ahora bien, para formar esa voluntad general, y esta es la operación política básica, la **pieza esencial** es el Parlamento, el Congreso, la Asamblea Nacional. Elegido por el pueblo en un sufragio universal, secreto e igual, democrático y que toma sus decisiones por mayoría. La idea dominante es la de la autonomía democrática, la idea de libertad. De allí la idea de que el Parlamento no es más que un representante del pueblo, la ficción de la representación. Y la idea de democracia participativa identificada, retratada, descrita, en la descentralización política (Brewer Carías, EJV, 2007).

Puede pensarse, sin embargo, que existe una contradicción entre la idea de democracia en la legislación y una democracia en la ejecución. Una consecuencia del principio de legalidad es introducir el sistema burocrático

en la organización del Estado de manera que la burocratización, con ciertas condiciones, signifique el mantenimiento de la democracia. ¿Cómo? Kelsen, García de Enterría y Rivero al reflexionar sobre democracia y administración aseguran que el progreso del control jurisdiccional de la legalidad es “la condición necesaria del carácter democrático de la actividad administrativa.”

Los actos administrativos son obra de instancias accesibles a la influencia del partido gobernante. Por esa razón, concluye Kelsen que **la democracia sin control no puede durar** y su destino depende de la organización del control jurisdiccional, político y administrativo. Y además de la debida transparencia en la actividad administrativa. Sin estos controles, la democracia se disolverá en sí misma. Tal como ha ocurrido en Venezuela.

Por su parte, ya en Agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 asentía que “toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución.”

Hoy día, la forma de organización política son la democracia y la autocracia. En democracia, el ciudadano permanece como titular de derechos propios que constituyen límites del poder. **Touraine** expresa que la democracia nace de la apelación a principios éticos, libertad, justicia, en nombre de la mayoría sin poder y contra los intereses dominantes. Por ello, la oposición al poder, su crítica, la impugnación judicial de sus actos, se integra en la propia esencia de la democracia. **Touraine** sostiene que la libertad es el nervio de la democracia, y **a través de los recursos contencioso administrativos los ciudadanos obedecen solo a la ley y no a las ocurrencias de la Administración.**

La democracia tampoco es el “*gobierno de la mayoría.*” La mayoría gana, pero muchas veces, es, minoría en relación con las diferentes minorías sumadas que perdieron. Se resalta la idea que las sociedades que no son conflictivas han de ser consensuales, lo que implica aceptación de las reglas fundamentales, libertad e igualdad, y de las reglas procedimentales en particular la **de cómo se deben resolver los conflictos.** Así mismo, la confianza del pueblo es un factor esencial de la democracia. Desde **Locke** se concibe la relación entre gobernantes y gobernados sobre la idea de la fiducia, la confianza, el *trust* para una gestión concreta. La confianza del pueblo en las instituciones es algo fundamental para restaurar en el país, cuando cese la usurpación del poder y la dictadura que corrompe y somete a los ciudadanos estos últimos años.

La situación actual del país con la farsa de una supuesta democracia, incluidas la partidocracia y la inmensa corrupción hacen surgir en el pueblo el desinterés, la apatía, hasta la aceptación resignada de la corrupción. Y la quiebra de los valores y principios que deben orientar la vida republicana. Hay que añadir el sainete de los procesos electorales con un órgano rector de las elecciones a nivel nacional, estatal y municipal, el Consejo Nacional Electoral plegado, sometido, a los intereses del régimen y manipulador de los resultados en la gran mayoría de los procesos electorales con la salvedad de la elección de la Asamblea Nacional de 2015 cuando el pueblo en forma espontánea salió a votar y se logró una mayoría calificada de diputados opositores, único órgano con legalidad y legitimidad en la actualidad, de donde salió el presidente interino de la República Juan Guaidó que hoy reconocen varias decenas de países demócratas del mundo, entre ellos la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, todavía no se comprende, porque esa Asamblea Nacional no ha designado un Consejo Electoral Nacional idóneo, independiente e integrado por personas competentes, serias, imparciales y sin compromisos con el régimen que rige malamente los destinos del país. Por el contrario, el corrompido TSJ Patrio, sin facultades para ello, fue el órgano que designó al último órgano rector de las elecciones, el que va a administrar las elecciones parlamentarias convocadas para el 6 de Diciembre de 2020, y, que fueron una enorme farsa. Otra burla al pueblo venezolano, quien demuestra una vez más que está por encima de los líderes que lo representan.

Los intereses personales o grupales y las pequeñas o grandes cuotas de poder que les ofrecen y aceptan, muchas veces, privan sobre los altos intereses del bien común y de la patria. De concretarse las elecciones parlamentarias convocadas, no deben ser reconocidas por ser ilegítimas y en contra de la Constitución, debe mantenerse en el ejercicio de sus funciones a la Asamblea Nacional electa en el 2015, fundados en el principio de continuidad constitucional, todo hasta que se realice un proceso que cumpla con los postulados constitucionales. Así mismo, es desatinada la pretendida conformación de la Asamblea Nacional con 277 miembros. Contraviene, además, el Artículo 186 de la Constitución.

Toda esta triste situación y lo largo de la dictadura, la falta de esperanzas (aunque se insiste en mantenerlas) ha llevado a una grave ruptura de la confianza y a una quiebra radical de la democracia y su legitimidad, la más grave de las deficiencias en una verdadera democracia.

Es interesante analizar la experiencia de otros países frente al tema de restablecer la confianza del pueblo, contenida en el **Informe Nollan** de 1995 con el que los ingleses buscan restaurar su democracia, frente a los riesgos de la partidocracia y la corrupción. Sin confianza, se revoca el mandato. Es un profundo análisis social. La aquiescencia puede expresar un consenso, o, por el contrario, ser la característica de las víctimas, reflejar apatía, fatalismo, la cultura del silencio, reflejo de la dominación autocrática.

Para recuperar la confianza pública en el poder será necesario emprender costosas obras de ingeniería política y social para restaurarla porque la democracia no se construye con palabras sino con hechos. Aquí está la razón, en la confianza, de que para que la democracia funcione se exige una transparencia absoluta, libertad de información, libertad para investigar la gestión pública, libertad para someter al poder a procesos judiciales independientes que confirmen, corroboren, su actuación conforme a la ley y al derecho. Este control fortalecerá la democracia.

### **3.- La Posición del Juez en un Estado de Derecho.**

El verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo jurídico, lo que se proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Por tanto, esa vinculación de la Administración cuando la Constitución predica el control de legalidad de la actuación administrativa no es un mero desiderátum, es como todos los conceptos constitucionales, normativo, al que hay que atribuir plenos efectos jurídicos.

Ahora bien, para que la sumisión a la ley y al derecho tenga sentido es indispensable el Juez. No hay Derecho sin Juez. El Juez en una pieza esencial en toda la organización del Derecho. El Derecho Público no es una excepción, cuando se trata de observar la legalidad por parte de la Administración. En la actualidad, el contencioso administrativo no es más ni un *cuasi*-proceso, ni una excepción que solo se aplica restrictivamente.

La Constitución lo ha consagrado en el Artículo 259 ("la jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa") por lo cual la Administración, al igual que los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la Constitución.

La disposición, por demás, es casi idéntica a la correspondiente de la Constitución de 1961. Queda, entonces, por precisar si desde el plano general que se ha expuesto, desde los contenidos materiales propios del derecho administrativo que son los que definen el contenido particular de la vinculación jurídica de la Administración, puede justificarse algún tipo o grado de exención o privilegio de la Administración, frente al Juez. Donde surge la polémica es en dos instituciones, los llamados conceptos jurídicos indeterminados y la utilización de potestades discrecionales. Objeto de estudio pertinente en otra ocasión y no menos sugerente el investigarlo.

Es importante en este momento una observación de principio. La idea de la democracia no puede separarse de la de los derechos fundamentales; la democracia es inseparable de una teoría y de una práctica del Derecho. El Juez es, entonces, la pieza central del sistema democrático, con una preeminencia que no había poseído antes. Por eso mismo, la objetividad y la probidad en el ejercicio del poder judicial es la única forma de asegurar la confianza del pueblo en el sistema institucional, que es el valor básico de la democracia.

Por último, la posición del Juez frente a la Administración y a los titulares de los órganos, no es fruto de ninguna superioridad moral; procede solo de su condición de órgano de la ley y del Derecho que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general, y como tal, somete plenamente a la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones. El verdadero Estado de derecho es necesariamente un Estado de justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo, justicia frente a la cual el poder público o sus titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad.

"La fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual; los derechos y los intereses particulares estarán siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan" (Alexis de Tocqueville, 1835). (R. Aron, Tocqueville retrouve, 1979, y Furet, F. La actualité de Tocqueville, Caen, 1991; M. Zetterbaum, Tocqueville y los problemas de la democracia, Stanford University press, 1967).

Citando a Giannini: (1987):

Sería que la realidad administrativo-constitucional del mundo contemporáneo no admite generalizaciones, sino que reclama unos análisis articulados. El mundo en el que vivimos –usando un lenguaje metafórico- pone continuamente en cuestión al Estado, por su pequeñez en ciertos aspectos y por su grandeza, que excede a la medida humana en otros, pero no sabría vivir sin él.” Las administraciones públicas son hoy el factor más importante de la vida en sociedad y, por tanto, de la vida individual de cada uno de nosotros. Nadie sabría vivir de forma civilizada en el que las administraciones públicas no funcionasen y no proporcionaran de modo masivo bienes y servicios. Comenzando por nuestro nacimiento y nuestro nombre, en todo momento, a lo largo de nuestra vida cotidiana, hay una administración pública que nos asiste de forma silenciosa. Por otra parte, en la fase de transición o fluidez que atravesamos, las administraciones públicas son una de las cosas más imperfectas que existen por su esencial contradicción. Son, al tiempo, poderosas e inertes; oprimen y se dejan engañar puerilmente; poseen riquezas inmensas y viven escatimando; se han concebido para que funcionen bajo un orden y viven en desorden. Este es el drama del Estado contemporáneo.” (Diritto amministrativo, INAP, Madrid, 1987).

#### **4. Las Constituciones de 1961 y de 1999, y, los Fundamentos del Estado. La Distribución del Poder.**

Al iniciar el estudio de la Constitución venezolana de 1999, nos encontramos con dos disposiciones fundamentales: la contenida en el Artículo 2, sobre el Estado democrático, y social de Derecho y de Justicia, como declara a la República y que a la letra reza:

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

Varias de las anotaciones que dieron origen a esta parte del trabajo fueron producto de una intervención mía en un encuentro de derecho público organizado por el maestro Luis H. Farías Mata en la Isla de Margarita en Abril de 2006. Y después revisadas, y no publicadas, en un Congreso de Derecho Constitucional celebrado en Maracaibo en Noviembre de 2008.

Debe advertirse que la Constitución de 1999 no es un texto sobrio ni redactado con la austeridad y precisión jurídicas que deben identificar a toda

Constitución, sino que por el contrario le sobran las palabras. Con esta idea en la mente, sugiero analizar sus disposiciones.

El Artículo 4 es, así mismo, una Disposición Fundamental, consagra a la República como un Estado Federal Descentralizado, y establece: La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Pero, los antecedentes de estas normas los encontramos en la Constitución venezolana de 1961, leyendo en el Artículo 2 de la misma, lo siguiente: Artículo 2.-La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución.

La doctrina contemporánea coincidía, en gran medida, en el pensamiento de que el Estado venezolano estaba caracterizado por una marcada centralización, concentrada esta centralización en el poder central y en el Poder Nacional, entendido éste como los órganos legislativos nacionales o Congreso de la República, cuya composición era bicameral, Cámara del Senado y la Cámara de Diputados.

En efecto, la organización del Poder Público, como lo explica con claridad la exposición de motivos de la Constitución de 1961, era, básicamente, nacional y central, a pesar de constituirlo dos tipos más de personas públicas territoriales, los Estados y los Municipios, cuyas bases esenciales estaban configuradas constitucionalmente, atribuidas sus competencias y sentadas las bases de su organización y gobierno en el texto constitucional; a la personalidad jurídica propia se le sumaba el territorio como elemento esencial de su configuración jurídica, lo que debía en tener órganos de gobierno, Gobernador del Estado y Asamblea Legislativa (unicameral), elegidos directamente por la soberanía popular a través de elecciones universales.

El Gobernador de Estado, según el Artículo 22 de la Constitución de 1961, era de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República hasta tanto se dictara la ley que estableciera la elección directa por el pueblo, mediante elecciones libres y secretas de los Gobernadores de Estado de la República, los cuáles eran 20 y luego fueron 22 bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Esta Ley, una vez promulgada y publicada, no podía ser revocada; por lo que cumplida su previsión, ahí se agotaba; no podía “echarse atrás la situación al anterior supuesto” (que el Presidente designara a los Gobernadores de Estado).

En 1989 se dictó la tan esperada *Ley de Elección y remoción de los Gobernadores de Estado* y hasta ese momento pudieron los diferentes Presidentes de la República, en su periodo, designar y remover a los Gobernadores según su criterio. Deseo destacar con este comentario que, si bien la Constitución de 1961 tenía una organización centralista del poder público, contenía en sí misma, mecanismos de apertura hacia una democratización y descentralización plausible con el desarrollo social y la madurez política de la nación.

Como sucede con frecuencia, el pueblo superó con creces a su dirigencia política, quienes, mientras el tiempo de la democracia avanzaba a partir de 1961 (luego de los 10 años de dictadura de un general del ejército), los partidos políticos, en vez de empezar a poner en práctica las fórmulas descentralizadoras y de profundización de la democracia establecidas en la



propia Constitución, Artículos 22 y 137 entre otros, trataron de demorar este proceso democratizador para evitar perder cuotas de poder, hasta que el clamor popular forzó la promulgación de las leyes de elección de los gobernadores y la ley de descentralización y transferencia de competencias de la Administración Pública Nacional a los Estados, mediante dos técnicas: la llamada de competencias exclusivas, en las que cada Estado, cuando consideraba oportuno y conveniente a su realidad e intereses, sancionaba emanada de su Asamblea Legislativa y promulgada por el Gobernador del Estado, una ley estatal mediante la cual asumía, con carácter exclusivo, la competencia que la *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público* (G.O. No. 4153 Extr. de 28 diciembre de 1989), emanada del poder nacional, le había reservado como tal.

Así, cada Estado fue dictando sus leyes, en su caso, para administrar sus puertos mientras la República conserva la titularidad del dominio sobre los bienes (hasta diciembre de 1996 nueve Estados sancionaron su Ley de Puertos), aeropuertos, salinas (tres Estados y tres leyes), papel sellado, peajes en carreteras nacionales, entre otras funciones, cuando consideraba cada Estado, repito, que estaba preparado y en condiciones técnicas, financieras y gerenciales para ello. Con esto se demostró una tesis que siempre he expuesto y defendido: los procesos de descentralización del poder político no son homogéneos, ni suceden al mismo tiempo en todas las provincias, o estados, o regiones; es un proceso desigual, y tiene que serlo, porque hay Estados con potencialidades propias en determinadas actividades y están en condiciones favorables para iniciar un proceso en un sector determinado, al contrario de otros.

Esta característica debe ser propiciada, respaldada y jamás retrasada o “frenada” por los estratos del poder político para que el crecimiento socio económico sea parejo o uniforme a todos los Estados o provincias por igual; nada más disparatado: provocaría la detención de todo el crecimiento, éste debe ser desigual y la desigualdad debe ser apoyada por los órganos de fomento, de planificación y financieros del Estado. Esa riqueza, con el tiempo, propulsará la de las regiones menos avanzadas.

La segunda técnica de la Ley de Descentralización, era la llamada de competencias concurrentes con el poder nacional o con los municipios, las cuales se concertaban mediante convenios entre la Administración Pública central competente (Ministerio), órgano rector y político del sector (cualidad que no perdía por el acuerdo) con el Estado que recibía “*en concurrencia*” un nivel de administración y gestión del sector en cuestión. La Ley de Descentralización contenía un procedimiento para la tramitación de este convenio de transferencia, que incluía la participación de la Cámara del Senado, la cual aprobaba o no la transferencia a concretarse.

En ese momento, se está hablando de servicios tales como educación (hasta diciembre de 1996 diez Estados hicieron la solicitud y solo dos firmaron convenio marco), salud (hasta diciembre de 1996, 19 Estados solicitaron el servicio y 14 firmaron convenio), y otros igual o casi tan conflictivos como los nombrados, que estaban en manos de Ministerios conformados por estructuras gigantescas que asustaban por su tamaño. Se llevaron a cabo muchos convenios, unos lamentables en su técnica u operatividad; otros, con excelencia en la técnica y mecanismos de gerencia, que se vieron en la realidad y nos llenaron de orgullo patrio. Se derrotaba la conseja de que no había profesionales bien preparados en el interior del país (léase fuera de Caracas).

Venezuela es un **estado federal descentralizado...** como reza el artículo 4 citado, tautología consciente para reflejar la voluntad descentralizadora del país en ese momento histórico y que se inscribe en la Constitución de 1999. El artículo 2 indica que Venezuela es un estado democrático y social de derecho y de justicia y **propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico** la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. En cuanto a la división política, el artículo 16 dispone:

Artículo 16.- Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios. La división política territorial será regulada por ley orgánica que *garantice la autonomía municipal y la descentralización político administrativa*. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referéndum aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándole la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo. (Subrayado nuestro).

Este aparte único refleja una idea contradictoria: la noción de territorios federales indica que, por no reunir condiciones de población y de desarrollo que ameritaran una organización estatal, seguían dependiendo del nivel nacional de gobierno para su administración y gestión.

Si ya son parte de un Estado, debería ser éste, a través de sus propios órganos de gobierno y entes particulares de fomento, quienes propulsaran el desarrollo de áreas más deprimidas dentro de su territorio.

Dejar la decisión de crear un territorio federal mediante una ley nacional es una concepción centralista del poder, contradictoria con la disposición del Artículo 4 antes citado, con la afortunada inclusión, sin embargo, de un referéndum aprobatorio en esa entidad, lo que permite darle carácter vinculante a esta consulta popular; para posteriormente atribuir a una Ley nacional darle a ese territorio federal la categoría de Estado. Parece una herramienta política al servicio de los intereses creados de un momento determinado, pero no lógica conceptual.

El artículo 18 de la Constitución de 1999 consagra a la ciudad de Caracas como Capital de la Republica y asiento de los órganos del Poder Nacional, al igual que la Constitución de 1961. Lo novedoso es, que añade, que "una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas **que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles** los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha Ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad.

En todo caso, **la ley garantizara el carácter democrático y participativo de su gobierno.**" Así mismo, la disposición transitoria Primera

exige que la ley indicada sea aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y que **preserve la integridad territorial del Estado Miranda.**

Personalmente me complace que la Constitución de 1999 contenga para Caracas un sistema de gobierno municipal a dos niveles, concepción que propuse en 1978 para el Área Metropolitana de Caracas (Ana Elvira Araujo G. "Gobierno y Administración de las áreas metropolitanas. El Caso de Caracas," EJV, 1978, Pág 169 y ss). La solución de la federación metropolitana como la ideal, estableciendo dos niveles de gobierno, el de los municipios o nivel inferior y el de la autoridad metropolitana o nivel superior. En este se encuentran representados los municipios y la nueva autoridad asume competencias no solo de coordinación sino de sustitución en muchos casos.

Esta propuesta mantiene la posibilidad de la continuidad de la vida municipal porque el gobierno metropolitano es municipal lo que refuerza la autonomía local. Se integra el sistema de autoridades de las áreas metropolitanas en la vida local mediante la ley especial y se diseñan dos niveles de competencias: el metropolitano y el municipal. La ley fue sancionada polémicamente por la Asamblea Nacional Constituyente en Marzo de 2000 y la llamó Ley Especial Sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, identificando distrito capital con metropolitano, como si fuese una Ley Constituyente. Caracas es el asiento de los poderes públicos pero la ciudad llega hasta donde alcancen sus límites, geográficos y socioeconómicos.

Y, en ese sentido puede llamarse Distrito Metropolitano de Caracas a los Municipios del Distrito Capital (artículo 16) aunados a los municipios del Estado Miranda que integran el área metropolitana de Caracas. Debe incluirse así mismo el litoral central, antiguo departamento Vargas del Distrito Federal, luego estado Vargas y ahora llamado: Estado La Guaira. Todas sus características socioeconómicas, culturales, demográficas, lo hacen parte del área metropolitana de Caracas.

En otros términos, el distrito metropolitano no abarca solo los municipios del distrito capital. Esta organización no se llevó a cabo en la práctica. Se va a lo peor, porque posteriormente se sanciona la ley especial sobre la organización y régimen del distrito capital en abril de 2009, texto con el cual se retrocede al régimen anterior y derogado por la Constitución de 1999 (véase Alejandro Canónico Sarabia, Bogotá, Temis, 2019 y EJV, 2020).

Lo que existe actualmente en el régimen del área metropolitana de Caracas viola las disposiciones constitucionales de los artículos 18, 171 y disposición transitoria Primera. Centralización y concentración del poder político en el Ejecutivo Nacional sin legitimidad alguna. La Sala Constitucional en Diciembre de 2000, Sentencia No. 1.563, contribuyó a oscurecer el panorama del régimen de la Ciudad Metropolitana de Caracas que, como se dijo, vuelve a estar en manos del Ejecutivo Nacional. Se sugiere la lectura del distinguido profesor y amigo Enrique Sánchez Falcón ("La Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital y la Subversión Gubernamental Contra el Federalismo y la Descentralización," en Leyes sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas, Col. Textos Legislativos No. 45. EVJ. 2009), donde desde el propio título, refleja lo que ha sucedido con la descentralización política en el país gracias a la actuación permanente del gobierno de centralizar y concentrar en sus manos la gran parte de las competencias y funciones de la administración pública municipal (en particular el Área Metropolitana de Caracas) y estatal.

En cuanto a las normas sobre el poder público el artículo 136 dispone que “el poder público se **distribuye** entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se **divide** en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.” Los tres niveles de gobierno tienen potestades legislativas. La relación entre ellos es de competencia y de coordinación, no de jerarquía. Seguidamente, se verá como el diseño constitucional ha sido trastocado y vapuleado por quienes usurpan el poder en Venezuela y lo ejercen dictatorialmente: la presidencia de la república y el tribunal supremo de justicia.

## 5. Principios Fundamentales de la Descentralización Política en la Constitución de 1999 y sus Contradicciones.

El empleo en las disposiciones de la Constitución de 1999 sobre el poder público, expresión genérica que engloba la doble individualización, funcional (horizontal) y territorial (vertical) de la actividad estatal organizada que en cada caso se trata. Unas ramas de ese poder público, unas funciones, unos actos que son la concreción del ejercicio de una función por un órgano determinado, así como una distribución vertical y horizontal del poder público. Así, el artículo 136 reza:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Se refleja en esta norma, como se dijo, la división vertical del Poder Público, es decir, poder público municipal, estatal y nacional. Así mismo, se consagra en la misma disposición el principio de separación de poderes y colaboración de los poderes públicos, en este aparte es la misma disposición de la Constitución de 1961 (artículo 118). En seguida, corresponde al siguiente artículo, el 137, definir el principio restrictivo de la competencia y su grado máximo de vinculación a la ley, o al ordenamiento jurídico (ya veremos porqué), al definir el principio de legalidad: Artículo 137.- Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Poco feliz la redacción del principio de legalidad, cuando bastaba copiarse la disposición (artículo 117) de la Constitución de 1961: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y a ellas debe sujetarse su ejercicio.” Esta norma siempre en concatenación interpretativa con la disposición de la supremacía constitucional contenida en el artículo 7: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución.”

La Constitución de 1999 contiene, básicamente, las disposiciones de la Ley Orgánica de Descentralización sancionada en 1989 y destina a la

competencia exclusiva de los Estados las descritas en el artículo 164; a la competencia municipal las contenidas en el artículo 178, donde le señala las materias propias de la vida local y en particular le atribuye la ordenación territorial urbanística, la vialidad urbana, saneamiento ambiental y salubridad, entre otras.

Sin embargo, la autonomía municipal se ve seriamente limitada, y esta es una de las contradicciones del texto constitucional, cuando en el artículo 168 al describir la autonomía municipal y según disponía la Constitución del 61 reza: “los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta constitución **y de la ley.....**” Éste añadido de someter la autonomía municipal no exclusivamente a las leyes que consagra el texto constitucional, sino a las leyes dictadas por la Asamblea Nacional, basadas en las muy amplias competencias del poder nacional, está convirtiendo en polvo la autonomía municipal que significa el propio ejercicio en las materias, que le atribuye la Constitución como tales y el manejo de sus propios ingresos.

Ya no es posible impugnar una ley por inconstitucional cuando invade la autonomía municipal, porque no lo hará gracias a la previsión constitucional que concentra el poder en el nivel central. Adicionalmente, por la vía de los hechos, que no del derecho, se han concentrado y centralizado las competencias municipales y estatales en la presidencia de la República. Una prueba de ello fueron los 27 Decretos-Leyes publicados (eso dijeron) en la Gaceta Oficial de 31 Agosto de 2008, que contienen varias de las disposiciones rechazadas por el pueblo en el referendo del Proyecto de Reforma Constitucional (2007-2008).

Otras disposiciones “legales” que contradicen la supuesta tendencia descentralizadora de la Constitución de 1999 son el artículo 185 que crea el Consejo Federal de Gobierno, cuya organización y contenido es profundamente centralista, presidido siempre por el Vice-Presidente Ejecutivo en vez de ser alternativo o libremente elegido entre sus integrantes. De este Consejo Federal depende el Fondo de Compensación Interterritorial destinado al financiamiento de inversiones públicas para “promover el desarrollo equilibrado de las regiones”... perspectiva que no comparto como antes he comentado.

Otra contradicción constitucional es la eliminación del Senado. Esta es la Cámara que representa el *status* de cada uno de los Estados y que los iguala en cuanto a su personalidad jurídica. Es donde deberían aprobarse, según los intereses regionales en conflicto, los acuerdos de transferencia de competencias y los de ejercicio de competencias concurrentes. Debe observarse, no obstante, que el artículo 165 contiene elementos que pueden ayudar al proceso descentralizador en Estados y Municipios en cuanto a las competencias concurrentes.

Las competencias del poder público nacional están atribuidas en el Artículo 156 de la Constitución de 1999 y le corresponde, entre otras, la política internacional, la defensa, la naturalización de extranjeros, los servicios de identificación, la policía nacional, el Distrito Capital, el régimen de la economía, el régimen tributario con especificación de los ramos objeto de gravamen, la coordinación tributaria interterritorial de aquellos impuestos que puedan corresponderles a los Estados y Municipios, las aduanas, y así sigue la norma constitucional hasta 33 numerales, incluida la de competencias implícitas (“toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”), que se

copia de la Constitución de 1961, numeral 25 del Artículo 136, la última de las competencias del poder nacional, que la doctrina siempre criticó en el sentido de concentrar en el poder nacional demasiadas competencias. La norma vigente tiene casi diez numerales más con atribuciones, lo que de nuevo destaca su carácter centralista, a pesar de la declaración de principios del artículo 4 y otras disposiciones fundamentales como son los artículos 157 y 158.

En Julio de 2008 se sancionó mediante Decreto-Ley una inconstitucional Ley de Administración Pública, hoy derogada por el Decreto-Ley de 2014, que sometía la actividad administrativa de los Estados y Municipios al Ejecutivo Nacional mediante la técnica de la planificación centralizada, violentando las disposiciones descentralizadoras. Estableció los Consejos Comunales como nuevos centros de imputación de la Administración Centralizada. Crea unas autoridades regionales como brazos del Presidente de la República para ejecutar políticas públicas de planificación y asignación de recursos. Y dispuso, que las misiones son parte de la Administración Pública Nacional. Se recomienda en este particular, el trabajo del distinguido profesor y dilecto amigo Armando Rodríguez García ("Participación Ciudadana, Institucionalidad Local y los Consejos Comunales en Venezuela" en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. No. 129. 2007).

Es deprimente observar como quienes ejercen el Poder Ejecutivo en Venezuela violan la Constitución, y no hay, un Tribunal Supremo de Justicia, que declare esa violación a las normas constitucionales, sino que, por el contrario, respaldan y justifican las arbitrariedades e ilegalidades que cometen los órganos del ejecutivo nacional. El Estado de Derecho significa, en resumen, dos cosas: sometimiento del poder político a la Ley (solo puede hacer aquello que la Ley le atribuye) y acceso a la justicia por parte de las personas o ciudadanos para la restitución de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración Pública y la garantía de un juicio justo en condiciones de igualdad. En otros términos, equilibrio del poder, sometimiento a la ley y responsabilidad de los funcionarios públicos. En este sentido y, en general sobre el régimen de las administraciones públicas léase al maestro Allan R. Brewer Carías ("El Sentido de la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública." EJV. 2008. Entre otras de sus obras).

Por su parte, los Artículos 157 y 158 de la Constitución de 1999, regulan la descentralización política de competencias nacionales y califican a la descentralización como política nacional. Aspecto curioso, por decir lo mínimo, porque la descentralización puede llevarse adelante mediante muy diversas políticas de Estado, pero es muy difícil catalogarla como "política nacional," porque la descentralización política, la contenida en sus elementos esenciales en el texto constitucional, es una concepción de Estado, pero no una política. Es confundir continente con contenido, concepción histórica y conceptual con medios para lograr esa concepción; como explica la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961: "...la descentralización es un *desideratum* en el alma del venezolano," palabras más o menos, porque recita recuerdos, pero es, el sentido cierto. Igual, parte importante de la doctrina nacional y extranjera comparten esta posición frente a la descentralización política, siempre diferenciándola de la descentralización por servicios, o funcional, o indirecta, o administrativa, es decir, la personificada básicamente en entes con personalidad jurídica, institutos autónomos, caso típico, con patrimonio propio y separado del fisco nacional, creado por ley nacional, estatal u ordenanza municipal, para la prestación de servicios públicos comerciales o industriales, según la doctrina tradicional. Las normas señaladas rezan:

Artículo 157.- La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización. Artículo 158.- La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

Pareciera que no hubo en el espíritu del constituyente de 1999 cuando se determinó la naturaleza jurídica de la República, la intención de configurar un Estado ni federal ni descentralizado, sino un Estado solapadamente centralista, y aún más, en el que los poderes del presidente de la República quedaran potenciados. Lo expresado se ve ratificado en la realidad, entre otras demostraciones como hemos analizado, cuando el 13 de Septiembre de 2001, se publica la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, donde se regula "las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados **y establecer los principios generales para el ejercicio de la función legislativa.**" (*Negrilla Nuestra*). El carácter ultra-centralista de esta Ley es incuestionable.

## CONCLUSIONES

En fin, la Constitución de 1999 establece las siguientes figuras (niveles, entes) territoriales: la República, los Estados y los Municipios. Como nivel intermedio, los distritos metropolitanos. La tesis ortodoxa establece que, en un Estado federal, los Estados federados deciden crear un estado federal, para lo cual ceden parte de su soberanía, reservándose ellos, los Estados, competencias que ejercen como parte de su propia autonomía.

El proceso de descentralización en Venezuela opera en sentido contrario en la actualidad, es decir, en las Constituciones de 1947, 1953, 1961 y 1999, porque no siempre fue así de 1811, hasta 1864 la organización fue federal. Hoy el ente centralizado, la República, se desprende de algunas de sus competencias a favor de los entes descentralizados (Estados y Municipios), respecto de los cuáles los mecanismos de control quedan disminuidos, porque las facultades se las otorga la República o persona jurídica mayor. Desde otra perspectiva, que el país fue o quiso siempre ser una federación, los Estados quedan sometidos a mecanismos de control que aceptan para ser parte de un todo mayor y mejor.

En los Estados, el poder público es ejercido por un órgano ejecutivo, que es el gobernador: un órgano legislativo que es el consejo legislativo: un órgano contralor que es el contralor del Estado y un órgano técnico que es el Consejo de Planificación y Coordinación de políticas públicas.

Es oportuno en este punto discurrir (regresar) al surgimiento de la personalidad jurídica del Estado, desde las teorías alemanas que explicaban que si al Estado le pertenecía la soberanía, había que reconocerle personalidad jurídica al Estado, lo cual conduce, sin duda, a formular la teoría del órgano, porque es necesario establecer un mecanismo de actuación en el mundo jurídico y que explicara, a su vez, cómo y porqué se imputaban esas

actuaciones al Estado (Gierke), y por otra parte, el surgimiento de los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos, perfecciona (o busca) la relación entre los particulares y ese ente estatal (Peña Solís: 2001).

Luego, la dogmática jurídica, con Kelsen, aborda la idea del Estado como centro de imputación del conjunto de relaciones derivadas del orden jurídico total; y Carré de Malberg, explicado por el maestro Moles Caubet, (La progresión del Derecho Administrativo, Revista de la Facultad de Derecho: UCV: 1955) enseña que "la personalidad jurídica del Estado es una colectividad unificada que se manifiesta en una organización regida por el Derecho y sujeto exclusivo de la soberanía."

Llenaría de optimismo si los órganos de gobierno interpretaran y ejecutaran la Constitución de acuerdo a los principios y valores superiores diseñados en el propio texto. Así mismo, dejaran de inventar órganos y estructuras paralelas que solo logran, como quieren, debilitar las estructuras previstas constitucionalmente.

Debe comentarse con tristeza en estos días aciagos que vive la Republica, el espectáculo infame de unas supuestas elecciones parlamentarias del domingo pasado 6 de diciembre, inconstitucionales e ilegítimas, con el solo propósito de sustituir a la Asamblea Nacional actual, único órgano elegido válida y legítimamente por el pueblo en diciembre de 2015. Esta Asamblea Nacional debe permanecer en ejercicio de sus funciones hasta tanto sea sustituida por otra elegida válida y legítimamente en elecciones confiables. No debe prestarse atención alguna a esta elección donde, además de todo lo señalado y la falta de garantías, asistió escasamente el diez por ciento de la población a votar. Insólita y triste Venezuela, secuestrada por unos infames dirigentes, incluida la fuerza armada nacional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Araujo, A. E.** (1978) *"Gobierno y Administración de las Areas Metropolitanas. El Caso de Caracas."* Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela.,

**Araujo, A. E.** (1998) *"Descentralización Política y Servicios Públicos."* Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas D.F. Venezuela.

**Aron R.** (1967) *"La Actualité de Tocqueville,"* Caen, 1991; M. Zetterbaum, Tocqueville y los Problemas de la Democracia, Stanford University press. París, France.

**Brewer Carias, A.** (1994) *"Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana,"* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

**Brewer Carias, A.** (1999) *"La Constitución de 1999. Debate Constituyente. Tomo III."* Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas D.F., Venezuela.

**Brewer Carias, A.** (2008) *"El Sentido de la Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Pública,"* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

**Canónico, A.** (2019) *"La Organización Interna de los Estados."* Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Coord. Prof. Libardo Rodríguez (Colombia). Editorial Temis. Bogotá, Colombia.



**Caúbet, A.** (1997) *La Progresión del Derecho Administrativo*, En “*Estudios de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.*” Caracas D.F., Venezuela.

**Caúbet, A.** (1997) *El Principio de Legalidad y sus Implicaciones*. En “*Estudios de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.*” Caracas D.F., Venezuela.

**Chinchilla, C., Lozano, B., Del Saz, S.** (1992) “*Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo: Tres Estudios.*” Editorial Civitas. Madrid, España. Págs. 26 a 40, 117 y ss. 133 a 167.

**García, E.** (1992) “*Hacia una Nueva Justicia Administrativa.*” Editorial Civitas. 2ª. Ed. Ampliada. Madrid, España., 1992.

**García, E.-Fernández, T.R. (2006)** “*Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*” Editorial Thomson Civitas. 13ª Edición. Madrid, España.

**Liébano, I.** (1988) “*Bolívar.*” Editorial Tercer Mundo. Bogotá, Colombia.

**Massimo, G.** (1987) “*Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo.*” Instituto nacional de Administración Pública. Madrid, España.

**Mayer, O.** (1982) “*Derecho Administrativo Alemán. Tomo I.*” Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina.

**Peña, J.** (2001) “*Manual de Derecho Administrativo, Vol. I.*” Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

**Rodríguez, A.** (2007) *Participación Ciudadana, Institucionalidad Local y Consejos Comunales en Venezuela*, en “*Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, No. 129,*” Caracas, D.F. Venezuela.

**Salcedo, J.L.** (1982) “*Historia Fundamental de Venezuela.*” Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas D.F., Venezuela.

**Sánchez, E.** (2009) “*La Ley Especial Sobre la Organización y Régimen del Distrito Capital y la Subversión Gubernamental Contra el Federalismo y la Descentralización*, en “*Leyes Sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas, Col. Textos Legislativos No. 45.*” EVJ. Caracas, Venezuela.

**Gaceta Oficial No. 5.453** Extraordinario del 24 Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 30- 12-1999 con la Exposición de Motivos.

**Gaceta Oficial No. 662 – Extraordinaria** de 23 Enero de 1961. Constitución de la República de Venezuela. Enmienda No. 1 de la Constitución. Enmienda No. 2 de la Constitución (Gaceta Oficial No. 1.585 Extraordinaria del 11 de Mayo de 1973).

**Gaceta Oficial No. 4153 Extraordinaria** de 28 Diciembre de 1989). Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público.

# IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ELECTORAL ECUATORIANO

## CONSTITUTIONAL IDEOLOGY OF EQUATORIAN'S ELECTORAL LAW SYSTEM

Tanya T. Camargo Martínez<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.03>

**Recepción:** 12 de Diciembre de 2020

**Aceptación:** 01 de Marzo de 2021.

57

### RESUMEN

El presente paper pretende exponer la ideología constitucional del Derecho Electoral Ecuatoriano mediante una revisión jurídica de la Constitución de 2008 y de alguna legislación electoral existente para exponer con una metodología descriptiva-explicativa, el régimen jurídico del sistema electoral de la República de Ecuador, pues la Constitución actual modernizó el Sistema Electoral Ecuatoriano desde la visión gubernativa, administrativa y jurisdiccional; nacional, regional y municipal; hasta tal punto, que éste sistema acaba siendo uno de los más modernos del continente. La Constitución actual cuenta con una regulación constitucional eficaz, eficiente y de promoción de la transparencia, tanto así, que existe una Ley Orgánica de Control de Gasto Electoral y de Propaganda Electoral, que no existe en Venezuela; o, de una Ley Orgánica Electoral que no sólo regula la organización electoral, sino el procedimiento electoral, referendario y de distintas iniciativas como la Enmienda, la Reforma y la ANC, que Venezuela tampoco tiene.

**Palabras Clave:** *Constitución, Elecciones, Derechos y Garantías Constitucionales.*

### ABSTRACT

The next paper pretends to expose the constitutional ideology of Equatorian Electoral Law through a juridic revision of the Constitution of 2008 and some Electoral Legislation towards to expose with a descriptive-explicative methodology, the regimen of the electoral system in Ecuador, because the current Constitution Law modernized the Equatorian Electoral System since the gubernative, administrative and jurisdiction perspective; national, regional, county; up to build, one the most modern electoral system of the continent. The current Constitution counts with a constitutional regulation efficacious, efficient with the promotion of transparency, such as, it exist a Law regulating the Electoral Spend of Money and Electoral Publicity, which it does not exist in Venezuela; or an electoral law that it does not order the electoral organization, if not the electoral's procedure, the referendum's procedure, and its different electoral initiatives like the amendmend, the reform and Constituent Assembly with its entires quarantees.

**Key Words:** *Constitution, Elections, Fundamental Rights, Constitutional Quarantees.*

(1) Abogada Egresada de la Universidad Regional de Los Andes (2007). Profesora de las Asignaturas: 1) Bases del Derecho y; 2) Teoría General del Estado en la Escuela de Derecho de la Universidad Regional de Los Andes Desde el 2007. *Magister Scientiarum* en Desarrollo Social de la Universidad Tecnológica Equinoccial. Aspirante a Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ-Venezuela). [tanycam21@yahoo.com](mailto:tanycam21@yahoo.com). Ecuatoriana.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende exponer de una manera meridiana los fundamentos constitucionales del Derecho Electoral Ecuatoriano, a los puros fines de lograr ahondar el contexto regulatorio de los procesos electorales de la actual Nación Sudamericana, en vista de los acontecimientos políticos de los últimos 7 meses, que han marcado de una forma muy particular la mentalidad de su pueblo. Llanamente, busca exponer la ideología constitucional de la Constitución de 2008.

La Constitución Ecuatoriana posee normas muy particulares, que no poseen Constituciones de zonas aledañas a la República de Ecuador. Aunque otras normas poseen características muy parecidas, estas acaban siendo un perfeccionamiento rotundo, frente a tales Constituciones, como la Venezolana, que fue el primer país del continente en instaurar un Poder Electoral con una función jurídico-estatal muy particular con meras funciones reglamentarias y de control ante actos electorales, que son celebrados por el conjunto del electorado, a través de medios individuales, o, colectivos, o, difusos, en la ardua contienda por medirse políticamente en un procedimiento administrativo electoral, que acaba con una proclamación electoral capaz de legitimarlo en la ocupación de un cargo representativo del Estado.

La investigación tocará aspectos de las disposiciones preliminares de la Constitución de Ecuador como el *Estado Derecho, Social y Democrático* en su fin de proyectarlo sobre la actividad administrativa del Poder Electoral en la creación de condiciones favorables para la celebración de un acto electoral eficaz, así como a las garantías de la supremacía constitucional, la legalidad administrativa-electoral, la tutela judicial efectiva con su debido proceso, que deben en cualquier tiempo respetarse por constituir garantías genéricas del orden normativo del electorado ante los potenciales abusos del árbitro electoral, al socavar, las garantías que son aptas de efectivizar la transparencia del sistema y el proceso electoral de interés.

En este sentido, para Goyes (2013) hay una ideología de igualitarismo:

Partiendo del concepto consignado en este documento, la paridad, además de perseguirla participación igualitaria de hombres y mujeres en el ámbito político, busca la incorporación de los intereses de la mitad de la población en las decisiones políticas, lo que significa que su presencia tiene un propósito de representatividad no solo de los asuntos generales, sino de los específicos que atañen a las mujeres. Tras la incorporación de las mujeres al espacio público, las mujeres organizadas han sido críticas con su desempeño, pues creen que ellas no representan los intereses de las mujeres dado que su gestión no refleja compromiso con las agendas del movimiento de mujeres. Pág. 102.

## DESARROLLO

### 1. Las Disposiciones Preliminares de la Constitución Ecuatoriana de 2008.

#### a) El Artículo 1 en la Constitución del 20 de Octubre de 2008.

En el Ecuador, la Reforma Constitucional fue el pie de lucha ofertado por los partidos políticos en las distintas contiendas electorales, pues se la

identificaba como el único medio para sacar al país de la crisis política que vivió en los últimos años de los noventa y primeros del dos mil.

Al respecto, los autores Almirante y Saccomanno (1997) mencionan:

La reforma Constitucional ocupa en la actualidad el centro del debate que hasta hace poco tiempo ocupaba la reforma electoral. Este fenómeno, cada día más evidente, se debe a la insatisfacción general –una de las pocas opiniones compartidas por los partidarios y los adversarios del sistema mayoritario– que han producido los resultados del ansiado tránsito de la primera a la segunda república. Pág. 89-90.

Lo expuesto deja en evidencia, que en Ecuador, los vientos frescos de una nueva Constitución, son el reflejo de los intereses y las necesidades ciudadanas. En Ecuador, la Constitución del 2008 es un reflejo del ejercicio ciudadano, que accedió que la estructura estatal sufriera una modificación sustancial con la finalidad de ciudadanizar el aparato estatal, agregando 2 nuevas funciones del Estado. Por ende, dicha carta suprema implica un nuevo sistema de justicia, pues Ecuador pasa a ser un Estado constitucional, y por ende garantista, del electorado; obligando, a los poderes públicos aplicar de forma directa la Constitución, y, obligatoriamente, los principios que se hallan regulados en esta, que va hacia un Estado garantista, tomando como su sustento la conformación y legitimidad de la designación de las autoridades electorales, así como la distribución, que existe en el ejercicio de las actividades administrativas y jurisdiccionales dentro de la función electoral.<sup>(2)</sup>

Además, ofrece al ciudadano los principales mecanismos de democracia que hay en el Ecuador,<sup>(3)</sup> y con el fin de que tengan una visión general de la normativa que los regula, para que el ejercicio de dichos mecanismos sea efectivo y permita una efectiva participación e involucramiento ciudadano en el proceso democrático.

La Constitución producto de la Revolución Francesa y de la independencia de las colonias inglesas norteamericanas, tendrá pues, unas características formales y materiales. Desde el punto de vista formal, se tratará de una norma fundamental, escrita y rígida; una *súper-ley*, situada por encima del Derecho Ordinario. Desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un cierto contenido: la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes.

Aragón (2000) “Como puede apreciarse, la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y la libertad se funden, y así,

(2) Extrañamente, el artículo 217 engloba la función electoral como concepto macro de lo administrativo y jurisdiccional en el área electoral. No obstante, se entiende, que **lo Electoral** implica esa dos funciones jurídicas diferenciadas dogmáticamente, y, que son novedosas en el Ecuador, más no en Venezuela con su Constitución de 1999. Y, que en el vecino país, la función electoral consiste en una simple función administrativa de control sobre los procesos electorales. Cfr. **Brewer-Carías, A. R.** (2005) “*Principios Fundamentales del Derecho Público.*” Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo (UCAB) N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 90.

(3) Los artículos 61-65 reconocen el Derecho a Participar: **Artículo 61: Derecho a:** a) Elegir; b) Participación; c) Proyectos de Iniciativa; d) Consultas; e) Fiscalizar actuaciones públicas; f) Revocación del Mandato Popular; g) Ocupar Cargos Públicos; h) Asociarse Políticamente; **el Artículo 62: Derecho al Voto; Artículo 63: Derecho al El Voto desde el Extranjero; Artículo 64: La Suspensión del Derecho al Voto; Artículo 65: Igualdad en la Participación Política.**

la Constitución limitará el poder tanto para mantener con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual.” Pág. 97. Más aún, ambos objetivos son indisociables, dado que la estructura misma, ya no es fin, sino un medio. En realidad, ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad; la división de poderes es sólo una forma de asegurarla. Y los derechos políticos constituyen el medio para acceder a un *Gobierno Constitucional Democrático* apegado a Derecho.

En el sentido más profundo del término, el Estado Constitucional no supone más que el intento de jurificar la democracia, siendo la Constitución la forma en que esa pretensión se verifica. Ese fue el significado rebelde de la Constitución, basado en la atribución de la Soberanía del Pueblo, y en un modo de organización del poder, representativo y muy limitado temporal, funcional, y materialmente, de modo que aquella atribución fuese jurídicamente garantizada. Forma y contenido, eran indisociables.

En ese sentido, cabe decir, que no hay más Constitución que la Constitución Democrática, puesto que esta es la única que asegura, jurídicamente, la existencia misma de una Constitución, esto es, la efectiva limitación del poder del Estado en beneficio de la libertad de los ciudadanos. Únicamente, si la soberanía se atribuye al pueblo, y ellos tienen efectos jurídicos, puede entenderse, que el Estado quede sometido al Derecho, esto es, a una norma emanada de un poder superior al propio Estado y distinguible plenamente de los poderes constituidos. A ese tipo de Constitución, que puede llamarse también como *Constitución Auténtica*, pertenece sin duda, la Constitución ecuatoriana. La democracia aparece así, como su efectivo sustrato, o si se quiere, su principio nuclear, confundible con la Constitución: **la Constitución es la forma jurídica de la democracia** según Manuel Aragón Reyes.

De hecho, la Constitución de Ecuador (2008) dice: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.”* Subrayando, que por encima de todas las cosas, el Estado de Ecuador es un *Estado Constitucional de Derecho* donde lo democrático, cede amoldándose a la juridicidad de la escrituriedad constitucional-legislativa. Un pueblo sólo puede ser soberano, si es libre y justo, es decir, si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad, incluso para elegir a sus gobernantes.

Por ello, la garantía constitucional en el reconocimiento manifiesto de los Derechos Fundamentales Políticos *-indisponibles incluso por el mismo Legislador-* es al mismo tiempo, la garantía de la soberanía popular. Hay una íntima conexión entre la soberanía popular y los derechos fundamentales. De tal manera, que sin ellos, no puede existir la base en que la Constitución se asiente: *la soberanía misma del pueblo.*<sup>(4)</sup>

(4) Cfr. Artículo 54 de la Constitución de Ecuador: La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. *En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.* Aquí queda consagrado el principio de irreversibilidad de los Derechos Fundamentales conjuntamente con el principio jurídico de progresividad de los Derechos Fundamentales de los administrados.

En consecuencia, los Derechos Fundamentales Políticos son manifestación de la democracia, o, más aún, como a veces señala Aragón: *fragmentos de democracia*. De un lado, que estos son el requisito para que el pueblo pueda manifestar libremente su voluntad jurídico-soberana, pertenecen sin duda, al plano del poder constituyente juridificado. De otro lado, en cuanto, que son contenidos materiales de la Constitución, esto es de indisponible para el legislador (*imitando el pluralismo*), pero no límites a la acción del propio poder constituyente, que pertenece también al plano del poder constituido, como el resto de los poderes públicos tradicionales.

61

La democracia ya no está, no queda expresada sólo en un conjunto de reglas constitucionales materiales y procedimentales, sino que también, esta parece en la Constitución vía artículo 1 como un principio jurídico más: *el más sustancial de la Constitución junto con el Principio del Estado de Derecho*. Por eso, el principio aparece en el artículo 1: forma la parte esencia central del ordenamiento constitucional.

Lo anterior tiene consecuencias jurídicas evidentes, pues ese principio que es jurídico, rige la función interpretadora, por ser principio constitucional, es un principio general, que se impone a todo el ordenamiento. Y por ser, el principio nuclear de la propia Constitución, que ha de dotarla de verdadero sentido, esto es, ha de sustentar el entendimiento pleno de la Constitución en su conjunto. Si la interpretación acorde a la Constitución se presenta como el criterio interpretativo fundamental del sistema jurídico, la interpretación según el *Principio Democrático de Derecho* es, a su vez, el criterio interpretativo base de esa forma de interpretación, y de la interpretación constitucional misma. Todo ello al mismo tiempo significa, que es una prescripción teórica, además de dogmática, esto es, que sobre el *Principio Democrático de Derecho* ha de erigirse la más moderna teoría de la Constitución y del Estado Constitucional, o, con otras palabras, del Derecho Constitucional, y del Derecho Público en general.

El *Principio Democrático de Derecho* permite construir una *teoría jurídica de la soberanía nacional* o, de la soberanía del pueblo en el Estado Constitucional, que, según Aragón (2000):

Ya no puede seguir utilizando las notas propias de la soberanía del Estado absoluto, y permite conciliar la positividad con la atribución al pueblo, y no al Estado de la propia soberanía, como permite conciliar la personalidad jurídica del Estado con la necesaria distinción entre Estado y Sociedad." Pág. 121.

El *Principio Democrático de Derecho* facilita un real entendimiento de los derechos fundamentales como normas materiales, pero no inmutables al pluralismo político, conciliando la democracia procedimental con la democracia material, y, permitiendo también colocar a la ley en lugar preferente al Juez, en la regulación y concreción de los derechos fundamentales. Incluso permite concebir de manera adecuada a la posición y las funciones del Tribunal Constitucional, guardián de la Constitución, pero no como constituyente permanente, pues esto constituiría una verdadera usurpación de las funciones jurídicas del Estado Ecuatoriano.

El *Principio Democrático* dota de su auténtico significado actual a la reserva de ley y al principio de la legalidad, en cuanto que, a través del Poder Legislativo, aparece como la pieza nuclear del Estado Democrático, por ser la única institución estatal en que está presente, esto es, representada la sociedad plural. En fin, el *Principio Democrático de Derecho* facilita la herramienta teórica para situar a todos los partidos en su auténtica posición

en la vida pública, aquilatando sus funciones, y fortaleciéndolos, frente a sus procesos degenerativos. Para Schneider (1991):

A través del reforzamiento de los partidos y de la correspondiente delimitación de su papel en el Estado, es como cabe contrarrestar el actual alejamiento entre los representantes y representados, entre partidos y ciudadanos, entre imágenes de propaganda y realidad política. Pág. 255.

b) **El Artículo 1 de la Constitución de 2008 como Endonorma Constitucional.**

El 20 de Julio de 1951, el Prof. **Otto Bachof** pronunciaba la lección inaugural en la Universidad de Heidelberg el tema *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Poco tiempo después, se publicaba en la Revista *Recht und Staat*, y casi 30 años más tarde, en un libro del propio autor con el genérico título de los caminos del Estado de Derecho, en el que se englobaban una serie de estudios seleccionados sobre el Derecho Público con Bachoff (1979) en la Obra *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum Öffentliches Recht*. El artículo 1: es una Endonorma Constitucional.

**Bachof** justifica su estudio en el hecho de que los interrogantes sobre la posibilidad de hablar de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, inválidas, así como sobre la competencia jurisdiccional para su control, constituyen un problema específicamente actual del Derecho constitucional de las Repúblicas y Monarquías Europeas, lo que se ha puesto de ostensible en el considerable número de sentencias que debieron de ocuparse de esas cuestiones y en no pocas opiniones difundidas, bien que de modo esporádico, por la literatura jurídica. No obstante, lo cual, hasta ese instante, **Bachof** constata la inexistencia de un estudio de conjunto sobre el tema, ausencia a la que quizá pudo contribuir el hecho de que el motivo de las pugnas existentes, hasta ese instante fuesen en gran parte normas constitucionales políticamente muy discutidas, lo que con frecuencia resultó contraproducente para una toma de posición objetiva.

A) Al abordar el problema constitucional subyacente a la problemática tratada, **Bachof** admite, como no podía ser de otro modo, la inquestionable influencia que los acontecimientos de Weimar tuvieron en el diseño del ordenamiento constitucional de Bonn. Que fuera precisamente un acto del poder legislativo (la denominada ley de plenos poderes) la que suprimiera de manera definitiva la Constitución de Weimar, bajo la aparente observancia de la legalidad, puede haber contribuido a otorgar al Tribunal Constitucional, en cuanto defensor de la Constitución, poderes extraordinarios, justamente frente al legislador. En coherencia con ello, determinadas normas constitucionales hacen presuponer que el constituyente entendió por examinar la constitucionalidad de las normas, ante todo, aunque no de manera exclusiva, constatar si las normas inferiores a la Constitución —*que operan como parámetro*— son compatibles con esas normas.

Ello acogido, **Bachof** cree posible una inconstitucionalidad de las normas constitucionales, que tampoco puede ser excluida del control jurisdiccional. No otra conclusión se deriva del hecho de que el art. 79.3 de la *Constitución* declare intangibles algunas de sus normas. Y a la discusión de si una norma de la *Constitución* puede ser contraria a la misma Constitución se vincula con frecuencia la pregunta sobre la invalidez de esas mismas normas por su posible contradicción con un supuesto Derecho supralegal, sea preestatal, supraestatal, metapositivo o natural, cuestión esta de las normas constitucionales contrarias al Derecho meta-positivo no sólo de

gran importancia práctica, sino relevante igualmente por la *positivización del Derecho Meta-positivo*, resultante de las nuevas Constituciones, que desvirtúa el límite entre la inconstitucionalidad y la contradicción con el Derecho natural. Como es obvio, esta reflexión que hoy sería más que discutible, es estrictamente deudora de las peculiares circunstancias de su tiempo.

B) Se ocupa la doctrina a continuación de las manifestaciones existentes en la jurisprudencia y en la doctrina en torno a la problemática por él tratada. A **Bachof**, de entrada, le sorprende que las posiciones existentes hasta ese momento sobre el tema se hayan ocupado casi exclusivamente de la cuestión de la correspondiente competencia jurisdiccional, y también le llama poderosamente la atención, que se haya tomado como parámetro o medida (*para la valoración de la supuesta inconstitucionalidad de una norma, como es obvio*) la Constitución entendida casi exclusivamente como Constitución escrita, o, como Constitución formal.

Constata el autor, a modo de regla general, que «la jurisprudencia parte predominantemente de la equiparación Constitución = ley constitucional = Constitución escrita = documento constitucional. Y tal es el sentido, por ejemplo, que se acoge en una Sentencia de 2 de Noviembre de 1949 del *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* de Baden- Württemberg. Aunque éste, en una decisión del año posterior, modulará su doctrina. Sería el Tribunal Constitucional de Baviera quien con mayor nitidez abandonaría la posición precedente. En su bien conocida Sentencia de 24 de Abril de 1950, se podía leer:

El hecho de que una disposición constitucional sea ella misma una parte de la Constitución no puede excluir conceptualmente que sea inválida. Existen principios fundamentales constitucionales que son tan elementales y constituyen una plasmación tan evidente de un Derecho precedente a la Constitución, que vinculan por sí mismos al constituyente y otras disposiciones constitucionales, que no se corresponden a ese rango, han de ser inválidas a causa de su contradicción con aquéllos...

C) La cuestión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales, como es bastante obvio, presupone una determinada comprensión del concepto de Constitución, verdadero *prius* para pronunciarse sobre aquélla. **Bachof** asume la clásica diferencia entre Constitución en sentido formal, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales, y Constitución en sentido material, aquel conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y competencias de los órganos superiores del Estado.

Es evidente que el Derecho constitucional material puede existir fuera del texto constitucional y, a la inversa. Entiende la doctrina con una clarividencia, que este problema se encuentra solucionado por completo, aunque sólo aparentemente, a través de la positivación del Derecho metapositivo en el texto constitucional. Por ejemplo, la consagración por la *Constitución* de la dignidad del hombre y de sus derechos inviolables e inalienables (art<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>), o, en fin, de la integración en el Derecho federal. El problema no queda definitivamente resuelto, pues es patente que esa positivación no demuestra suficientemente que agote el contenido de ese Derecho metapositivo. Tal positivación, argumenta Bachoff sería capaz de solventar, a lo sumo, la tensión existente entre el Derecho positivo y el Derecho metapositivo *de lege data*, esto es, durante la vigencia de tal positivación.

D) **Bachof** aborda a renglón seguido la distinción entre Constitución



en sentido formal y en sentido material,<sup>(5)</sup> pues a ella se anuda la diferenciación entre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas por la infracción de la Constitución escrita y por la contradicción con el Derecho constitucional material no escrito. Por ejemplo, que la Constitución instituya el valor democrático de la sociedad, y luego, que la reglas constitucionales competenciales consagren la reelección indefinida.

**Bachof** va desgranando en primer término los supuestos reconducibles a la inconstitucionalidad de una norma constitucional por infracción de la Constitución escrita, que cifra en un total de cinco: 1) *La inconstitucionalidad de normas constitucionales «illegales», supuesto que, en cuanto hace depender la validez de una Constitución de su legalidad, en el sentido de su aprobación conforme a las prescripciones de la Constitución anteriormente válida, lo considera, de hecho, poco significativo;* 2) *La inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, leyes que pueden contravenir desde un punto de vista formal o material las disposiciones de la Constitución formal.*

*El último supuesto, el de mayor interés se manifestaría en el caso de que una ley de reforma pretendiera un cambio de las normas constitucionales no obstante su intangibilidad declarada en la Constitución;* 3) *La inconstitucionalidad de normas constitucionales por su contradicción con normas constitucionales de rango superior acogidas por la propia Constitución;* 4) *Inconstitucionalidad a través de la mutación de la naturaleza de las normas constitucionales;* 5) *Inconstitucionalidad por la infracción del Derecho constitucional metapositivo positivado.* Una norma constitucional que contraviniera el Derecho metapositivo así positivado sería contraria al Derecho natural y, al mismo tiempo, inconstitucional.

Así, tres son los supuestos que **Bachof** avista de inconstitucionalidad por contradicción de la norma constitucional con el Derecho constitucional material no escrito: 1º) *Inconstitucionalidad por lesión de los principios constitutivos subyacentes al texto constitucional;* 2º) *Inconstitucionalidad por contradecir el Derecho constitucional consuetudinario;* 3º) *Inconstitucionalidad por contradecir la norma constitucional el Derecho metapositivo no positivado.* Con todo, se cree que en favor de la inclusión en la Constitución de ese Derecho, juega el hecho de que tal Derecho metapositivo es inmanente en todo ordenamiento que pretenda llevar legítimamente tal nombre. Y en la misma dirección operaría también el hecho de que la *Constitución* reconoce la existencia de ese Derecho metapositivo, y ese reconocimiento no puede ser parcial, sino que abarca la totalidad del Derecho metapositivo.

Por lo demás, se entiende que una norma constitucional que contravenga ese Derecho no puede reclamar obligatoriedad jurídica, y desde esta perspectiva es poco relevante si, y en qué medida el Derecho metapositivo contradicho ha sido transformado en Derecho constitucional escrito.

El tema puede encontrarse en las grandes aportaciones de la *dogmática iuspublicista alemana*. Podrá o no estarse de acuerdo con las posiciones sostenidas por el Profesor de Tubinga, pero la lógica deductiva de su discurso y su decidido posicionamiento ante estos nuevos retos a los que el Derecho público se enfrenta, se halla fuera de toda discusión.

## 2\_. La Administración Pública Sirve con Objetividad los Intereses del Elector.

### 2.1\_. Postura de la Tesis Vinculativa de la Administración Pública al Derecho: la Legalidad.

Santamaría dice (1988) "Para explicar la relación de la Administración con el Derecho existen dos teorías hoy ya clásicas: la teoría de la vinculación

(5) Cfr. **Mortati**, C. (1962) "Constituzione dello Stato." En Enciclopedia del Diritto. Giuffrè. Milano, Italia.

negativa y la de la vinculación positiva a la Legalidad.” Pág. 196. Según la primera de ellas, la Administración podría hacer todo aquello que la ley no le prohíba; según la segunda, la Administración sólo podría realizar lo que la ley le permita. Esta posición fue formulada por un aclamado *iuspublicista* alemán del siglo XIX llamado **Günther Winkler**, quien difundió la teoría por Alemania y el resto de Europa.

La doctrina de la vinculación positiva encuentra su fundamento en uno de los postulados político-ideológicos que formularon los ilustrados, y, del que se valieron los revolucionarios franceses para construir un nuevo Estado. Se partía de la consideración de que el único poder legítimo era, el que derivaba de la propia Ley. Postulado que, como ha señalado García (1994) tiene “un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey para abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece.” Pág. 127.

Esta idea llegó a encontrar un apoyo normativo en los textos de la época que al configurar la actividad administrativa como mera ejecución de ley, establecieron (con rango constitucional) la exigencia de que toda actividad administrativa debe encontrar su fundamento en una previa habilitación legal y, con ello, lo que ahora se *conoce como* doctrina de la vinculación positiva.<sup>(6)</sup>

Naturalmente, frente a esta concepción democrática del poder que se deriva de la Revolución francesa, se encuentra la Tesis de la Vinculación Negativa.

Con ella pretendía justificarse un margen de libertad del Monarca ante la Ley, que el liberalismo originario o radical le negaba. Según propugnaban los defensores de esta Tesis, el poder originario era el del Monarca. Por lo que la Constitución no era más que una concesión de éste (Constitución o Carta otorgada) en virtud de la cual autolimitaba su poder. De ahí que, De Otto (1993) “al no ser esta norma más que un límite negativo al poder del Rey, se consideraba que todo aquello que no se reservaría a la Ley era de su única competencia. Pág. 158. Por esta razón, García-Fernández (1999) “siempre se ha entendido esta teoría como una expresión del «principio monárquico.” Pág. 432.

Por tanto, la formulación de estas teorías tiene su origen en un momento histórico determinado, y es en ese contexto, donde las mismas hallan su verdadera significación. De ahí, que hoy en día, no puedan explicarse las relaciones que todo aquello que la Administración y el Derecho acudiendo sin más a estas viejas ideas, sino que es preciso comprobar si alguna de ellas encuentra cobertura en el ordenamiento.

Para la mayoría de los autores, del principio de legalidad deriva la exigencia de que la Administración no puede realizar ninguna actividad si no existe una norma previa que específicamente la habilite para ese fin. Conviene advertir, no obstante, que no todos los autores que deducen del principio de legalidad la doctrina de la vinculación positiva de la Administración otorgan el mismo alcance a este postulado. Algunos de ellos sostienen que la norma habilitante ha de tener rango formal de Ley; y, en cambio, otros consideran que el concepto de legalidad debe entenderse en un sentido amplio, equivalente a norma jurídica o bloque de la legalidad, en la expresión ya clásica de **Maurice Hauriou**.<sup>(7)</sup>

En la doctrina hay autores, que han justificado esta necesidad, de que toda actuación administrativa se halle fundada en una norma previa

(6) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo 5: todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena. Y, especialmente, la Constitución de 1791, Artículo 3, Sección 1: Del Capítulo II: No hay en Francia autoridad superior a la ley. El Rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley, éste puede exigir obediencia.

(7) **Hauriou, M.** (1967) “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public.*” 11° Ed. París, France. Pág. 473.

como lo dicen las normas 84,<sup>(8)</sup> 132.1,<sup>(9)</sup> 133.2,<sup>(10)</sup> 147.1,<sup>(11)</sup> 221,<sup>(12)</sup> 226,<sup>(13)</sup> 227,<sup>(14)</sup> 424,<sup>(15)</sup> 425<sup>(16)</sup> y 426<sup>(17)</sup> constitucional.

Para este gran sector doctrinal, la vinculación positiva es una consecuencia necesaria del sometimiento de la Administración al Derecho. Y, por ello, entienden que el Derecho no puede constituir un simple límite negativo a la actividad de la Administración, sino que éste exige, que toda acción administrativa encuentre su fundamento específico en una norma previa que le preste cobertura: principio de la cobertura legal, otra forma de conocer germánicamente al principio de legalidad.

En cambio, el principio jurídico de legalidad exige una vinculación positiva a la Ley —*no a cualquier norma*— por ser ésta una notoria exigencia del principio democrático. Para este sector doctrinal, en especial Rubio (1993) “toda actuación de la Administración debe encontrar su fundamento en una Ley previa con el fin de garantizar la legitimidad democrática de todos sus actos.” Pág. 345.

Sin embargo, ninguno de estos argumentos accede respaldar tal conclusión. En primer lugar debe señalarse, que la mera enunciación del principio de legalidad en los artículos 226 y 227 no permite sostener que la doctrina de la vinculación positiva ha encontrado la consagración constitucional. Tal consecuencia supondría entender, que la vinculación positiva a la legalidad forma parte del contenido del principio de legalidad, y, sin embargo, ello no tiene que ser necesariamente así.

(8) *La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.*

(9) *La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común.* Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. *Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

(10) *Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*

(11) *Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.*

(12) *El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales ... Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.*

(13) *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.*

(14) La Administración constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

(15) *La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.* La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

(16) El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. *En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.* La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

(17) *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.* Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación...

Es verdad, como señalaron De Otto, y posteriormente Rubio, que cuando la Constitución formula unos principios jurídicos que tienen algún contenido mínimo universal parece obligado pensar que se ha incorporado cada principio jurídico con su respectivo contenido mínimo. Sin embargo, en este caso no puede afirmarse que la doctrina de la vinculación positiva forme parte del contenido universalmente aceptado de este principio de legalidad.

Buena prueba de ello, no es sólo, su aceptación, que no es una cuestión pacífica en la doctrina, sino que, ni siquiera los que defienden la vinculación positiva de la Administración a la legalidad están de acuerdo en si esta exigencia precisa una ley formal que habilite a la Administración Electoral para funcionar, o basta la existencia de una norma previa, cualquiera que sea su rango o carácter, en la que se fundamente su actuación.

De ahí, que para poder considerar a la doctrina de la vinculación positiva como una de las exigencias que impone el principio de legalidad no baste con señalar que la Constitución reconoce ese principio, sino que será preciso demostrar que de este principio jurídico se deduce la necesidad de cimentar toda actuación, positiva o negativa, de la Administración Electoral, en una norma previa.

Sin embargo, no es posible atribuir tal significado al principio de legalidad. Esta necesidad de norma previa que fundamente toda actuación administrativa no puede deducirse, como sostiene buena parte de la doctrina, de los artículos 84, 132.1, 133.2, 147.1, 221, 226, 424, 425 y 426 de la Constitución Ecuatoriana.

En estos preceptos lo único que se establece es el sometimiento de la Administración Electoral a la ley y al Derecho, o al ordenamiento en general, pero de ello no cabe deducir que esté positivamente vinculada a la legalidad y que, por tanto, solamente pueda actuar si existe previamente una norma, cualquiera que sea su rango o carácter, que la habilite específicamente para ello. Es claro, que los ciudadanos también sometidos a la ley y al Derecho: el artículo 83 constitucional se refiere a los administrados, y, en cambio, no necesita una norma legal que autorice el actuar del administrado.

El sometimiento de los poderes públicos al Derecho es, ciertamente, uno de los contenidos del principio jurídico de legalidad, cuyo respaldo constitucional se encuentra no sólo, en que esta significación del principio de legalidad esté pacíficamente aceptada, y constituya desde su formulación, uno de los contenidos que han integrado este principio, sino porque además esta concreta significación ha encontrado una ofrenda expresa en los artículos 83, 221, 226 de la Constitución; preceptos que, a su vez, constituyen concreciones del más genérico principio del Estado de Derecho que reconoce el artículo 1.1 de la Constitución.

Resulta, por tanto, que si bien puede afirmarse que el principio de legalidad sí que exige que toda la actividad de la Administración Electoral se encuentre sometida al Derecho, ésta sujeción al Derecho no conlleva que la Administración Electoral no pueda actuar si previamente no se halla específicamente habilitada por una norma, sino solamente que debe actuar respetando las pautas del sistema.

Por otra parte, tampoco se considera que la idea de la vinculación positiva forme parte del principio de legalidad por ser una exigencia del

ordenamiento constitucional, el que toda actuación del poder deba encontrar su legitimación democrática en una Ley previa. El principio democrático de la Constitución no exige que toda actuación administrativa tenga su fundamento inmediato en una norma con rango de Ley. Al corresponder la dirección de la Administración al Gobierno<sup>(18)</sup> y tener el Gobierno hoy en día una clara legitimidad democrática,<sup>(19)</sup> los actos de la Administración no precisan una habilitación legal específica para que puedan considerarse salvaguardadas las exigencias del Estado democrático.

Por todo ello, se entiende que de la consagración constitucional del principio de legalidad, no puede deducirse la exigencia de que toda actuación administrativa deba ir precedida de una norma previa que específicamente habilite a la Administración para actuar, ya que, no existe en nuestra Constitución precepto alguno del que pueda deducirse que la doctrina de la vinculación positiva forma parte del principio de legalidad que garantiza el artículo 226 de la Constitución.

Esta doctrina, al menos formulada en los términos tan generales que se acaban de expresar, no encuentra apoyo en el derecho positivo ecuatoriano,<sup>(20)</sup> y si la misma se asocia con el principio de legalidad es porque se ha convertido en uno más de los mitos jurídicos ecuatorianos,<sup>(21)</sup> siendo esta mítica condición la que le ha proporcionado un valor imaginario, “que hace que la fuerza de la tradición la arrastre, sin que, en la mayoría de los casos, se cuestione siquiera su propia veracidad.”<sup>(22)</sup>

## 2.2 . La Vinculación Positiva, Principio de Juridicidad y Principio de Legalidad.

Expresado de este modo, el principio de juridicidad que ha formulado Adolf Merkl parece ser lo mismo que la doctrina de la vinculación positiva a la legalidad antes expuesta.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, según este autor, “el principio de juridicidad de la Administración no pretende prejuzgar en forma alguna la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa,”<sup>(23)</sup> señalando más adelante:

---

(18) Artículo 141: La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, *es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública...*

(19) Cfr. Aragón, M. (1989) “Constitución y Democracia.” Tecno. Madrid, España. Págs. 125 y 126.

(20) “En defecto de Ley expresa, la Administración Pública está habilitada para actuar salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo. La Legalidad se limita a imponer tres reglas: «1.º La sumisión de los actos (generales y singulares) de la Administración a la Ley formal; que deriva de la estructura política de la separación de poderes. 2.º Sumisión de los actos-regla de los órganos administrativos interiores a los de los superiores, lo que deriva de la estructuración jerárquica de la Administración. 3.º Sumisión de los actos administrativos singulares (cualquiera que sea el órgano que los dicte) a los actos-regla generales, lo que deriva de la estructuración interna de unos y otros actos administrativos, pues la generalidad postula (cuando el reglamento se dictó por un órgano competente para ello) la vinculatoriedad de cuantos actos comunes se dicten en materia de su ámbito». Cfr. Garrido, F. (1987) “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.” Tecno. Pág. 130.

(21) La existencia de los mitos jurídicos es una cuestión de sobra conocida en el mundo del Derecho. Y a ellos se refiere Beladiez, M. (1994) Nulidad y la Anulabilidad. Su Alcance y Significación, En “Revista de Administración Pública N° 133.” Madrid, España. Pág. 157.

(22) Cfr. Merkl, A. (1980) “Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

(23) Cfr. Merkl, A. (1980) “Teoría General del Derecho Administrativo.” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

El principio de juridicidad se cumple, igualmente, en uno de esos casos extremos donde una única norma de competencia, por ejemplo la autorización para administrar a tono con los intereses del bienestar general, contiene el fundamento de todas las actuaciones administrativas, como en el caso contrario, que, a primera vista, se ofrece como la realización más completa del principio de juridicidad y en el que cada una de las acciones administrativas se halla determinada por una norma especial autorizadora y obligadora. Porque, sea cualquiera la forma en que esté constituida esta norma jurídica delegatoria, representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho.<sup>(24)</sup>

Por ello considera que este principio es, en realidad, una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable, pues, en su opinión, sólo podrá considerarse una acción como administrativa si cumple esta regla “si una acción que pretende presentarse como una acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado.”<sup>(25)</sup>

Como puede observarse según Merkl, este “*principio de juridicidad no es más que una regla lógica.*”<sup>(26)</sup> Para comprender su alcance conviene tener presente que este autor parte de la concepción del Derecho y del Estado de su maestro Kelsen, en la que el Derecho se identifica con el Estado.<sup>(27)</sup> Por ello, desde esta concepción, la Administración sólo puede ser considerada una función estatal si es el propio Derecho el que le atribuye esta condición, y de ahí la necesidad *lógica* de que cada acción de la Administración esté fundamentada en el Derecho. Afirma Merkl, que el Derecho es la regla de producción de la función estatal correspondiente regulada por él, y el Derecho Administrativo, en particular, la regla de producción de la Administración o, inversamente, la Administración es aplicación de Derecho Administrativo.”<sup>(28)</sup>

Al ser una regla lógica, “este principio de juridicidad siempre ha existido,”<sup>(29)</sup> incluso antes de la aparición del Estado de Derecho propiamente

(24) Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 214.

(25) Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 213.

(26) Este principio de juridicidad deja Administración no constituye un postulado *jurídico-político*, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el Derecho o que descansa en él; semejante interpretación de este principio significa que esa supuesta libertad completa, *a priori*, de la Administración deberá y podrá ser sustituida *a posteriori*, mediante la sujeción a vínculos jurídicos. También sería una falsa interpretación de este principio entenderlo como expresión de la exigencia de que la Administración debe atenerse, en la medida de lo posible, al Derecho vigente y que no debe violarlo. Este principio —afirma este autor— es una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable. Cfr. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. Pág. 212.

(27) Cfr. Kelsen, H. (1986) “*Teoría Pura del Derecho.*” Traducción de R. J. Vernengo. UNAM. México D.F., México. Pág. 291.

(28) Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212.

(29) Para el autor tantas veces tomado en referencia, la juridicidad o legalidad es un principio, que no sólo ha precedido a la Administración Revolucionaria de Francia, sino a todas las Administraciones Públicas precedentes. Merkl, A. (1980) “*Teoría General del Derecho Administrativo.*” Editora Nacional. Pág. 215.

dicho, pues, como ha señalado Merkl, también el monarca absoluto actuaba apoyándose en una norma atributiva de competencias *regis voluntas suprema lex est*. Por otra parte, debe señalarse que este principio no determina la forma concreta en la que ha de producirse la vinculación, pues como este autor sostuvo, el principio de juridicidad no prejuzga ni la clase ni la medida de la vinculación de la Administración al Derecho, pues su alcance y contenido depende de situaciones de tiempo y lugar.

De ahí que Merkl considere, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, que el principio de juridicidad se cumple tanto en los casos en los que existe una norma que genéricamente atribuye competencias a la Administración para actuar, como en aquellos otros en los que cada acción administrativa está previamente definida de manera específica y concreta por una norma<sup>(30)</sup> Para Merkl, lo importante no es el grado de vinculación que la norma atributiva de competencias imponga, sino la constatación de que esta norma siempre existe, ya que esta representa el vínculo jurídico de la Administración y convierte a ésta en ejecución del Derecho.

De este modo, toda acción administrativa, para que pueda ser considerada como tal, debe fundamentarse en una norma previa que permita atribuir dicha acción a la Administración; *si no existe esa norma atributiva de competencia, esa acción concreta no podrá considerarse como administrativa*. Por esta razón para poder atribuir una acción a la Administración es preciso, por una parte, que la misma haya sido realizada por un sujeto jurídico a quien el ordenamiento le reconoce capacidad para actuar como un órgano administrativo, y, que ese sujeto haya pretendido realizar esa actuación en ejercicio de esa capacidad; y, por otra, que exista un precepto jurídico que haya atribuido a la Administración competencia para actuar.

Como se ha señalado, esta norma atributiva de competencias en su vertiente material existe tanto cuando la norma define agotadoramente la actuación de la Administración (lo que Merkl consideró la realización más compleja del principio de juridicidad por una norma especial autorizadora y obligadora) *como cuando simplemente la autoriza para actuar en beneficio del interés general, regla esta última que, en un Estado de Derecho, necesariamente ha de ser la regla mínima de atribución de competencias ya que, por definición, en aquél, la existencia de la Administración como poder público no puede tener otro objeto que la satisfacción del interés general*. De ahí que en los casos en los que una acción no pueda ser imputada a la Administración, dicha acción se atribuirá al sujeto que la ha realizado pero no podrá considerarse como una acción del Estado;<sup>(31)</sup> en vista de que la Administración Pública es un Poder Público Constituido, pero instrumental,<sup>(32)</sup> subordinario o vicarial,<sup>(33)</sup> por expresa denominación constitucional, cuando la constitución administrativa la aborda desde una perspectiva funcional u objetiva en el artículo 226.

(30) Cfr. El artículo 227 de la Constitución de la República de Ecuador es un gran ejemplo.

(31) Merkl, A. (1980) "Teoría General del Derecho Administrativo." Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 212 y 213.

(32) Brito, M. (2006) Principio de Legalidad e Interés Público en el Derecho Positivo Uruguayo, En "La Justicia Uruguaya." T. XC. Sección Doctrina. Pág. 11.

(33) Meilán, J. (1996) La Administración Pública a Partir de la Constitución Española de 1978, En "V Revista Española de Derecho Constitucional. Año 16. N° 47." Madrid, España. Pág. 163. La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación: Artículo 226 Constitucional de Ecuador.

El anterior precepto destaca el aspecto servicial de la Administración Pública, caracterizándola de una forma singular, no aplicable por tanto en un sentido institucional a las otras organizaciones, que ejercen el Poder Público. Desde esta perspectiva orgánica cobra especial significación la Administración Pública, ya que la justificación de su existencia radica en la servicialidad de la misma,<sup>(34)</sup> que proviene de su propia etimología, pues la palabra administrar proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa "*servir a*."<sup>(35)</sup> Así, lo peculiar de la función administrativa se encierra en la consideración de que "constituye un servicio a la colectividad," con lo que se destaca un aspecto cualitativo, que habrá de vencer toda la actividad de la Administración, como nota esencial de su especialísimo régimen jurídico.

Por tanto, resulta que el principio de juridicidad en la formulación de Merkl se limita a enunciar la existencia de esta regla lógica de la que se deriva la necesidad de que toda acción administrativa se encuentre fundamentada en algún precepto jurídico que permita atribuir dicha acción a la Administración.<sup>(36)</sup> Por ello, de este principio no cabe deducir la exigencia de que la Administración no pueda actuar si no existe una norma que exprese y específicamente autorice cada una de sus actuaciones, y siempre dirigida en su orientación vicarial de servicio al público.

Como señaló Merkl, el principio de juridicidad no expresa la conveniencia de que cada una de las acciones administrativas deba atenerse al Derecho vigente y, en consecuencia, no deba violarlo ni tampoco que haya de ser comprendida por el Derecho o descansar en él. Este principio enuncia, como el propio Merkl sostuvo citando a Kelsen, una regla de atribución jurídica que permite significar un obrar humano como acción estatal, lo que en la formulación Kelseniana determina que ese acto sea a su vez Derecho (según esa acepción del Derecho, toda actuación de la Administración es, por definición, ejecución del Derecho).<sup>(37)</sup> Por ello afirma Merkl, que la Administración no puede ser vista, sino como una función jurídica, como aplicación del Derecho, y en especial como ejecución del Derecho Administrativo.<sup>(38)</sup>

Distinto del principio de juridicidad es el principio de legalidad.<sup>(39)</sup> Como puso de relieve Merkl, el principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. El principio de legalidad presupone el de juridicidad, pero el principio de juridicidad no condiciona en modo alguno el de legalidad. Como explicó este autor, el principio de juridicidad es una ley jurídico-teórica, que se funda en la esencia que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas. Por ello, considera que la existencia de la juridicidad precede a toda y a todas la Administración. Por el contrario, el principio de legalidad, cualquiera que sea el significado que al mismo se le atribuya, es un postulado jurídico-político que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva.

(34) Soto, E. (1996) "*Derecho Administrativo. T. I.*" Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile.

(35) Delpiazzo, C. (2006) Marco Constitucional del Derecho Uruguayo, En "*V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica.*" Quito, Ecuador.

(36) Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 211.

(37) El Artículo 83.1 Constitucional de Ecuador. "*Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley. 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.*"

(38) Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México. Pág. 211.

(39) Merkl A. dice: "es menester no confundir este principio el de juridicidad con el principio emparentado de legalidad." Pág. 212. Cfr. Merkl, A. (1980) "*Teoría General del Derecho Administrativo.*" Editora Nacional. México D.F., México.



Con independencia de la significación que el principio de legalidad haya podido tener en otros momentos históricos o incluso en otros ordenamientos jurídicos, la cuestión que ahora se plantea es determinar cuál es el contenido de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. Ya se ha visto cómo la mera enunciación del principio de legalidad en los artículos 226 y 227 de la Constitución no es a estos efectos de mucha ayuda, pues, como señala Rubio con éste tipo de cláusulas constitucionales acerca de la legalidad: "la proclamación verbal de este principio no tiene en sí misma contenido propio independiente del que se deriva de otras normas.<sup>(40)</sup> El problema es que a este principio se le atribuyen distintas significaciones. Por ello, hay posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diversas. No obstante, todas ellas coinciden en entender que uno de los contenidos que actualmente tiene el principio de legalidad es someter la actividad de todos los poderes públicos al Derecho. Para Cassese (2014) "El principio de legalidad ha sido el producto de un proceso que ha durado al menos dos siglos, de legalización o de juridificación creciente de la Administración Pública." Pág. 289.<sup>(41)</sup>

Las etapas de este proceso son numerosas y son resumidas así: *Inicialmente*, la Administración Pública venía considerada como una actividad libre de vínculos, en cuanta explicación de un poder autónomo e independiente como parte del Poder Ejecutivo. *Sucesivamente*, a pesar de seguir siendo parte del Poder Ejecutivo ha sido sometida a la Ley. *La Tercera* fase es aquella, que abre con el sometimiento de la misma Ley a una Ley de mayor grado: la Constitución.

En esta fase, en las Constituciones penetraron no sólo los principios a los cuales está sometido el Poder Legislativo, sino también principios a los cuales está sometida la Administración. *Por último*, se asoma una nueva fase, que ve dedicados los principios relativos a las Administraciones Públicas –diversamente llamados: tratados, convenciones, incluso constituciones supranacionales.

Por último, el Título I, Sección I de la Constitución de Ecuador (Artículos 1 al 5) pretende un imperio de Derecho como puede pretenderse con la traspolación de la idea del venezolano Hernández-Mendible (2008) "...donde además de las normas jurídicas, se encuentran todos los 'valores constitucionales,' desde los proclamados 'valores superiores' –que no existen en la Constitución de Ecuador- hasta los esparcidos a los largo del Texto Fundamental, y, en los que se incluyen ciertas 'garantías institucionales,' y también los principios generales del Derecho."<sup>(42)</sup> Igualmente, la idea de la Pachamama cobra sentido en este orden de ideas.<sup>(43)</sup>

(40) Cfr. **Rubio, F.** (1995) "Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)." Ariel. Derecho. Prólogo. Pág. XIX y nota Núm. 12.

(41) **Cassese, S.** (2014) Las Tres Etapas de la Constitucionalización del Derecho Administrativo, En "La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo." Coordinadores Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

(42) **Hernández-Mendible, V. R.** (2008) Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, En "Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. VII Foro de Derecho Administrativo." Edición Netbiblo. Valladolid, Salamanca, España. Págs. 657-689.

(43) Cfr. **Constitución de Ecuador** (2008) El artículo 71 establece: La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. *Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.* Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. La Consagración constitucional de la **Pacha Mama** forma parte de la juridicidad estatal.

En consecuencia, la Administración Pública Ecuatoriana debe ceñirse al denominado principio de constitucionalidad, legalidad, juridicidad y vinculación del Estado, en cualquiera de sus formas al Derecho, el cuál, no sólo exige conformidad de las actividades funcionales de la Administración Pública con la norma o regla de Derecho preexistente, tanto exógena, esto es, la que es impuesta desde fuera, por la Constitución y la Ley, como endógena, constituida por la norma, que emana de su propio seno.

Así las cosas, el francés Odent (1981) “el principio constitucional implica, necesariamente, la existencia de órganos encargados de aplicar el Derecho y de reestablecer la legalidad casualmente desconocida, o sea, órganos jurisdiccionales,” Pág. 17, pues cualquier extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones, vicia de ilegalidad el acto de que se trate, y su nulidad debe ser declarada si así fuere solicitada. Éste es el principio de legalidad en que descansa el Estado de Derecho.

### 2.3 . La Tesis de la Vinculación Negativa (O, Noción Mínima).

Para el venezolano Araujo (2017):

En una primera aproximación conceptual al principio de la legalidad de la Administración Pública, la llamada vinculación negativa (*negative bindung*) de **Wincker**, la Administración Pública se vincula negativamente a la Ley, que opera como un límite externo a una básica libertad de determinación: ***Quae non prohibita, permissa intellegitur.*** Pág. 177.

En este sentido, la ley actuaría como un límite de la actuación libre de la Administración Electoral; así, ésta quedaría legitimada en su actuación puramente con probar, que no hay concepto legal en su contra, y, que significa: a) todo lo que la Ley no prohíbe hacer a la Administración Pública, se entiende que es campo dejado a su completa decisión; y b) un avance extraordinario de la *Freie Ermessen*, o, de discrecionalidad, o de libertad administrativa libre.

En otras palabras, la vinculación negativa instituye una flexible relación de compatibilidad o no contrariedad, que se traduce en bastarse para que la actuación administrativa sea legítima, en que esa actuación, se adecúe a las exigencias del principio de legalidad, el no violar directamente ningún precepto legal, esto es, que exista una “relación de compatibilidad o no contrariedad” entre su actividad y el ordenamiento jurídico, que postula la teoría del principio en estudio, como un mero límite externo de la función administrativa. Pero la Constitución del Ecuador, con ayuda de las reglas, los principios y los valores constitucionales regulan con distinta intensidad los distintos aspectos operacionales del Estado Ecuatoriano, y el tratamiento adecuador de compatibilidad no es uniforme con cada norma o caso.

De tal modo, que constitucionalmente es imposible matizar una vinculación negativa del Estado a la regulación general del Estado con la

Constitución y las leyes. Las reglas constitucionales disfrutaban de una mayor facilidad por su mandato categórico imperativo directo hacia el destinatario. No obstante, la situación de los principios y los valores jurídicos poseen contornos jurídicos reguladores mucho más complicados, que dificultan la eficacia general y particular de una cierta parte del articulado constitucional. Incluso del entramado normativo de varios cuerpos legislativos, que contienen ese tipo de normas jurídicas, esto es, las contentivas de los principios y valores jurídicos. Aunque, los principios informan de una forma más clara que puede la Administración Electoral hacer que los valores jurídicos.

### 3. Administración Pública Electoral y Derechos Constitucionales del Elector.

En los sistemas electorales democráticos la Administración electoral es un complejo orgánico que sirve al interés público de garantizar un régimen de elecciones libres consustancial a un Estado social y democrático de Derecho. Es bien sabido que ese entramado institucional no siempre ha estado al servicio de los intereses democráticos, sino que en bastantes ocasiones ha contribuido, precisamente, a impedir la expresión del pluralismo político y a que se escuchará la voz de los ciudadanos en las urnas.<sup>(44)</sup>

En la República de Ecuador, la Constitución de 2008 consagra dos grupos de normas constitucionales en el área administrativo-electoral. Un claro primer grupo, donde la Administración Electoral acaba siendo encuadrada como parte de las Administraciones públicas en General: Artículos 225-28; y un Capítulo dedicado a la Administración Electoral en particular: Artículos 218-219, que se haya integrada por un grupo de normativas de tipo legislativo, reglamentario y jurisprudencial.<sup>(45)</sup>

#### 3.1. La Ley Orgánica de Procesos Electorales Ecuatoriana y Otras Normativas.

En *primer lugar*, al tener un carácter orgánico, esta ley ocupa el rango más alto dentro de la legislación nacional, solamente supeditada a la Constitución de la República. Por tanto, Pachano (2012) "*sus disposiciones prevalecen sobre las de otros cuerpos legales que pueden abordar algunos aspectos relacionados con los temas regulados por ésta.*" Pág. 15. Igualmente, Pachano (2021):

Éste carácter determina que los aspectos electorales y de regulación de las organizaciones políticas puedan ser tratados dentro de su especificidad, lo que puede considerarse como una base para lograr niveles óptimos

(44) **Rallo A.** (1997) "*Garantías Electorales y Constitución.*" Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España. Pág. 35. También **Martínez, P.** (2003) "*El Control Electoral.*" Congreso de los Diputados. Madrid, España. Y, **Presno, M. A.** (2012) El Origen del Derecho Electoral Español, En "*Revista Española de Derecho Constitucional N° 32.*" Madrid, España. Págs. 163-186.

(45) La Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia publicada en el Registro Oficial n.º 352 del 30 de diciembre de 2010. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial n.º 445 del 11 de mayo de 2011. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia publicada en el Registro Oficial n.º 634 del 06 de febrero de 2012. Sentencia de la Corte Constitucional de Transición, n.º 028-12-SIN-CC del 17 de octubre de 2012.

de transparencia y para asegurar la especialización de las instituciones correspondientes.

En *segundo lugar*, la integración en una sola ley de los aspectos que anteriormente se encontraban dispersos en diversos cuerpos legales es un paso positivo en términos de coherencia y de agilidad en los procedimientos. Desde el inicio del período democrático (en 1978), en Ecuador existieron como cuerpos separados las leyes de Partidos y de Elecciones, a las que se sumó más adelante la Ley de Gasto Electoral. Esto daba lugar a múltiples contradicciones objetivas entre sus respectivas disposiciones y abría la posibilidad de múltiples interpretaciones. Igualmente, repite Pachano (2012) "La integración en un solo cuerpo no elimina totalmente esos problemas potenciales, pero sí los reduce significativamente por la coherencia que deben guardar sus componentes." Pág. 16.

En *tercer lugar*, al estar concebida casi en términos reglamentarios, la ley es exhaustiva en sus regulaciones. Aunque cuenta con varios cuerpos reglamentarios subsidiarios, la ley aborda con mucho detalle los diversos ámbitos que están bajo su regulación, pudiendo ser un factor positivo, en cuanto contribuye a reducir el margen de discrecionalidad de autoridades y actores políticos.

En *cuarto lugar*, la separación de las funciones de administración de las elecciones y de justicia electoral ofrece mejores condiciones que las anteriormente vigentes en Ecuador. La atribución de esas funciones y facultades a un solo organismo (el Tribunal Supremo Electoral) tendía a convertirle a este en Juez y parte dentro de los procesos judiciales electorales. La creación de dos organismos distintos (CNE y TCE) con funciones y atribuciones específicas, elimina ese riesgo.

Las principales debilidades de las regulaciones pueden sintetizarse en **cinco**: En *primer lugar*, en un aspecto propio del diseño institucional, que es la debilidad de controles institucionales sobre los organismos y sobre los procesos electorales. Aparte de la intervención de la Contraloría, que fundamentalmente actúa *ex post*, no existen mecanismos de control, vigilancia y sanción fuera del propio ámbito de las instituciones encargadas de los asuntos electorales. Incluso los órganos de Justicia ven reducidas sus atribuciones frente a aquellos organismos (que, cabe señalar, constitucionalmente son creídos como un poder o una función del Estado).

Las facultades de la Asamblea Legislativa para ejercer el control de los integrantes de los organismos electorales se reducen a la fiscalización, planteada en términos generales en el artículo 120.9 de la Constitución, y al juicio político (en el artículo 131), que no constituye control o seguimiento permanente. Esta debilidad se deriva, en gran medida aunque no exclusivamente, del recorte de funciones y atribuciones del órgano legislativo realizado por el nuevo sistema constitucional. Prácticamente todas las funciones de control y de participación en la conformación de las instituciones estatales fueron transferidas al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) un organismo que no es representativo, y por consiguiente no expresa la voluntad popular.

En *segundo lugar*, se destaca el origen de los integrantes de los organismos de la Función Electoral, que es otra característica propia del diseño institucional. Los miembros del CNE y del TCE provienen de un concurso de méritos y oposición, lo que se ha demostrado en la práctica como una vía

poco efectiva para dotarles de la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones. Sus actuaciones están siempre bajo un manto de dudas acerca de las motivaciones políticas y de la intención que las conduce. La manera en que son seleccionados da enormes ventajas al gobierno en funciones, ya que puede influir decisivamente en ese proceso y por consiguiente en su desempeño posterior.

*En tercer lugar*, los actores políticos tienen muy poco espacio para realizar control y seguimiento de los procesos electorales, e, incluso para canalizar sus cuestionamientos y demandas. El ámbito en el que ellos puedan ejercer su derecho a controlar la transparencia de los procesos se reduce a la posible participación en las mesas electorales o de votación, pero están ausentes en el resto del proceso. Las dudas con respecto a la limpieza de los procesos, que se han incrementado en los últimos años, tienen su origen en este aspecto y en el relacionado con el origen de los integrantes de los organismos.

*En cuarto lugar*, a pesar del carácter reglamentario de la Ley electoral, hay muchas disposiciones y prohibiciones que no narran con las sanciones respectivas. A manera de ejemplo pueden citarse las disposiciones de los artículos 204 y 205 de la Ley electoral, que *prohíben la compra de votos y la publicidad electoral*. Asimismo, las prohibiciones para la difusión de publicidad por parte de las instituciones públicas (Artículo 207), no tienen como correlato las sanciones para sus directivos. Algo similar ocurre con la fijación de límites para el gasto electoral (Artículo 209).

*En quinto lugar*, en estrecha relación con el punto anterior, las disposiciones existentes no son bastantes ni efectivas para controlar las acciones de determinadas autoridades y actores políticos en las campañas electorales. La participación de las autoridades en las campañas ha sido una constante desde que entraron en vigencia las normas vigentes. El único recurso a disposición de las autoridades electorales ha sido el exhorto que, obviamente, no tiene fuerza legal ni entraña una sanción. Por ello, se puede afirmar que las autoridades en ejercicio cuentan con enormes ventajas en los procesos electorales, y, que aunque su participación está claramente prohibida (así como el uso de los recursos públicos que se encuentran bajo su responsabilidad), la posibilidad de efectivizar esta norma, es prácticamente nula.

En cuanto a los vacíos en la ejecución y cumplimiento de las regulaciones se desprenden de los puntos señalados en el acápite anterior, pero también provienen de aspectos relacionados con la conformación de las instituciones electorales. Para Pachano (2012):

El más importante de estos es la estrecha cercanía con el Gobierno nacional. Debido en gran medida a la manera en que se conforman esos organismos, pero también por la manera en que comprende al ejercicio de la política. La mayor parte de los integrantes del CNE y del TCE previamente ha ocupado cargos en el ejecutivo y al finalizar sus funciones han retornado a ese campo. Básicamente se ha tratado de militantes y simpatizantes del movimiento político gubernamental, que han considerado el desempeño de sus funciones en los organismos electorales como parte de sus

funciones de actores políticos. En esas condiciones, las disposiciones, regulaciones, prohibiciones y sanciones quedan sin efecto. Pág. 17.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Yatama vs Nicaragua, del 23 de Junio de 2005 y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, del 21 de Noviembre de 2007), **Dalla** sostiene “*Las notas de previsibilidad y certeza de las normas electorales y la exigencia de un posterior control independiente de las irregularidades se deducen pues de un mismo principio de legalidad electoral;*” mientras que “*la Convención Americana debe comprenderse, de acuerdo con la doctrina fiada 30, CADH en la OC6/86 y recibida en casos posteriores, y según el alcance de la expresión ‘leyes’ en el art. 30 CADH. Se ha interpretado que se trata de una ley formal: la norma emanada de los órganos democráticamente elegidos. [...] La Corte se funda en que los actos estatales que afecten Derechos fundamentales, para que no queden al arbitrio del poder público, deben estar rodeados de un conjunto de garantías, entre ellas, que se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo.*”

Por su parte, el Tribunal Contencioso Electoral de Ecuador ha entendido que “*el proceso electoral no solo alude a la convocatoria de comicios y al acto de votaciones, sino que comprende también escrutinios, proclamación de resultados y adjudicación de puestos.*” (TCOE 2009).

El sistema y proceso electoral es un instrumento para que el derecho al sufragio —*activo y pasivo*— pueda ser ejercido, y que, como todo proceso, se integra de una serie de actos sucesivos para lograr el objetivo indicado, por lo que el modo más eficaz para que avance es que exista definitividad en las distintas etapas, de manera que el derecho al sufragio se ejercite en el plazo legalmente dispuesto. Esto implica que los actos del proceso electoral que adquieren definitividad son los que emiten las autoridades encargadas de organizar los comicios en cada una de las etapas que integran ese proceso. En cuanto a su contenido y caracteres, se reconoce que, conforme a la ley, cuenta con etapas como la de preparación de la elección, la de la jornada electoral, de resultados y declaración de validez, que desarrollan de manera continua y sin interrupciones, donde su conclusión implica el comienzo de la siguiente; su finalidad es la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

#### 4. La Justicia Electoral Ecuatoriana: Configuración Constitucional.

La tutela judicial efectiva electoral es extendida por el Tribunal Contencioso Electoral (TCE).<sup>(46)</sup> Sin embargo, cabe destacar que la obligatoriedad de tutelar los derechos políticos radica en la Administración Pública y los Tribunales, en ambos de diferentes formas.<sup>(47)</sup> Por consiguiente,

<sup>(46)</sup> Artículo 217 Constitucional dice: **La Función Electoral** garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. **La Función Electoral estará formada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral...**

<sup>(47)</sup> Por ejemplo, el artículo 221 Constitucional dice: El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes: 1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas. 2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento, propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales. 3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto. Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.

comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda instancia, culminando con la decisión. En consecuencia tiene un nexo causal lógico con el debido proceso, pues pretende evitar el abuso y las ilegalidades que pudieran cometer un órgano estatal en un procedimiento legal. Así, dentro de los juicios, garantizando que se actúe ceñido a la Constitución y la ley, a fin de que se juzgue de acuerdo al procedimiento legal.<sup>(48)</sup>

Por lo expuesto, Solano (2008) “el acceso a la justicia es el primer escalón de lo que siempre hemos denominado debido proceso.” Pág. 103. Por lo señalado, la tutela judicial efectiva es un derecho intrínseco de cada persona, que reside en las libertades y facultades que posee todo ciudadano por su sola condición humana, sin distinción alguna. Además la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental inherente a la persona humana y reconocido en la constitución de un Estado, lo cual se produce debido a la cultura jurídica e idiosincrasia de cada pueblo, que es incorporado con las particularidades propias de un Estado y reconocido mediante procesos democráticos específicos como las asambleas constituyentes y consultas populares, es decir, es un derecho constitucionalizado democráticamente.

La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante **Sentencia N°0118** del 04-05-2011, Expediente 118, publicado en el Registro Oficial Suplemento 336, de 18-09-2012, determina que:

SEXTO.- El reconocimiento de la garantía a la tutela judicial efectiva, [...] “es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta convivencia social, asume el monopolio de la composición, de los litigios y proscribire la autodefensa”; razón por la cual “el Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia -sin la cual no existe orden ni derecho- y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido

(48) **Las garantías jurisdiccionales** se regirán por las siguientes disposiciones: **1.** Cualquier persona podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. **2.** Será competente la jueza del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: **a)** El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias; **b)** Serán hábiles todos los días y horas; **c)** Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción; **d)** Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; **e)** No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. **3.** Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. El juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. **4.** Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. **5.** Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia. Igualmente, el **Artículo 87-** Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

por los ciudadanos.” “Este derecho fundamental, que en primer término supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, tiene relación con el derecho de acción... Por esta razón la Constitución, además del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez, dispone la celeridad procesal, proscribire la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habrá la deseada efectividad en la administración de justicia.” Ello lleva a concluir que según Benalcázar (2007) *“a que los requisitos legales para el acceso a la jurisdicción y a los recursos... deben ser razonables y obligan a la interpretación más favorable al pleno ejercicio del derecho”* y que *“el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes.”* Pág. 41-47.

En materia electoral, el TCE con la causa N° 090-2013:

El propio artículo 11, inciso cuarto de la propia Constitución señala que el Estado es objetivamente responsable por las eventuales violaciones a los derechos humanos “por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso...”; por lo que, aun cuando el recurrente no hubiere invocado inobservancia a otras normas del debido proceso, la autoridad jurisdiccional, responsable de la tutela efectiva de los derechos de toda persona, está en la obligación de rectificar, de oficio, cualquier desmedro que llegare a identificar, a favor de la persona que recurre, no solo por ser consustancial a su deber de respetar, proteger y promover derechos; también, por cuanto la autoridad jurisdiccional está llamada a cubrir las omisiones de derecho en las que incurrieren las partes, en función del principio *iura novit curiae* desarrollado en la jurisprudencia interamericana, en los siguientes términos “...en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente...” (CIDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 -09-2005, Párrafo 59).

Esto viene ligado a que el TCE señala con la causa N° 142-2013:

Bajo la regla procesal por la cual el Juez sólo puede suplir las omisiones en derecho, pero no puede ir más allá del petitorio, siendo éste su límite a fin de evitar un exceso jurisdiccional, pues lo contrario implicaría que el Juez pierda su condición de imparcialidad al



actuar como un tercer interesado dentro del proceso, recabando de oficio pruebas que no le han sido solicitadas y resolviendo pretensiones que no le han sido formuladas.

Si bien es cierto que el TCE tiene la atribución sustancial, y es responsable de velar por el ejercicio de los derechos de participación, no es menos cierto, que debe limitarse el pedido realizado con la finalidad de mantener su imparcialidad y, sobre todo, cumplir el principio dispositivo que regula la actividad jurisdiccional.<sup>(49)</sup>

En este sentido, la justicia electoral está gobernado por el principio de doble instancia en lo electoral, que se tiende en la jurisprudencia electoral en la **Causa N° 152-2013-TCE** (acumuladas 150-2013; 153-2013; 154-2013; 151-2013; 092-2013):

(...) La revisión procesal que tiene su origen en el principio de la doble instancia, obliga al juzgador a revisar que en la primera instancia se haya garantizado el debido proceso, aunque las partes así no lo invoquen, porque solo de esa manera se mantiene vigente éste principio así como el de la tutela efectiva y el derecho de defensa que garantiza el Juez de cierre del proceso (...)

En materia electoral, la justicia debe reducirse a la instancia administrativa y la jurisdiccional, pues el quebrantamiento de las garantías básicas constitucionales debe ser visualizado por los jueces electorales.<sup>(50)</sup> Además, que en ambas instancias, según el principio jurídico de inmediatez, los principios procesales, probatorios, y demás, cobran real vigencia para el electorado.<sup>(51)</sup> Sin embargo, no puede olvidarse temas esenciales como los aspectos jurídicos que ambas autoridades, en la materia, revisan antes de emitir la decisión definitiva, como la legitimación, oportunidad, y la fundamentación de hecho y de derecho.

## CONCLUSIONES

El presente artículo científico expuso el principio democrático desde una perspectiva formal, y material, conforme a una categorización normativa propia de la dogmática heurística, con el ejemplo de la doctrina germánica de

(49) La Justicia Electoral de Ecuador queda articulada por el Recurso Contencioso de Nulidad establecido en la Ley. Por la acción de protección regulada primeramente por el artículo 88 de la Constitución. Por la acción de acceso a la información pública regulada primeramente por el artículo 91 de la Constitución; por el artículo 92 de la Constitución que regula el Habeas Data; por la acción de incumplimiento del artículo 93 de la Constitución; y, por la acción extraordinaria de protección del artículo 94 de la Constitución.

(50) De acuerdo el mismo artículo 217 de la Constitución, la doble instancia electoral incumbe a la autoridad administrativa y jurisdiccional. Ciertamente, es doble, pero no doblemente jurisdiccional, aunque existe una doble instancia estatal. El sistema electoral Venezolano comete el mismo error conforme a los artículos 92 y 197. El concepto jurídico de la jurisdicción incumbe únicamente a los Tribunales, no a la Administración Pública. En todo caso, Ecuador posee una única instancia judicial en materia electoral: El Tribunal Electoral. Y en especial, el artículo 173 - "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."

(51) De acuerdo al artículo 169 de la Constitución, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades. Cfr. TCE, Causa 33-Q-2009.

**Otto Bachof** de las normas constitucionales que sirven de medida para medir la constitucionalidad de otras normas constitucionales. El artículo 1 compone la base del sistema jurídico ecuatoriano, en vista de que el resto del articulado constitucional debe plegarse al espíritu, al sentido sintáctico del Estado de Derecho, Social, Democrático.

El Sistema Jurídico ecuatoriano desde la perspectiva de la Constitución Democrática coloca límites jurídicos precisos a los poderes públicos constituidos *-el constituyente incluido-* para proteger los respectivos derechos fundamentales de los administrados, pues la preeminencia de estos son la clave de bóveda para descifrar la verdadera ideología constitucional del Constituyente de 2008, que tomando la frase de Aragón: el reconocimiento formal, constitucional, de los derechos es una fragmentación de la democracia en cabeza de los administrados como titulares.

Ulteriormente, la ideología de la reserva legal como obstáculo competencial forma una premisa ideológica del liberalismo decimonónico de tipo constitucional, que restringe la intervención del Poder Ejecutivo en un asunto que por su propia naturaleza, es de eminente carácter parlamentario: los derechos políticos pueden ser regulados y restringidos por ley formal. Consecuencialmente, el legislador con su cincel legal restringirá sin demasías desconfigurantes del contenido esencial de los derechos fundamentales los atributos necesarios para guardar la particularidad de un sistema electoral moderno, eficaz y transparente al servicio del elector como administrado que es. La legalidad constituye no sólo ideológicamente una garantía del orden normativo instituido constitucionalmente por el poder constituyente, sino una *garantía salvaguardadora directa de la efectividad de los derechos fundamentales*.

Finalmente, la tutela judicial efectiva estructurante de la institucionalidad procesal, constituye el sentido estático del término, donde el debido proceso con sus modulaciones internas de la tutela judicial efectiva con su **inicio**: *acceso a un tribunal*; **fin**: *sentencia oportuna apegada a derecho*; **concreción**: *ejecución de sentencia*; y, **la eficacia provisional procesal**: medidas cautelares; constituyen la esencia final dinámica de un sistema y un proceso electoral transparente, donde los candidatos y los electores pueden cuestionar la presunta legitimidad de las actuaciones electorales ante una instancia competente por la materia, como el TCE. Las demás garantías constitucionales del sistema jurídico instituyen derivaciones secuenciales de las garantías constitucionales anteriormente mencionadas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessi, R.** (1970) *Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I.* Bosch. Barcelona, España.
- Andrade, R.** (2018) El Sistema Electoral Ecuatoriano en un Estado Garantista, En *Revista de Derecho Electoral N° 26.* Segundo Semestre. Quito, Ecuador.
- Aragón, M.** (2000) La Democracia Constitucional En, *Constitución y Constitucionalismo Hoy.* Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García Pelayo. Caracas D.F., Venezuela. Págs. 93-124.

**Araujo, J.** (2017) Derecho Administrativo Constitucional. Colección Manuales y Obras Generales N° 1. CIDEP. EJV. Caracas D.F., Venezuela.

**Ballbe, M.** (1975) *"Derecho Administrativo T. I."* Nueva Enciclopedia Jurídica Editorial Seix. Madrid, España.

**Beladiez, M.** (1994) Nulidad y la Anulabilidad. Su Alcance y Significación, En *"Revista de Administración Pública N° 133."* Madrid, España.

**Benalcázar, J.** (2007) *"Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina."* Andrade y Asociados. Quito, Ecuador.

**Brewer-Carías, A.** (2005) *"Principios Fundamentales del Derecho Público."* Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo (UCAB) N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Pág. 90.

**Dalla, A.** (2013) *"Derechos Políticos, Normativa y Equidad en los Procesos Electorales."* La Ley 133 (22 de Julio de 2013): 952-968.

**De Otto, I.** (1993) *"Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes."* Ariel. Barcelona, España.

**Einsenmann, C.** (1982) *"Cours de Droit Administratif."* Dalloz. París, France.

**Fernández, F.** (2012) "Comentarios Bibliográficos a Bachoff, Otto, *¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?*" En *"Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional."* N° 16, Madrid, España. Págs. 643-724.

**García, R.** (1988) *"Reserva de Ley y Potestad Reglamentaria"* Ariel. Derecho, Barcelona, España.

**García, E.** (1994) *"La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo, tras la Revolución Francesa."* Alianza Universidad. Madrid, España.

**García, E.-Fernández, T.** (1999) *"Curso de Derecho Administrativo. Tomo I."* Novena Edición. Madrid, España.

**Goyes, S.** (2013) De las Cuotas a la Paridad: el Caso del Ecuador, En *"La Apuesta por la Paridad: Democratizando el Sistema Político en América Latina: Los Casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica."* Editora Beatriz Llanos. Lima, Perú. Págs. 47-115.

**Hauriou, M.** (1967) *"Précis de Droit Administratif et de Droit Public."* 11° Ed. París, France.

**Jesch, D.** (1978) *"Ley y Administración."* Trad. M. Heredero. IEA. París, France.

**Rubio, F.** (1993) Principio de Legalidad, en *"La Forma del Poder (Estudios Sobre la Constitución."* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

**Martínez, P.** (2003) *"El Control Electoral."* Congreso de Diputados. Madrid, España.

**Merkel, A.** (1980) *"Teoría General del Derecho Administrativo."* Editora Nacional. Madrid, España.

**Mortati, C.** (1962) *"Costituzione dello Stato."* Enciclopedia del Diritto. Giuffrè. Milano, Italia.

**Odent, R.** (1981) *"Cours de Contentieux Administratif. T. I."* Les Cours de Droit (1977-1981). París, France.

**Presno, M. A.** (2012) El Origen del Derecho Electoral Español, En *"Revista Española de Derecho Constitucional N° 32."* Madrid, España. Págs. 163-186.

**Rallo A.** (1997) *"Garantías Electorales y Constitución."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España. Pág. 35.

**Saccomano, A. - Almirante, C.** (1997) Sistema Electoral y Reforma Constitucional, En *"Formas de Gobierno y Sistemas Electorales: la Experiencia Italiana y Española."* Coords. Ruíz-Rico, J. Gambino, S. Págs. 89-128. Madrid, España.

**Santamaría, J.A.** (1988) *"Fundamentos de Derecho Administrativo I."* Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres S.A. Madrid, España.

**Sánchez, M.** (1981) Notas Sobre la Función Administrativa en la Constitución, en *"La Constitución Española de 1978."* Coords. García De Enterría, y Pedriero A. Civitas. Madrid, España.

**Schneider, H.P.** (1991) *"Democracia y Constitución."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Madrid, España.

**Solano, L.** (2008) Tutela Judicial en Centroamérica, En *"Ciencia del Derecho Procesal Constitucional en Homenaje a Héctor Fiz-Zamudio en sus 50 años como Investigador del Derecho."* (Coords.). Ferrer, E. y Zaldívar, A. pp. 95-115. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

**TCOE** (2009) Tribunal Constitucional Electoral. Sentencia 128, En *Sistematización de Sentencias Judiciales en Materia Electoral*, 16. Washington D.C. OEA.

**Zanobini, G.** (1954) *"Curso de Derecho Administrativo. Tomo I."* Buenos Aires, Argentina.

**Sentencia N° 118-2011.** 04-05-2011. Sala Contencioso-Administrativo de Ecuador.

**Sentencia N° 090-2013** del 20 de Julio 2013. TCE de Ecuador.

**Sentencia N° 142-2013** del 21 de Octubre de 2013. TCE de Ecuador.

Sentencia de 15 de Septiembre de 2005. CIDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia).

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). París, Francia.

---

---

---

# DERECHOS HUMANOS, BIOÉTICA Y POSIBILIDADES BIOTECNOLÓGICAS DE MODIFICACION GENÉTICA HUMANA. REFERENCIA ESPECIAL AL MÉTODO CRISPR

HUMAN RIGHTS, BIOETHICS AND BIOTECHNOLOGICAL  
POSSIBILITIES OF HUMAN GENETIC MODIFICATION.  
SPECIAL REFERENCE TO THE CRISPR METHOD

Maryori Molina Luna<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.04>

Recepción: 15 de Marzo de 2021

Aceptación: 19 de Mayo de 2020

85

## RESUMEN

Este artículo tiene por finalidad estudiar cuán imperioso resulta que desde el Derecho se regule de forma precisa toda actividad comercial con implicaciones en la modificación genética humana, pues, si bien actualmente hay normas jurídicas que laxamente abordan el tema, las mismas son insuficientes y evidencian el alto grado de vulnerabilidad que existe en cuanto a la protección de los derechos humanos. Esto deja un significativo espacio de fragilidad jurídica que, de momento, está delimitando la Bioética. Por ello, empleando un enfoque descriptivo – explicativo, en este artículo se hará referencia al método *Críspr*, en tanto que, es la punta de lanza en tecnología genética, y en el marco de este se propondrán diversos dilemas bioéticos y jurídicos, que evidencian por qué son necesarios los límites legales concisos, que, por un lado, no interfieran en la innovación y desarrollo tecnológico, y por el otro, proporcionen protección jurídica a los derechos humanos.

**Palabras Clave:** *Derecho, Derechos Fundamentales, Bioética, biotecnología.*

## ABSTRACT

The purpose of this article is to study how imperative it is for the Law to precisely regulate all commercial activity with implications for human genetic modification, because, although there are currently legal regulations that loosely address the issue, they are insufficient and demonstrate the high degree of vulnerability that exists in terms of the protection of human rights. This leaves a significant space of legal fragility that, for the moment, is delimiting Bioethics. Therefore, using a descriptive-explanatory approach, this article will refer to the *Críspr* method, as it is the spearhead in genetic technology, and within the framework of this, various bioethical and legal dilemmas will be proposed, which are evidenced by what concise legal limits are necessary, which, on the one hand, do not interfere with innovation and technological development, and on the other, provide legal protection for human rights.

**Keywords:** *Law, Fundamental Rights, Bioethics, biotechnology.*

(1) Doctorando del Programa Doctoral en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (pucv), Valparaíso, Chile. Becada por la pucv. *Magister Scientiae* en Ciencias Políticas. Abogada y Politólogo por la ULA – Venezuela. Profesora adscrita al Departamento de Derecho Social de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, Venezuela.  
**Correo Electrónico:** maryori.molina.l@mail.pucv.cl

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, la comunidad científica mundial junto al sector empresarial biotecnológico tiene una misión y responsabilidad singular ante los enigmas de la vida humana. El siglo XX marcó un hito importante en cuanto a avances y experimentación tecnológica, también, por la inversión y financiamiento sin precedentes por parte del sector tecnológico empresarial y estatal en este campo. Esto, ha propiciado que la ciencia tenga posibilidades reales de manipular los secretos asociados a la vida, con la oportunidad de manipularla y modificarla, generado gran preocupación a nivel jurídico, institucional, en el campo académico - universitario, en el seno de algunos gobiernos, en organizaciones pro-defensa de los derechos humanos, entre otros. El historiador y profesor de la Universidad de Jerusalén, Yuval Noah Harari (2018), considera:

En el siglo XXI la combinación de la biotecnología y la informática nos permitirá comenzar a reinventar y cambiar nuestro cuerpo, nuestro cerebro, nuestra mente. Por primera vez en la historia, los principales productos del siglo XXI no serán alimentos, o telas, o vehículos, serán cuerpos, cerebros y mentes. Pues la informática nos dará la habilidad de combinar computadoras a humanos para crear ciborgs y hasta seres inorgánicos como la inteligencia artificial. Pág. 15.

De entrada, es preciso aclarar que, con esta investigación no se pretende demonizar la actividad empresarial bajo la lógica de la libertad económica, mucho menos satanizar los avances biotecnológicos, pues en principio, asumimos que, la tecnología en general es neutra, no es ni buena ni mala, siempre dependerá de los intereses con los que se manejen y apliquen.

Dicho lo anterior, precisamos que la biotecnología tiene entre sus fines mejorar la calidad de vida y subsistencia humana, además de optimizar las condiciones medioambientales. Los aportes de esta tecnología son, hasta ahora, infinitos. Entre muchos de los avances se encuentran los adelantos encaminados a curar patologías y erradicar enfermedades crónicas y degenerativas; mejorar las condiciones de vida de personas impedidas físicamente; creación de biofármacos; avances epidemiológicos con vacunas biotecnológicamente mejoradas; progresos en la alimentación y nutrición; entre otros. Con estos ejemplos resulta evidente que el desarrollo y avance tecnológico en esta área trae consigo grandes beneficios, pero al mismo tiempo son muchos los dilemas bioéticos que se generan con ella. A raíz de esto, el debate sobre el rol de las empresas biotecnológicas y la forma en que asumen su actividad comercial ha cobrado auge, cambiando la percepción tradicional de la actividad empresarial como un ente estrictamente económico y reglamentado por el Derecho (tradicionalmente) en los ámbitos nacionales y en el internacional, para pasar a ser vistas como organizaciones con obligaciones éticas, morales y sociales, que además deben coadyuvar en el respeto de los derechos humanos, tal y como se propone en la doctrina alemana del *Drittwirkung der Grundrechte* (efectos de los derechos fundamentales frente a terceros), según la cual, *grosso modo*, los derechos humanos no sólo pueden ser vulnerados por el poder público, sino que también pueden darse transgresiones a los mismos por parte de particulares.

En agosto de 2012 ocurrió una revolución científica, la genetista Emmanuelle Charpentier de la Universidad de Umeå (Suecia) y la bioquímica Jennifer Doudna de la Universidad de California (Estados Unidos, en lo sucesivo E.E.UU.), anunciaron un descubrimiento que inició una nueva era para la humanidad. Con la publicación del artículo *The new frontier of genome engineering with CRISPR-Cas9* (una endonucleasa de ADN guiada por ARN dual programable en inmunidad bacteriana adaptativa) en *Science* (Ciencias), las científicas demostraron cómo con CRISPR-Cas9 (a partir de ahora CRISPR), acrónimo en inglés de *clustered regularly interspaced short palindromic repeats* (repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente inter espaciadas), se estaba logrando una herramienta genética de edición programable por medio del corte de cualquier cadena de ADN *in vitro*.

En este contexto, es evidente la preocupación que genera este tipo de tecnología, pues no existe certeza de todo lo que puede lograrse empleando CRISPR o cualquier otro desarrollo biotecnológico que tenga como fin la modificación genética humana, ya que, de momento, los límites que determinen hasta dónde llegar son difusos porque ni en el campo bioético, ni en el jurídico están claros los escenarios. Y aunque, en principio, existe consenso tácito en la comunidad científica en no emplear esta técnica en humanos, ese pacto que se asumía como cumplido, ha sido roto, tal como se explicará en el punto tres de esta investigación.

Por ello, el presente trabajo tiene como objetivo principal vislumbrar cuán imperativo es que el sector científico – empresarial, puntualmente los que centran su actividad comercial en la búsqueda de conocimiento y desarrollo de biotecnología en el área de la genética humana --empresas farmacéuticas, laboratorios, institutos de investigación públicos o privados, entre otros--, circunscriban sus actuaciones a normas jurídicas --que de momento son difusas o inexistentes, pero no por ello quebrantables, al contrario, esto evidencia el alto grado de vulnerabilidad que existe, en cuanto a protección jurídica en el área-- y a códigos bioéticos que limiten y eviten los abusos en contra de la dignidad humana, tal como ha sucedido en el pasado.

Para esta investigación se empleará un enfoque descriptivo – explicativo, con el cual se establecerán diversos dilemas jurídicos y bioéticos asociados al desarrollo de la técnica de la edición genética con CRISPR y cómo esto incide directamente en la vulnerabilidad de los derechos humanos; a la investigación científica como actividad lucrativa; y a algunos casos con los cuales se evidencian que los límites bioéticos y jurídicos lejos de ser claros, son confusos, difusos o inexistentes.

En ese sentido, para conseguir el objetivo académico planteado en primer lugar se expondrán, *grosso modo*, algunas consideraciones generales de la Bioética; luego, se establecerán algunos antecedentes de experimentos antibioéticos cometidos en el pasado, y que, resultan ser un escenario de lo que pudiera llegar a suceder de no establecerse los límites jurídicos necesarios en el desarrollo de este tipo de tecnología; posteriormente, se determinará cómo la genética humana --y la dignidad humana<sup>(2)</sup>-- está inserta en medio de guerras de patentes y un alto grado de desprotección jurídica estatales e internacional, que lleva a reflexionar acerca del rol que deben desempeñar el

(2) Para efectos de esta investigación nos circunscribimos a la visión que sobre dignidad humana aportan Vial, J.; Rodríguez, Á. (2009) "La Dignidad de la Persona Humana. Desde la Fecundación Hasta su Muerte". En: *Revista Acta Bioethica*. Universidad de Chile. 2020, v. 15. No. 1. Santiago de Chile. Pág. 55-64.



Derecho y la Bioética como dos caras de un mismo proceso; seguidamente, se establecerán tres ejemplos que explican cómo los límites bioéticos y jurídicos de este tipo de investigaciones están en entredicho, como consecuencia de no estar siendo cumplidos; finalmente, serán expuestas algunas reflexiones finales que surgen como resultado de la investigación realizada, haciendo evidente una perspectiva que permita seguir desarrollando investigaciones en esta línea y en temas conexos.

## DESARROLLO

### 1\_. Bioética. Consideraciones Generales.

Actualmente, el debate bioético es álgido, polémico y caracterizado por dilemas diversificados, *v. gr.*: transferencias citoplasmática; fecundación *in vitro* triparental o técnica de los tres padres genéticos; investigaciones desde el proyecto del genoma humano --manipulación genética, bioingeniería, clonación, etc.--; la herramienta CRISPR; la capacidad decisoria sobre el término de la vida --muerte digna, medicina paliativa, sedación paliativa, manejo del dolor y sufrimiento en enfermedades crónicas y degenerativas, eutanasia (directa, indirecta, voluntaria, no voluntaria), distanasia, suicidio asistido, trasplante de órganos--; voluntad anticipada; la pena de muerte; el aborto; embarazo subrogado; investigaciones neurocientíficas que buscan descifrar, mapear y descodificar el cerebro humano; la aplicación de la tecnología de inteligencia artificial; entre muchos más.

Diego Gracia (2002), uno de los máximos representantes de la Bioética actual a nivel mundial indica que “la Bioética es un movimiento muy reciente: tiene apenas treinta años de vida [...] ha ido enfrentando diferentes cuestiones, hasta el punto de que puede hablarse de tres generaciones de problemas, la de los años setenta, la de los ochenta y la de los noventa” (Pág. 27). Pero ¿qué es la Bioética?, ¿a qué hace referencia?, ¿quiénes son sus máximos representantes académicos? y ¿por qué resulta importante en el campo jurídico empresarial nacionales e internacional?

El vocablo bioética está compuesto por el neologismo de los términos griegos *bíos* (vida) y *éthos* (ética). Etimológicamente, bioética designa el conjunto de costumbres y prácticas relacionadas a la vida y a la preservación y cuidado de esta. La adjudicación de su origen está en disputa, pues, son dos autores a quienes se le atribuye su nacimiento. Por un lado, el término bioética, propiamente tal, fue planteado hace cincuenta años por el oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter (1911-2001), en el artículo *Bioethics. The Science of Survival (Bioética. La Ciencia de la Supervivencia)*, publicado en *Perspectives in Biology and Medicine (Perspectivas en Biología y Medicina)* y en el que planteó: “como individuos, no podemos darnos el lujo de entregar nuestro destino en manos de científicos, ingenieros, tecnólogos y políticos que no reconocen y han olvidado verdades simples” (*Ibid.*).

Era prácticamente un hecho académico reconocido en libros y revistas especializadas en Bioética atribuir la paternidad de esta a Potter, hasta que Warren Reich, escribe dos artículos en 1994 y 1995, respectivamente, que hicieron replantear esa idea<sup>(3)</sup>. Así, entra en el escenario el teólogo Fritz Jahr (1895-1953), a quien se le adjudicó igualmente el origen de la Bioética. Friz Jahr, realizó importantes aportes, especialmente centró su atención académica

(3) Cfr. REICH, Warren. “The Word ‘Bioethics’: its birth and the legacies of those who shaped it meaning”. En: **Kennedy Institute of Ethics Journal**. 1994, v. 4. No 4. Washington, Ee.uu. Pág. 319-335; REICH, Warren. “The Word ‘Bioethics’: the struggle over its earliest meanings”. En: **Kennedy Institute of Ethics Journal**. 1994, v. 5. No 5. Washington, Ee.uu. Pág. 19-34.

en lo que denominó imperativo bioético. También, sugirió “considerar a cada ser vivo como un fin en sí mismo y tratarlo como tal en la medida de lo posible” (Garzón, 2009: 7-7).

De igual modo, es importante reconocer el aporte sistematizador de Daniel Callahan (1930-2019) en la Bioética. Su desempeño fue trascendental en el área, puntualmente, como cofundador en 1969 del Centro Hastings (*The Hastings Center*), primer instituto de investigación en Bioética del mundo, además de aportar doctrina bibliográfica que ha sentado las bases de los principios generales y especiales de la Bioética. Entre sus postulados, destaca la importancia de que el personal sanitario, médicos particularmente; los individuos, pacientes sanitarios puntualmente; y los gobiernos, específicamente los legisladores, se planteen y se enfrenten a preguntas desconcertantes y controvertidas sobre los altos costos de la atención médica y los objetivos, algunas veces contradictorios, de una larga vida, pero, sobre todo, del establecimiento de parámetros mínimos de buena calidad de vida

Resulta evidente que, no existe un acuerdo o criterio homogéneo en cuanto a la definición de Bioética, cada corriente académica le entiende de un modo diferente o le atribuye contenidos diversos, lo que le convierte inevitablemente en un área de conocimiento interdisciplinario. El término tardó en imponerse como una nueva disciplina en el campo de la Ética, no obstante, de forma progresiva y con bastante fuerza, finalmente, la Bioética pasó a ser parte de las disciplinas filosóficas gracias a los aportes de Warren Reich, quien le dio estatuto epistemológico en la *Encyclopedia of Bioethics* de 1978. En este orden, Diego Gracia (2002) indicó:

Para ciertos autores la Bioética debe definirse como la ética de la vida, entendiendo por tal la disciplina que se ocupa de recordar a los seres humanos los deberes sacrosantos que tenemos con la vida, ante el olvido o la negligencia que, según ellos, se produce en este campo. Éstos suelen poner como santo y seña de todo el movimiento, el lema de la ‘santidad de la vida’ o de la ‘inviolabilidad de la vida humana’. Otros, por el contrario, consideran que su objetivo principal es la ‘calidad de vida’, y no la defensa a ultranza de la vida. Pág. 28.

En el Diccionario de Bioética de Carlos Simón Vásquez (2012) se plantea que “[l]a Bioética se ha definido como la parte de la Ética que se refiere a las cuestiones planteadas por el desarrollo de las ciencias biomédicas en los ámbitos de la vida y de la salud ante problemas nuevos o antiguos modificándolos por las nuevas tecnologías...” Pág. 126-135.

Para efectos de esta investigación se asume la definición de Bioética propuesta por José Serrano (1992) en la Enciclopedia de Bioética, entendida como: “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que dicha conducta es examinada a la luz de los valores y de los principios morales” Pág. 9. Evidentemente, esta definición plantea sólo uno de los aspectos abarcados por esta, dado a dos de sus principales características, la transversalidad y la interdisciplinariedad, esta última comprendida por gran parte de disciplinas científicas --Medicina, Biología, Bioingeniería, Bioquímica, Psicología, Antropología, Sociología, Economía, Politología, Estadística, pero particularmente para efectos de

esta investigación resaltan la Ética y el Derecho—. Por ende, ocupamos esta definición que parte de un modelo personalista, y que, en tal sentido, permite explicar el objetivo principal de este estudio.

### 1.1. ¿Qué es lo que no se Debe Hacer? Antecedentes de Investigaciones Anti Bioéticos en Seres Humanos.

La historia reciente nos demuestra que no solo en el sector privado, sino que, desde el auspicio de los mismos gobiernos —quienes se supone, en principio, deben velar por el bienestar de todos sus administrados—, se han ejecutado programas y proyectos de investigación carentes totalmente de códigos éticos que han vulnerado la dignidad humana y los derechos fundamentales de los individuos involucrados.

Los experimentos realizados en humanos en la Alemania Nacional Socialista calificados como tortura médica representan un nefasto ejemplo de esto. Prisioneros de los campos de concentración, en su mayoría, judíos, gitanos, homosexuales, soldados soviéticos, eslavos y franceses, personas con diversidad funcional y movilidad reducida, disidentes, entre otros, fueron obligados a ser parte de esas experimentaciones, sin ningún tipo de consentimiento informado o tácito de lo que esas pruebas implicaban, pues, la mayoría de ellas resultaban en la muerte, desfiguración o algún tipo de discapacidad permanente. Entre los más controvertidos, se encuentran los experimentos de Josef Mengele<sup>(4)</sup> (1911-1979), quien llevó a cabo ensayos de genética y eugenesia en Auschwitz y en otros campos de concentración, por los cuales se ganó el apodo de ángel de la muerte.

También se encuentran como evidencia las experimentaciones en la ex URSS, destacando entre ellas las llevadas a cabo por Trofim Denisovich Lysenko (1898-1976), quien apoyado por Josef Stalin dirigió la agronomía soviética entre 1927 y 1965, bajo la ideología del *lysenkoísmo*, causando el Holodomor (genocidio ucraniano), en el que murieron alrededor de 12 millones de personas por inanición, según lo confirmado con los archivos secretos desclasificados de la URSS, dados a conocer tras su disolución (Getty, 2008: 28-32).

Igualmente, sobresalen los experimentos del híbrido revolucionario hombre chimpancé; las transfusiones de sangre definitiva (de un cadáver); las investigaciones con células postizas a partir de materia inanimada obtenida de cadáveres de campos de concentración soviéticos; las técnicas de la psiquiatría represiva, entre otros más. Existen otros ejemplos como el experimento monstruo (1939), dirigido por Wendell Johnson; el experimento cariológico de Vipeholm (Suecia), entre los años 1947 y 1949; las prácticas del Hospital Judío de Enfermedades Crónicas (Brooklyn, 1963); los experimentos de la Escuela de Willowbrook (Nueva York, 1963); los Estudios de Sífilis de la Universidad de Tuskegee (1972).<sup>(5)</sup>

La lista pudiera proseguir, la historia reciente nos muestra que, en nombre de la ciencia, se han cometido experimentos atroces que, hoy dentro del marco de las leyes internacionales, de algunas pocas nacionales, y de la sensibilidad social postcontemporánea, serían inaceptables. Son

(4) Cfr. **Retamal, F.** (2013) El médico-demonio del Tercer Reich, Josef Mengele: 'el ángel de la muerte' ha caído en Auschwitz. En: "**Repositorio online de la Facultad de Educación y Humanidades.**" Universidad del Bío-Bío. Chillán, Chile.

(5) Cfr. **Gaudlitz, M.** (2008) Reflexiones sobre los Principios Éticos en Investigación Biomédica en Seres Humanos, En "*Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias.*" V. 24. N° 2. Santiago de Chile, Chile. Pág. 138-142.

innumerables los ejemplos de experimentos que carecen de códigos éticos mínimos que, en principio, todo científico, investigador o sector privado que trabaje directamente con seres humanos debieran seguir.

Sin embargo, algunas veces, los científicos, conducidos por una mezcla de pasión, vocación, fama, reconocimiento, anhelo de saber, presión por ser pioneros y vanguardistas, exigencia por parte de sus financistas en obtener resultados rápidos, innovadores y comerciables, y por qué no decirlo, una pizca de megalomanía que suele caracterizar a muchos de los profesionales de estas áreas, hacen que se lleven a cabo experimentos que rozan los límites de la legalidad y la ética, o directamente la infringen sin contemplaciones.

## **2. El Comercio de los Genes en Medio de la Guerra de Patentes y la Desprotección Jurídica**

### **2.1 . Derechos Humanos y Bioética: ¿Dos Realidades en Contradicción?**

Finalizada la II Guerra Mundial y en el marco de la construcción de un sistema internacional fundado en la paz y seguridad internacionales, tal como se consagra en la Carta de las Naciones Unidas (1948), se generó gran preocupación por impedir que crímenes como los cometidos en la Alemania nazi, en la URSS, o los otros casos mencionados, volvieran a ejecutarse. Lo que conllevó al establecimiento del Código de Nuremberg sobre Ética Médica (1947), con el cual se llevaron a cabo los denominados Juicios de los Doctores. Años más tarde, también en el marco de la Organización de Naciones Unidas (en lo sucesivo ONU) se proclamaron las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial en Helsinki (1964), en Tokio (1975) y en Manila (1980), en las que establecieron principios fundamentales de respeto y garantía, según los cuales el ser humano no puede ser un simple objeto en el campo de la investigación biocientífica y la biomedicina, y mucho menos asumido como una mercancía biotecnificable.

De igual forma, destacan en el sistema de protección de ámbito mundial de la ONU, el Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro (1992), la Declaración sobre la Responsabilidad de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (1997), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005).

Otro mecanismo importante de protección y disertación en la Bioética es la conferencia de Asilomar (1975), que ilustró acerca de las preocupaciones de la comunidad científica y los códigos éticos según los cuales el sector científico debía manejarse. Luego, se establece el Informe Belmont (1978), que se convirtió en un importante acuerdo en el campo de la ética médica con el establecimiento de pautas y de los célebres tres principios éticos para la protección de los seres humanos en la investigación: principio de respeto por las personas; principio de beneficencia; y principio de justicia, que establece cómo debe fundamentarse el proceso de selección equitativa en cuanto a riesgos y beneficios de los probandos.

En el sistema de protección de la Unión Europea se han elaborado numerosas directivas sobre organismos modificados genéticamente, riesgos

laborales, protección de datos, patentes, etc., destacando la aprobación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), también conocido como Convenio de Oviedo, un instrumento, que si bien, regula en la comunidad europea, sentó un precedente importante, al determinar cuán necesario es establecer límites claros desde el Derecho, y cómo los mismos deben situarse en el ámbito de los derechos humanos, protegiendo la individualidad humana, pero al mismo tiempo ofreciendo las posibilidades para que la comunidad científica pueda proceder en el ejercicio pleno de sus funciones investigativas, siempre que, se circunscriban a los códigos bioéticos requeridos en todo proceso de investigación científica.

De igual modo, es importante destacar que, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) han surgido importantes aportes para tratar de regular las actuaciones científicas, económicas y comerciales asociadas a las investigaciones con humanos. Dentro de este organismo se han creado tres instancias valiosas para la Bioética: la División de Bioética (1970); el Comité Internacional de Bioética (CIB, 1993) y; el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB, 1998). Éstas trabajan desde la interdisciplinariedad, de manera reflexiva y crítica, los progresos en las ciencias de la vida y sus aplicaciones, a fin de velar por el respeto de la dignidad y la libertad humanas.

En ese orden, en el año 2015 un grupo de científicos asesores de la UNESCO --filósofos, bioeticistas, abogados y ministros de gobierno--, reunidos en el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO elaboraron un informe en el que solicitaban la prohibición temporal de cualquier tipo de modificación de la línea germinal humana, con la intención de hacer del conocimiento de la opinión pública el contenido referido a la edición genética humana. En concreto, manifestaron que la edición genómica es una "técnica que amenaza la dignidad humana, renovando antiguas preocupaciones eugenésicas" (UNESCOPRESS, 2015).

Con todo ello, queda claro que en el sistema internacional existe preocupación porque se establezcan límites a las investigaciones que involucren la genética humana, pero al mismo tiempo existe una postura clara referente a la necesidad de que la comunidad científica sienta la libertad suficiente, aunque reglamentada, para llevar a cabo el proceso de investigación científica en el marco de las biotecnologías que, a fin de cuentas, proporcione a la humanidad mejores condiciones y calidad de vida. No obstante, en cuanto a la comercialización y registros de patentes en el campo de la genética se generan diversos cuestionamientos.

En el campo empresarial sucede algo bastante particular, ya que, al ser agentes económicos movidos por el lucro e interés comercial, resulta imprescindible que los límites jurídicos sean mucho claros y precisos. Actualmente, existe una situación muy peculiar sobre una de las prácticas geneticistas más controversiales, la selección embrionaria post-diagnóstico genético pre implantatorio (PGD), que es el estudio de alteraciones cromosómicas y genéticas en el embrión, antes de la fecundación asistida y transferencia al óvulo de la madre, lográndose conocer aquellos embriones libres de anomalías cromosómicas o mutaciones genéticas. Esta causa revuelo debido a la alta tasa de rentabilidad que genera a las empresas que concentran la aplicabilidad de la misma. En las estadísticas mundiales de fertilización asistida EE.UU. y España lideran las mismas, a saber:

España, además de encontrarse a la cabeza en cuanto a desarrollo e implantación de las técnicas en esta especialidad ginecológica, es también el país europeo con mayor número de clínicas. Según los últimos datos de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de diciembre de 2016, a lo largo de la geografía española había 383 establecimientos --públicos y privados--. Sólo EE.UU supera a España en el número de centros dedicados a ello[...] Los empresarios españoles se han lanzado al mundo de la fertilidad atraídos por la posibilidad de hacer mucho dinero: existen infinidad de métodos que pueden sumar decenas de miles de euros a la factura de parejas desesperadas por tener hijos (Espartero, 2018).

Pero, lo distintivo del caso es que la PGD, según bioeticistas y expertos en el área puede también ocasionar efectos eugenésicos, sin embargo, esta preocupación no ha sido lo suficientemente sólida como para prohibir su aplicación. Contrariamente a ello, es una industria *in crescendo*, que incluso ha propiciado el fenómeno del turismo reproductivo en España.<sup>(6)</sup>

En ese sentido, surgen importantes posturas que asumen la idea de la simbiosis entre Derecho y Bioética, en una relación indivisible y coadyuvante. María Casado González, desde la Filosofía del Derecho, es precursora de esta línea de pensamiento. Pero, dicha relación no se enmarca en la dependencia, sino en la retroalimentación, un fenómeno de asociación constructiva, en donde el Derecho necesariamente debe ser cauteloso, permitir e incentivar la investigación biocientífica. Es un hecho indiscutible que esa unión necesaria entre Derecho y Bioética es transcendental, no para juridificarla, al contrario:

[S]ino para entender los valores constitucionales y los 'principios generales de las naciones civilizadas' como acuerdo mínimo: a la luz de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte de nuestro acervo común. Los Derechos Humanos constituyen a la vez la base jurídica y el mínimo ético irrenunciable sobre los cuales se asientan las sociedades democráticas. Casado, 2002: 185.

En ese sentido, las nuevas dinámicas empresariales y novedosos paradigmas de responsabilidad en materia de derechos humanos --efectos de los derechos fundamentales frente a terceros--, de cara a las innovaciones biotecnológicas y su potencialidad de comercialización han hecho repensar los paradigmas jurídicos según los cuales venían desarrollándose dichas relaciones (comerciales y empresariales), sobre todo aquellas en las que el ser humano tiene el riesgo significativo de ser asumido como mercancía.

Conocer la dotación genética permitirá diseñar nuevas terapias personalizadas disminuyendo los efectos nocivos y potenciando la eficacia

(6) Cfr. **Igareda, N.** (2018) La Gestación por sustitución: una Oportunidad para Repensar la Filiación y la Reproducción Humana, En: "*Revista de Bioética y Derecho*." No 44. Barcelona, España. Págs. 57-72; **González, N., Albornoz, M.** (2016) Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución, En "*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*." Universidad Autónoma de México. Enero - Diciembre. N° XVI. México D.F., México. Págs. 159-187; **Cano, F.; Esparsa, R.** (2018) El Anclaje Jurídico ante las Técnicas de Reproducción Asistida, En "*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*." Enero - Abril. N° 151. México D.F., México. Págs. 13-50.

de los nuevos tratamientos, cuyas posibilidades aumentarán a medida que se conozcan nuevas funciones de los genes y su relación con las enfermedades. Todo esto tiene incontestables ventajas para la salud, pero puede llevar aparejados inconvenientes para los individuos y ser el origen de nuevas formas de afectar derechos como: intimidad, privacidad, autodeterminación informativa, no-discriminación, protección de datos, autonomía, pluralismo, dignidad de la persona, libertad de investigación, etc. Esto lleva a plantear diversos cuestionamientos --que instituyen temas de futuras investigaciones que nos proponemos estudiar--, a saber:

¿Los seres humanos necesitamos una vida controlada genéticamente? ¿Qué pasaría con la libertad del hombre una vez que le sea otorgado a un gestor externo su programación genética? ¿Es la ingeniería genética un medio por el cual el hombre encontrará la posibilidad de reducir riesgos, enfermedades, padecimientos y mejorar la calidad de vida o, por el contrario, es un mecanismo que responde a la presión de un sistema que busca suprimir las individualidades? Molina, 2020: 13-36.

Es evidente que, la biotecnología de edición genética es una herramienta poderosa que requiere normativas y una regulación precisa para su aplicabilidad, tanto en humanos como en otras especies. Sin embargo, ante la realidad de interconexión actual y el hecho de que la información es compartida de manera simultánea e instantánea, no resulta lógico que algunos países establezcan normas jurídicas restrictivas, mientras que, en otros exista plena libertad de experimentación dada su laxitud jurídica nacional. Esto puede ejemplificarse con la República Popular China, cuyas normas en la materia son bastante distendidas, hecho que, ha permitido que en la nación asiática lleven casi dos décadas de inversión a gran escala en biotecnología y biomedicina, además de que se ubica como uno de los países que más genera aplicaciones de edición génica en humanos (Marfany, 2019: 17-31).

Por todo ello, es necesario que el Derecho y la Genómica vayan de la mano, ya que, el ordenamiento jurídico debe cumplir su función fiscalizadora, contralora y de resguardo social, o al menos es eso lo que de entrada suele asumirse en cuanto al tema. Pero, al mismo tiempo, es importante cuestionarse sobre cuál debe ser el rol que debe jugar el aparato jurídico, además de si es realmente necesaria la intervención del Derecho y, de ser así, cuál debiera ser el método y la técnica jurídica más apropiada para el tratamiento de la tecnología de edición genética humana.

En respuesta a ello, se considera que una de las respuestas jurídicas, ineludiblemente, debe encaminarse en la protección y garantía de los derechos fundamentales por sobre cualquier iniciativa científica que, aunque vaya encaminada al avance, no represente un peligro para el ser humano o la humanidad. Esto no sería descabellado, sobre todo si se toma en cuenta que existen antecedentes jurídicos en legislaciones nacionales que regulan temas referidos a la vida humana tomando como máxima la protección de los derechos humanos.

Tal como se contempla en el art. 10.1 de la Constitución española, que establece: "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son

inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, y sobre el cual se han fundamentado decisiones bastante controvertidas referentes a la vida humana, destacando el caso 154/2002 del Tribunal Constitucional Español que versó sobre una compleja situación que involucró a un menor de edad, Testigo de Jehová, que se encontraba en una situación *in extremis* en la que su vida dependía de una transfusión de sangre.

Inicialmente sus padres, y luego el adolescente, se negaron a que se realizara la transfusión de sangre --los Testigos de Jehová, por convicción religiosa, no aceptan la transfusión de componentes primarios de la sangre: glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma, en ninguna circunstancia--, lo que desencadenó la muerte del menor de edad. Ante esta situación se generó una discusión ética-jurídica trascendental para el sistema de justicia español que resultó en la consolidación del principio de actuación del interés superior del menor, el cual prevalecerá, independientemente de la postura de sus padres o representantes legales, ante circunstancias en las que la vida de un menor de edad, su integridad física o psíquica estén comprometidas.

Por tanto, el tema del consentimiento informado y la autonomía del paciente, en estos casos pasa a tener un rol secundario atendiendo a su protección extrema ante cualquier eventualidad que pudiese afectar en algunos de los supuestos señalados por la sentencia y una posterior circular emitida por la Fiscalía General de España, con las cuales se busca preservar a toda costa los derechos fundamentales del menor de edad, aunque esto confronte creencias personales, por ejemplo, credos religiosos.

Ahora bien, esto lleva a considerar otros cuestionamientos importantes en el marco de la consolidación de una normativa jurídica fundada en la máxima protección de los derechos humanos y fundamentales en el campo de la genética humana. Entre esas interrogantes pueden encontrarse, primero, cuán importante resulta establecer qué se entiende por derechos fundamentales; segundo, cuáles son los derechos fundamentales implicados y cómo deben resolverse las eventuales contradicciones que pueden generarse, es decir, cómo operaría el sistema de ponderación jurídica en una situación en la que se busca proteger la dignidad humana, pero en la que simultáneamente, concurren varios derechos fundamentales que entran en conflicto en medio del desarrollo de investigaciones y avances biotecnológicos.

Al respecto, Romeo Casabona considera que cuando de biotecnología se trata varias generaciones de derechos humanos se ven comprometidos, de hecho, esto “estaría dando lugar al nacimiento de una nueva generación esta vez vinculada con las aportaciones más recientes de las ciencias.” (2002: 13).

Tercero, derivado de lo anterior, ofrecer respuestas sobre cómo se afrontaría el hecho de que uno de los problemas que presenta la aplicabilidad de la técnica de los derechos humanos es que, estos no son absolutos, por mucho que se nos quiera dar a entender lo contrario, y no lo son por la sencilla razón de que todo derecho humano encuentra su límite en los derechos de las demás partes involucradas, incluso, en otras prerrogativas del mismo individuo. Por tanto, una eventual legislación en el área debe ofrecer respuestas claras que resuelvan estos conflictos, logrando que se vean afectados la menor cantidad posibles de derechos.



Cuarto, qué sucedería en los casos de los sistemas jurídicos en los que prevalece la técnica legislativa positivista, y no se da mayor posibilidad de creación de Derecho o interpretación de la norma a los jueces, pues, esto dificulta que sean tomados en consideración cuestiones trascendentales para toda comunidad, *v. gr.*, la moral, la ética, y los principios generales del Derecho, elementos importantes con los cuales todo juez puede valerse para fundamentar y fallar en casos que representan dilemas vitales para la sociedad.

Evidentemente, en cuanto a este tema surgen innumerables preguntas las cuales se pretenden estudiar en próximas investigaciones. Sin embargo, las mismas no serán abordadas en este artículo, no porque se consideren que sean intrascendentes, al contrario, son fundamentales para la construcción de la historia futura de la humanidad y de la sociedad que se quiere ser. No obstante, no son parte del objetivo central de este estudio en particular. Ahora bien, el Derecho vigente, nacionales e internacional, no proporciona las respuestas adecuadas a dilemas legales derivados de las prácticas de edición genética, pero ello no es un indicativo de que no haya límites que deban ser respetados.

Por ello, el planteamiento debe ser claro, no se trata de entrar en un campo de batalla en el que deba determinarse que las aplicaciones de la biotecnología sean lícitas o ilícitas, sino de establecer límites claros según los cuales puede actuar la comunidad científica. Los que poseen la competencia de legislar, deben estar atentos a los cambios científicos tratando de controlar los riesgos potenciales de los mismos, pero, siempre teniendo claro que es importante no convertirse en un obstáculo a la innovación, sino actuando como elemento de racionalización y de garantía. Previendo además que las normas estén dotadas de la temporalidad limitada necesaria y requerida en una materia en continuo avance y basados en el consenso que, de ser posible, debe sustentarse en la discusión social constante, que resulta ser necesario, ecuaníme y lo más objetivo posible.

## 2.2.- ¿Es el Problema de la Patentabilidad de la Biotecnología Genética la Única Cuestión Importante por Resolver en el Campo del Derecho?

A finales de los 80, las economías más industrializadas comenzaron a establecer negociaciones para incorporar a la agenda multilateral del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, "GATT") los temas de propiedad intelectual vinculados a la industria y el comercio, trasladando la discusión desde el organismo especializado de la ONU, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), hacia la Organización Mundial del Comercio (OMC), dando origen en 1994 al Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, TRIPS en sus siglas en inglés). Este tratado y el Convenio de París (1883) constituyen el marco normativo internacional vigente en materia de protección de la propiedad industrial. El ADPIC, establece los fundamentos mínimos de protección de los derechos de los titulares de las patentes, además de la regulación de los procedimientos según los cuales deben ser dirimidas las controversias en la materia.

Así, en el ámbito de las biotecnologías la inventiva industrial y su respectiva tutela jurídica, la propiedad intelectual, desempeñan un rol

trascendental. Cada vez es más imperativo la protección legal de las ideas, ya que, es por medio de la patente que jurídicamente dicha idea puede ser explotada de forma exclusiva y al mismo tiempo establece los límites que impide a terceros obtener beneficios por el uso no autorizado de ella. Pero, también el registro de patentes puede llegar a ser un medio a través del cual las biotecnologías en el área de la genética pasen al campo de la monopolización y apropiabilidad de elementos esenciales para la vida.

Ahora bien, en el marco del sistema de protección internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), se establecen pautas y principios éticos que directamente contrarían y entran en conflicto con el Convenio de París y con el ADPIC.

Puntualmente, destaca el principio de no patentabilidad del gen humano --del cual se desprenden las declaraciones y resoluciones de los organismos de derechos humanos de la ONU-- consagrado en el art. 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que establece: “[el] genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

Igualmente, sobresale lo establecido en el art. 4, *ibidem*, que indica: “[e]l genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.” En tal sentido, todo lo concerniente a las patentes en materia de genética humana sugieren la apropiación del material genético, lo cual contradice la dignidad de la que es titular todo ser humano y conflictúa toda acción de protección y garantía de los derechos humanos.

No obstante, dichos conflictos persistirán mientras que no se ofrezca una alternativa en el sistema internacional que establezca límites claros sobre qué prácticas son permitidas y cuáles no, hasta dónde pueden llegar los científicos, y cuáles son los parámetros jurídicos bioéticos según los cuales deberán y podrán desarrollar la actividad científica. La Organización del Genoma Humano (*The Human Genome Organisation* - Hugo) en cuanto a las investigaciones que involucren al ser humano y cómo el sector científico o empresarial que la desarrolla debe asumir los resultados de estas sostiene que:

[U]n beneficio es un bien que contribuye al bienestar individual o de una comunidad dada. Por lo tanto, un beneficio no es idéntico a una ganancia en el sentido monetario o económico. Determinar qué constituye un beneficio depende de las necesidades, valores, prioridades y expectativas culturales (Lima, 2018: 11).

La Directiva de Biotecnología del Parlamento Europeo, a través de la Directiva 98/44 del 6 de Julio de 1998, relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, ha sentado bases importantes sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en su parte considerativa (40) establece:

En el seno de la Unión Europea existe consenso respecto de que la intervención génica germinal en seres humanos y la clonación de seres humanos son contrarios al orden público y a la moralidad, que es necesario, por lo tanto, excluir explícitamente de la patentabilidad los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal humana y los procedimientos de clonación de seres humanos.

Esto va en línea con lo establecido en el artículo 6.1 (b), *ibidem*, que indica:

[Q]uedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria... b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano.

En 2016, a 4 años de haberse descubierto el potencial de la herramienta CRISPR, se tiene plena conciencia de que la tecnología proporciona la posibilidad de eliminar, reparar o sustituir genes, además, incorpora un plus que para el mundo de los negocios la hace mucho más atractiva, es más veloz, fácil, barata, y más precisa que otras biotécnicas de edición genética. “Era cuestión de tiempo que la técnica traspasara el mundo académico, y en 2015 varias compañías invirtieron en tecnología CRISPR. Primero fue el peso pesado Novartis, que firmó dos acuerdos con los emprendimientos de edición genética [*Intellia Therapeutics* y *Caribou Biosciences*]” (Megget, 2016).

En el caso de Novartis —farmacéutica y biotecnológica suiza—, tiene como objetivo emplear CRISPR para diseñar células inmunitarias, células madre sanguíneas y para descubrir nuevos biofármacos. De igual modo, AstraZeneca (Reino Unido), estableció varios acuerdos de financiación para desarrollar investigaciones en biofármacos y validación de nuevos modelos preclínicos en diversos tipos de enfermedades con el *Instituto Wellcome Trust Sanger*, la Iniciativa *Innovative Genomics*, y los Institutos *Broad and Whitehead* de Massachusetts, y *Thermo Fisher Scientific*.

Otras empresas multinacionales que también entraron en el ámbito de investigación y desarrollo biotecnológico con CRISPR son: la compañía inmunoterapéutica *Juno Therapeutics*; la multinacional *Editas*; *Vertex Pharmaceuticals* y *CRISPR Therapeutics*; la multinacional *Regeneron Pharmaceuticals* que estableció un acuerdo de licencia de patente con *Ers Genomics*; y la compañía científica DuPont junto a la Universidad Vilnius de Lituania y *Caribou Biosciences*. Sin lugar a duda, CRISPR es un gran negocio para las empresas biotecnológicas, los números de rentabilidad hablan por sí solos:

Caribou, fundada por la pionera de CRISPR Jennifer Doudna, ha recaudado 15 millones de dólares; CRISPR *Therapeutics*, fundada por Charpentier, ha recaudado 89 millones de dólares desde abril de 2014, además de 105 millones de dólares más del acuerdo con *Vertex*; y *Editas*, fundada por Feng Zhang, que actualmente posee la patente de CRISPR, ha conseguido más de 160 millones de dólares. El hecho que un solo acuerdo sea valorado potencialmente en 2,6 mil millones de dólares dice mucho del nivel global que la tecnología podría conseguir (*Ibid.*).

Esto se corresponde con la disputa que se dió por el otorgamiento de la patente que recae sobre CRISPR, una verdadera guerra de patentes. En 2012, Jennifer Doudna y Emmanuelle Charpentier solicitaron el registro de la patente de CRISPR ante la Oficina de Patentes y Marcas de los EE.UU, pero, siete meses después se registró otra solicitud de patente sobre dicha tecnología. El neurocientífico chino Feng Zhang del Instituto Broad, vinculado a la Universidad de Harvard y al Instituto de Tecnología de Massachussets (MIT), se abrogaba el descubrimiento de la técnica de edición genética, abriendo el procedimiento de solicitud de patente a un proceso de análisis de interferencias de solicitudes competitivas.

Dicho procedimiento, duró seis años, hasta que finalmente se adjudicó la propiedad industrial de dicha tecnología a Feng Zhang, a pesar de haber sido el segundo en solicitarla, pero quien según la fecha de invención declarada se adjudicó dicha patente. Con esto se demostró que:

No es la gloria académica lo único que subyace en la guerra de patentes. El control comercial sobre la tecnología supone decenas de miles de millones de dólares. Los centros de investigación vinculados con el invento olieron el hoy evidente interés de los grupos de inversión de capital riesgo y crearon sus propias empresas para gestionarlo. Sus acciones suben y bajan como una montaña rusa con cada gesto del registro de patentes. Cualquiera que quiera ensayar con CRISPR necesitará una licencia de ambas universidades (Valenzuela, 2017).

Indudablemente, con CRISPR se ha democratizado la ingeniería genómica, actualmente, toda la industria biotecnológica y científica puede usarla para manipular el genoma que hace una década no creía posible. Con este tipo de tecnología, ya es posible corregir mutaciones genéticas, eliminar secuencias patógenas del ADN, insertar genes terapéuticos, activar o desactivar genes y más. "CRISPR funciona en un número impresionante de tipos de células y organismos distintos —que van desde el maíz hasta el mono, pasando por el ratón—, por lo que constituye un conjunto de herramientas científicas de amplia aplicación con las que abordar un gran espectro de desafíos biológicos." (Sternberg, 2019: 204).

Esto pone de manifiesto como el denominado descubrimiento científico del siglo, que tiene como centro al ser humano, puntualmente, su genética,

ha centrado la discusión sobre qué científico, laboratorio de investigación, o empresa posee la propiedad industrial, o lo evidentemente rentable y comerciable que es esta tecnología de edición genética, y no es que considere intrascendente este debate, obviamente la protección de las ideas y la aplicabilidad de las mismas deben siempre encontrar una respuesta oportuna jurídicamente, pero, dada las implicaciones que tienen para el ser humano y la humanidad, es preciso que las discusiones bioéticas de la aplicabilidad de esta biotecnología tenga mayor repercusión, debido al considerable alcance de las consecuencias potenciales de la invención.

La biotecnología está yendo mucho más rápido que la reflexión jurídica, no pudiendo predecirse las consecuencias. Además, el tema no es solo una cuestión jurídica sobre patentes o Derecho Mercantil internacional, pues involucra también al Derecho Civil, al Derecho Penal, pero sobre todo al Derecho de los Derechos Humanos, toda vez que la integridad, la libertad, la dignidad, la salud y la vida, pueden verse afectados con el desarrollo y aplicación de biotecnología en la genética.

### 3.- ¿Límites Bioéticos, son Respetados por los Inversores y Científicos en el Área de la Genética?

Actualmente, las investigaciones científicas, particularmente, las que tienen que ver con biotecnología, informática y computación, inteligencia artificial --*machine learning* y *deep learning*--, robótica e ingeniería genética, suelen ser desarrolladas y ejecutadas con bastante recelo y discreción empresarial. Ello, por muchas razones, una muy importante es la prevención ante el robo de propiedad industrial e intelectual frente a la constante amenaza de espionaje industrial al que están sometidas las empresas tecnológicas a nivel mundial, y otra igualmente importante, es que las experimentaciones afecten en gran medida códigos bioéticos que moralmente pudieran tener un reproche científico, situaciones que conllevan a que el hermetismo sea un elemento característico de este tipo de experimentos y el *status quaestionis* suele conocerse cuando el avance del mismo es significativo. Es decir, que sólo después de que se ha planteado la fase inicial de un proyecto científico tecnológico, se ha determinado su viabilidad, su trascendencia científica, su capacidad de innovación u optimización y su futura rentabilidad, es que se hace del conocimiento público el desarrollo, alcance y etapa en que se encuentra.

Obviamente, esto no significa que los científicos que centran su actividad investigativa en el desarrollo de biotecnologías o en temas de implicación genética actúen al margen de la ley o de los códigos profesionales deontológicos y bioéticos cuando les favorezca, pues, habitualmente los Comités de Ética y Bioética representan siempre, o al menos así debe ser, un ente que promueve códigos de comportamiento éticos en todos los procesos y etapas de toda investigación, lo que a su vez coadyuva con la garantía, respeto a la dignidad e integridad del ser humano en todo cuanto refiera a investigación con humanos, muestras biológicas o con cualquier tipo de dato de origen humano.

Evidentemente, estos comités juegan un rol trascendental en la materia, además, existen normativas jurídicas, aunque difusas y laxas, que buscan regular las investigaciones con seres humanos. No obstante, eso no

ha impedido que se hayan presentado casos en los que científicos se han extralimitado en sus funciones de investigación e incumplieron códigos éticos y normativas jurídicas encargadas de regular los mínimos legales requeridos para desarrollar este tipo de procedimientos. En ese sentido, a continuación, se mostrarán 3 casos que prueban el alto nivel de vulnerabilidad que tienen los derechos humanos en el marco de las investigaciones de esta naturaleza.

### 3.1 \_ Caso de las Gemelas Lulu y Nana.

En noviembre de 2018 el mundo se paralizó ante la revelación de un acontecimiento que marcó un hito, en la biociencia, en la genética y en la propia naturaleza humana. El biofísico chino He Jiankui, exprofesor de la Universidad de Ciencia y Tecnología del Sur (SUSTECH, China), dió a conocer el nacimiento de las gemelas llamadas con los seudónimos, Lulu y Nana, los primeros bebés humanos editados genéticamente y el embarazo en progreso de cinco meses (alrededor de 22 semanas) de gestación concebido bajo la misma modalidad (del cual no se tiene registro). Informado de una forma inusualmente particular, dada la trascendencia del resultado científico, a través de otro de los grandes avances modernos, el internet, puntualmente, una red social: YouTube.

Evidentemente, se generó una polémica mundial, pues, hasta ese momento existía un consenso por parte de la comunidad científica en no traspasar la frontera entre la curación y la eugenesia con la técnica CRISPR para modificar embriones humanos. Al respecto, el Consejo Asesor de Ciencia de las Academias Europeas advirtió en marzo de 2017 que las intervenciones en línea germinal:

Plantean muchas cuestiones importantes, incluyendo los riesgos de edición inadecuada o incompleta, la dificultad de predecir efectos dañinos, la obligación de considerar las implicancias tanto para el individuo como para las futuras generaciones que llevarán las alteraciones genéticas, y la posibilidad de que los mejoramientos en subgrupos de la población podría exacerbar desigualdades sociales o ser usados coercitivamente (Román, 2020).

No obstante, a pesar del consenso ético científico, Jiankui incumplió el pacto tácito y actuó en contra de los protocolos acordados, argumentando que había implementado la tecnología en el material genético que se hereda de una generación a otra a través de las células germinales —llamado línea germinal—, “con el fin de prevenir que los descendientes de una pareja adquirieran la infección por el virus del sida, ya que, el padre de las gemelas es una persona viviendo con el VIH” (*Ibid.*).

En ese sentido, la manipulación genética evitará que las gemelas contraigan el SIDA, pero las predispone a un inquietante horizonte de mutaciones imprevisibles que se extenderá a sus descendientes. Como consecuencia, Jiankui fue imputado, procesado y condenado a tres años de

prisión en China, por haber ejercido ilegalmente la medicina y haber tenido un comportamiento anti bioético, además, se le eliminó la licencia de ejercicio médico y se le prohibió realizar por él o través de otros cualquier actividad asociada a la manipulación genética.

En principio, con esto el sistema de justicia chino --país en el que las normas relacionadas a las investigaciones científicas y el posterior reconocimiento de propiedad intelectual son bastante relajadas y permisivas--, y la comunidad científica internacional consideraron que se marcaría un precedente importante para evitar experimentos análogos futuros.

No obstante, las alarmas siguen encendidas, pues, algunos científicos han manifestado aspiraciones de seguir los pasos de Jiankui, destacando el científico ruso Denis Rebrikov, quien coordina el Centro *Kulakov* de investigación médica en Obstetricia, Ginecología y Perinatología de Moscú (cofinanciado por el Estado ruso) y ha indicado que a pesar del rechazo científico internacional planea alterar la línea germinal humana de embriones de madres con VIH, con la finalidad de evitar la transmisión del virus.

El experto en genética y profesor de la Universidad de Pensilvania, Kiran Musunuru, es un gran crítico de esta situación, manifestado en un artículo publicado en *Technology Review* (Revisión Tecnológica) del MIT que "el trabajo de He es una demostración gráfica de un intento de edición genética que salió mal. Dos seres humanos vivos, y potencialmente también sus descendientes, sufrirán las consecuencias." (Musunuru, 2019).

### 3.2 -. Caso de la Fecundación In Vitro Triparental (Bebé de los Tres Padres).

Este experimento fue dirigido por el científico chino John Zhang, en México (2015), y consistió en la fertilización asistida por medio de la transferencia mitocondrial o técnica de los tres padres, desarrollada en Newcastle (Reino Unido), combinando el ADN de los dos progenitores de origen jordano con el ADN mitocondrial sano de una donante mujer y dio como resultado la gestación del primer bebé engendrado bajo esta tecnología de edición genética empleando CRISPR. Dicho embarazo llegó a término con el nacimiento de un niño sano y viable, el 6 de Abril de 2016 y conocido en el mundo periodístico como el niño con tres padres. Actualmente, el bebé debe tener alrededor de 5 años, ya que, la *New Scientist* (Ciencias Nuevas), reseñó en Octubre de 2016 que el niño nacido bajo esta técnica contaba con 5 meses de edad y era un niño que cumplía con todos los requerimientos y percentiles pediátricos para considerarlo sano.

Zhang y su equipo consiguieron que el niño naciera libre de una enfermedad genética padecida por su madre, el síndrome de Leigh —enfermedad neurológica progresiva asociada a lesiones del tronco cerebral y de los ganglios basales, con una esperanza de vida reducida—, quien a pesar de no manifestar síntomas, si la transmite genéticamente, razón por la cual a través de CRISPR, se extrajeron los genes afectados de la madre (futura gestante) y se reemplazaron por el material genético nuclear del óvulo de la madre mitocondrial, para posteriormente fertilizar asistidamente el útero de la madre gestante. "Así, el cambio es permanente y la futura descendencia del bebé que nazca con esta técnica estará también libre de la enfermedad mitocondrial." (Salas, 2020).

Entre las principales críticas dirigidas a Zhang y su equipo se encuentra el hecho de que el procedimiento se haya realizado en México, valiéndose del limbo jurídico y la falta de regulación específica y actualizada en técnicas de reproducción asistida, pudiendo haberlo hecho, por ejemplo, en el Reino Unido, país en el que para el momento del procedimiento estaban permitidas técnicas asociadas a la transferencia de ADN mitocondrial, aunque no se encontraba reglamentada propiamente la técnica específica del procedimiento en cuestión.

Efectivamente, en México no existe legislación que regule la clonación ni la reproducción asistida. La Ley General de Salud de México no contempla las técnicas de fecundación *in vitro*, ya sea la de reemplazo mitocondrial, como en este caso, u otras análogas. Julio Montoya, director del grupo Biogénesis y Patología Mitocondrial, de la Universidad de Zaragoza, refiriéndose al caso indicó: "si se hubiera hecho algo así en España, los médicos hubieran ido a la cárcel. Al realizar el tratamiento en México, el equipo no estaba sujeto a la misma regulación rigurosa que existe en otros países. Esto es una preocupación, sobre todo porque la legislación no solo protege a la clínica, sino también al seguimiento de los hijos nacidos con este tratamiento" (*Ibid.*). Pero esto no es una realidad exclusiva de México, es mundial, es un tema sumamente delicado y controvertido que ha permanecido en el tintero y no se ha abierto a la discusión.

### 3.3 \_ Caso de los Embriones Híbridos de Humano y Mono en China:

Éste proyecto ha sido dirigido por el biólogo español Juan Carlos Izpisua y su equipo comprendido por expertos del Instituto Salk de E.E.Uu. y la Universidad Católica de Murcia. Consistió en crear por primera vez quimeras del híbrido entre ADN humano y ADN de mono. El experimento fue realizado en un laboratorio biotecnológico en China, entre otras cosas, por su legislación laxa en materia de experimentación genética, "en España, este tipo de ensayos están muy restringidos y limitados solo a investigaciones de enfermedades mortales. Estamos haciendo los experimentos con monos en China porque, en principio, aquí no se pueden hacer por falta de infraestructuras" (Ansedo, 2019).

Hasta ahora, este es el paso más importante que se ha dado en esta área con la finalidad de convertir a animales de otras especies en fábricas de órganos para trasplantes. Básicamente, lo que hicieron fue modificar genéticamente los embriones de mono para inactivar genes esenciales para la formación de sus órganos, y en su lugar inyectaron células humanas capaces de generar cualquier tipo de tejido humano. Como resultado, obtuvieron una quimera de mono con células humanas que, por respeto a las limitaciones bioéticas consensuadas en la comunidad internacional, no ha llegado a nacer, ya que los investigadores interrumpieron la gestación, cumpliendo el principio bioético de "la línea roja de los 14 días" de gestación, un tiempo insuficiente para que se desarrolle el sistema nervioso central humano.

En este punto, debe hacerse a continuación un inciso y agregar un hecho jurídico del Derecho interno japonés con repercusiones en el sistema internacional. En marzo de 2019, Japón modificó la ley que prohibía la realización de estos experimentos más allá de los 14 días de gestación y



la transferencia de embriones al útero de una hembra animal. Con esto, el gobierno nipón da luz verde a científicos y empresas de edición genética de todo el mundo, para que realicen en territorio japonés experimentos que supongan el nacimiento de animales con células humanas.

Por todo ello, cabe el cuestionamiento sobre qué sucedería si experimentos de esta naturaleza son llevados a cabo desconociendo el pacto bioético de los 14 días y se concreta la fertilización asistida de un embrión quimérico. En dicho supuesto, qué ocurriría si las células madre de los embriones quiméricos por algún motivo escapan del ADN humano y migran al ADN animal y forman neuronas humanas en el cerebro del animal: ¿tendría conciencia?, ¿debería pasar a ser considerado una subespecie humana?, o ¿qué pasaría si las células embrionarias quiméricas se transformaran en espermatozoides?, ¿se estaría alterando la genética del mono o se estaría alterando la genética humana, o ambas inclusive?

En ese sentido, Izipisúa cree necesario que la comunidad científica y la sociedad sean más receptivos a los cambios tecnológicos, pues, “la historia nos demuestra una y otra vez que nuestros baremos éticos y morales cambian y mutan, como nuestro ADN, y lo que ayer era éticamente inaceptable, si ello supone realmente un avance para la humanidad, hoy ya forma parte de nuestras vidas.” (*Ibid.*).

En cuanto a esto, es trascendental determinar quiénes y cómo se establecerá ese baremo bioético. Serán las empresas atendiendo al interés lucrativo y comercial; los laboratorios de investigación o los científicos que desarrollan estas tecnologías desde la libertad de investigación científica; las organizaciones internacionales exigiendo como marco limitativo el respeto y garantía de los derechos humanos; o los gobiernos, y si fueran estos, cuáles gobiernos, ¿los que demuestran tener tecnología de punta en esta área?, ¿qué pasaría si se trata de gobiernos acusados de corruptos, tiránicos, dictadores o transgresores de derechos humanos?

Con todo ello, es vital cuestionar hasta qué punto se puede, como sociedad, confiar en los gobiernos, los científicos y el sector empresarial, o si es imperativo repensar el valor moral, ético y jurídico de la presunción de la buena fe. Evidentemente, no se pretende enjuiciar, *a priori*, a quienes cumplen los códigos bioéticos en estas investigaciones. Sin embargo, la intranquilidad al respecto tendría fundamento dadas las evidencias que a lo largo de la historia reciente se han presentado con los numerosos casos en los que se han sobrepasado los límites éticos y jurídicos. Además, el hecho de que el lucro sea una de las motivaciones sustanciales de este tipo de experimentaciones complica un poco más el escenario y alimenta la suspicacia sobre estas prácticas, pues, actualmente hay un alto grado de recelo hacia el comportamiento corporativo de sectores empresariales, de hecho:

Existe una especie de desconfianza generalizada que se ha instalado hacia los empresarios, la que se sustenta en la idea de que muchos de ellos estarían dispuestos a efectuar cuestionables comportamientos con tal de conseguir el éxito económico y por, sobre todo, alcanzar la máxima rentabilidad en sus negocios independientemente de los medios con que ello se obtenga (Silva, Faúndez: 2019: 37).

## REFLEXIONES FINALES

Con la introducción de las técnicas de intervención genética, se inició una nueva era biotecnocientífica, con un potencial de efectos positivos, pero también negativos, que sobrepasan los límites espaciotemporales hasta ahora conocidos. En este sentido, el Derecho como orden normativo social no puede ser ajeno a las nuevas posibilidades vinculadas con la edición genética a partir de CRISPR. Urge una respuesta jurídica ante los nuevos debates que se plantean, más allá de las declaraciones éticas o de principios.

105

Si bien existen algunas normas sobre el tema, especialmente en Europa, y dentro del sistema internacional, ellas no son suficientes. Algunas resultan ser inconsistentes, difusas y contradictorias, debiendo tenerse en cuenta que no se trata solo de cuestiones industriales o de patentes, sino de temas que involucren derechos humanos: la vida, la salud, la dignidad, la integridad, la privacidad, la protección de datos, la autodeterminación informativa, la identidad de las personas, etc.

Indiscutiblemente, la tecnología debe orientarse al bienestar del ser humano y el Derecho debe velar por ello, desde una mirada en la que se combinen lo bioético con lo biojurídico, teniendo siempre presente el consentimiento informado, y que no todo lo técnicamente posible es jurídicamente aceptable. Sólo así los gobiernos del mundo podrán garantizar que los productos y tecnologías que favorecen a la humanidad sean desarrollados de forma segura bajo principios éticos de equidad, igualdad y justicia, pero sobre todo que sean desarrollados respetando la dignidad y los derechos humanos.

Es imprescindible e ineludible que todo aquel que desempeñe funciones científicas investigativas en el desarrollo de este tipo de tecnología, actúe en función de códigos éticos y deontológicos con seguridad, sindéresis, respeto, pero sobre todo, con sentido de responsabilidad individual y social, ya que, como es habitual en el quehacer de este ámbito profesional, deben enfrentarse a diversos y complejos conflictos bioéticos, que suelen circunscribirse a dilemas no sólo morales o legales, también económicos, pues, al responder a una lógica empresarial, se buscará rentabilizar toda investigación científica que sea financiada o ejecutada con presupuestos destinados para tal fin.

A ocho años de haberse descubierto Crip-r-Cas9, este se ha convertido en el desarrollo tecnológico más controvertido en la investigación genómica, por lo que, actualmente, es más que una biotecnología, es un gran negocio. Siendo bastante reductivos, podemos decir que actualmente las empresas en el área de la genética humana están haciendo dinero con genes. Y es justo en este punto en el que se presentan los dilemas bioéticos que deben preparar el camino para el ingreso del Derecho como orden normativo de un fenómeno cuya trascendencia desconocemos y que se encuentra en situación orfandad.

Así, el Derecho ante esta nueva realidad juega un rol fundamental, pues, debe desempeñarse con una actitud no intervencionista, que permita a la comunidad científica generar nuevos conocimientos y desarrollos tecnológicos, pero no bajo una lógica de no existencia de normas jurídicas, pues, ante la no precisión del Derecho a un caso puntual, debe operar el código bioético respectivo. Hay riesgos reales asociados a la práctica incontrolada de edición de la línea germinal humana, pero ello no debe impedir el desarrollo de la tecnología CRISPR para mejorar nuestra sociedad de otras maneras. Pocas

tecnologías son inherentemente malas o buenas, son neutras, lo crucial es el uso que hagamos de ellas. El poder de controlar el futuro genético de nuestra especie es, a la vez, aterrador y maravilloso, y debemos ser capaces de decidir cuál es el mejor uso que podemos darle.

## REFERENCIAS

### 1.\_ Referencias Bibliográficas

**Getty, A; Naumov, O.** (2008) *“Yezhov: The rise of Stalin’s “Iron Fist”*”. Yale University Press, New York – Estados Unidos. 320 páginas.

**Harari, Y. N.** (2018) *“21 Lecciones Para el Siglo XXI.”* Editorial Debate, Trad. Joandomènec Ros, Barcelona – España. 408 páginas.

**Lecuona, I. et al** (2020) *“Derecho y Bioética. Cuestiones Jurídicas y Éticas de la Biomedicina y Biotecnología.”* Editorial UOC, Barcelona - España. 184 páginas.

**Romeo, C.** (2002) *“Los Genes y sus Leyes. El Derecho ante el Genoma Humano.”* Editorial de la Universidad del País Vasco – Fundación BBVA, Bilbao/ Granada - España. 292 páginas.

**Serrano, J.** (1992) *“Cuestiones de Bioética.”* Editorial Speiro, Madrid - España. 172 Páginas.

**Simón, C.** (2012) *“Nuevo Diccionario de Bioética.”* Editorial Monte Carmelo, Burgos – España. 928 Páginas.

### 2.\_ Revistas Periódicas

**Casado, M.** (2002) ¿Por qué Bioética y Derecho? En *“Revista Acta Bioethica.”* Santiago de Chile. Universidad de Chile. Año VIII 2002. Núm. 2. Págs. 183-193.

**Gaudlitz, M.** (2008) Reflexiones Sobre los Principios Éticos en Investigación Biomédica en Seres Humanos, En *“Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias.”* V. 24. N° 2. Santiago de Chile, Chile. Págs. 138-142.

**Garzón, F.** (2009) Fritz Jahr, ¿El Padre de la Bioética? En *“Revista Latinoamericana de Bioética.”* Bogotá – Colombia. Julio – Diciembre. Núm. 17. Págs. 6-7.

**Gracia, D.** (2002) De la Bioética Clínica a la Bioética Global: Treinta Años de Evolución, En *“Revista Acta Bioethica.”* Universidad de Chile. Año VIII. Núm. 1. Santiago, Chile. Págs. 27-39.

**Lima, N.** (2018) Crispr-Caso: Reflexiones Bioéticas Sobre las Modificaciones Genómicas, En *“Journal of Basic and Applied Genetics.”* Sociedad Argentina de Genética. January – July 2018. Núm. 1. Buenos Aires - Argentina. Pág. 9-15.

**Molina, M.; Aguilar, V.** (2020) La Agenda Internacional de Paz y Seguridad en el Siglo XXI: ¿Nuevas Amenazas, Nuevas Guerras?”. En: *“Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM.”* Universidad Autónoma de México. Enero – Abril

2020. Núm. 136. México D.F. – México. Págs. 13-36.

**Retamal, F.** (2013) El médico-demonio del Tercer Reich, Josef Mengele: ‘el ángel de la muerte’ ha caído en Auschwitz, En “*Repositorio online de la Facultad de Educación y Humanidades.*” Universidad del Bío-Bío. Chillán, Chile.

**Silva, A.; Faundez, J.** (2019) Derecho, Economía y Ética de los Negocios. Una relación Necesaria para el Mercado de Valores, En “*Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.*” Primer semestre de 2019. Núm. 52. Valparaíso – Chile. Págs. 35-56.

**Sternberg, S.** (2019) La Revolución Biológica de la Edición Genética con Tecnología, En BBVA, “¿Hacia una Nueva Ilustración? Una Década Trascendente.” Publicaciones OpenMind BBVA. Madrid – España. Pág. 203-209.

**Marfany, G.** (2019) Interrogantes y Retos Actuales de la Edición Genética, En “*Revista de Bioética y Derecho.*” Universidad de Barcelona. Barcelona – España. Núm. 47. Págs. 17-31.

### 3. Referencias Electrónicas

**Ansede, M.** (2020) Científicos Españoles Crean Quimeras de Humano y Mono en China, En “*Diario El País, Ciencia y Tecnología.*” Madrid, España. 31 de Julio de 2019. Revisado el 23 de Noviembre de 2020, disponible en [https://elpais.com/elpais/2019/07/30/ciencia/1564512111\\_936966.html](https://elpais.com/elpais/2019/07/30/ciencia/1564512111_936966.html)

**Cano, F.; Esparsa, R.** (2018) El Anclaje Jurídico ante las Técnicas de Reproducción Asistida, En “*Boletín Mexicano de Derecho Comparado.*” Enero – Abril. N° 151. México D.F., México. Págs. 13-50.

**Espartero, M.** (2018) El Negocio Millonario de la Reproducción Asistida en España: 400 Clínicas, Mucha Desesperación y Poco Control, En “*Diario El Español, Reportaje Periodístico.*” Madrid, España. 21 de Enero 2018. Revisado el 23 de Agosto de 2020, disponible en [https://www.elespanol.com/reportajes/20180121/millonario-reproduccion-asistida-espana-clinicas-desesperacion-control/278473158\\_0.html](https://www.elespanol.com/reportajes/20180121/millonario-reproduccion-asistida-espana-clinicas-desesperacion-control/278473158_0.html)

**González, N., Albornoz, M.** (2016) Aspectos Transfronterizos de la Gestación por Sustitución, En “*Anuario Mexicano de Derecho Internacional.*” Universidad Autónoma de México. Enero – Diciembre. N° XVI. México D.F., México. Págs. 159-187.

**Igareda, N.** (2018) La Gestación por sustitución: una Oportunidad para Repensar la Filiación y la Reproducción Humana, En: “*Revista de Bioética y Derecho.*” No 44. Barcelona, España. Págs. 57-72.

**Megget, K.** (2020) Hacer Dinero con Genes: la Técnica CRISPR se Vuelve Comercial, En “*Scientific American Edición en Español.*” Nueva York, Estados Unidos. 21 de Enero de 2018. Revisado el 23 de Agosto de 2020, disponible en <https://>

[www.scientificamerican.com/espanol/noticias/hacer-dinero-con-genes-la-tecnica-crispr-se-vuelve-comercial/](http://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/hacer-dinero-con-genes-la-tecnica-crispr-se-vuelve-comercial/)

**Musunuru, K.** (2019) El Mundo necesita saber qué pasó exactamente con las gemelas CRISPR, En *“Technology Review, trad. Milutinovic Ana. Massachusetts, Estados Unidos.”* 12 de Diciembre 2019. Revisado el 22 de Agosto de 2020, disponible en <https://www.technologyreview.es/s/11680/el-mundo-necesita-saber-que-paso-exactamente-con-las-gemelas-crispr>

**Román, V.** (2020) Por qué son Peligrosos los Experimentos de He Jiankui, el Científico Condenado a Prisión por Edición Genética de Embriones, En *“Diario digital argentino INFOABE, Sección Ciencia.”* Buenos Aires, Argentina. 3 de Enero de 2020. Revisado el 18 de Agosto de 2020, disponible en <https://www.infobae.com/salud/ciencia/2020/01/03/por-que-son-peligrosos-los-experimentos-de-he-jiankui-el-cientifico-condenado-a-prision-por-edicion-genetica-de-embriones/>

**Salas, J.** (2020) Nace un bebé con la nueva técnica de “tres padres genéticos”. En *Diario El País, Ciencia y Tecnología.* Madrid, España. 6 de Octubre de 2016. Revisado el 23 de Agosto de 2020, disponible en [https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059\\_678680.html](https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html)

**UNESCO** (2020) Un Grupo de Expertos de la UNESCO pide la Prohibición de la ‘Modificación’ del ADN Humano para Evitar una Manipulación Inmoral de los Rasgos Hereditarios”. En *UNESCO PRESS*, versión en español. Paris, Francia. 05 de Octubre de 2015. Revisado el 23 de Agosto de 2020, disponible en [http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unesco\\_panel\\_of\\_experts\\_calls\\_for\\_ban\\_on\\_editing\\_of\\_hu/](http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unesco_panel_of_experts_calls_for_ban_on_editing_of_hu/)

**Valenzuela, A.** (2017) “La Guerra de Patentes por el Invento Científico del Siglo.” En *Diario El Independiente, Inteligencia Artificial y Ciencia.* Madrid, España. 20 de Noviembre de 2017. Revisado el 23 de Agosto de 2020, disponible en <https://www.elindependiente.com/futuro/2017/11/19/la-guerra-de-patentes-por-el-invento-cientifico-del-siglo/>

**UNIÓN EUROPEA.** Directiva 98/44, relativa a la *Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas.* Parlamento Europeo. 06 de Julio de 1998.

# EL LUGAR DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA DE HANS- GEORG GADAMER

THE PLACE OF THE JURIDIC HERMENEUTIC IN THE  
PHILOSOPHIC HERMENEUTIC OF HANS GEORG GADAMER

Arelys Ramona Rondón de Guillén<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.05>

Recepción: 15 de Marzo de 2021

Aceptación: 19 de Mayo de 2021

109

“La palabra hermenéutica es antigua; pero también la cosa por ella designada, llámese hoy interpretación, exposición, tradición o simplemente comprensión, es muy anterior a la idea de una ciencia metódica como la construida en la época moderna. (...) La hermenéutica es, pues, algo más que un método de las ciencias o el distintivo de un determinado grupo de ellas. Designa sobre todo una capacidad natural del ser humano.” **Gadamer, H. G.** (2010) “*Verdad y Método II.*”

Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Octava edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, Pág. 293.

“La hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella tenemos el modelo de relación entre pasado y presente que estábamos buscando.” **Gadamer, H. G.** (2007) “*Verdad y Método I.*”

Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Decimosegunda edición. Salamanca: Ediciones Sígueme, Pág. 400.

## RESUMEN

El propósito de este ensayo es mostrar el significado paradigmático de la hermenéutica jurídica en la hermenéutica filosófica de H. G. Gadamer a partir de su obra *Verdad y Método*. Este autor revisa el problema hermenéutico desde sus inicios y encuentra en la hermenéutica jurídica el modelo sobre el cual se funda la hermenéutica espiritual científica. Recupera la vieja unidad de este problema y el alcance que éste tiene a través de la estructura de la comprensión, interpretación y aplicación. Se trata de presentar esta temática en cuanto que reviste importancia en el contexto de la teoría de la interpretación jurídica, especialmente, en la actualidad, en vista de la búsqueda de un equilibrio o balance entre la dogmática jurídica y la interpretación jurídica.

**Palabras Clave:** *Hermenéutica, hermenéutica jurídica, comprensión, interpretación.*

## ABSTRACT

The purpose of this essay is to show the paradigmatic meaning of juridic hermeneutics in the philosophical hermeneutics of H. G. Gadamer from his work *Truth and Method*. This author reviews the hermeneutical problem from its beginnings and finds in juridic hermeneutics the model on which scientific spiritual hermeneutics is based. The aim is to present this issue insofar as it is important in the context of the theory of juridic interpretation, especially at present, in view of the search for a balance between juridic dogmatics and juridic interpretation.

**Key Word:** *Hermeneutics, juridic hermeneutics, understanding, interpretation.*

(1) Abogado, Politólogo. *Magister Scientiae* Ciencias Políticas (ULA). Doctora en Filosofía (Universidad de Los Andes). Profesora agregada adscrita a la Escuela de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (ULA). Profesora del Doctorado de Filosofía. Facultad de Humanidades y Educación (ULA).

## INTRODUCCIÓN

En este ensayo se propone indagar acerca del lugar de la hermenéutica jurídica en la hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. En este sentido, la afirmación que hace el autor en *Verdad y Método I* nos pone en la perspectiva de comprensión de la auténtica hermenéutica: “el caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo.”<sup>(2)</sup>

Así, queda expuesto en la filosofía gadameriana, que la hermenéutica jurídica no es una mera región de la hermenéutica sino que ella, por sí misma, reproduce el problema hermenéutico en su esencia. Esto llevaría, incluso, a percatarnos que ésta no es una mera técnica o método como sí lo reconocerían otros autores como E. Betti o Habermas. Por el contrario, este autor trata de acercarse a una estructura ontológica del modo de ser del hombre en el mundo y en la historia.

De lo que se trata entonces, es de comprender la postura de Gadamer respecto a la auténtica hermenéutica como un reflejo de lo que ocurre en la hermenéutica jurídica. Para lograr este objetivo, es necesario; por una parte, recurrir a las nociones de hermenéutica e interpretación que están presentes en esta teoría y; por otra parte, precisar cuál es, exactamente, el lugar de la hermenéutica jurídica en la hermenéutica espiritual científica. Esto es válido, en cuanto que, esta es una teoría que constituye un aporte valioso en el campo de la hermenéutica jurídica si se considera que en la actualidad se sigue la tendencia a establecer un equilibrio entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica,<sup>(3)</sup> ya que esta última, por sí sola es insuficiente para cubrir los propósitos y expectativas del derecho. Específicamente, el aporte de este filósofo es relevante para la comprensión de la hermenéutica desde la perspectiva ontológica, que luego llevado al campo de la hermenéutica jurídica trazaría un modo de aplicar el derecho en cuanto sea posible su integración.

Se sigue con toda rigurosidad la obra *Verdad y Método*,<sup>(4)</sup> entablaremos un diálogo con ella para llegar a resultados precisos respecto al objetivo de investigación. Es un imperativo para hallar argumentos, que según Gadamer, se refieren a la hermenéutica jurídica como la auténtica hermenéutica y su lugar en ésta. De igual forma, recurriremos a otros autores o filósofos que se consideren pertinentes citar para complementar el desarrollo de esta temática.

De otra parte, se debe tener en cuenta que la hermenéutica como disciplina aparece en el siglo XVII, sin embargo, la hermenéutica jurídica es más antigua. Sus antecedentes se ubican, tal como indica Ferraris, en la publicación del *Corpus iuris* en diciembre del 533 por parte del emperador Justiniano.<sup>(5)</sup>

(2) (2007) p. 401.

(3) Cf. Vigo Rodolfo, L. (2006) “*Interpretación Jurídica (Del Modelo Iuspositivista Legalista Decimonónica a las Nuevas Perspectivas)*.” Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

(4) Seguiremos la traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán *Warhrheit und Methode*. Salamanca: Ediciones Sígueme.

(5) En el *Corpus iuris* “se recopilieron los textos de la tradición jurídica romana, asignándolos a las sucesivas épocas; pero ya en el interior del corpus iuris la distancia temporal que separaba la romanidad tardía de las fuentes clásicas impuso la explicitación de reglas hermenéuticas (así, por ejemplo, lib. I, par. III: “Sobre las leyes, las deliberaciones del senado y el derecho consuetudinario”; lib. L, par. XVI: “Sobre el significado de las palabras”; lib. L, par. XVII: “Sobre las diversas reglas del derecho de los antiguos”). Estas indicaciones hermenéuticas vendrán ulteriormente a glosarse. Proporcionando los elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica “doctrinal” (...)” (Ferraris, 2000: 45).

La hermenéutica contemporánea, en la que se ubica la hermenéutica de H. G. Gadamer parte de la universalidad de la hermenéutica, tal como lo planteó F. Schleiermacher (1768-1834), al incluir estas hermenéuticas como la jurídica y la teológica-filológica, en una disciplina autónoma. Es en este contexto que se considera oportuno abordar la temática aquí referida.

## 1. Nociones de Hermenéutica e Interpretación.

Las nociones de hermenéutica e interpretación en la filosofía de Gadamer pone en una perspectiva ontológica, frente a una perspectiva metodológica que queda rezagada a la ciencia. Al respecto indica, "en su origen el problema hermenéutico no es en modo alguno un problema metódico. (...) Ni siquiera se ocupa básicamente de constituir un conocimiento seguro y acorde con el ideal metódico de la ciencia. Y sin embargo trata de ciencia, y trata también de verdad."<sup>(6)</sup> Vista así, la hermenéutica no es un método de las ciencias del espíritu,<sup>(7)</sup> sino que en su lugar aborda la propia experiencia en el mundo del ser que comprende, en tanto que es una postura semejante a la razón práctica pero que no deja de tener validez en el contexto de la ciencia. El método se agencia de distinta manera, ya no atiende a un procedimiento explícito sino que tiene en cuenta un saber prudencial que se pone en perspectiva desde la precomprensión hasta la comprensión. Por esto, el concepto de formación<sup>(8)</sup> como concepto básico del humanismo, tiene relevancia en esta teoría porque atañe a la disposición natural del hombre para conservar y cuidar la universalidad del saber y aplicarla en los casos particulares. No vale aquí un procedimiento, sino la disposición del ser para abrirse a un mundo de posibilidades y, en ese mundo, hallar la verdad.<sup>(9)</sup> La

(6)(2007) p. 23.

(7) W. Dilthey se refiere a estas ciencias como aquellas que "tienen por objeto la realidad histórico-social" (1949: 13). Y, agrega, "estas ciencias han crecido en la práctica misma de la vida, se han desarrollado por las exigencias de la formación profesional, y la sistemática de las facultades al servicio de esta formación profesional representa, por lo tanto, la forma espontánea y natural de la ordenación de aquellas. Sus primeros principios y reglas se encontraron, en su mayoría, en el ejercicio de las funciones sociales" (Ibid., 29). Precisamente, refiriéndose al Derecho romano el autor cita a Ihering, para señalar que los conceptos fundamentales de éste se formaron por "un trabajo espiritual consciente llevado a efecto en medio de la vida jurídica" (Ibidem). En la tesis de Gadamer, las ciencias del espíritu poseen conocimientos de otro género y de otro rango, distintos a las de las ciencias de la naturales no se rigen por los métodos aplicables a las ciencias de la naturaleza; por lo tanto, los métodos científicos no son un elemento común para ambas, sino que en el caso de las ciencias del espíritu el elemento singular les da un carácter significativo y problemático.

(8) Dice Gadamer que "la formación comprende un sentido general de la medida y de la distancia respecto a sí mismo, y en esta medida un elevarse por encima de sí mismo hacia la generalidad" (2007: 46). Esto nos remite de algún modo a la *phrónesis* aristotélica de la cual más adelante trataremos, pero en este momento consideramos necesario citar. Tal como señala Amar Djaballah, "Gadamer renouera avec la tradition de l'humanisme, plus présente dans l'histoire de la philosophie qu'on ne le supposait: il rappelle donc des réalités essentielles (y compris au chercheur scientifique) concernant la connaissance: le sens commun, le tact, le bon goût, le bon sens, la sagesse pratique. En tout cas, dans des questions qui nous concernent personnellement, nous aspirons à les développer: un jugement sûr, le sens du vrai, un savoir-faire qu'on apprend moins théoriquement que sur le terrain, en société, en baignant dans la culture, en conversation avec la tradition. Ici le tact ou le goût est « sens des convenances », mais aussi de « la mesure [et...] de la justesse" Pág. 39. "Gadamer renouará con la tradición del humanismo, más presente en la historia de la filosofía de lo que se suponía: recuerda, por tanto, realidades esenciales (incluso para el investigador científico) concernientes al conocimiento: el sentido común, el tacto, el buen gusto, el buen sentido, la sagacidad práctica. En todo caso, en las cuestiones que nos conciernen personalmente, aspiramos a desarrollarlas: un juicio sólido, el sentido de la verdad, un saber hacer en el que aprendemos menos teóricamente que sobre el terreno, en sociedad, bañándonos en la cultura, en conversación con la tradición. Aquí el tacto o el gusto son sentidos de conveniencia pero también de la medida y de la exactitud" (la traducción es propia). Es una cuestión ontológica del ser que comprende, se trata de la conciencia hermenéutica.

(9) La verdad de la que trata H. G. Gadamer en su tesis es la referida a *aletheia* que significa desocultación. Al respecto, en su obra *Verdad y Método II*, se refiere a ello y si bien señala que no fue Heidegger el primero en averiguar acerca de *aletheia*, si "nos ha enseñado lo que significa la concepción del ser que la verdad tenga que ser arrebatada del estado de ocultación y encubrimiento. Ocultación y encubrimiento son correlativos" (2010: 53). Y esta desocultación del ente se produce a través de la sinceridad del lenguaje, dice este filósofo. Por esto, no se trata sólo del discurso sino que lo expresado por éste se corresponda con el ser verdadero. Así, la verdad en términos del discurso y divulgada por la lógica como *adaequatio intellectus ad rem*, es decir, la correspondencia entre lo que es y lo expresado. A propósito de esta definición de la verdad como *aletheia*, dice Heidegger, que "el ser-verdadero (verdad) del enunciado debe entenderse como un ser descubridor. La verdad no tiene, pues, en absoluto, la estructura de una concordancia entre conocer y objeto, en el sentido de una adecuación de un ente (sujeto) a otro (objeto)" (1997: 239).



comprensión como lo manifestado siempre es lo que subyace en el intérprete, de allí que, no sólo importa el texto sino el contexto para hallar el sentido de aquello que se interpreta.

Así, la hermenéutica no es una suerte de relativismo, sino que por el contrario es el sendero que conduce a la verdad a través del consenso que ocurre tras la interpelación de la cuestión que se quiere comprender. En este sentido, Gutiérrez indica:

El que esto sea así no quiere decir que la comprensión interpretativa sea tan solo cosa de opiniones o juicios previos o que constituya un despliegue de arbitrariedad. El que quiere comprender algo adelanta un proyecto previo en función de las expectativas con las que lo aborda, las cuales están a su vez determinadas a través de los contextos de su actuar, de su vinculación a tradiciones y por ellas a la tradición desde la que habla ese algo. El proyecto y los conceptos previos se van revisando conforme se avanza en la profundización del sentido y pueden verse sustituidos por proyectos más adecuados, siendo siempre posible la rivalidad de múltiples proyectos. En este incesante reprojectar consiste justamente el movimiento de la interpretación comprensiva; en él no se da objetividad distinta de la convalidación temporal de opiniones o juicios previos<sup>(10)</sup>

La hermenéutica se erige, entonces, como fundamental en las ciencias del espíritu más allá de un método. En la actualidad, tal como se indicó en el apartado anterior, se sabe que la hermenéutica es una disciplina que emerge en el siglo XVII, por lo tanto; se ubica en la tradición científica moderna. Fue J. Dannhauer el que acuñó el término hermenéutica al titular su obra *Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litteratum*, publicada en el año 1654. No obstante, la palabra hermenéutica tiene su etimología en ciertos vocablos griegos como *hermeneuein* que refiere a traducción y mandato, lo que implica una labor de transferencia de sentido. Tal como observa Gadamer, “la labor de la hermenéutica es siempre esa transferencia de un mundo a otro, desde el mundo de los dioses al de los humanos, desde el mundo de una lengua extraña al mundo de la lengua propia”.<sup>(11)</sup> Por otra parte, el sustantivo *hermeneia* “suele significar en sentido neutral una “enunciación de pensamientos” o semejante al arte de interpretar”.<sup>(12)</sup> Esa enunciación implica la expresión de ideas. De allí que Aristóteles en *Peri Hermeneias* se refiere al sentido lógico del enunciado a través del *logos apophantikos*. De igual manera, *hermeneus* “puede significar “explicación docta” o “comentador” y “traductor””.<sup>(13)</sup> En todo caso, siempre estos vocablos, tanto el verbo como el sustantivo, aluden a la tarea del intérprete que halla el sentido de lo extraño, pero al mismo tiempo, pertinente en su conocimiento.

De igual manera, la hermenéutica jurídica y la hermenéutica teológica-filológica han tenido su desarrollo en el tiempo y, fue precisamente F. Schleiermacher el que fomentó, sobre la base de éstas, la universalidad de la hermenéutica poniendo énfasis en la historicidad. El volver sobre los orígenes, pero al mismo tiempo, fundamentado el comprender “en la conversación y en el consenso interhumano significó una profundización en los fundamentos

(10) (2008) p. 78.

(11) (2010) p. 95.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

de la hermenéutica.”<sup>(14)</sup> Posteriormente, W. Dilthey (1833-1911) también procura sustentar la hermenéutica en la historia intentado transformarla en una metodología de las ciencias humanas. Pero es con M. Heidegger (1889-1976) que aparece la hermenéutica de la facticidad,<sup>(15)</sup> de la cual Gadamer como su discípulo, toma importantes tendencias para desarrollar su teoría. La comprensión toma un sentido ontológico, y así lo expresa: “comprender no significa ya un comportamiento del pensamiento humano entre otros que se pueda disciplinar metodológicamente y conformar un método científico, sino que constituye el movimiento básico de la existencia humana.”<sup>(16)</sup>

Interpretar es según Heidegger el desarrollo del comprender, por ello la interpretación se fundamenta existencialmente en el comprender.

<sup>(17)</sup> Entonces, esta interpretación no está dejada a la deriva sino que hay un fundamento en el haber previo<sup>(18)</sup> [*Vorhabe*], una manera previa de ver<sup>(19)</sup> [*Vorsicht*] y una manera de entender previa<sup>(20)</sup> [*Vorgriff*]. Significa que previo a la interpretación, el intérprete dispone de una conceptualidad<sup>(21)</sup> que le permite comprender el fenómeno. Y luego que lo comprende, se da la apropiación de sentido, pues:

Sentido es aquello que se mueve en la comprensibilidad de algo. Sentido es lo articulable en la apertura comprensora. El concepto de sentido abarca la estructura formal de lo que pertenece necesariamente a lo articulable por la interpretación comprensora. Sentido es el horizonte del proyecto estructurado por el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa, horizonte desde el cual algo se hace comprensible en cuanto algo.<sup>(22)</sup>

Hasta aquí queda claro que para interpretar se necesita comprender el fenómeno que será objeto de interpretación. Aquí se corrobora que la hermenéutica en la filosofía de Gadamer, tal como indica A. Sabatier,<sup>(23)</sup> ya no es una herramienta intelectual sino un modo de existencia en la que la historia y el lenguaje juegan un papel determinante. Interpretar implica tener en cuenta una preconcepción de la cosa que posteriormente se va revisando y actualizando. En este sentido, la tradición se perfila como mediadora entre la cosa y el intérprete. Aparece el círculo hermenéutico que permite que la precomprensión de la cosa sea posible desde la tradición produciéndose un movimiento entre ésta y el intérprete. No se trata ni de subjetividad ni de objetividad, este círculo “no es en este sentido un círculo “metodológico” sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión.”<sup>(24)</sup> La consecuencia de dicho círculo es lo que Gadamer llama la “anticipación a la perfección” y que resulta de esa justa conexión entre el momento de la precomprensión y la comprensión en sí misma.

(14) *Ibíd.*, p. 101.

(15) Así se denomina la hermenéutica del primer Heidegger.

(16) *Ibíd.*, p. 105.

(17) Cf. (1997) *Ser y Tiempo*. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago de Chile: Editorial universitaria.

(18) Se trata de un conocimiento previamente adquirido.

(19) La interpretación tiene un objetivo preliminar. Se comprende con un propósito.

(20) Es un anticiparse a la comprensión del fenómeno.

(21) Gadamer la denomina la precomprensión, la cual antecede a la comprensión.

(22) *Ibíd.*, p. 175.

(23) (2005) p. 10.

(24) (2007) p. 363.

Al mismo tiempo, vale también la distancia temporal y el estar en una tradición, que es el lugar propio de la hermenéutica en el que suele distinguirse entre los prejuicios verdaderos que nos conducen en la tarea de la comprensión y los prejuicios falsos que provocan los malentendidos. La historicidad del ser tiene en esta tesis un valor fundamental. Gadamer perfila el concepto de historia efectual<sup>(25)</sup> para referirse a esta historicidad. Al respecto indica:

Cuando intentamos comprender un fenómeno histórico desde la distancia histórica que determina nuestra situación hermenéutica en general, nos hallamos siempre bajo los efectos de esta historia efectual. Ella es la que determina por adelantado lo que nos va a parecer cuestionable y objeto de investigación, y normalmente olvidamos la mitad de lo que es real, más aún, olvidamos toda la verdad de este fenómeno cada vez que tomamos el fenómeno inmediato como toda la verdad.<sup>(26)</sup>

Desde esta historia efectual se cierne la conciencia histórica que es “conciencia de la situación hermenéutica.”<sup>(27)</sup> Esto implica, que cada caso reviste una dificultad propia ya que cada situación es única y distinta frente a la tradición de lo que se quiere comprender. Por lo tanto, el concepto de situación no se agota en el comprender de cada caso. Veamos:

El concepto de la situación se determina justamente en que representa una posición que limita las posibilidades de ver. Al concepto de la situación le pertenece esencialmente el concepto de horizonte. Horizonte es el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. Aplicándolo a la conciencia pensante hablamos entonces de la estrechez del horizonte, de la posibilidad de ampliar el horizonte, de la apertura de nuevos horizontes.<sup>(28)</sup>

Cada hombre posee horizontes, pero depende de cada uno, las posibilidades que tiene de que esos horizontes se amplíen más allá de lo cercano.<sup>(29)</sup> Pues, precisamente, se trata de ver al pasado, pero al mismo tiempo, volver sobre el presente y en ese círculo ocurre la fusión de horizontes que

[25] Aquí cabe citar la referencia que hace Guzmán López del concepto de historia efectual, al señalar: “al devenir histórico, al acontecer real que determina los individuos irremediadamente y por lo cual éstos no pueden contraponerse a su pasado desde un lugar ajeno al devenir histórico mismo, desde una posición trascendente al acaecer de los hechos. Luego, el sujeto no puede entender la historia desde fuera de ella sino inmersa en la misma, siendo él parte del acontecer: “No se trata entonces de un acontecer de la historia como un transcurso, sino de una comprensión de aquello que nos sale al paso en la historia interpeándonos y concerniéndonos”. La historia nos sale al paso, nos interpela, en la medida en que estamos determinados por ella, en que constituimos parte y producto de ella, y siempre nos concierne por muy ajena que en un principio pudiera parecer.” (2019: 89-90).

[26] *Ibíd.*, p. 371.

[27] *Ibíd.*, p. 372.

[28] *Ibíd.*, pp. 372-373

[29] El término horizonte en el sentido de la hermenéutica filosófica de Gadamer, es cercano a la virtud de la prudencia que describe Tomás de Aquino en la *Suma de Teología III* cuando expresa: “Prudente significa como ver a lo lejos; es ciertamente perspicaz y prevé a través de la incertidumbre de los sucesos” (C.47 a.1, p. 400). Supone en ambos casos una disposición para ver más allá de su posición, de su lugar o de su cercanía. Así, en la comprensión, el ser que comprende debe en esa fusión de horizontes lograr anticiparse en la búsqueda de sentido, lo que este filósofo denomina “anticipación de la perfección”. Desde luego, en la hermenéutica filosófica no se considera una virtud sino la esencia del ser que comprende y que lo hace a través del lenguaje.

permite la comprensión. Implica ver la cuestión desde la justa perspectiva. No se trata de un método porque no es suficiente para llegar a la verdad. Tal como indica J. Grondin, refiriéndose a la comprensión en Gadamer:

Comprender no es solamente dominar, controlar y producir unos “resultados” comprobables que sean independientes del observador (como lo dictamina el *ethos* de la ciencia moderna); es, por el contrario, ser atrapado por una pregunta y entrar en un diálogo. El intérprete como el individuo que actúa moralmente, no se encuentra frente a “datos” que se contentaría con observar o con medir, como si estuviera a una soberana distancia de los “contenidos” que comprende”.<sup>(30)</sup>

Así pues, Gadamer funda la hermenéutica filosófica sobre la base de una estructura conceptual que le vale para fundamentar su teoría. En el caso de la hermenéutica jurídica estos conceptos le son aplicables en tanto que es considerada como el modelo por excelencia sobre el que se funda la hermenéutica espiritual científica. Más que un saber científico (metódico) es un saber hermenéutico filosófico en el que el ser que comprende dispone de esta estructura y avista en el horizonte las posibilidades de ser en el mundo.

## 2.- La Aplicación como Problema Hermenéutico Fundamental.

El problema de la aplicación es fundamental para entender la tesis de Gadamer, respecto a la hermenéutica jurídica como la auténtica hermenéutica. Este filósofo se sostiene en una tradición que parte del logro de Schleiermacher con la universalización de la hermenéutica. Luego, Dilthey con la transformación de la hermenéutica en un método para las ciencias humanas. También hemos citado a Heidegger como filósofo que es próximo al contexto intelectual del autor.

Como se ha expuesto en el apartado anterior la hermenéutica es comprensión e interpretación del ser desde una perspectiva ontológica, es decir, atañe al ser que comprende a través del lenguaje. En esta propuesta teórica, el problema hermenéutico alcanza la *subtilitas intelligendi* (comprensión) y la *subtilitas explicandi* (interpretación). Pero más allá de esto, el autor plantea que durante el pietismo se ha recuperado la *subtilitas applicandi*, es decir, la aplicación.

Aquí no cabe la comprensión y la interpretación como desligadas una de otra sino que cada una cabe en la otra en la medida que estas nociones abarcan, al mismo tiempo, el lenguaje. Y, en esto, Gadamer reconoce que la aplicación como momento del problema hermenéutico se había olvidado y esto ocurría con la hermenéutica teológica, pero también con la hermenéutica filológica y con la hermenéutica jurídica que es la que concierne. Se entiende, que la aplicación es un momento fundamental de la comprensión pues, sin éste, por ejemplo, en el caso de la hermenéutica jurídica, no serían posibles sus alcances, ya que el intérprete no tendría nada que remediar. Por lo tanto, Gadamer establece que tanto comprensión, interpretación y aplicación son

(30) *Ibidem*.

momentos decisivos en el problema hermenéutico y atañen en general a la hermenéutica.

Es así que para es imprescindible aclarar el sentido que tiene en la hermenéutica filosófica de Gadamer el problema de la aplicación. Aquí se debe partir de la consideración que comprender e interpretar no están separados “sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión.”<sup>(31)</sup> Este filósofo lo denomina un “momento estructural interno de la comprensión,”<sup>(32)</sup> en el que el lenguaje es decisivo y pasa a ser el centro de la filosofía; pero al mismo tiempo, pasa a ser el centro de ese ser que comprende porque sólo puede hacerlo a través del lenguaje. Implica una responsabilidad para el ser que comprende y, de alguna manera, aquí podríamos avistar un sentido ético en la comprensión e interpretación.

No se trata de particularidades del ser que comprende, sino de ponerse en la perspectiva de la generalidad, tal como lo plantea el círculo hermenéutico. Tanto el comprender como el interpretar junto a la aplicación constituyen un proceso unitario. De esta manera, no sólo se trata de volver sobre las consideraciones del pietismo sino que se razona que “la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación.”<sup>(33)</sup>

Corroborar Gadamer que la hermenéutica filológica, la teológica y la jurídica se encuentran en el contexto de la historia de la hermenéutica. En el caso de la hermenéutica jurídica y la hermenéutica teológica, “es constitutiva la tensión que existe entre el texto – de la ley o revelación- por una parte, y el sentido que alcanza la interpretación, en el juicio o en la predicación, por la otra.”<sup>(34)</sup> Por ello, “comprender es siempre también aplicar.”<sup>(35)</sup> En otras palabras, la aplicación es un momento de la comprensión e interpretación y en la hermenéutica jurídica es esencial dicho momento. Dice Gadamer “el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario.”<sup>(36)</sup> Pero, para que ocurra este proceso unitario el intérprete debe estar dispuesto, es decir, debe comprender el texto para que pueda ocurrir la aplicación.

Entonces, el filósofo de Marburgo, apuesta a la recuperación de la aplicación desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, también de la teológica. Si este es un proceso unitario –comprensión, interpretación, aplicación- se deduce que la hermenéutica espiritual-científica se determina a partir de ambas hermenéuticas. Constituyen un modelo sobre el cual se funda la hermenéutica histórica, ya que ésta en algún sentido también tiene que llevar a cabo una cierta aplicación. Es así que “comprender es, entonces, un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada.”<sup>(37)</sup> No se trata aquí de considerar la subjetividad del intérprete y la objetividad del sentido de lo que se interpreta,<sup>(38)</sup> vale entonces considerar que el texto por sí mismo permanece allí para ser interpretado en el contexto de una tradición.

(31) (2007) p. 378.

(32) *Ibíd.*, p. 379.

(33) *Ibíd.*

(34) *Ibíd.*, p. 380.

(35) *Ibíd.*

(36) *Ibíd.*, p. 381.

(37) *Ibíd.*, p. 383.

(38) Al respecto, la tesis de Gadamer se presenta opuesta a la tesis de E. Betti, ya que éste afirma que efectivamente es pertinente un método en la hermenéutica jurídica y presenta en sus tesis los cánones atinentes al objeto y los cánones atinentes al sujeto. Considera que la dialéctica del proceso interpretativo se funda en dos antinomias: por un lado, la que oscila entre la subjetividad del entender y la objetividad del sentido del reconocer y; por otro lado, la que oscila entre la actualidad del sujeto y la alteridad del objeto. No obstante, a pesar de un método, este autor aboga por el empeño y el esfuerzo en la moral del intérprete para garantizar un recto éxito epistemológico. Cf. (2006) *La interpretación jurídica*. Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco. Santiago de Chile: Lexis Nexis. p. 27.

## 2.1. La Ética Aristotélica y el Momento de la Aplicación.

Todo este proceso de comprensión, interpretación y aplicación que atañe al ser que comprende es visto por Gadamer, a través de la ética de Aristóteles. Lo hace al afirmar, que el concepto de aplicación es complejo porque sólo se puede aplicar aquello que se posee previamente,<sup>(39)</sup> sino se posee previamente no significa que no pueda aplicarse; significa que se aplicará incorrectamente. Por lo tanto, esta búsqueda en la filosofía griega, específicamente en la aristotélica, quiere poner en la perspectiva del saber moral, de su connotación en la formación del ser que comprende.

Quando el filósofo de Marburgo relata que este saber moral es equivalente al artesano que con su *tekhné* moldea su obra, refiere la relevancia de ese moldear la obra, pero en nosotros mismos, es decir, nuestra propia obra. Y, desde luego, la tarea es más compleja, que el moldeado de la obra por el artesano, porque ésta requiere esfuerzo y perseverancia. "Aristóteles devuelve las cosas a su verdadera medida mostrando que el elemento que sustenta el saber ético del hombre es la *orexis*, el "esfuerzo", y su elaboración hacia una actitud firme (*hexis*)."<sup>(40)</sup> Esto es así, porque la moralidad humana no es natural, sino que cada hombre se hace a sí mismo y su comportamiento se perfila moralmente en la medida de sus esfuerzos.

Este saber moral es determinante en el momento que acontece lo particular ya que si se posee el saber intelectual que es un saber universal, con este saber se debe ser capaz de aplicarlo al caso concreto. En este sentido, Gadamer refiere que "negativamente esto significa que un saber general que no sepa aplicarse a la situación concreta carecería de sentido, e incluso amenazaría con ocultar las exigencias concretas que emanan de una determinada situación."<sup>(41)</sup>

De tal forma, que hay una suerte de complejidad en el momento de la aplicación. Todo ya depende del conocimiento en general que posea el ser que comprende y cómo éste lo aplica. Es todo un acontecimiento que pone en la perspectiva de comprensión e interpretación a la que no le bastaría un método, porque éste no garantizaría la aplicación en los términos exigidos por la verdad. Allí precisamente estriba la preocupación de este filósofo, el cómo llegar a esa "anticipación de perfección" en el momento de la aplicación.

El problema con el saber moral es que no es posible una exactitud como la que puede haber en la matemática, considerada ésta por los griegos como la ciencia por excelencia. Cabe entonces zanjar esta dificultad en la posibilidad de que cada hombre alcance la *phronesis*.<sup>(42)</sup> Para ello es necesario que se guarde la relación entre ser moral y poseer la conciencia moral. Es así que en la hermenéutica se encuentra que si bien hay un saber puro también debe haber un saber prudencial en el momento de la aplicación. Esto no significa, que se tenga una experiencia significativa, se trata de "un verdadero arte y habilidad."<sup>(43)</sup> Pág. 386.

Aquí se debe aclarar, que la conciencia hermenéutica no es un saber técnico ni es un saber moral. Sin embargo, en estos saberes se encuentra la

(39) Cf. *Verdad y Método* I, p. 388.

(40) *Ibid.*, p. 384.

(41) *Ibidem*.

(42) Aristóteles afirma "que es propio de un hombre prudente el ser capaz de deliberar sobre lo bueno para sí y lo que le conviene –no parcialmente, como, por ejemplo, qué cosas lo son con vistas a la salud o al vigor, sino qué cosas lo son en general con vistas a vivir bien. La prueba es que también llamamos prudentes a quienes lo son para algo (de lo que no hay técnica) cuando razonan bien con vistas a un fin bueno. De manera que en general sería prudente el que es capaz de deliberar". Cf. *Ética* a Nicómaco, Libro VI 5, 1140a.

(43) *Ibid.*, p. 386.

tarea de la aplicación. Ésta no tiene el mismo sentido en ambos casos. En el caso de la *tekhne* implica un saber hacer. Así, “el que sabe producir algo, sabe algo bueno, y lo sabe “para sí” en cuanto que siempre que se den las posibilidades correspondientes él podrá producirlo de hecho. Echará mano del material adecuado y elegirá los medios correctos para su realización.”<sup>(44)</sup> En el caso del saber moral el que toma decisiones morales sabe que es lo correcto.

Así, “La tarea de la de la decisión moral es acertar con lo adecuado en una situación concreta, esto es, ver lo que en ella es correcto y hacerlo”.<sup>(45)</sup> En ambos casos, la situación es diferente; la *tekhne* es un saber que se aprende pero que se puede olvidar mientras que la moral una vez que se aprende no se olvida. En consecuencia son dos saberes distintos, “el saber moral no está restringido a objetivos particulares, sino que afecta al vivir correctamente en general; el saber técnico, en cambio, es siempre particular y sirve a fines particulares.”<sup>(46)</sup>

Desde luego, lo que queda en evidencia es la relevancia del saber moral en la comprensión y cómo éste es necesario en la formación del hombre. No sólo se trata de poseer el saber científico y técnico, pues éstos no serían fecundos, sino se ha llegado a la conciencia moral. Es lo que Aristóteles denomina el saber prudencial.

### 3. Hermenéutica Jurídica y Hermenéutica Filosófica.

Gadamer considera que la distancia entre la hermenéutica jurídica y la hermenéutica espiritual-científica no es tan grande. Sin embargo, a simple vista pareciera que la hermenéutica jurídica no tendría que ver con este nexo pues no intenta comprender textos sino servir de “medio auxiliar de la praxis jurídica encaminado a subsanar ciertas deficiencias y casos excepcionales en el sistema de la dogmática jurídica.”<sup>(47)</sup> Pero el aporte de este filósofo en su obra *Verdad y Método I* es ir al origen de la hermenéutica jurídica, tal como lo hace con la hermenéutica teológica, y encontrar en ella rasgos esenciales que se reconocen en la hermenéutica histórica. Uno de esos rasgos fundamentales, además de la comprensión e interpretación, es la aplicación. No sería de utilidad la precomprensión y la comprensión<sup>(48)</sup> si sólo permanece en ese momento y no fuese posible aplicar aquello que se comprende. El acontecer hermenéutico se perfecciona con la aplicación.

Dice Gadamer que la hermenéutica jurídica tiene un significado paradigmático en la hermenéutica histórica. Esto a pesar de su vinculación dogmática, lo que le llevó a apartarse de ésta. Es cierto que hay divergencias entre ambas, pues, por una parte; el texto jurídico debe interpretarse y; por otra parte, ese mismo texto debe comprenderse históricamente. “Se trata de

(44) *Ibid.*, p. 388.

(45) *Ibidem.*

(46) *Ibid.*, p. 392.

(47) *Ibid.*, p. 396.

(48) Sobre este aspecto también se refiere Habermas en su obra *Facticidad y validez* al afirmar que “la hermenéutica propone para ello un modelo procesal de interpretación. La interpretación comienza con una precomprensión de marcado carácter evaluativo que establece entre norma y estado de cosas una relación previa y abre el horizonte para el establecimiento de ulteriores relaciones. La precomprensión, inicialmente difusa, queda precisada a medida que bajo la dirección de esa precomprensión norma y estado de cosas se concretizan o constituyen recíprocamente.” (2005: 269). En este sentido Habermas está de acuerdo con Gadamer en la relevancia de la hermenéutica jurídica en el contexto de la hermenéutica histórica a pesar de su posición de considerar esta hermenéutica como un método. Pues considera que “la hermenéutica tiene una posición propia en la teoría del derecho porque resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias mediante inserción contextualista de la razón en el contexto histórico de las tradiciones de que se trate. Según esto la precomprensión del juez viene acuñada y determinada por los *topoi* de un contexto de tradición, es decir, de una determinada eticidad.” (*Ibidem*). Vale aquí considerar la influencia gadameriana en Habermas pues es determinante la formación en el intérprete de la ley. No basta el conocimiento y la técnica sino, además, la ética.

investigar el comportamiento del *historiador jurídico* y del *jurista* respecto a un mismo texto vigente.”<sup>(49)</sup> Entonces, la pregunta de este filósofo es si existe una diferencia unívoca entre el interés dogmático y el interés histórico. Al respecto afirma:

El jurista toma el sentido de la ley a partir de y en virtud de un determinado caso dado. El historiador, en cambio, no tiene ningún caso del que partir, sino que intenta determinar el sentido de la ley representándose constructivamente la totalidad del ámbito de aplicación de ésta; pues sólo en el conjunto de sus aplicaciones se hace concreto el sentido de una ley. El historiador no puede limitarse a aducir la aplicación originaria de la ley para determinar su sentido originario. Precisamente como historiador está obligado a hacer justicia a los cambios históricos por los que la ley ha pasado. Su tarea es mediar comprensivamente la aplicación originaria de la ley con la actual.<sup>(50)</sup>

La tarea del jurista no está exenta de la historia, porque éste también piensa en términos históricos. La comprensión histórica constituye un medio para llegar a la interpretación jurídica.<sup>(51)</sup> Por una parte, le interesa la dogmática jurídica, pero; por otra parte, a él también le atañe la solución de casos en cuanto éstos no estén previstos en la ley y, en consecuencia, necesita de la labor hermenéutica. En este sentido, la tarea del historiador es distinta a la del jurista, a él no le interesa la labor jurídico dogmática, sino el sentido originario de la ley. No obstante, en cierto aspecto, también la tarea del historiador del derecho es parte de la tarea del jurista pero no ocurre a la inversa porque al historiador del derecho no le interesa esencialmente la dogmática jurídica.

La hermenéutica jurídica por sí misma representa el modelo de relación entre pasado y presente que corresponde a la hermenéutica. Es el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu, dice Gadamer. Así lo explica:

Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la “idea jurídica” de la ley mediándola con el presente. Es evidente una

(49) Op. cit. p. 397.

(50) *Ibidem*.

(51) La escuela histórica, a través de su máximo representante F. Savigny, recurre a la historia en para la interpretación jurídica. Así, lo expresa igualmente Gadamer al afirmar: “Savigny en 1840 entiende la tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica (en el *System des römische Rechts*)” (2007: p.398). Agregamos que esto es así porque el derecho siempre recurrirá a sus fuentes originales del Derecho romano y así lo consideró Savigny quien destaca el espíritu de este derecho a través de la historia. En este sentido afirma este jurista que el objeto de su obra, al referirse al *Sistema de derecho romano actual*, es el de encaminar hacia el estudio serio del Derecho romano, el cual disminuirá los obstáculos y dificultades que estorban a los prácticos en el acceso a las fuentes. Y continúa: “estas ideas encontrarán, sin duda, su aplicación inmediata en los países en que el derecho romano forma la base de la práctica, pero no dejarán de tenerla también en aquellos en donde los Códigos han reemplazado al derecho romano. Para los unos como para los otros, el estado del derecho es en el fondo el mismo; el mal y el remedio difieren menos de lo que pudiera creerse. Así pues, allí donde existe una legislación nacional, el derecho romano, estudiado con el espíritu que indico, vivificará la teoría, la desembarazará de los errores subjetivos y arbitrarios y, sobre todo, la relacionará con la práctica, que es lo más esencial” Cf. (1878) Vol. I. Traducido del alemán por M. Ch. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores. p. 10.



mediación jurídica. Lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o unos cuantos casos cualesquiera de su aplicación. No se comporta, pues, como historiador, pero si se ocupa de su propia historia, que es su propio presente. En consecuencia puede en todo momento asumir la posición del historiador frente a las cuestiones que implícitamente le han ocupado ya como juez.<sup>(52)</sup>

Es preciso acotar que Gadamer entiende que la tarea del juez, que es el intérprete por excelencia, es una tarea mediadora entre el pasado y el presente respecto al caso que está interpretando. Pero también su propia historia cuenta y, en este sentido, cabe considerar lo que ya se ha esbozado anteriormente respecto a ciertos conceptos gadamerianos como: la formación, la prudencia, la fusión de horizontes, la historia efectiva, la tradición, entre otros.

Precisamente, el jurista debe ser una persona con conocimiento de la dogmática jurídica y de la técnica jurídica, pero esto no le bastaría, necesita de la prudencia y del saber aplicar esos conocimientos al caso concreto, es decir, concretar la ley en cada caso. Pero además, si se trata de casos cuya solución no está prevista en la ley debe proceder a la integración del derecho y, en este sentido, debe procurar solucionar el caso concreto si el procedimiento lo permite. Para ello no es suficiente un método, no es posible fijar un canon a través del cual el intérprete se disponga a seguir ciertas pautas del proceso. Es así que la comprensión histórica del intérprete es fundamental para asumir la tarea de la interpretación jurídica y para que ésta sea correcta.

Tampoco se trata de interpretaciones arbitrarias, ya que la sentencia de un juez no debe obedecer a arbitrariedades imprevistas. El estar en un ordenamiento jurídico marca la objetividad y la ponderación justa del conjunto. Así lo sostiene el autor al afirmar que “en esto consiste, precisamente, la seguridad jurídica de un estado de derecho: uno puede tener idea de a qué atenerse.”<sup>(53)</sup> En consecuencia la concreción de la ley no sólo atisba a conocer las leyes vigentes sino a conocer “la judicatura y todos los momentos que la determinan si se quiere juzgar jurídicamente un caso determinado.”<sup>(54)</sup> En esta tesis se encuentra una relación esencial entre la dogmática jurídica y la hermenéutica jurídica en la que ésta última tiene una posición predominante.

Gadamer reconoce que la hermenéutica jurídica es un modelo que se ha mostrado fecundo en la hermenéutica filosófica. El problema de la aplicación queda aquí expuesto para que sea comprendido, no como aplicación de una generalidad a un caso concreto sino como “la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros.”<sup>(55)</sup> Esto implica un intérprete que posee una precomprensión del asunto y que se dispone a la comprensión apelando a esas posibilidades dadas en el contexto entre las cuales debe decidir de acuerdo a lo que considere correcto.

## CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto de la teoría de la interpretación jurídica, la obra de H. G. Gadamer constituye un aporte valioso para entender de lo que se trata la hermenéutica jurídica y su reconocimiento como la auténtica hermenéutica. Este destacado filósofo del siglo pasado, propone en su teoría

(52) Op. cit. p. 400.

(53) *Ibid.*, p. 402.

(54) *Ibidem.*

(55) *Ibid.*, p. 414.

de la hermenéutica filosófica, una revisión de la hermenéutica jurídica, la hermenéutica teológica y la hermenéutica filológica con la finalidad de hallar la estructura fundamental de la comprensión hermenéutica. En este caso, interesa la hermenéutica jurídica, pero confluye junto con las otras hermenéuticas para establecer esta estructura y hallar un lenguaje común. Y, precisamente, es en la mediación entre pasado y presente (conciencia histórica), que la hermenéutica jurídica posee, en esencia, lo que es común para toda la hermenéutica.

Dicha estructura del comprender que se muestra en el proceso unitario de la comprensión, interpretación y aplicación es determinante en el acontecer del ser que comprende. No se presenta como un método sino como una estructura ontológica que atañe al ser que posee lenguaje. En esta comprensión prevalece la prudencia como posibilidad de avistar lo que es bueno para sí y para los otros.

En el campo de la hermenéutica jurídica, destaca esta tesis por su aporte en la concepción del modo de ser del intérprete que se muestra como una persona que posee el saber científico y técnico, pero que a su vez, debe poseer la *phronesis* la cual asegura que la comprensión sea la correcta en cada caso. Además, como esta es una tesis que derriba los absolutos o monismos pone en la perspectiva de la aplicación del derecho en su justa ponderación.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Aristóteles** (2005) "Ética a Nicómaco." Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial.

**De Aquino, T.** (1990) "Suma de Teología III. Parte II-II (a)." Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

**Dilthey, W.** (1949) "Introducción a las Ciencias del Espíritu. En la Que se Trata de Fundamentar el Estudio de la Sociedad y de la Historia." Segunda edición en español. México: Fondo de Cultura Económica.

**Djaballah, A.** (2006) L'herméneutique selon Hans-Georg Gadamer, En "Revue Théologie Évangélique Paris, Faculté Libre de Théologie Évangélique, vol. 5, n° 1." Págs. 31-68.

**Ferraris, M.** (2000) "Historia de la Hermenéutica." Traducción de Jorge Pérez de Tudela. Madrid: Ediciones Akal.

**Gadamer, H.-G.** (2007) *Verdad y Método I*. Decimosegunda edición. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Ediciones Sígueme.

**Gadamer, H.-G.** (2010) "Verdad y Método II." Octava edición. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Ediciones Sígueme.

**Gutiérrez, C. B.** (2008) "La Ardua Tarea de la Interpretación," En Navia, Mauricio y Rodríguez, Agustín. *Hermenéutica. Interpretaciones desde*

*Nietzsche, Heidegger, Gadamer y Ricoeur.* Mérida: Consejo de publicaciones. Universidad de Los Andes.

**Guzmán, M.A.** (2019) *“La Estructura de la Conciencia Histórica en Clave Hermenéutico-Ontológica.”* México: Universidad de Guanajuato.

**Gronidin, J.** (2011) *“El Paso de la Hermenéutica de Heidegger a Gadamer.”* Traducción de Ludy Sanabria. En De Lara, Francisco. *Entre fenomenología y hermenéutica.* Madrid: Plaza y Valdés Editores. Págs. 139-162.

**Habermas, J.** (2005) *“Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado de Derecho en Términos de Teoría del Discurso.”* Introducción y Traducción, sobre la cuarta edición revisada de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta.

**Heidegger, M.** (1997) *“Ser y Tiempo”* Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago de Chile: Editorial universitaria.

**Sabatier, A.** (2004-2005) *“L’herméneutique aux XIXe et XXe siècles: dérégionalisation et radicalisation.”* En *Philosoph’île*, site de philosophie de l’Académie de la Réunion, mis en ligne en juillet 2007. Págs. 1-27.

**Savigny, F. K.** (1878) *“Sistema de Derecho Romano Actual. Vol. I.”* Traducido del alemán por M. Ch. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores.

**Vigo, R.** (2006) *“Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas Perspectivas).”* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN LOS TIPOS ORGANIZATIVOS Y SU ÉNFASIS EN LOS ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE

THE ADMINISTRATIVE LEGALLITY IN THE ORGANIZATIVE TYPES AND ITS EMPHASIS IN THE DESCENTRALIZED PUBLIC ADMINISTRATION

Nathalie Inés del Mar Meléndez Curbata<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.06>

Fecha de Recepción: 01 de Marzo de 2021

Fecha de Aceptación: 30 de Abril de 2021

123

RESUMEN

El sistema jurídico venezolano funda al Poder Público, y este a su vez, a la Administración Pública para distribuir sus competencias en búsqueda de un mejor funcionamiento ante los administrados y el cumplimiento de los cometidos estatales. Esto se fundamenta en la Constitución y se desarrolla extensamente en varias leyes. Concretamente, la norma hace referencia a la existencia de tres tipos organizativos: órgano centralizado, órgano desconcentrado y los entes descentralizados funcionalmente, que a su vez se subdividen en empresas estatales, institutos autónomos, fundaciones, sociedades y asociaciones civiles. Cada uno de ellos será explicado con detalle, haciendo énfasis en los entes descentralizados funcionalmente como sujetos de Derecho Público, dotados de personalidad jurídica. Además, se estudiarán algunas leyes que los rigen, la definición de los mismos, su funcionamiento, y bajo que controles están sometidos según su naturaleza, encontrando similitudes y diferencias entre ellos. El artículo tiene un enfoque metodológico de carácter descriptivo-explicativo.

**Palabras Clave:** *Legalidad Administrativa, Poder Público, Entes Descentralizados Funcionalmente, Administración Pública.*

ABSTRACT

The Venezuelan juridical system founds the Public Power, and this one to the Public Administration to distribute their competences in the search of its best performance for the administered people. This is based on the Constitution, and it is extensively developed in several laws. Specifically, the laws make reference to the existence of three organizational types: centralized body, desconcentrated body and functionally decentralized entities, which they are subdivided into state companies, autonomous institutes, the foundations and civil society, and civil associations. Each of them, it will be explained in detail, with emphasis on the functionally decentralized entities as subjects of Public Law, endowed with legal personality. In addition, they will be studied through some of the laws that rule over them, their definition, their operation, and under which controls they are subjected according to their nature, finding similarities and differences among them. It will be formulated. The article will have a descriptive-explanatory methodological approach.

**Key Word:** *Administrative Legality, Public Power, Public Administration, Decentralized Entity.*

(1) Estudiante del Tercer-Cuarto Año de la Carrera de Derecho de la Universidad de los Andes (ULA). Correo: [nathalieimmc@gmail.com](mailto:nathalieimmc@gmail.com)

## INTRODUCCIÓN

El Poder Público se distribuye en varios niveles, tanto de forma vertical, valiéndose de los entes político-territoriales, u horizontal, basado en la teoría de la separación de poderes, siendo los tres originales: el Legislativo, Ejecutivo, Judicial, en Venezuela. De acuerdo a la Constitución de 1999 existen dos más, que son el Ciudadano y el Electoral. Esta distribución en niveles no basta para que el Estado logre realizar sus fines y cumplir ante los administrados, especialmente en Venezuela, ya que el Estado se encuentra presente en casi todos los ámbitos de la cotidianidad, encargándose de las empresas, educación, salud e incluso las relaciones entre particulares.

Por esta razón, surge la Administración Pública, a quien se encomienda gestionar el Poder Público en su conjunto, pero al ser una tarea imposible de realizar por un solo órgano, o un pequeño grupo de órganos. Por ello, utiliza varios órganos a fin de distribuir las competencias y desempeñarlas de manera óptima, incluso cuenta con diferentes tipos de órganos, algunos cuya función es ser un sistema de apoyo a la administración.

Las leyes que desarrollan de manera extensa la Administración Pública como complemento de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV-1999), son la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP-2014), la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA-1981) y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP-2015). Concretamente, la LOAP expone los tipos organizativos, que son, los órganos centralizados, órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, que a su vez, estos se subdividen en empresas estatales, institutos autónomos, fundaciones, sociedades y asociaciones civiles.

Cada uno de ellos será estudiado desde un punto de vista legal, con algunas leyes que rigen sobre los mismos, así como que son, cómo funcionan, y bajo que controles se encuentran sometidos según su naturaleza, de sujetos de Derecho Público, con una personalidad jurídica y patrimonio propios. El estudio de los mismos irá mostrando sus similitudes y diferencias.

## DESARROLLO

### 1. Fundamentos Constitucionales.

#### 1.1. Poder Público.

Se conoce como Poder Público a aquella distribución de competencias y funciones que realiza el Estado a fin de autogestionarse de una manera eficiente, y que garantice los principios sociales, democráticos, de Derecho y de Justicia, establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). La forma, en que este poder es ejercido por el Estado, es inherente a su organización constitucional. En el caso de Venezuela, su forma es un "Estado Federal Descentralizado" conforme a la Constitución y las Leyes.

En consecuencia, el Poder Público distribuye sus competencias horizontalmente en cinco poderes, a saber, legislativo, ejecutivo, judicial, electoral y ciudadano. Además tiene una distribución vertical, que corresponde

al poder nacional, estatal y municipal, teniendo cada uno un nivel de los poderes anteriormente mencionados. De acuerdo al artículo 136 de la CRBV, se establece:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

125

Cabe destacar, que esta clasificación se origina en los escritos de Montesquieu quien hace referencia a la separación de poderes. Sin embargo, la doctrina moderna ha señalado que el poder es único e indivisible, por ende se alude a la distribución de poderes o distribución de competencias del poder, más no a la división de los mismos. Además en la teoría de Montesquieu, se mencionaban tres poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) por razones históricas, y relacionadas con el proceso constituyente en Venezuela existen dos poderes adicionales. Como explica Salvadores de Arzuaga (2005):

La Constitución Bolivariana también se diferencia de la distribución funcional tripartita: establece que “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”, cinco manifestaciones de funcionalidad del poder, “funciones propias” que deben colaborar “en la realización de los fines del Estado” (art. 136). Las atribuciones de los órganos las “definen” la Constitución y la ley (art. 137). Creemos que se nos presenta una república “calificada” y con un mecanismo de división y control de poder que reclama un análisis atendiendo a estas características, aunque ello no significa sustituir o desplazar la limitación o no concentración del poder que tiene como fin la forma de gobierno republicana. Pág. 118.

No obstante, el Poder Público necesita a otros organismos para cumplir con sus fines y a su vez con los cometidos del Estado, de acuerdo a Hernández (2020):

Todos los Poderes Públicos participan en la realización de los cometidos públicos, pero solo la Administración Pública –retomando el concepto tradicional de la doctrina italiana– tiene a su cargo la gestión concreta de esos cometidos a través de relaciones jurídico-administrativas con los ciudadanos. Por ello, la Administración Pública es el instrumento del cual se vale el Estado para la realización concreta de sus cometidos públicos. Pág. 449.

Esto quiere decir que, el Poder Público por sí sólo no puede ejercerse, en consecuencia necesita complementarse con la actuación de la Administración Pública y sus distintos órganos y entes para gestionarse.

## 1.2 \_ La Administración Pública.

Una vez que se establecen los poderes del Estado, es el mismo, quien debe velar porque funcionen de una manera óptima para el bienestar general. Es por ello, que surge la Administración Pública, encargada de lograr los fines del Estado mediante diferentes organismos. Brewer Carías (1980) proponía dos enfoques:

La Administración Pública en sentido orgánico, apunta siempre al conjunto de estructuras administrativas, de ministerios y de oficinas y departamentos, que forman parte del Poder Ejecutivo. La Administración como actividad, en cambio, es una noción material que atiende a una acción o tarea administrativa realizada por el Estado. Pág. 45.

En este artículo se estudiará con mayor énfasis el sentido orgánico, pues los tipos organizativos son un conjunto de estructuras dentro de las cuales se realiza la administración como actividad, ya que sin ello, el órgano carecería de sentido, y de pragmatismo, convirtiéndolo en una carga para el Estado. Sin embargo, es necesaria la estructura y la legalidad para que exista una determinada actividad administrativa. En la CRBV se establece la Administración Pública y sus principios en el artículo 141:

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Además, existe la competencia definida por Priori Posada (2004) como: la "aptitud está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer. De esta forma, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica." Pág. 39. La competencia también puede entenderse como las áreas de acción del Poder Público en alguno de sus niveles verticales, y encontrándose asignadas en la Constitución o la Ley. Explicado de la siguiente manera por Brewer Carías (2001):

La distribución vertical del Poder Público entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional, en los términos definidos en el artículo 136 de la Constitución, conduce a una distribución de competencias entre los distintos órganos del Poder Público. Por ello, en la Constitución se precisan las competencias que corresponden a los órganos que ejercen el Poder

Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal. Pág. 111.

En Venezuela la Constitución y la ley son las encargadas de asignar las competencias a los distintos organismos de la Administración Pública, los cuales serán analizados con mayor detenimiento a lo largo de este artículo. Existen según la ley; los órganos centralizados, órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente, que, a su vez, se dividen en institutos autónomos, empresas estatales, fundaciones, sociedades civiles y asociaciones civiles.

127

### 1.3 \_ Otras Formas de Administración Pública.

El Estado venezolano actúa en la mayoría de las áreas sociales. Por ende, el Estado necesita de una gran cantidad de órganos y entes de los que valerse para realizar su labor. A lo largo de la Constitución se encuentran varios ejemplos del alcance del Poder Público y la Administración Pública. En primer lugar, concretamente en el artículo 4, se describe a Venezuela como "un Estado Federal Descentralizado." Lo que significa de acuerdo a Tremont y Caldera (2018) que el:

Estado federal puede ser definido como un conjunto de estados autónomos, independientes y soberanos que por una determinada decisión se unen creando un ente con personalidad jurídica, al cual ceden parte de su soberanía para el ejercicio de ciertas competencias. De este modo, los poseedores iniciales de las competencias para ejercer el poder público son los estados miembros de la federación, quienes por la vía de la delegación, como excepción a la regla, transfieren el ejercicio de algunas de estas competencias al poder federal. Pág. 56.

En el Título II y III se hace referencia al espacio geográfico y la división político territorial, que vendría a constituir la forma vertical de distribuir el poder, donde el artículo 16 se garantiza la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa de cada ente político territorial frente al poder central.

Esto puede parecer contradictorio ante el artículo 18 "La Ciudad de Caracas es la Capital de la República y el asiento de los órganos del Poder Nacional. Lo dispuesto en este artículo no impide el ejercicio del Poder Nacional en otros lugares de la República." Sin embargo, no lo es, debido a que como se ha explicado anteriormente, el poder es indivisible, pero se distribuyen sus competencias en varios niveles, mientras que el Poder Central o Nacional, se encuentra en Caracas, al ser la Capital del Estado.

Los Títulos IV y V son aquellos dedicados completamente al Poder Público, donde, entre otros preceptos establece, que la Constitución y la ley son las que establecen las actividades del Poder Público, dividido en sus varios niveles, así, como la garantía a los administrados en caso de errores de la administración sobre sus personas y bienes. Cabe destacar, que tanto la Administración como el Poder Público, necesitan de personas naturales que realicen determinadas tareas para que los órganos y entes alcancen sus



objetivos, y, se les denomina funcionarios públicos, que deben estar al servicio del Estado. Deben ser imparciales, y se hace mención a la clasificación de los mismos.<sup>(2)</sup>

De este modo, el artículo 156 establece mediante una lista de 33 numerales, las competencias específicas del Poder Público, entre las que se hallan lo tocante con los extranjeros, la actuación internacional de Venezuela, la regulación del comercio exterior, referente a la organización interna le compete la policía, la fuerza armada, la regulación del sistema financiero y tributario, las obras públicas, las estadísticas nacionales, los servicios públicos, la administración de justicia, de los recursos naturales y de la producción agrícola, pesquera y ganadera. Y todas requieren de Ministerios como unidades organizativas de dirección administrativa, con ayuda de los órganos y de los entes descentralizados funcionalmente.

Respecto a la Administración Pública, esta establece sus principios, que el mecanismo de creación de las “*entidades de cualquier naturaleza*” estará regido por la ley, y el derecho de los administrados para obtener información sobre los documentos públicos y administrativos, con excepción de los archivos razonados confidenciales. Es necesario resaltar, que el artículo 156 también menciona como competencias del Poder Público el servicio de identificación, la sanidad, seguridad alimentaria, educación y salud. Estos últimos son derechos de los administrados, como se establece a lo largo del Título III “*De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes.*” En el que además se exponen los derechos civiles.

En base a lo anteriormente expuesto, puede decirse que el Poder Público y la Administración Pública, no sólo se limita a las entidades y a su estructura interna, sino, que a través de éstas se facilitan una serie de servicios a los administrados, asimismo, se obtienen recursos económicos para prestar dichos servicios. Además, para regular las entidades referentes al Poder Público y a la Administración Pública, la Constitución dispone la creación de diversas leyes.

## **2.\_ Fundamentos Legales Preliminares de la Administración Pública.**

Hay varias leyes que regulan la Administración Pública del Estado, desde los funcionarios públicos, hasta los organismos que la componen. Sin embargo, una de las más relevantes es la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP) de 2014, cuyo objetivo es, entre otros puntos “establecer los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública.”

En dicha ley, se establece todo lo referente a los principios que rigen la Administración, los derechos de los administrados, las garantías

(2) De acuerdo al artículo 146 de la CRBV: “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los 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 y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.” Los distintos tipos de funcionarios públicos se basan en la forma en que ingresa, o, que son removidos de su cargo, y, la estabilidad que puedan tener en su puesto.

constitucionales, lo relativo a los órganos, su creación, jerarquía, modificación, la delegación y encomienda de sus funciones y la forma de dirigir sus actividades internas.

La definición de órgano según la ley, se encuentra en el artículo 15 donde establece: “*Se entiende como órganos, las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos, y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos o cuya actuación tenga carácter regulatorio.*” El mismo artículo organiza los entes y órganos de la administración, especificando que sólo pueden ser creados, modificados o suprimidos por los titulares de la potestad organizativa, siempre cumplan con los requisitos que la ley prevé para determinado fin.

Cabe destacar, que la administración también cuenta con sistemas de apoyo, que tienen una estructura interna compleja, estando integrados por procesos, entes y otros órganos, algunos de los cuales están encargados de supervisar a los demás, por lo que se les permite acceso a cualquier información, para evaluar el desempeño, fiscalizar y ordenar las correcciones necesarias para el óptimo funcionamiento de los órganos de apoyo.

La LOAP desarrolla extensamente lo referente a los tipos organizativos, dedicando capítulos específicos para los órganos centralizados y desconcentrados, así como para las diversos tipos de entes descentralizados funcionalmente, y, cada una de las estructuras centrales nacionales, como los Ministerios o las Direcciones Sectoriales. De acuerdo al autor Herrera (2016):

El DLOAP establece, como se indicó, una serie de normas dirigidas a racionalizar y hacer eficiente el ejercicio de la potestad organizativa de la Administración Pública, de modo que se creen sólo los entes y órganos estrictamente necesarios, y se asignen los recursos que sean requeridos para su funcionamiento, sin excesos ni desproporción, lo que es sin duda beneficioso para la ciudadanía y el funcionamiento del Estado; sin embargo, esas normas no son supervisadas en su cumplimiento por la Contraloría General ni tampoco por los Tribunales, en principio es el propio Gobierno el llamado a cumplirlas por su propia voluntad, lo que es ilusorio y contrario a la naturaleza misma del poder, de modo que la falta de controles de cumplimiento de esas normas, debido a la insuficiencia del DLOAP. Pág. 28.

No obstante, algunos de los controles mencionados se encuentran en la Ley sobre adscripción de Institutos Autónomos, empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado (2001), concretamente en el artículo 15,<sup>(3)</sup> aunque sólo se trata de controles de los entes

<sup>(3)</sup> Artículo 15: “Como consecuencia de la adscripción prevista en este Decreto Ley, los órganos de la Administración Central señalados en el mismo, ejercerán sobre los entes que se le adscriben los siguientes tipos de control:

1. Control de tutela, en el caso de los Institutos Autónomos, el cual se ejercerá de acuerdo con los términos establecidos en las respectivas leyes de creación de los mismos.
2. Control accionario, cuando se trate de Empresas del Estado, el cual se verificará ejerciendo la representación de la República en las mismas.
3. Control estatutario, en los casos de Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley N° 677 de fecha 21 de junio de 1985, así como en el Decreto que autorizó su constitución y lo regulado en sus estatutos sociales.” Cada artículo establece, cada categoría de ente descentralizado funcionalmente con un tipo de control, que le corresponde, en base a su naturaleza. Es importante decir, que carece de sentido una Ley como esta. El dinamismo de la Administración Pública es muy difícil de domeñar con una Ley tan estática como la presente. Por eso, es muy cuestionada y carente de utilidad.

descentralizados funcionalmente, los cuales serán estudiados próximamente. Además, esta ley se encarga de distribuir que antes se hallan subordinados a determinados órganos centralizados en relación a su competencia y funda leyes puntuales referentes a la adscripción.

No obstante, es una Ley carente de sentido, que estatifica a la dinámica administrativa del Estado venezolano, pues, actualmente, la realidad organizativa es muy diferente a lo estipulado a la actual Ley Sobre Adscripción de Institutos y demás, pudiéndose creer entonces, que muchos de dichos entes descentralizados funcionalmente que allí aparecen, todavía existen; o, que existiendo todavía, lo hacen conforme lo indica esa Ley.

Otra ley importante, en relación a este artículo, es la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981 (LOPA), la cual hace referencia a los actos dictados por la Administración y a su actividad interna, así como lo relevante respecto a los funcionarios públicos y a las sanciones en las que pueden incurrir, ante las peticiones de los administrados, y, los recursos que se pueden interponer para finalizar un determinado procedimiento.

La LOPA engloba en lo que se entiende por acto administrativo a cualquier declaración emitida por los órganos de la Administración Pública. Según García Soto (2020):

La LOPA establece con carácter general los requisitos formales y materiales de validez del acto administrativo, de manera que si el acto administrativo incumple uno de sus requisitos, podrá declararse que incurre en algún vicio del acto administrativo, lo que podría acarrear eventualmente su nulidad. Pág. 341.

Asimismo, esta Ley dicta sus límites como el no poder crear sanciones ni impuestos, tampoco pueden contravenir lo ya establecido en leyes u otros actos superiores en jerarquía. Siendo los de mayor superioridad los decretos, seguidos por las resoluciones, ambos dictados por dos órganos centralizados, el Presidente Ejecutivo y los Ministros. Finalmente se encuentran las órdenes y providencias, dictadas por los órganos que la administración considere competentes para ello, que tienen rango inferior a los Decretos y Resoluciones, que además pueden ser dictados por el resto de los órganos (centrales, desconcentrados), y también los entes descentralizados.

La ley dedica su Título II, al funcionamiento de actividad administrativa, regida por los principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad; aboga por el uso de sistemas y métodos organizados que garanticen el funcionamiento óptimo de los órganos que componen la administración. Además, la ley establece que la entidad deberá informar no sólo a los interesados sobre su caso específico, sino también al público en general, sobre las competencias y fines del organismo, también deben publicarse en gaceta oficial todos sus reglamentos e instrucciones internas.

## 2.1. Tipos de Órganos.

El Título III de la LOAP establece lo referente al nivel central de la Administración Pública, expone las competencias de los órganos superiores de dirección, encargados según el artículo 45 de:

Dirigir la política interior y exterior de la República, ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (...) Asimismo, tendrán a su cargo la conducción estratégica del Estado, y, en especial, la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados (...) ejercerán la rectoría y el control de la actividad y de las políticas desarrolladas por los órganos inferiores.

De ello, se infiere, que estos órganos son de suma importancia para el funcionamiento del Estado, ya que emana de sus competencias la forma en que los demás órganos han de regirse y las políticas que el Estado ha de seguir tanto en el interior como en el exterior. La misma ley menciona y desarrolla a lo largo del mismo Título, a los órganos superiores de dirección, entre los que se encuentran el Presidente, Vicepresidente, Consejo de Ministros, Vicepresidentes Sectoriales.

Sin embargo, también existen los órganos superiores de consulta, cuya competencia es servir a los órganos superiores para informarse antes de tomar las decisiones que les corresponden. La ley establece que estos sean: la Procuraduría General, las Juntas Sectoriales, y Juntas Ministeriales, el Consejo de Defensa, y el Consejo de Estado. Este último, es el encargado de recomendar políticas internas al Presidente, así como informar su opinión cuando le sea solicitada.

No obstante, la misma Administración Central escoge Autoridades Regionales a nivel municipal, y a otras unidades administrativas para que ejecuten, controlen y desarrollen las políticas escogidas por los órganos superiores en determinado territorio, para planearlas y llevarlas a cabo adecuándolas en base a sus necesidades específicas, siempre con la debida asignación de los recursos para cumplir su cometido.<sup>(4)</sup> Respecto al control Salvadores de Arzuaga (2005) dice:

Control es la aptitud o potestad que tiene un órgano para limitar los actos de otro o de intervenir en él. (...) El control importa una relación de subordinación del órgano controlado al órgano controlante. Esta relación es típica de la relación de control y no se traslada necesariamente a la ubicación o posición jerárquica en que se distribuye el poder en la Constitución. La ubicación constitucional es independiente de la relación de control, pues esta última se manifiesta

(4) Artículo 74 de la LOAP: "La Presidenta o Presidente de la República podrá designar Autoridades Únicas de Área para el desarrollo del territorio o programas regionales, con las atribuciones que determinen las disposiciones legales sobre la materia y los Decretos que las crearen." CRF De un modo similar a las autoridades regionales también funcionan las autoridades únicas de área.

ante conductas concretas que están sujetas a ser controladas. Pág. 123.

Algunos de los órganos centralizados pueden desconcentrarse, sin que esto sea ajeno a sus competencias, es decir, delegar sus competencias a otros órganos, en virtud de disponer correctamente de la organización interna, sin que los superiores pierdan la posición de jerarquía que ocupan frente a sus derivados, tales son conocidos como órganos desconcentrados.

La LOAP establece lo relacionado a ellos en el Título IV, Capítulo I, como principales características de los órganos desconcentrados que se pueden extraer de la ley, se encuentran que, carecen de personalidad jurídica, tienen la capacidad de gestionar sus propio ingresos para ser invertido en el servicio que presta, poseen un reglamento interno y un órgano centralizado debe controlarlos por su jerarquía.

La facultad que la ley y los órganos superiores delegan a los órganos desconcentrados para manejar sus ingresos es un requisito fundamental para que pueda considerársele como tal, pues el artículo 94 establece "Sólo podrá otorgarse el carácter de servicio desconcentrado en aquellos casos de prestación de servicios a cargo del Estado que permitan, efectivamente, la captación de ingresos." Además, dichos ingresos no forman parte del tesoro, por lo que sólo deben ser usados para cumplir con las competencias del órgano.

Cabe destacar que, el Presidente puede crear órganos desconcentrados pero son los Ministros, Vicepresidentes<sup>(5)</sup> y las Oficinas Nacionales quienes pueden ejercer el control de dichos órganos, aunque puede hacer variar la dependencia jerárquica y traspasar sus competencias de control a otro órgano superior de la Administración Pública. Los bienes del órgano desconcentrado, también cambiarán en favor del órgano central que detente su control, con excepción de que el Presidente Ejecutivo disponga lo contrario.

### 3. Los Entes Descentralizados Funcionalmente.

Además de los órganos ya mencionados existe otra forma en que las competencias del Poder Público son distribuidas, y estos son los entes descentralizados funcionalmente, cuya definición y características varían dependiendo del momento histórico y el lugar. No obstante, Garrido obtiene de la Ley Orgánica de la Administración Pública (2001) ciertos elementos que poseen los entes de esta categoría: "*Personalidad jurídica, actividad económica o fin para el que se hubiere creado, ejercicio de Potestades Públicas y Régimen Jurídico aplicable.*"

Difiere de los órganos, ya que la ley le dota de una personalidad jurídica propia, facultándolo para depender parcialmente de sí mismo en relación a la entidad territorial a la que se encuentren adjuntos. Respecto a la actividad económica o fin para el cual fueron creados, pueden tener forma de Derecho Público o de Derecho Privado, pero su fin está orientado a prestar un servicio de carácter público, lo que conlleva a ampliar el ámbito de acción de los entes.

---

(5) Vice-Presidente Ejecutivo o Vice-Presidentes Sectoriales.

Pese a la descentralización y al grado de autonomía que poseen, hacen ejercicio del imperio del Estado frente a los particulares. En consecuencia, ellos emanan actos de obligatorio cumplimiento, pueden reglamentar, sancionar y organizar, siempre que el régimen jurídico lo permita, es decir que la Constitución y la ley los facultan a ello.

Por otra parte, para interponer algún recurso frente a cualquier órgano o ente deberá hacerse frente al contencioso administrativo, que a su vez puede enviar el caso a los tribunales si lo considera necesario. La Sentencia N° 1700 del 7 de Agosto de 2007 (SC-TS) establece:

No resulta idóneo frente al principio de acceso a la justicia, siendo necesario aproximar la competencia en aquellos tribunales contenciosos más próximos para el justiciable, ello, por considerarse que de esta manera en lo referente a la protección constitucional se estaría dando cumplimiento a la parte final del artículo 259 de la Constitución cuando dispone que es deber para el Estado de 'disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.' Por ende, esta Sala determina que el criterio residual no regirá en materia de amparo, por lo que en aquellos supuestos donde el contencioso administrativo general le asigne la competencia a las Cortes para el control de los actos, ese criterio no será aplicable para las acciones de amparo autónomo, aplicándose, en razón del acceso a la justicia, la competencia de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo con competencia territorial donde se ubique el ente descentralizado funcionalmente (v.gr. Universidades Nacionales) o se encuentre la dependencia desconcentrada de la Administración Central, que, por su jerarquía, no conozca esta Sala Constitucional.

La jurisprudencia determina que los entes u órganos que se encuentren descentralizados tanto territorial como funcionalmente quedan sometidos, mediante el régimen de competencias, al control de los Juzgados Superiores Civiles y Contenciosos Administrativos del lugar del territorio donde se ubiquen los mismos. La misma sentencia coloca el ejemplo de que si determinado órgano genera una lesión en Caracas, la competencia recae en los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Sin embargo, la sentencia citada fue sometida a reinterpretación dos años más tarde y la Sentencia N° 1.659 de fecha 01 de Diciembre del 2009 (SC-TS), estipula cuando este "atribuida la competencia por ley para conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos, la competencia para conocer de los amparos constitucionales, le corresponden a dichos órganos jurisdiccionales." Si bien, no cambia la decisión original viene a ampliarla con un nuevo criterio.

Retomando lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública (2014) en su Título IV, Capítulo II a lo largo de sus primeras cuatro secciones se estipula lo referente a los cuatro tipos de entes descentralizados funcionalmente, es decir, institutos autónomos, empresas, fundaciones y asociaciones civiles del Estado. También, ya mencionada Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a las unidades organizativas de la Administración Pública que rigen sobre la materia y las relaciones de subordinación de unos entes frente a otros.

### 3.1 \_ Los Institutos Autónomos.

Son entes descentralizados funcionalmente, por tal razón cumplen con las características anteriormente expuestas. La Constitución establece su existencia al igual que los de otros entes en el artículo 142, sin embargo, hace especial énfasis en los institutos autónomos: *“Los institutos autónomos sólo podrán crearse por ley. Tales instituciones (...) estarán sujetas al control del Estado, en la forma que la ley establezca.”*

Respecto a este ámbito la Constitución remite a la ley, salvo por la estipulación del control estatal. Ello se encuentra en el Título IV, Capítulo II, Sección Primera de la LOAP, donde inmediatamente se explica su naturaleza. Garrido de Cárdenas (2002) complementa la definición, en base a una similar de la derogada LOAP (2001) de la siguiente manera:

Son personas jurídicas de Derecho Público y de naturaleza fundacional. Por tanto, son sujetos de derecho, administran su propio patrimonio y tienen responsabilidad patrimonial. No existe un límite en cuanto a la actividad que pueden desarrollar. En todo caso, debe representar un servicio público y estar determinada en la ley que le da origen. Se hallan adscritos a la Administración Central. Aun cuando tienen autonomía, quedan sujetos al control de tutela del órgano de adscripción. Pág. 16.

En la ley actual se encuentra en primer lugar, la descripción de su naturaleza como ente, es decir, su creación es acordada mediante ley u ordenanza municipal, ley nacional, estatal o municipal que debe incluir sus competencias, su nivel de autogestión en materia financiera, su estructura organizativa, la forma de control al cual estará sometido el instituto autónomo, así como los entes adscritos a él, en caso de haberlos. De manera similar, para ser suprimidos deberá existir una ley que establecerá como ocurrirá su disolución y quien asumirá sus competencias.

Además, la LOAP establece que los institutos autónomos, quedarán sujetos tanto a las leyes como a los lineamientos de los órganos centrales, quienes poseerán sobre los mismos el control tutelar, descrito por Peña Solís (2002) como:

El instrumento que permite a un ente de derecho público supervisar y controlar a otro ente de derecho privado que le pertenece, o donde tiene una

participación mayoritaria o decisiva, y mediante el cual puede orientar y dirigir su actuación (...) La tutela se da entre los entes de la Administración Central y los de la Administración Descentralizada, pero nada impide que también exista entre entes descentralizados cuando uno de ellos, a su vez, descentraliza sus funciones o cometidos. Pág. 333.

Por otra parte, la Ley Sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones, Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado, a los Órganos de la Administración Pública establece en sus artículos a que Ministerio están adscritos determinados institutos autónomos, por ejemplo el Instituto Autónomo Biblioteca Nacional y de Servicios de Bibliotecas, al igual que el Instituto Nacional de Deportes, están adscritos al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.<sup>(6)</sup>

Habiendo explicado lo referente a los institutos autónomos, se hace necesario mencionar brevemente al régimen jurídico de las universidades, establecidas por la Ley de Universidades como autónomas, que son calificadas por algunos doctrinarios como Institutos autónomos. No obstante, otros lo califican de entes Corporativos. La jurisprudencia pocas veces aclara su naturaleza, en su lugar, se enfoca a dictaminar sobre si son competentes o no para dictar actos administrativos. No obstante, en la Sentencia N° 1498 del 21 de octubre de 2009 (SPA-TSJ) se establece:

Una Universidad Nacional, la cual no puede ser considerada como la República, ni empresa del Estado. Sin embargo, las Universidades nacionales o públicas participan de la naturaleza de los Institutos Autónomos, en cuanto a sus componentes estructurales, tales como personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente al Fisco Nacional y además, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Universidades, se trata de instituciones al servicio de la Nación formando parte de la Administración Pública Nacional y por tanto, por participar de las características principales de aquellos institutos, y por los intereses fundamentales que representan, se justifica, que a los fines de su protección jurisdiccional, se les extienda el fuero contencioso administrativo y por ello, el conocimiento de cualquier acción o recurso que se ejerza en su contra, corresponde al igual que en los casos de los institutos autónomos, a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Lo cual deja claro, al igual que otras sentencias anteriores que su jurisdicción es la contencioso administrativa, pero lo más resaltante es que define a las Universidades Nacionales como Institutos Autónomos, y explica a su vez las razones que llevan al fallo, como que encuadran en su estructura, preceptos de creación y coincide en la naturaleza mencionada por la ley para los institutos autónomos.

<sup>(6)</sup> Así está establecido en el artículo 6 de dicha ley. No obstante, sus competencias fueron asumidos por otros ministerios que pudieran suplir al anterior como el Ministerio del Poder Popular para la Educación, el Ministerio del Poder Popular para la Cultura y el Ministerio del Poder Popular para la Juventud y Deportes.



### 3.2 \_ Las Empresas del Estado.

No existe un consenso más allá de un esbozo general para definir las empresas estatales o públicas, ya que esta definición se adapta a la forma del Estado, las políticas y la ideología preponderante que el mismo siga. La LOAP en el Artículo 103 las define como personas jurídicas de derecho público con forma de derecho privado, es decir, que para su creación siguen el procedimiento habitual del derecho privado pero alguno de los niveles verticales del Poder Público<sup>(7)</sup> debe poseer una participación mayor a la mitad del capital social.

Ibáñez (1985) menciona características generales e importantes para calificar a una empresa como estatal:

Que su campo de actividad sea mercantil (...). Debe entenderse entonces que están excluidas las siguientes actividades, que no son de negocios: administración pública, defensa nacional, actividades puramente regulatorias y promocionales, servicios sociales y comunitarios, incluyendo salud y educación, y organizaciones culturales y de investigación; la idea de excedente o rentabilidad sería esencial para el concepto de empresa, que debería orientarse a obtener (por lo menos un mínimo) un retorno sobre la inversión; que su producción se coloque en el mercado, obteniendo de los clientes o usuarios un ingreso con el cual se mantendrá básicamente la organización. Pág. 17.

Es decir, una empresa estatal debe cumplir los mismos preceptos de una empresa privada, y dedicarse a ámbitos comerciales *que generen algún beneficio económico*, que le permita al menos sufragar los costos básicos del servicio ofrecido.

La creación de una empresa estatal no es exactamente igual a una privada, esto se encuentra señalado en el Artículo 104 de la LOAP, en primer lugar, debe ser autorizada por el Ejecutivo correspondiente en Decreto, se registra conforme al derecho privado, es decir, se formaliza su acta constitutiva en el registro mercantil y se archivan tanto como los estatutos como el Decreto mencionado. Cabe destacar que, este tipo de empresas están exentas para los trámites relacionados con su creación de los diversos aranceles y tasas que normalmente se solicitan. Además, todos los documentos relacionados a las empresas estatales deben publicarse en la Gaceta Oficial, o, en otro medio según corresponda.

Sobre la composición accionarial de las empresas del Estado, sólo pueden ser consideradas como tales, aquellas donde este tenga una participación igual o mayor al 50% del capital. Sin embargo, hay empresas que tienen un sólo accionista, pudiendo ser uno de los niveles verticales del Poder Público u otro ente. Este dato no afecta a la empresa estatal siempre que cumpla con el porcentaje requerido de capital.

Las empresas estatales están sometidas a un control accionarial. Descrito por Peña Solís (2002) como:

(7) Entiéndase la República, los estados, distritos metropolitanos o municipios. Aunque también puede poseer dicha participación otro ente descentralizado funcionalmente.

La primera (Administración Central) no ejerce un control de tutela sobre la segunda (empresa del Estado), sino que el mismo, dada la naturaleza de derecho privado de ésta, es accionarial, es decir, mediante el ejercicio de los poderes derivados de tener el control accionario de la sociedad. Pág 333.

Contrario a los institutos autónomos sometidos a un control tutelar, las empresas privadas tienen un control accionarial. Ello significa, que son controladas por su junta de accionistas, o uno sólo de ellos, según sea el caso. Lo que les concede cierto grado de autonomía para tomar las decisiones competentes a su rendimiento. Los accionistas deben ser registrados como establece el artículo 109 de la LOAP:

El órgano nacional, estatal, distrital o municipal que sea competente en materia presupuestaria, según corresponda, llevará un registro de la composición accionaria de las empresas donde el Estado tenga participación en su capital social, y remitirá semestralmente copia del mismo a la comisión correspondiente de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos, de los cabildos metropolitanos o de los consejos municipales, dentro de los primeros treinta (30) días del semestre siguiente.

El artículo explica que los accionistas deben ser registrados y controlados por el órgano correspondiente a su naturaleza, con una frecuencia de seis meses. Además el registro de accionistas debe constar en el órgano legislativo respectivo.

### **3.3 -. Las Fundaciones del Estado.**

La definición de qué son las fundaciones del Estado está claramente establecida en el artículo 110 de la LOAP, la cual expresa:

Son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio está afectado a un objeto de utilidad general, artístico, científico, literario, benéfico, o social, en cuyo acto de constitución participe la República, los estados, los distritos metropolitanos, los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, siempre que su patrimonio inicial se realice con aportes del Estado en un porcentaje mayor al cincuenta por ciento. Igualmente, son fundaciones del Estado aquellas cuyo patrimonio pase a estar integrado, en la misma proporción, por aportes de los referidos entes, independientemente de quienes hubieren sido sus fundadores.

Lo más destacado de este artículo es que define a las fundaciones del Estado en la medida en la que su patrimonio esté enfocado a la utilidad pública, pudiendo esta ser de muchos tipos, como: artístico, literario, científico, benéfico, entre otras, además los aportes del Estado deben ser superiores al cincuenta por ciento del total de los mismos.

Para complementar esta definición el autor Brewer-Carías (1984) comenta que: *“La fundación es una universalidad de bienes dotada de personalidad jurídica, es decir, un patrimonio destinado a un fin de utilidad general.”* Pág. 5.

Este mismo autor aclara que la clave para entender a la fundación como tal, es su elemento patrimonial, el cual siempre responde a un fin de utilidad pública, lo más común es, que el primer aporte para este patrimonio se realice a través de la donación. Las fundaciones se establecen mediante un negocio de derecho privado, que es la constitución de la fundación, pudiendo ser esta adoptada por personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, por ello el autor ya mencionado escribe:

No solo los particulares o las sociedades civiles o mercantiles pueden erigirse en fundaciones de estas entidades, sino también las personas jurídicas de derecho público: las entidades político territoriales (La República, los estados y los municipios) y los establecimientos públicos (institutos autónomos, Universidades Nacionales, etc.). Pág. 6.

También es importante señalar como es la creación de las fundaciones del Estado, la cual está establecida en el artículo 111 de la LOAP:

La creación de las fundaciones del Estado será autorizada respectivamente por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes. Adquirirán la personalidad jurídica con la protocolización de su acta constitutiva en la oficina subalterna de registro correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus estatutos y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o del medio de publicación oficial correspondiente donde aparezca publicado el instrumento jurídico que autorice su creación. Los trámites de registro de los documentos referidos a las fundaciones del Estado, estarán exentos del pago de aranceles y otras tasas previstas en la legislación que regula la actividad notarial y registral.

El artículo describe lo fundamental para la creación de las fundaciones del Estado, donde es necesaria la aprobación del presidente de la República, a diferencia de los demás tipos de entes descentralizados, una vez aprobada se procederá a publicar donde corresponda el documento probatorio donde se autorice dicha creación.

Otro requisito adicional al porcentaje de los aportes del Estado (para que sean consideradas fundaciones del Estado), es la necesidad de que sean los entes estatales los que se encarguen de la dirección de las fundaciones. En este sentido, Brewer-Carías (1984) dice:

Si el aporte de bienes y derechos a los efectos de la constitución del patrimonio de la fundación en el acto

fundacional es realizada por los entes estatales que actúen como fundadores en una proporción superior al cincuenta por ciento del patrimonio de la fundación, aun cuando participen también particulares o empresas privadas como fundadores, la fundación puede considerarse como fundación del Estado, siempre que estos entes conserven la dirección de la fundación. Pág.9.

En este sentido, las direcciones de las fundaciones del Estado siempre estarán regidas por el mismo Estado por medio de sus distintos entes para ese fin.

139

### **3.4 \_ De las Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado.**

Los parámetros que indican cuales son las asociaciones y sociedades civiles del Estado, se encuentran en el artículo 116 de la LOAP, en los siguientes términos:

Serán asociaciones y sociedades civiles del Estado aquellas en las que la República o sus entes descentralizados funcionalmente posean más del cincuenta por ciento de las cuotas de participación, y aquellas conformadas en la misma proporción por aporte de los mencionados entes, siempre que tales aportes hubiesen sido efectuados en calidad de socio o miembro.

De este artículo se puede concluir que las cuotas de participación del Estado serán siempre de más del cincuenta por ciento para las asociaciones y sociedades civiles del Estado, pero también existe el requisito fundamental de que dichos aportes sean efectuados por el Estado o sus distintos entes en calidad de socios o miembros. No obstante se hace necesario entender que son las asociaciones y sociedades civiles del Estado, de acuerdo a Soto (2020):

Son entidades de las que se vale el Estado para su específica y única finalidad, (...) promover el bien común de la sociedad política, de la comunidad nacional, en el orden temporal, estando al servicio de las personas, reales y concretas, que conforman nuestra Nación. Pág. 335.

En cuanto a la creación de estas asociaciones o sociedades civiles cita al artículo 117 de la LOAP, que expone:

La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado deberá ser autorizada por la Presidenta o Presidente de la República mediante Decreto. Adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos y de la Gaceta

Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, donde aparezca publicado el Decreto que autorice la creación.

En el artículo anterior se observa una similitud con el artículo 111 de la misma la ley, el cual se refiere a la creación de las fundaciones del Estado, las creaciones de las asociaciones y sociedades civiles del Estado deberán ser siempre aprobadas por el Presidente Ejecutivo. Además, se requiere que sea publicado por el medio correspondiente el documento probatorio que autorice su creación.

Cabe destacar, tanto las asociaciones y sociedades civiles del Estado como las fundaciones del Estado se encuentran bajo control estatutario, es decir, que se rigen por sus propios estatutos, determinados al momento de su creación aunque pueden modificarse posteriormente.

### CONCLUSIONES

El Poder Público tiene muchas áreas de acción en el Estado venezolano, quien como "*Estado Federal Descentralizado*" distribuye sus competencias horizontal y verticalmente para llegar a los administrados para cumplir con todos sus fines y competencias, que van desde legislar hasta encargarse de la educación.

La Constitución como norma fundamental establece los preceptos básicos para cada uno de los cometidos principales del Estado. También, sienta las bases de la Administración Pública, que será desarrollada extensamente en leyes, a fin de organizarla mejor. Entre ellas se encuentran, la Ley Orgánica de la Administración Pública (2014), Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (2015) y la Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones y Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado (2001).

Las leyes hacen referencia a varios tipos de órganos como centralizados, que a su vez pueden ser de dirección o consultivos, desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente. Siendo estos últimos, los que se han estudiado con mayor detenimiento a lo largo de este artículo, entendidos como entes creados con un fin o actividad económica específica, con personalidad jurídica propia, que puede ejercer Potestades Públicas y que posee un Régimen Jurídico aplicable. También, los entes descentralizados funcionalmente se clasifican en institutos autónomos, empresas estatales, fundaciones, sociedades civiles y asociaciones civiles del Estado.

Los institutos autónomos son sujetos de derecho, que tienen la potestad de administrar su propio patrimonio y responsabilizarse por el mismo. Además representan un servicio público, y el control que la ley establece para ellos es tutelar. Por estas razones, también a las universidades se les considera institutos autónomos, aunque la legislación no es clara, se puede obtener mayores detalles en la jurisprudencia.

Las empresas estatales funcionan de un modo similar a las empresas privadas, es decir, ambas se dedican a ámbitos comerciales que les generen

ganancias monetarias, que le permitan continuar prestando un servicio. No obstante, se diferencian en que las empresas estatales deben tener al menos el 50% del capital social proveniente del Estado en alguna de sus formas, así como ser creados por orden del mismo con alguna utilidad pública más allá de la captación de ingresos.

Asimismo, las fundaciones del Estado funcionan de un modo similar a las privadas, enfocándose en lo cultural, científico o benéfico que sea útil a la colectividad y principalmente que el 50% o más de su capital inicial sea aportado por el Estado, aunque puede recibir donaciones. También, es necesario que la dirección de las fundaciones estatales sea competencia de otro órgano o ente.

Las fundaciones, al igual que las asociaciones y sociedades civiles del Estado se encuentran bajo un control estatutario. Estas últimas al igual que los anteriores buscan promover el bien común de la sociedad y la comunidad, aunque existan cuotas de participación para sus miembros.

Finalmente, los entes descentralizados funcionalmente, al igual que los órganos centralizados y desconcentrados, son creados para cumplir los cometidos del Estado, desde distintos puntos de vista según su naturaleza. Por esta razón, aunque puedan parecer similares a simple vista tienen un régimen jurídico diferente, orientado a organizar su actividad lo mejor posible.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

**Brewer Carías, A.** (1984) Las Fundaciones y su Control por el Estado, En "Revista de Derecho Público, N° 5. 18.

**Brewer-Carías, A.** (1980) "*Fundamentos de la Administración Pública.*" Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

**Brewer-Carías, A.** (2001) Consideraciones sobre el Régimen de Distribución de Competencias del Poder Público en la Constitución de 1999. En "VV.AA, Estudios de Derecho Administrativo." Págs. 107-138. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

**García, C.** (2020) Principio de la Formación del Derecho por Grados. En "VV. AA, *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales.*" Pág. 344. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional.

**Garrido, A.** (2001) Régimen De Organización De La Administración Pública Nacional En La Constitución De La República Bolivariana De Venezuela. En "VV.AA, *Estudios de Derecho Administrativo.*" Págs. 427-467. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

**Hernández, J.** (2020) Tercera Parte. El Estado Social de Derecho. En "VV.AA, Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales" Págs. 447-569. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional.

**Herrera, L. A.** (2016) La Potestad Organizativa en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Administración Pública de 2014, En "*Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello,*

N°1." Caracas, Venezuela. 20-29.

**Ibáñez, C.** (1985) Marco Conceptual y Definición de Empresa Pública, En "*C. Ibáñez, Análisis de la Política Pública en el Desarrollo de la Industria Naval Paraestatal 1983-1985*" Págs. 13-19. Calypso. México D.F. México.

**Priori, G. (2004)** La Competencia en el Proceso Civil Peruano, En "*Derecho & Sociedad. N° 22.*" 38-52.

**Salvadores de Arzuaga, C.** (2005) El Poder Público Nacional: su División y Control, En "*Provincia.*" Número Especial. 113-133.

**Solís, J. P.** (2002) "*Manual de Derecho Administrativo.*" Tribunal Supremo de Justicia. Caracas D.F., Venezuela.

**Soto, E.** (2020) Las Sociedades del Estado, En "*Revista de Derecho Administrativo Económico, N°4.* 335.

**Tremont, J.,-Caldera, J.** (2018) Naturaleza Jurídica del Estado Federal Descentralizado como Organización político-territorial en Venezuela, En "*Iustitia Socialis, N° 4.* 37-59.

**Gaceta Oficial 36.860.** Caracas, Venezuela: 30 de Diciembre de 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**Gaceta Oficial N° 6.147.** Caracas, Venezuela: 17 de Noviembre de 2014. Ley Orgánica de la Administración Pública.

**Gaceta Oficial N° 6.210.** Caracas, Venezuela: 30 de Diciembre de 2015. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

**Gaceta Oficial N° 2.818.** Caracas, Venezuela: 1 de Julio de 1981. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

**Gaceta Oficial N° 5.556.** Caracas: 02 de Noviembre de 2001. Ley sobre Adscripción de Institutos Autónomos, Empresas del Estado, Fundaciones y Asociaciones y Sociedades Civiles del Estado a los Órganos de la Administración Pública.

**Sentencia N° 1.498** del 21 de Octubre de 2007. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

**Sentencia N° 1.659** del 01 de Diciembre de 2009. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

**Sentencia N° 1.700** del 07 de Agosto de 2007. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

# ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

Análisis de la Sentencia N° 43 del 20 de Octubre de 2020  
Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de  
Justicia  
Ponencia: Magistrado Edgar Gavidea Rodríguez

Glasbell del C. Belandria Pernía<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.07>

Recepción: 12 de Diciembre de 2020

Aceptación: 28 de Diciembre de 2020

143

Al referirse al tema de la jurisprudencia y su avance en materia contencioso administrativa-laboral, se hace ineludible que se examinen las últimas decisiones, como la **Sentencia N° 43 de la SCS-TSJ de Fecha 20 de Octubre de 2020**, del juicio de nulidad de providencia administrativa conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos que insertó **TEXTILES GAMS, C.A.** contra una certificación e informe pericial emitidos por la hoy **GERENCIA ESTADAL DE SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES CAPITAL y VARGAS**, órgano desconcentrado del **INSTITUTO NACIONAL DE PREVENCIÓN, SALUD Y SEGURIDAD LABORALES**, donde se calificó que el **“SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO BILATERAL (...) DISCOPATÍA CERVICAL: HERNIA DISCAL C5-C6”** padecidos por **Ángela Del Carmen Vergara H.**, son enfermedades ocupacionales. La primera, contraída por ocasión del trabajo y, la segunda, agravada por el trabajo, causando una discapacidad parcial y permanente; y, 2) El Informe Pericial contenido en el Oficio N° 01422-12 de Fecha 14 -08-2012, donde se fijó el monto de cuatrocientos dieciocho mil seiscientos treinta y cuatro bolívares con cuarenta y un céntimos (Bs. 418.634,41), como cantidad mínima de la indemnización.<sup>(2)</sup>

El interés del análisis de esta Sentencia se genera al observar los criterios antagónicos que contiene, en cuanto a la circunstancia de la naturaleza del Informe Pericial, es decir, si es un “acto administrativo” o simplemente es un “acto de mero trámite” o “preparatorio,” con los posibles alcances en perjuicio de la trabajadora.

En la Sentencia bajo análisis, se reitera lo asentado en la Sentencia N° 828 de Fecha 7 de Julio de 2014, Caso: Telcel C.A. (actualmente Telefónica Venezolana C.A.), sobre el informe pericial, fija:

Del contenido del texto anteriormente transcrito, emerge con meridiana claridad que el Oficio N° 0288-11 **es un acto de trámite o preparatorio**, pues si bien emana de un órgano administrativo como es la Dirección Estatal de Salud de los Trabajadores de Miranda, adscrita al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), y está relacionado con la investigación de origen de enfermedad ocupacional llevada por esa Dirección, que arrojó como resultado la referida Certificación N° 0619-10, **el mismo obedece** – como lo refiere el propio numeral 3 del artículo 9 del Reglamento Parcial de la LOPCYMAT – **a un trámite previo para la eventual celebración de una futura transacción ante la sede administrativa, acto este que deberá concluir, en caso de celebrarse una transacción ante la Inspectoría del Trabajo, con una manifestación de voluntad definitiva del órgano administrativo decisor en**

(1) Magister Scientiarum en Ciencias Jurídicas Militares. Abogada egresada de la Universidad de Los Andes. E-mail: gbelandriap@gmail.com.

(2) Sala Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 43 de Fecha 20 de Octubre de 2020. Consultada en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/octubre/310153-043-201020-2020-16-219>. HTML



**cuanto a la respectiva homologación o no de dicho acto de autocomposición procesal.** (Destacado de la autora).

Así en el fallo analizado, se ratifica que el informe pericial de acuerdo con lo dispuesto en 9.3 del Reglamento Parcial de la LOPCYMAT, tiene “... *validez sólo en aras de celebrarse una transacción laboral en vía administrativa, la cual deberá ser homologada por el Inspector del Trabajo, es considerado un acto de mero trámite, por tanto no susceptible de ser demandada su nulidad, criterio este que ha imperado en esta Sala de Casación Social desde la fecha citada (véase s. N° 746 del 28 de Julio de 2016, entre otras).*”

Sin embargo, la Sala Social en su argumentación señala, que en atención al principio de expectativa plausible y seguridad jurídica ampliamente desarrollados por la Sala Constitucional, y conforme al cual la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho,<sup>(3)</sup> por ende, dictaminó que el informe pericial es un acto administrativo. Con este caso, es de reflexionar, si el informe pericial es “*un acto definitivo*” o es un “*acto de trámite*,” a pesar que para el momento de la interposición de la demanda<sup>(4)</sup> y su admisión,<sup>(5)</sup> los criterios jurisprudenciales sostenían que era un “*acto administrativo.*”<sup>(6)</sup> Todo es, porque la Sala, le otorgó al informe pericial el carácter de acto jurídico-administrativo, conllevando a revisar su contenido (el salario e indemnización) y la posterior declaratoria de nulidad.

Es ineludible, en este corto trabajo, mencionar qué se debe entender por “acto administrativo.” Una noción en sentido amplio es, que son “*todas las declaraciones emanadas de los órganos del Estado, actuando en el ejercicio de la función administrativa, productoras de efectos jurídicos.*”<sup>(7)</sup> En sentido orgánico, “*las declaraciones de voluntad, de juicio o de conocimiento, emanadas de los órganos de la administración y que tengan por objeto producir efectos de derecho, generales e individuales;*”<sup>(8)</sup> y, el concepto legal, se encuentra en el artículo 7 LOPA, el cual acoge el criterio orgánico de “*acto administrativo,*” pero donde se indica, que debe ser emitida la declaración de acuerdo a las formalidades y requisitos legales<sup>(9) (10)</sup> (Principio de Legalidad).<sup>(11)</sup>

Por otro lado, el “*acto de mero trámite*” sería aquél que no califica dentro de lo que establece el artículo 85 LOPA,<sup>(12)</sup> porque no ponen fin a un procedimiento administrativo, tampoco imposibilita su continuación, ni causa indefensión o se le prejuzga como definitivo. Lo que implica que estos actos de mero trámite, no son recurribles por orden legal. Además, la SPA-TSJ ha reiterado de manera pacífica el criterio, que los medios de impugnación de los actos administrativos “*solo proceden contra actos definitivos,*” considerándose que “*los actos de trámite no pueden ser objeto de impugnación, salvo que*

(3) Véase Sala Constitucional las Sentencias N° 956/2001, 3702/2003, 3703/2003, 401/2004, 867/2013 y 401/2004.

(4) Fecha de interposición de la demanda: 03 de Abril de 2013.

(5) Admitida por el Juzgador de primera instancia en Fecha 16 de Abril de 2013.

(6) Para esa fecha el criterio imperante en la Sala era, que el informe pericial tiene el carácter de acto administrativo, por lesionar los derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos de la parte recurrente, de conformidad con el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por tanto se admitía las demandas de nulidad ejercidas contra el mismo (Véase Sentencias N° 1.254/2012, N° 699/2013, entre otras).

(7) Lares, E. (1988) “Manual de Derecho Administrativo.” UCV. Séptima Edición. Caracas. Pág. 140.

(8) Ídem. Pág. 142.

(9) LOPA. Artículo 7. Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los órganos de la administración pública.

(10) Véase el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, prevé todo lo que debe contener un acto administrativo “definitivo.”

(11) CRBV. Artículo 137. La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

(12) LOPA. Artículo 85. Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos.

*impida la continuación de un procedimiento, causen indefensión o decidan indirectamente el fondo del asunto.*<sup>(13)</sup>

Ahora bien, la Sala Social ha fijado acertadamente que el informe pericial es un acto de trámite o preparatorio para la futura celebración de una transacción ante la sede administrativa, por ende, con ese acto no se termina un procedimiento, al mismo tiempo, es posterior a la Certificación donde se establece que la enfermedad o accidente es de origen laboral. Es claro, si es un acto preparatorio a la celebración de una transacción ante la Inspectoría del Trabajo, solo culminará con la manifestación de voluntad definitiva del órgano administrativo decisor, es decir, con la referida homologación o no de ese acto de autocomposición procesal.

Así es que, en el caso que ocupa la atención, al informe pericial se le califica como un “acto administrativo,” argumentándose que no es posible la aplicación retroactiva del vigente criterio (que es un acto de trámite o preparatorio), siendo necesario cuestionar tal resolución, porque no se analizó la naturaleza del Informe Pericial, lo que permite diferenciar entre lo que es un “acto administrativo definitivo” y un “acto de mérito trámite,” observándose, que el informe pericial no es un acto concluyente, sino una resulta a una consulta del *quantum referencial* de lo que le pudiese corresponder a la trabajadora o trabajador por concepto de indemnización a causa de un infortunio laboral, cuyo trámite es previo para la eventual celebración transaccional ante la Administración del Trabajo, como bien lo ha venido reiterando la SCS-TSJ desde el año 2014.

Asimismo, la sentencia estudiada muestra un caso muy particular, donde se le puede estar causando un gravamen a la trabajadora, debido a la fijación del salario y la cantidad de indemnización. Esta situación se produjo cuando declara el informe pericial como un acto administrativo, pasando a revisar su contenido.

Se debatía “el salario” utilizado por la Administración para fijar la indemnización, llegando a la conclusión que el salario correcto era el que había determinado la primera instancia, en base a la convención colectiva de trabajo, suscrita entre la **Empresa Textiles Gams, C.A.** y el Sindicato Unión Sindical de Trabajadores y Trabajadoras Bolivarianos y Socialistas de la Rama Industrial, Textil, Conexos y Similares del Distrito Capital (U-SINTRABOLS-RAITECON) y los recibos de pago insertos en las actas procesales. Si bien es cierto, son elementos de prueba que permitía determinar el salario, no menos cierto es, que por ser el informe pericial un acto previo cuya emisión se produce por la consulta que efectúa la trabajadora, luego de obtener la certificación con el objeto de conocer el posible *quantum* que le pudiese corresponder por la indemnización, el mismo no es definitivo sino “referencial” para el proceso de transacción que pueden celebrar los sujetos de la relación ante la Inspectoría de Trabajo. Destacando, el salario allí señalado, bajo ninguna circunstancia sería el definitivo para futuras controversias, en el supuesto de hecho que no se materialice la transacción.

En este caso, se observa, el debate que condujo a la nulidad del informe pericial es el salario integral diario aplicado por la Administración del Trabajo, con el fin de establecer el monto de la indemnización, lo que implica que se prejuzgó sobre el mismo, al fijar un nuevo salario integral que disminuyó la cantidad a indemnizar.<sup>(14)</sup> Esto causa cosa juzgada en el salario integral diario y la indemnización de la enfermedad ocupacional.

(13) Sala Político Administrativa. Sentencia 1.519 del 14 de Agosto de 2007; Sentencia N° 1.721 de Fecha 20 de Julio de 2000; Sentencia N° 1.255 de Fecha 12 de Julio de 2007, entre otras.

(14) El monto de “Bs. 163,24 «y no un salario integral diario de Bs. 260,66, lo que resultaría en consecuencia, un monto mínimo a indemnizar de Bs. 262.165,94 y no de Bs. 418.634,41» como erradamente se determinó en el Informe Pericial N° 01422-12 de Fecha 14 de Agosto de 2012”

Por ello, es de preguntarse, ¿es posible una afectación a futuro de los derechos de la trabajadora? Si se hubiese considerado -en este caso- que el informe pericial es un acto de mero trámite o preparatorio, no se hubiese generado tal juzgamiento debido a que existe una causal de inadmisibilidad sobrevenida a la admisión -por el criterio jurisprudencial que lo fijó como acto de mero trámite-, además, no es un acto conclusivo, sino referencial, y, por estar implicado el orden público puede declararse de oficio en cualquier estado y grado de la causa. Así solamente quedaría, la potestad de las partes de celebrar o no la transacción y se resguarda a futuro ese debate para la jurisdicción laboral, acompañado con todos los medios de pruebas.

En efecto, es de considerar, que se debe profundizar en la aplicación del criterio -retroactivo de la jurisprudencia- en la materia contencioso administrativo, para resguardar lo que puede generarse en la jurisdicción laboral, reconocida como especialísima y con postulados para tutelar jurídicamente al débil de la relación de trabajo, pues, ¿qué ocurre cuando el criterio anterior lesiona los derechos laborales de un trabajador o trabajadora? También, pensar si ¿existe un prejuizgamiento sobre el salario que puede afectar en otras pretensiones -a futuro- de la trabajadora? Por ello, sería interesante examinar los efectos y el alcance del criterio, relacionándolo con los principios *pro operario* (lo que más beneficie y mejor se interprete a favor del trabajador), progresividad e intangibilidad de los derechos laborales, también, observar la realidad de los hechos sobre las formas y/o apariencias y en la actualidad, la mengua de la moneda, entre otras peculiaridades.

---

---

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

**CORREDOR, ROMÁN Y ARDILA, JUAN. (2021)**  
**“CASACIÓN DE INSTANCIA POR CONTROL DIFUSO**  
**CONSTITUCIONAL.”** INSTITUTO DE ESTUDIOS  
DR. JOSÉ ROMÁN DUQUE CORREDOR. MATURÍN,  
ESTADO MONAGAS, VENEZUELA. PÁGS. 90.

147

Luis Alberto Martínez Chacón<sup>(1)</sup>

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.1.5.08>

Recepción: 04 de Junio de 2021

Aceptación: 04 de Junio de 2021

El Dr. José Román Duque Corredor es por demás, de los principales y más destacados autores nacionales en las áreas del derecho procesal civil y constitucional, entre otras, autor de diversos artículos publicados en revistas indexadas y con una amplia experiencia en el ejercicio del derecho y la magistratura siendo de los más destacados magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia; y el Dr. Juan Vicente Ardila Pañuela es miembro fundador del gabinete de abogados GAAA, con más de 35 años de experiencia, dedicación y estudio práctico de la casación civil en Venezuela, ambos son coautores del trabajo monográfico antes señalado que hoy me place reseñar para todos los lectores de esta revista. De antemano la trayectoria de estos grandes abogados promete sin lugar a duda la calidad, que puede ofrecer tan vasta experiencia en la carrera del derecho, no obstante, la concreción y simpleza con que se exponen temas de tal profundidad desde una óptica esencialmente jurisprudencial y de derecho comparado.

Así pues, se desarrolla esta obra partiendo principalmente del análisis de sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo contrastándolas entre sí y estableciendo la dicotomía existente entre estas, muy especialmente de las sentencias números 510 de fecha 28 de Julio de 2017 dictada por la Sala de Casación Civil y 362 de fecha 11 de Mayo de 2018 dictada por la Sala Constitucional en materia de control difuso y concentrado de la constitucionalidad. Pero no termina ahí su análisis comparativo, sino que además confronta ambas sentencias con el ordenamiento jurídico venezolano, esto es, con nada menos que las disposiciones constitucionales que regulan la materia y el desarrollo que les da la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y con la jurisprudencia constitucional sobre control de constitucionalidad que han proferido las distintas cortes constitucionales de la región latinoamericana, destacando la de países como Perú, Colombia, México y Puerto Rico. Todo esto con el objetivo de establecer la disonancia existente entre los antes referidos criterios jurisprudenciales nacionales con sus propios precedentes y con lo que significa en derecho, conforme a la jurisprudencia regional y la doctrina clásica el control concentrado de la constitucionalidad y el ejercicio de la judicatura apegado a la legalidad, a la división de los poderes públicos.

Los coautores en su obran exponen los detalles en torno a las sentencias *supra* indicadas y como estas llegan al conocimiento de la Sala de Casación

(1) Abogado mención Cum Laude Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela). Técnico Superior en Administración de Empresas. Egresado del Instituto Tecnológico Dr. Cristóbal Mendoza, Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Bicentenario de Aragua (UBA-Venezuela). Investigador Auxiliar del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).

Civil en primer término, y en segundo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia (en lo sucesivo SCC y SC respectivamente) y analizando de forma crítica el contenido de ambas sentencias, teniendo en cuenta los límites de las controversias planteadas en cada instancia enfocándose de manera sencilla en el control concentrado de la constitucionalidad en Venezuela, dando detalles teóricos sencillos sobre el control difuso y el concentrado, refiriendo sus antecedentes históricos, todo ello vinculado por supuesto a la significación que esto tiene y tuvo para modificar como en efecto se hizo, el procedimiento de Casación tal como se diseñó en el Código de Procedimiento Civil de 1987, aún vigente, mediante una sentencia de la SCC que en aplicación del control difuso de la constitucionalidad en un recurso de Casación que estaba conociendo, desaplicó con efectos *Erga Omnes* el contenido de los artículos 320, 322, 323 y 522, así como declaró en desuso el artículo 210 del CPC, eliminando el reenvío ordinario en la casación, la casación múltiple y el recurso de nulidad, como si esta sala pudiera dictar sentencias vinculantes para todos los jueces y magistrados de la república, o, como si a esta Sala le fuera dado efectuar un control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*.

O bien, dejando a un lado los eufemismos, como si la SCC pudiera efectuar el control concentrado de la constitucionalidad. Agréguese a esto que la SC contradictoriamente, aunque delató el error de la SCC al darle efecto *erga omnes* a su sentencia lo calificó como una mera formalidad y le concedió estos efectos anulando en control concentrado los artículos antes mencionados pero omitiendo las formalidades esenciales al procedimiento que anula actos del poder legislativo, que dicho sea de paso, nada tiene que ver con la revisión establecida en la ley que le correspondía hacer a la SC de las sentencia de control difuso proferida por la SCC.

Por si fuera poco, la SCC posteriormente en sentencia N° 254 del 29 de Mayo de 2018 dicto en *Obitter dicta* de una sentencia un reglamento vinculante y de carácter general para todos los jueces y magistrados de la República, para regular la nueva casación sin reenvío.

Además de o anterior, el trabajo monográfico aquí tratado denuncia otros aspectos legislados jurisprudencialmente respecto del recurso de casación civil, tal como la casación parcial, la creación de un cuarto falso supuesto en las conclusiones no existente en la ley, o, en anteriores criterios jurisprudenciales, y la interposición electrónica del recurso de casación y su impugnación. Terminan concluyendo los autores -*aquí me permitiré expresar lo que a mi entender es la conclusión de este trabajo*- que el activismo judicial y la hipocresía a la Constitución para trastocar los procedimientos, e invadir las competencias del poder legislativo solo crean gran inseguridad jurídica y producen procedimientos híbridos, o hasta novedosos con muchos inexplicados inconvenientes por su falta de armonía con el resto del ordenamiento jurídico, por lo que "*al cesar lo que es del cesar,*" el TSJ no debe legislar, sino que *incumbe a la Asamblea Nacional Actualizar los Procedimientos que Hagan falta*, el TSJ debe hacer cumplir la ley y solo darle la espalda esta, desaplicándola o anulándola para cumplir la Constitución respetando los procedimientos preestablecidos.

Este interesantísimo Libro consta de siete secciones bastante cómodas para su lectura, tituladas estas: I LAS FUENTES NO CONSTITUCIONALES DE LA NUEVA CASACION CIVIL en la que se introduce al lector de manera clara u sucinta a la problemática planteada, II LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD, explica detalladamente el contexto

de las sentencias analizadas, III EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD, este capítulo está dedicado a los antecedentes históricos jurisprudenciales del control difuso y su tratamiento en la región latinoamericana, IV LAS REGLAS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD y LA SENTENCIA N° 510 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2017 Y DE LA SCC, aquí analizan el plano legal y constitucional venezolano del control difuso en contraste con la sentencia señalada y se explica el falseamiento de la constitución que en opinión de los autores se efectuó, V LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LAS REGLAS PROCESALES FIJADAS FUERA DE LA RESERVA LEGAL, dedican este apartado a hacer algunas consideraciones sobre la nueva casación parcial y delatan la incongruencia de esta con el resto del sistema de casación civil en Venezuela, VI LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA SALA DE CASACION CIVIL Y DE LA SALA CONSTITUCIONAL, se refiere este particular al análisis de las propias sentencias de ambas Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contradicen sus dichos y su proceder en las sentencias bajo análisis, VII EL CARÁCTER IMPERATIVO Y NO FORMAL O NEUTRAL DE LAS LEYES PROCESALES, se hace énfasis en el principio de legalidad en el derecho procesal y la relevancia que tiene el respeto a las formas sustanciales del proceso preestablecidas en la ley, VIII COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGÚN LAS INTERPRETACIONES DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL, se analiza en esta sección detalles relacionados con la técnica de formalización del recurso de casación y sobre la creación de un cuarto modo de falso supuesto y de la forma de formalizarlo, haciendo especial énfasis en sus implicaciones en la interpretación de los contratos, IX COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION CIVIL (SCC) No. 18-00125 del 27.08.2020 SOBRE LA FORMALIZACIÓN INFORMÁTICA DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DE SU IMPUGNACIÓN, discute ahora los detalles y pormenores de la sistematización del ejercicio de la tutela judicial efectiva enfatizada por la pandemia actual sin dejar de lado su pertinencia en las circunstancias de hoy, finaliza con la sección X REFLEXIONES FINALES, en la que pone de manifiesto sus conclusiones.

La obra, como se ha venido expresando, tiene la virtud de ser sencilla, de cómoda lectura, pero con un importante sustento jurisprudencial que dan un gran valor en relación con su extensión.

Sorprende la facilidad y claridad con la que se tratan temas tan complejos de derecho constitucional y del derecho procesal civil de forma tan accesible, pudiendo ser comprendidos con facilidad pero de forma completa y profunda sin un gran esfuerzo; estas cualidades hacen de esta obra un buen ejemplo de un trabajo monográfico para estudiantes de los últimos años de la carrera de derecho que les permita adentrarse en temas de tal envergadura de manera fácil, pero muy completa, al menos en los puntos que se tratan en este trabajo, y en mi opinión resulta de ineludible lectura para los profesionales del derecho, a fin de formarse un criterio claro y concienzudo de los cambios en el sistema de justicia y especialmente del recurso de casación civil que actualmente se están dando; otra virtud que ofrece esta investigación, su pertinencia y actualidad.

De la lectura analítica del trabajo monográfico aquí aludido Resulta forzoso concluir, que el activismo judicial y el afán de legislar por las salas del tribunal supremo de justicia no se sacia y continúa trastocando el orden jurídico venezolano y con ello la seguridad jurídica, importa poco si violan la reserva legal o falsean la constitución, la realidad es que por cualquier medio posible y de las maneras más contradictorias y monos armoniosas con el

sistema de fuentes del derecho venezolano, cada sala del TSJ hace lo que le viene en gana y legisla si le provoca aun a costa de la congruencia del fallo, solo queda decir que quien tiene por juez al verdugo solo le queda apelar al cielo.

---

---

---

# Rechtsstaat

## Estado de Derecho



### PUBLICACIONES

#### ARTÍCULOS

DE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO: DE LAS CITACIONES Y NOTIFICACIONES

JOSE SILVA

REFLEXIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO CON EL PODER PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999: PROBLEMAS ACTUALES

ANA ARAUJO

IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ELECTORAL ECUATORIANO

TANYA CAMARGO

DERECHOS HUMANOS, BIOÉTICA Y POSIBILIDADES BIOTECNOLÓGICAS DE MODIFICACION GENÉTICA HUMANA. REFERENCIA ESPECIAL AL MÉTODO CRISPR

MARYORI MOLINA

EL LUGAR DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

ARELYS RONDÓN

#### SEMILLERO ACADÉMICO

LA LEGALIDAD ADMINISTRATIVA EN LOS TIPOS ORGANIZATIVOS Y SU ÉNFASIS EN LOS ENTES DESCENTRALIZADOS FUNCIONALMENTE

NATHALIE MELÉNDEZ

#### ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA Nº 43 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2020 SALA DE CASACIÓN SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA  
PONENCIA: MAGISTRADO EDGAR GAVIDEA RODRÍGUEZ

GLASBELL BELANDRIA

#### RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

CORREDDOR, ROMÁN Y ARDILA, JUAN. (2021) "CASACIÓN DE INSTANCIA POR CONTROL DIFUSO CONSTITUCIONAL." INSTITUTO DE ESTUDIOS DR. JOSÉ ROMÁN DUQUE CORREDDOR, MATURÍN, ESTADO MONAGAS, VENEZUELA. PÁGS. 90.

LUIS MARTÍNEZ



# Rechtsstaat Estado de Derecho

N° 5 enero - junio, 2021

**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)  
Ale 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)  
Servillano 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)  
Paula Bianchi Pérez (ULA)  
Francisco Ferreira Abreu (ULA)

**Autoridades Administrativas:**

*Rector:* Mario Bonucci Rossini  
*Vicerrectora Académica:* Patricia Rosenszweig Levy  
*Vicerrector Administrativo:* Manuel Aranguren Rincón  
*Secretario:* Jose María Andréz  
*Decano:* José Antonio Rivas Leone

Depósito Legal: ME 2018000132

ISSN: 2739-0330

**Portada:**

José R. Huggins Vera

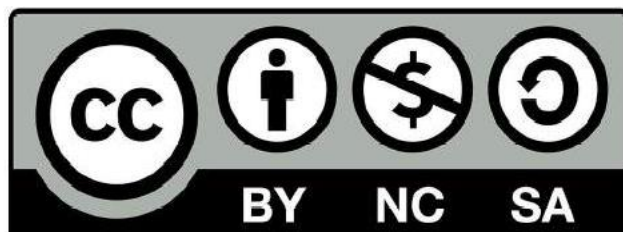
**Diagramación:**

José R. Huggins Vera

**Logo:**

Logo University of Heidelberg  
Uni Heidelberg  
Sello de la Universidad de Heidelberg

[http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat\\_rechtsstaat@gmail.com](http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat_rechtsstaat@gmail.com)



LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, 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 ESTÁN 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.