



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 INVESTIGACION CIENTIFICA
Año 4 ° N° 7 ° Enero - Junio 2022
Depósito Legal: ME2018000132
ISSN: 2739-0330



TABLA DE CONTENIDO

	EDITORIAL	
	Presentación al Séptimo Número de la Revista	02 - 08
	Abdón Sánchez Noguera	
	ARTÍCULOS ORIGINALES	
	Constitución y Método. Aspectos Teóricos sobre la Interpretación Constitucional. <i>Constitution and Method. Theoretical Aspects of Constitutional Interpretation.</i>	09 - 69
	Ramsis Ghazzaoui	
	La Participación de los Nuevos Emprendimientos en las Contrataciones Públicas. <i>The Participation of New Companies in Public Procurement.</i>	70 - 103
	Alejandro Canónico Sarabia	
	PYMES en el Ordenamiento Jurídico Venezolano y las Contrataciones Públicas. <i>SMEs in the Venezuelan Legal System and Public Procurements.</i>	104 - 134
	Leticia Espinoza Carrión	
	Ejecución de Sentencias que obligan a Concluir un Contrato que tienen por objeto la Transferencia de Propiedad: Una Propuesta para la Reforma del Código de Procedimiento Civil. <i>Execution of Judgments that force to Conclude a Contract the Purpose of the Transfer of Ownership: A Proposal for the Reform of the Code of Civil Procedure.</i>	135 - 150
	Abdón Sánchez Noguera	
	El Municipio en la Ley Orgánica Nacional y su incidencia en el Ámbito Rural. <i>The Municipality in the National Organic Law and its Impact in the Rural Sphere.</i>	151 - 172
	Clever Mora	
	SEMILLERO ACADÉMICO Principios de la Democracia. <i>Principles of the Democracy.</i>	173 - 203
	Marcos Antonio Fernández Vega	
	ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL El "objeto indemnizatorio" en el ámbito público a la luz de la Sentencia N°. 00138 de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José Rodríguez Torrealba vs. Universidad de Carabobo	204 - 208
	Aaron Vinicio Huerta Fernández	
	RESEÑA BIBLIOGRÁFICA Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2020) "Estudios Sobre la Ilegitimidad e Inconstitucionalidad de las Elecciones Parlamentarias de 2020" Series Estudios N° 124. Caracas, Venezuela. Págs. 286.	209 - 212
	Jean-Denis Rosales Gutiérrez	



Presentación al Séptimo Número de la Revista

Me complace llevar a cabo la presentación del Séptimo Número de la recién creada Revista “*Rechtsstaat: Estado de Derecho*”. En el presente número aparecen trabajos de especial valor académico de Profesores e Investigadores de diferentes Universidades del país, que deciden, contribuir con su energía intelectual, no sólo a mantener activa la investigación en el país, sino a mantener activa la chispa de inquietud intelectual en el alumnado, que constituye el objetivo final del servicio público prestado por la presente casa de estudios a la colectividad; colectividad, que proviene de diferentes orígenes geográficos, y, de diferentes estratos sociales. Hoy, la heroica Universidad de Los Andes, a través de su Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas, y en especial, a través de sus distintas Direcciones de Escuela, sus Departamentos, sus Cátedras y múltiples Direcciones de Post-Grado, deciden mantener un paso firme de lucha contra la difícil situación económica que atraviesa la nación venezolana, en conjunto con sus alumnos, que se debaten continuamente como pregunta existencial, la permanencia en las aulas de clase.

Hoy, la Facultad inicia su segundo periodo especial durante la cuarentena decretada por el gobierno con ocasión al COVID-19, que se debate en el alumnado por la semi-presencialidad como una política piloto del Consejo de Facultad ante la ya inminente imposición de la presencialidad, que los alumnos exigen como signo de normalidad institucional: ¡los alumnos desean volver a las aulas de clases! Pero, el Consejo de Facultad en su sabia deliberación, prefirió una dialogizada transición a la semi-presencialidad, pues el decreto de estado de alarma no ha cesado todavía. Las respectivas autoridades quieren velar por la integridad física de sus alumnos, a la par, que se discute en una polémica Asamblea Nacional de unos 277 diputados el nuevo *Proyecto de Ley de Educación Universitaria*, que pone en gran entredicho la autonomía de los recintos universitarios conforme al artículo 109 constitucional por medio de una ley ordinaria, que posee un evidente rango inferior. Los nuevos tiempos universitarios pivotan en la búsqueda de una normalidad institucional, mientras se intenta sustituir a una administración pública universitaria autónoma por una administración universitaria descentralizada funcionalmente, que se erige como un apéndice directo del Ministerio de Educación Superior de



la República, contrariando un modelo que tiene un poco más de 90 años, y, que antes de eso funcionaba con una esencia propia de las universidades del viejo antaño medieval, que eran comunidades de maestros y estudiantes (*universitas*) que, aunque tenían como principal función la enseñanza de un grupo selecto de personas, también se dedicaban a la investigación acuciosa y a la producción seria del saber, generando vigorosos debates y polémicas. Eso se reflejaba profundamente en las crisis en que estuvieron envueltas, y, por las intervenciones que sufrieron por parte de ambos poderes: el político de los reyes y el de los emperadores, y, el poder eclesiástico de papas, obispos y órdenes religiosas, que bajo el modelo de las Universidades de Bolonia, Coimbra, Salamanca, Cambridge, Palencia, Padua, Nápoles, Valladolid, la Sorbonne, Catholique de Louvaine, Heidelberg, Oxford, y otras más, que surgieron con posterioridad a éstas, ya con la entrada a la edad moderna de la humanidad. De donde se teme, que la visión de transformación cultural generada por las universidades del siglo XIII, fue expresada por la frase de Charles H. Haskins: “En 1100, la escuela seguía al maestro; en 1200, el maestro seguía a la escuela...” desaparezca.

El presente número cuenta con trabajos igual de interesantes que el número anterior, aunque con un estilo diferente, pues el **primero** “*Constitución y Método*” del Profesor UCABISTA, y también insigne e ilustre magistrado del TSJ en el exilio, **Ramsis Ghazzaoui**, quien en su extraordinaria publicación del derecho recoge, que “*la Constitución es la confluencia de las diferentes fuerzas políticas de un país, quiénes, consensuadamente, establecen un orden constitutivo sobre las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, la forma de Estado, el sistema político que ha de regir, la división del poder, así como lo relativo a la defensa de los derechos fundamentales. Tal acuerdo, textualizado, escrito, se protege mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía con respecto al resto del ordenamiento.*” Así, la Constitución queda establecida en la sociedad como un orden creado para la coexistencia en comunidad de las diferentes opciones políticas, que consiguieron encontrar normas de convivencia en recíproca tolerancia. También recoge varios pasajes de la doctrina del extraordinario catedrático Manuel Aragón Reyes, donde recoge una idea particular: “*la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia*”.

En otras palabras, la Constitución de Venezuela como norma escrita, no es un documento formal y solemne instaurado para institucionalizar un sistema de



gobierno autoritario, o, totalitario, carente de entera democraticidad. Un Estado Constitucional procura la dignificación de cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, en territorio patrio. La actual Constitución, que posee un auténtico constitucionalismo democrático –*no hay un Constitucionalismo Autoritario, aunque se respeta la tesis del ilustre Duque Corredor para describir lo vivido en Venezuela*¹– posee reglas, principios y valores, que desde el punto de vista ético, iusnaturalista, o de los valores superiores, deben ser interpretados conforme a unos objetivos estatutarios institucionalizados en su norma escrita, como parte de unos hábitos y una cultura organizacional, que todavía no se ha perdido, y que todavía se lucha por rescatar en Venezuela. Esa es la esencia, del actual trabajo del Profesor **Ramsis Ghazzaoui**. No hay otra forma de interpretar la Constitución, sino la democrática, o de garantía por la eficacia de los Derechos Fundamentales del administrado.

El **segundo trabajo**, se titula “*La Participación de los Nuevos Emprendimientos en las Contrataciones Públicas*” del Profesor de la UNIMAR-Venezuela **Alejandro Canónico Sarabia**, también Doctor de una prestigiosa institución española como la Universidad de la Coruña, quien con su obra expone que, en el contexto de la realidad venezolana, el emprendimiento se ha manifestado con significativa fuerza en los dos últimos años, motivado en muchos casos por los evidentes problemas económicos del país, y, en respuesta a las necesidades humanas tendientes a la obtención de ingresos económicos, que les permitan a las personas contar con recursos suficientes para garantizar una vida digna. Frente a esta realidad, en los últimos años, se han implementado normas, organizaciones y reglamentación de apoyo y estímulo al emprendedor para tratar de proteger las actividades productivas que desarrollan y, al mismo tiempo, para fomentar el surgimiento de nuevos emprendimientos. En este escenario, resulta interesante conocer cuáles son las bases conceptuales que sustentan a la figura de los emprendedores cuyo estudio permitirá comprender realmente en qué consiste esta modalidad empresarial, y, quiénes serían los principales actores que se configuran como los encargados del desarrollo de ese nuevo sector de producción económica.

¹ Duque Corredor, R. (2017) “Constitucionalismo Autoritario: La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional.” Conferencia dictada en la Universidad Monte Ávila el 26 de octubre de 2017. Caracas D.F., Venezuela.



El **tercer trabajo** se titula “*PYMES en el Ordenamiento Jurídico Venezolano y las Contrataciones Públicas*” de la extraordinaria Profesora **Leticia Espinoza Carrión** de UNIMAR-Venezuela. La autora del presente artículo científico expone un artículo científico de sumo interés para el mundo del derecho, las ciencias económicas y la administración de empresas, pues ella de una manera magnífica expone como las pequeñas y medianas empresas constituyen actores importantes en el desarrollo productivo de los diferentes países por su aporte a la generación de empleo, su participación en el número total de empresas y, en menor medida, por su peso en el producto bruto interno. Su producción se encuentra directamente asociada al mercado local, por lo que gran parte de la población y de la economía dependen de su actividad. Sin embargo, a nivel local, la participación de las PYME en relación a las exportaciones, es muy reducida, como resultado de un escaso desempeño en términos de competitividad, que también es evidente en la brecha marcada de productividad en relación a las empresas grandes. Venezuela constituye un país con un número considerable de PYMES cuya actividad económica se centra en el comercio, servicios e industria, actividades que sin duda alguna son indispensables para generar empleo en el país, debido a su gran participación tanto en el mercado comercial y laboral. Las PYMES tienen una gran incidencia en el desarrollo de un país, dado la vitalidad que representan desde el punto de vista socio-económico, ya que crean oportunidades de distinta índole en las transformaciones productivas y sociales, es por ello que su accionar contribuye en gran medida al crecimiento.

El **cuarto trabajo** “*Ejecución de Sentencias que Obligan a Concluir un Contrato que tienen por Objeto la Transferencia de Propiedad: Una Propuesta para la Reforma del Código de Procedimiento Civil*” fue escrito por el Profesor **Abdón Sánchez Noguera**, en calidad de Jefe de Cátedra de Derecho Procesal Civil, Jefe del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes (ULA)-Venezuela. El presente autor revela, como atendiendo a la clásica distinción en normas de derecho público y normas de derecho privado, generalmente se reconoce que la ley procesal civil “pertenece al derecho público, porque regula más o menos inmediatamente una actividad pública...”, pero en su aplicación práctica, en interés de las partes que intervienen en el proceso, “deriva que la ley procesal se refiere frecuentemente a la voluntad de las partes; quiere decir entonces que las normas procesales no son siempre absolutas, sino a veces dispositivas”.¹ Y si, atendiendo a la tesis chiovendana, hay normas procesales que



permiten a las partes formular acuerdos modificatorios de su contenido y se estará ante normas dispositivas que cambiadas por esos acuerdos, deberán ser siempre respetadas por el juez, siempre que no sean contrarias a la ley o al orden público. Tal es el caso del artículo 525 del CPC, que permite a las partes suspender la ejecución por tiempo determinado y realizar actos de composición voluntaria respecto al cumplimiento de la sentencia.

El **quinto trabajo** fue elaborado por el Profesor **Clever Mora**, y se titula “El Municipio en la Ley Orgánica Nacional y su Incidencia en el Ámbito Rural”. El autor de la publicación es el Profesor de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela) en el área de Metodología de la Investigación del Derecho y en el área del Derecho Agrario. Él expone, que luego, de casi dos décadas de haberse conceptualizado constitucionalmente por primera vez en Venezuela el ente que regiría los destinos del ámbito local: “El Municipio”, la exigencia del mandato constitucional en la Carta Fundamental de 1961 es cumplida; luego, es sancionada la Ley Orgánica que regiría con autonomía las competencias políticas, económicas, administrativas y financieras del Municipio en 1989, sus reformas en los años 2005 y 2014; es cuando, se legisla la primera Ley Orgánica Nacional para el ámbito local esperada desde el año 1857, cuando se exige el reconocimiento del Municipio Rural; esta primera ley, se conoce con el Título de la “Ley Orgánica de Régimen Municipal”, y nace con el propósito de desarrollar los principios constitucionales expresados en el Capítulo IV Del Poder Público Municipal, de la Constitución de la República de Venezuela del año 1961, después de más de 100 años de espera.

En la sección del **Semillero Académico** se encuentra el trabajo de “Principios de la Democracia” del Investigador Novel del Grupo de Investigación Robert Von Möhl **Marcos Antonio Fernández Vega**, quien expone que la democracia proviene de un proceso socio-histórico natural de la sociedad política, en consecuencia, ella es la fuente originante y el fundamento de la constitución. Y, en el caso de la constitución democrática, además, la comunidad decide ejercer por sí misma las magistraturas supremas del poder político.

En el **análisis de sentencia** se encuentra el trabajo del Magister Scientiae **Aaron V. Huerta Fernández** que analiza la *Sentencia N° 00138 de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José*



Rodríguez Torrealba Vs. Universidad de Carabobo, que versa sobre la responsabilidad patrimonial del estado en Venezuela. Según el autor, en efecto, es de considerar, que se está en la obligación de profundizar aún más en cada uno de los puntos sobre las partidas reclamadas en este juicio individualmente considerado. No obstante, considera, que debe estimarse esta sentencia de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no solo como inadecuada u errónea, sino además peligrosa en cuanto se trata de la técnica para salvaguardar los intereses reclamados en juicio por parte de los particulares, pues la misma desvirtúa el ánimo del constituyente y el legislador en cuanto al diseño escogido para las reclamaciones dirigidas a la Administración Pública, aunado a la interpretación hecha a una serie de preceptos constitucionales y consideraciones dadas en la vocación de corrección constitucional sin la potestad para ello, pues a partir de la concepción jurídica venezolana, tal facultad la posee la Jurisdicción Constitucional. Con base a lo expuesto, surge la siguiente interrogante: ¿Venezuela mantiene estrictamente un sistema de responsabilidad objetiva? Cuya respuesta después de este particular fallo es claramente no. Se trastoca la estructura clásica de la responsabilidad patrimonial del Estado en la limitación del alcance de la obligación del Estado de satisfacer por las carencias y pérdidas sufridas por los ciudadanos, y con ello, la libertad de exigir ante la Jurisdicción la reparación e indemnización de daños y perjuicios dependerá de lo considerado como ilícito o clandestino por el mismo Estado que se niega a reparar.

Por último, en la sección de **Reseñas Bibliográficas**, el Profesor de Derecho Constitucional **Jean-Denis Rosales Gutiérrez** de la muy ilustre Universidad de Los Andes (Venezuela) reseña una obra de hondo interés para los constitucionalistas de Latinoamérica y el mundo, que fue elaborado por varios autores con ayuda de la **Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela** (2020) *“Estudios Sobre la Ilegitimidad e Inconstitucionalidad de las Elecciones Parlamentarias de 2020”* Series Estudios N° 124, donde en esta obra, se analiza de una forma muy minuciosa como, según pretendidas sentencias de la inconstitucional Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, identificadas con los números 68, 69, 70, 71 y 72, dictadas en fechas 5, 10, 12, 15, y 16 de junio del 2020, respectivamente, se concretó una de las violaciones más descaradas de la Constitución, por medio de las cuales se usurpó la competencia de la Asamblea Nacional, al designar los rectores del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos subalternos, e intervino los partidos políticos Acción



Democrática y Movimiento Primero Justicia, al decidir el nombramiento de una “Mesa Directiva ad hoc” con el objeto de reestructurar y ejercer las funciones directivas y de representación de dichas organizaciones políticas y la designación de sus autoridades regionales, municipales y locales.

La inconstitucional Sala Constitucional volvió a actuar como agente político del régimen de gobierno en violación de los principios constitucionales de separación de poderes y de legalidad, al pretender disponer de un derecho propio para arrogarse cualquier competencia constitucional, usurpando las exclusivas y excluyentes del órgano parlamentario y realizar ella misma las designaciones de las autoridades electorales.

Espero, que el presente número sea de agrado para ustedes.

Profesor Abdón E. Sánchez Noguera

Editor en Jefe de la Revista
“Rechtsstaat: Estado de Derecho”

CONSTITUCIÓN Y MÉTODO.
ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL
CONSTITUTION AND METHOD.
THEORETICAL ASPECTS OF CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION Ramsis Ghazzaoui*

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.01>



Fecha de Recepción: 25 de Mayo de 2022

Fecha de Aprobación: 30 de Junio de 2022

Resumen:

La presente investigación trata sobre los aspectos teóricos de la interpretación constitucional y la metodología en el espectro del derecho constitucional. Se analizan las diversas teorías que aluden a la interpretación constitucional como acto-voluntad y como acto-conocimiento, los metodos clasicos de interpretación jurídica aplicales a la interpretación constitucional, se describen los principios de la dogmatica constitucional que deben tomarse en cuenta al momento de la actividad interpretativa judicial, poniendo énfasis en la argumentación de las decisiones. El autor alude y apuesta por una interpretación objetiva, con argumentos jurídicos, sin obviar el tratamiento racional y prudente de los valores y principios, con vista a limitar el creacionismo y el activismo judicial regresivo e innecesario, promoviendo la autocontención judicial y el respeto a la separación de poderes.

Palabras Clave: Constitución; métodos; principios; interpretación; interpretación constitucional.

Abstract:

This research deals with the theoretical aspects of constitutional interpretation and methodology in the spectrum of constitutional law. It analyzes the various theories that allude to constitutional interpretation as an act of will and as an act of knowledge, the classical methods of legal interpretation applicable to constitutional interpretation and describes the principles of constitutional dogmatics that must be considered at the time of judicial interpretative activity, with emphasis on the argumentation of decisions. The author alludes to and advocates an objective interpretation, with legal arguments, without ignoring the rational and prudent treatment of values and principles, with a view to limiting creationism and regressive and unnecessary judicial activism, promoting judicial self-restraint and respect for the separation of powers.

Key Word: Constitution; methods; principles; interpretation; constitutional interpretation.

* Doctor en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid, España). Master oficial en Derecho Constitucional (Universidad de Valencia, España). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Central de Venezuela). Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro de la *International Society of Public Law* (ICON-S). ORCID 0000-0002-0516-0041. **Correo Electrónico:** rghazzao@ucab.edu.ve **Orcid:** 0000-0002-0516-0041.



Las razones de mi disenso pueden resumirse en el simple juicio de que con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes, inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales (...). El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizás más aún, al propio poder constituyente (...). La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez¹.

INTRODUCCIÓN

Es pacífico en la actualidad concebir a la Constitución como el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad². En ella se halla recogida la confluencia de las diferentes fuerzas políticas de un país, quienes, consensuadamente, establecen un orden constitutivo sobre las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, la forma de Estado, el sistema político que ha de regir, la división del poder, así como lo relativo a la protección de los Derechos Fundamentales. Tal acuerdo, textualizado, escrito, se protege mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía con respecto al resto del ordenamiento. Así, la Constitución queda establecida en la sociedad como un orden creado para la coexistencia en comunidad de las diferentes opciones políticas, que consiguieron encontrar normas de

¹ Extracto del voto particular del Magistrado Francisco RUBIO LLORENTE en la sentencia del Tribunal Constitucional español número 53/1985 de 11 de abril.

² Al respecto, confróntese a **Böckenförde, E. W.** (2000) *“Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia.”* Editorial Trotta, Madrid, p. 159. Asimismo, véase a **Hesse, K.** (2011) *“Escritos de Derecho Constitucional.”* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 43.



convivencia en recíproca tolerancia³. En palabras de Aragón, “la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia”⁴.

Una de las características principales de los textos constitucionales, es que gran parte de sus preceptos se soportan - generalmente - sobre la base de disposiciones de textura amplia, abierta, flexibles, con términos y expresiones de elevada vaguedad, con un notorio contenido axiológico, lo que les hace susceptibles de desarrollos alternativos y divergentes, que permiten adaptar su significado y alcance a las nuevas necesidades para hacer efectivo un orden social justo⁵. También, es preciso señalar, que la Constitución nace con el propósito de regir la vida del Estado indefinidamente, es decir, tiene una intención de permanencia, de una “*Ley Perpetua*”⁶, un “*proyecto de futuro*”⁷. Sin embargo, el contexto político sobre el que actúa y despliega sus efectos se encuentra constantemente en un proceso de transformación. Por ello, la Constitución no puede concebirse como una norma inmodificable, no susceptible de ser interpretada e indiferente y aislada al cambio histórico.

Como indica Zagrebelsky, la esencia pluralista del Estado Constitucional conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, que exige, para la coexistencia de los valores y principios sobre los que se basa la Constitución, que éstos sean asumidos con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. La Constitución, en este sentido, es la encargada de reconducir a unidad esa pluralidad, es la encargada de reconstruir el ordenamiento⁸.

De ahí, que todas las Constituciones experimentan cambios, modificaciones en el significado, sentido y alcance de sus normas.

³ Vid. **Balaguer, M. L.** (1997) “*Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico.*” Editorial Tecnos. Madrid. p. 17.

⁴ Al respecto, Cfr **Aragón, M.** (2013) “Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. número 29. México. p. 10.

⁵ Véase a **García, J. A.** (2004) “La Interpretación Constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 2, Junta de Castilla y León, Valladolid. p. 72.

⁶ Vid. **García De Enterría, E.** (1994) “*La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.*” 3ª edición - 3ª reimpresión. Editorial Civitas. Madrid, p. 50.

⁷ Cfr. **Nieto, A.** (1983) “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, números 100-102. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. p. 396.

⁸ Al respecto, confróntese a **Zagrebelsky, G.** (2009) “*El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia.*” Novena Edición. Editorial Trotta. Madrid. p. 9 y ss.



Estos cambios en la Constitución son clasificados bajo dos criterios: *i)* de carácter formal, relativo al procedimiento o expediente a través del cual se manifiestan y producen efectos; y *ii)* de carácter sustantivo, referido al alcance material del cambio.

En cuanto al primero de los criterios mencionados, esto es, los cambios de tipo formal, se caracterizan por llevarse a cabo por medio de un procedimiento regulado por la propia Constitución, y en virtud del cual ésta es objeto de una modificación expresa (reformas constitucionales). Esto, a su vez, conlleva a distinguirlos de los cambios informales, es decir, aquellos realizados sin activar el correspondiente procedimiento de reforma y sin alterar la literalidad o forma del precepto constitucional, modificando únicamente su significado, los cuales son denominados como mutaciones constitucionales. Hay que decir, también, que los cambios informales a la Constitución pueden ser positivos o negativos, y se materializan por medio de leyes, de tratados, o a través de las sentencias interpretativas de los tribunales especializados al respecto, sean con jurisdicción suprema (en los sistemas de control de constitucionalidad difuso), o con competencia excluyente (como se establece en los tribunales constitucionales en los sistemas de control concentrado).

Por su parte, el segundo de los criterios expresados (cambios de carácter sustantivo), permite diferenciar aquellas modificaciones referidas a aspectos no esenciales de la Constitución, esto es, que no afectan a su identidad, a sus pilares o fundamentos básicos, de aquellos otros cambios que, por afectar a su núcleo esencial, alteran la identidad de una Constitución determinada, trayendo como consecuencia su destrucción; se quebrantan sus límites materiales y no es posible identificar a la Constitución como tal. En otras palabras, se diferencian aquí los cambios “*en*” la Constitución de los cambios “*de*” Constitución⁹.

Es importante resaltar, que los límites materiales de la Constitución son distinguidos de dos maneras, a saber:

- i)* Límites explícitos e implícitos; los primeros están expresamente previstos en el Texto Constitucional mediante lo que se conoce técnicamente como “*cláusulas de intangibilidad*”, esto es, que

⁹ Sobre la clasificación expuesta, remitimos con amplitud a **Tajadura, J.** (2018) “Reforma, Mutación y Destrucción de la Constitución”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), Madrid, pp. 5-7.



determinadas normas están excluidas del ámbito de actuación del poder de revisión; en cambio, los límites implícitos no están expresamente previstos, pero pueden deducirse, por un lado, del propio concepto de Constitución, y por el otro, de la consideración de la reforma como un acto jurídico y no como un acto de soberanía.

- ii) Límites absolutos o generales y relativos o específicos. Estos límites se diferencian porque los primeros tienen carácter general, esto es, son predicables respecto a todos los textos constitucionales del presente (derechos fundamentales), en cambio que los específicos son característicos de una determinada Constitución, al ser un elemento definitorio de su concreta identidad histórica, como sería, por ejemplo, la forma monárquica o republicana de su jefatura del Estado. Asimismo, dichos límites pueden estar recogidos expresamente en cláusulas de intangibilidad, o ser deducidos implícitamente del Texto Constitucional¹⁰.

A la luz del constitucionalismo de nuestro tiempo, entendido éste como teoría y práctica del Estado Constitucional (Estado efectivamente limitado por el Derecho)¹¹, tres principios esenciales determinan el núcleo irreformable de la Constitución (juicio de constitucionalidad): *a*) el principio político democrático, donde el autor de la Constitución es el pueblo en su carácter de titular del poder constituyente; *b*) el principio político liberal, que exige que el Estado sea organizado conforme al principio de división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales, como garantía jurídica de la libertad; y *c*) el principio jurídico de supremacía, que concibe a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento, que prevalece sobre el resto de las otras normas. Así, la supresión de cualquiera de ellos supone la destrucción de la Constitución. Por tanto, dichos principios se configuran como límites materiales implícitos y universales del poder de modificación Constitucional.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

¹¹ Cfr. **Aragón, M.** (2013) “*Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución*”...citada, p. 11.

DESARROLLO



14

1_. Aproximación a la Noción de Interpretación Constitucional.

Más allá de las discrepancias iusfilosóficas que hay al respecto, actualmente en nuestra cultura jurídico-política existe consenso en que, o bien todo el derecho, o bien una parte muy sustancial de él, está recogida en textos escritos revestidos de una peculiar publicidad y formalidad: Constituciones, Leyes, Reglamentos, Decretos, Sentencias, etc. Entonces, su interpretación es una actividad que tiene que ver con textos¹².

La interpretación, en el campo del derecho, supone la existencia de una norma que no se expresa por sí misma, o no lo hace con absoluta claridad y precisión, de modo que entre esa norma que encierra cierto mensaje y sus destinatarios, sin importar quienes sean, se hace necesaria esa labor interpretativa que realizan los intérpretes¹³. Así, la interpretación viene a ser la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la norma escrita¹⁴.

Una de las cuestiones centrales en el proceso de interpretación jurídica, como bien expresa Wróblesky¹⁵, es determinar si está dirigido a descubrir la norma preexistente que deviene del enunciado normativo, o si tal actividad consiste en atribuir a dicho enunciado un significado normativo; dicho de otra manera, precisar si el proceso interpretativo es o no creativo¹⁶.

¹² En el derecho consuetudinario hay normas carentes de ese carácter textual, y existen constituciones, como la inglesa, que participan de ese carácter consuetudinario y no escrito. La interpretación, en estos casos, no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Al respecto, véase a **Guastini, R.** (2014) *“Interpretar y Argumentar”* (Trad. Silvina Álvarez Medina). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. nota 1, p. 303.

¹³ Una primera pero esencial aproximación al tema de la labor interpretativa jurídica como hermenéutica se encuentra en lengua castellana en **Gadamer, Hans-Georg.** (2012) *“Verdad y Método.”* Ediciones Sígueme. Salamanca, *in totum*. **Betti, E.** (2019) *“Teoría de la Interpretación Jurídica.”* (Traducción y compilación Alejandro Vergara Blanco). Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, *in totum*. **Esser, J.** (2020) *“La Interpretación.”* Ediciones Olejnik. Santiago. pp. 39-78. **Müller, F.** (2020) *“Teoría Estructuradora del Derecho.”* (Trad. Rossana Ingrid Jansen Dos Santos). Astrea, Buenos Aires, *in totum*. **Müller, F.** (2006) *“Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación General de una Concepción de los Métodos en el Trabajo Jurídico).”* Marcial Pons, Madrid, *in totum*. **Zaccaria, G.** (2004) *“Razón Jurídica e Interpretación.”* (Comp. Ana Messuti). Thomson Reuters Civitas. Madrid. p. 67 y ss.

¹⁴ Cfr. **García, J. A.** *“La Interpretación Constitucional” ...citada*, pp. 37 y 38.

¹⁵ Vid. **Wróblesky, J.** (2001) *“Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica.”* Civitas. Madrid. p. 17.

¹⁶ Según **Wróblesky** la “interpretación jurídica” se refiere a la determinación del sentido de una expresión cuando se plantean dudas en cuanto a la misma. Ese sentido es determinado con la ayuda de



Hay que destacar al respecto que, salvo los casos donde el sentido del precepto jurídico se presenta de una única manera (lo cual es infrecuente), en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de nuevo Derecho en tanto y en cuanto el mismo ordenamiento jurídico le atribuya al intérprete la adopción de decisiones con efectos vinculantes para terceros¹⁷.

El intérprete debe llevar a cabo su actividad en virtud de una argumentación o de una concreta opción valorativa, adoptando un determinado sentido a la norma entre los diversos posibles. En palabras de Solozábal Echavarría, la interpretación jurídica *“exige una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y de significado constructivista”*, es decir, que sin violentar su significado gramatical y lógico, determine cuál de sus potencialidades y sentidos debe tener en el caso concreto a resolver¹⁸.

Guastini se refiere a la interpretación jurídica, por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos, sintagmas o enunciados individuales completos (interpretación-actividad o interpretación-proceso); y por el otro, al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto), un enunciado interpretativo o una pluralidad de enunciados. Dos estadios (interpretación cognitiva -acto de conocimiento- e interpretación decisoria -acto de voluntad-) que, ambas forman la interpretación operativa, que en el caso que

las directivas de interpretación propias de la lengua que contenga la expresión, conforme a la situación y al momento de la operación interpretativa (“interpretación operativa”). “La interpretación judicial (modelo de aplicación del derecho) debe finalizar en la determinación de un sentido único de la norma que sea lo suficientemente preciso para la regulación del caso. Esto es consecuencia de la construcción de un sistema jurídico cerrado basado en el deber general de decidir. La regla de ese deber, unas veces formulada en las prescripciones del derecho vigente, otras admitidas por la doctrina y la jurisprudencia, y otras por los valores fundamentales de la ciencia jurídica y/o los principios del derecho. Esta propiedad de la interpretación operativa explica que las directivas de esta interpretación sean formuladas de forma tan elástica, que sea siempre posible encontrar un sentido haciendo una elección entre varias directivas”. **Wróblewski, J.** (2013) *“Sentido y Hecho en el Derecho.”* (Trad. Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Esquiaga Ganuzas). Editorial Grijley. Lima, pp. 154-156.

¹⁷ Sobre lo expuesto, se remite a **Días, F. J.** (2016) *“Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional”*, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. número 37. México. p. 13. Por su parte, Rubio Llorente expresa que “el juez constitucional crea normas que, por serlo, no pueden ser modificadas ni desconocidas por el legislador”. Vid. **Rubio Llorente, F.** (2012) *“La Forma del Poder. Estudios Sobre la Constitución. Vol. III.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. p. 1363.

¹⁸ Vid. **Solozábal Echavarría, J. J.** (1990) *“Notas sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional”*, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. p. 180 y ss.



nos ocupa (interpretación constitucional) es interpretación judicial y a veces interpretación creativa¹⁹.

Ahora bien, centrándose en la interpretación constitucional, se observa que se trata de uno de los temas objeto de mayor interés que se pueden encontrar en los estudios de los juristas. En efecto, desde los enfoques de la doctrina y la jurisprudencia, como de aquellos realizados desde la teoría de la argumentación jurídica o desde la teoría de la Constitución, son numerosos los análisis dedicados a esa materia²⁰.

Tanta atención, principalmente, encuentra explicación, al menos, por los motivos siguientes: el primero, debido a la incidencia que tiene dentro del ordenamiento jurídico la posición de supremacía de la Constitución, que delimita la obligación de interpretación de las normas infraconstitucionales de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución; otro de los motivos, por el hecho de que esas interpretaciones, en muchos de los casos, transforman, modifican o recrean el sistema jurídico, lo cual puede producir efectos negativos en caso de llegar a traspasar los límites materiales del juicio de constitucionalidad, adentrándose, generalmente, en el espacio de la política; asimismo, el carácter abierto y amplio de la Constitución hace que los

¹⁹ **Guastini, R.** (2018) *“La Interpretación de los Documentos Normativos.”* (Trad. César E. Moreno More). Derecho Global Editores. México. pp. 149-161. Esta misma visión es matizada por Zagrebelsky refiriéndose a que la interpretación como acto de voluntad (voluntarista la llama) está compuesta por el elemento de la discrecionalidad judicial (el autor cita la clásica y popular doctrina de Herbert Hart sobre la misma y a la que corresponde cierto grado de creatividad) y está dentro del ámbito del positivismo “crítico” o postpositivismo. Vid. **Zagrebelsky, G. y Marcenó, V.** (2018) *“Justicia Constitucional. Vol. I: Historia, Principios e Interpretaciones.”* (Trad. César E. Moreno More). Editorial Zela. Puno. pp. 136-142.

²⁰ Solo por citar algunas bibliografías relevantes, entre muchos otros de similar importancia, véase a: **Wróblewski, J.** (2001) *“Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica.”* Civitas, Madrid, 2001, pp. 102-114; **Canosa Usera, R.** (1988) *“Interpretación Constitucional y Formula Política.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1988, *passim*; **Rubio Llorente, F.** (2012) *“La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución. Vol. III.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. pp. 1351-1359; **Pérez Luño, A. E.** (2010) *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.”* Tecnos. Madrid. p. 255 y ss; **Alonso García, E.** (1984) *“La Interpretación de la Constitución.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, *passim*; **Díaz Revorio, F. J.** (1997) *“Valores Superiores e Interpretación Constitucional.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. pp. 298-313; **Linares Quintana, S. V.** (1998) *“Tratado de Interpretación Constitucional.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires. pp. 115-133; **Prieto Sanchís, L.** (1991) *“Notas Sobre la Interpretación Constitucional”*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. número 9. Madrid. pp. 175-181; también, del mismo autor en **Ferrer McGregor, E.** (2005) (Coordinador). *“Interpretación Constitucional, Tomo II.”* UNAM. Porrúa. México. pp. 919-927; **Guastini, R.** (2016) *Interpretar y argumentar...citada*, pp. 303-309; del mismo autor, más ampliamente, en *Lecciones de Derecho Constitucional* (Trad. César E. Moreno More). Legales Ediciones. Lima. pp. 169-187.



problemas de interpretación sean más frecuentes que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas²¹.

Para Hesse²², la interpretación constitucional tiene lugar y se plantea como problema cada vez que deba responderse a una situación constitucional que la propia Constitución no permite resolver de manera concluyente, pues, en caso de no existir dudas y ser las disposiciones constitucionales terminantes, no hay lugar a interpretación alguna.

Por su parte, Raz estima que, además, la relevancia de la interpretación constitucional deviene de la necesidad de combinar y equilibrar las razones para respetar la Constitución tal y como es y, al mismo tiempo, de la posibilidad de desarrollar o adaptar sus preceptos para evitar o corregir los inconvenientes que siempre tuvo o aquéllos que surgieron como consecuencia del paso del tiempo; en otras palabras, la justa proporción entre la fidelidad del Derecho existente y, paralelamente, estar abierta a la innovación²³.

Así mismo, Rubio Llorente²⁴ considera que la interpretación constitucional, como problema jurídico, surge sólo cuando la Constitución es entendida como un límite jurídico - y no sólo político - al poder legislativo; problema jurídico que ha de ser resuelto por una instancia que determine con precisión el sentido de la norma constitucional, mediante una decisión fundada en Derecho; en otras palabras, por un Tribunal. De ahí que, para el autor en referencia, la interpretación constitucional es, concretamente, la interpretación judicial de la Constitución, lo cual reviste mayor relevancia en órdenes jurídicos de jurisdicción constitucional de amplias proporciones, en donde el juez constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante, no solo para el ciudadano, sino también, para los restantes órganos del Estado, incluyendo al Legislador.

Hay que resaltar, que la norma constitucional presenta unas peculiaridades que no comparten el mismo alcance o el mismo sentido que

²¹ Cfr. **Atienza, M.** (2016) *"Interpretación Constitucional."* Universidad Libre de Colombia. Bogotá. p. 125; asimismo, véase a **Gascón Abellán, M.** (2016) *"Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces?"*, en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, número 20, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 205.

²² **Hesse, K.** (1988) *"Escritos de Derecho Constitucional"...*citada, pp. 57 y 58.

²³ **Raz, J.** (2001) *"Sobre la Autoridad y la Interpretación de las Constituciones: Algunas Consideraciones Preliminares"*, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 2, Nueva Época. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. p. 934.

²⁴ **Rubio Llorente, F.** (2012) *"La Forma del Poder. Estudios Sobre la Constitución"...*citada, p. 1362.



aquellas que se encuentran en la interpretación del Derecho infraconstitucional u ordinario, teniendo los jueces constitucionales amplias posibilidades hermenéuticas en la configuración de las respuestas a los casos concretos, lo cual dificulta trazar líneas divisorias, determinar parámetros, entre interpretaciones legítimas de aquellas que no lo son (límites a lo constitucionalmente admisible). En este sentido, se encuentran posturas que sostienen que las características de las normas constitucionales (elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o vagas), impiden plantear criterios racionales a las diferentes respuestas judiciales surgidas en virtud de dicho carácter; o bien, que toda respuesta judicial articulada sobre la base de cláusulas abiertas, es simple y llanamente admisible sobre la base de cualquier racionalización *a posteriori*²⁵.

Y es que la generalidad de las constituciones presenta dentro de sus notas distintivas, la apertura, la vinculatoriedad y la sistematicidad, elementos importantes a tener en cuenta al momento de la interpretación de la misma. La Constitución es Derecho, Derecho con ambición de integrarse, ordenando la vida de la comunidad. “Es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y ha de informar todo el ordenamiento jurídico. Su naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, la cual no es una mera declaración programática o principal, ni siquiera en aquellos de sus enunciados más genéricos y abiertos o más ligados a contenidos de valor.

De igual manera, la fuerte presencia de principios generales, valores plurales y diversos en la norma constitucional²⁶, puede generar que la interpretación de los jueces en sus decisiones esté orientada en sentidos

²⁵ Una completa visión iusfilosófica de la discrecionalidad judicial es abordada por **Iglesias Vila, M.** (1999) “*El Problema de la Discreción Judicial. Una Aproximación al Conocimiento Jurídico.*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, *passim*. Fundamental, **Barak, A.** (2021) “*Discrecionalidad Judicial.*” (Trad. Lucas e. Misseri e Isabel Lifante Vidal). Palestra Editores. Lima, *in totum*. De manera más general, en nuestro trabajo **Ghazzaoui, R.** (2019) “*Interpretación Constitucional y Discrecionalidad Judicial. Una Aproximación desde el neoconstitucionalismo*” en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, pp. 1745-1770.

²⁶ La Constitución tiene una textura principal, predominando los principios y valores sobre las reglas. Sobre esta distinción entre reglas y principios, véase a **Dworkin, R.** (2012) “*Los Derechos en Serio.*” Ariel, Barcelona, pp. 61-101; asimismo, confróntese a **Alexy, R.** (2007) “*Teoría de los Derechos Fundamentales.*” 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 63-149.



opuestos, dependiendo de cuál de ellos elija. En efecto, una acentuada presencia axiológica acarrea considerables problemas relacionados con su concreción y con las pautas estimativas empleadas por los jueces para resolver los casos concretos. Y es que, teóricamente, las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico; por ello, los jueces han de llevar a cabo un ejercicio hermenéutico tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados²⁷. Es verdad que la llamada jurisprudencia “de valores” entraña siempre un peligro de quiebre de la certeza y previsibilidad inherentes al razonamiento jurídico, y que por ello, debemos estar precavidos frente a ella, pero esta advertencia no permite en modo alguno desechar la referencia a los valores que enuncia la propia Constitución²⁸. Así pues, las decisiones de los jueces deben estar justificadas de tal forma que sean consistentes con esos valores que la norma constitucional propugna, y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales²⁹.

Al mismo tiempo, la Constitución vincula como marco, no como programa, para la acción de los poderes públicos. La Constitución es un conjunto de disposiciones abiertas, que limita, no sustituye, la capacidad de

²⁷ Para **Otto Bachof**, lo que justifica en último término la aparición de tribunales constitucionales es, precisamente, la necesidad de hacer prevalecer un “orden de valores” anterior al Estado y a la propia Constitución, la cual se limita a reconocerlo y garantizarlo. Vid. **Bachoff, O.** (1963) “*Jueces y Constitución.*” Taurus Ediciones, Madrid, pp. 35-39. Sobre el tema, con más profundidad, véase a **Sagües, N. P.** (1998) “*La Interpretación Judicial de la Constitución.*” Depalma. Buenos Aires. pp. 3-7. En similar sentido, tratando el tema de la interpretación constitucional mutativa y su legitimidad o ilegitimidad al momento de producirse una mutación constitucional **Sagües, N. P.** (2017) “*La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada.*” Editorial Porrúa. México. pp. 71-76.

²⁸ En el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se enuncia que el Estado busca consolidar los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley, y en su artículo 2° se señala expresamente “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.” (**Gaceta Oficial 5.908 extraordinario** de 19 de febrero de 2009).

²⁹ Los valores constitucionales son normas (o en mejor sentido, siguiendo la teoría analítica del Derecho y a los realistas genoveses –Guastini, entre otros– disposiciones normativas), de las cuales se desprenden normas interpretativas de contenido programático que en cierta forma condicionan todo ejercicio hermenéutico hacia su mayor consolidación. Con provecho, remitimos a **Díaz Revorio, F. J.** “*Valores superiores e interpretación...*” *ob. cit., passim*; asimismo a **Parejo, L.** (1990) “*Constitución y Valores del Ordenamiento.*” Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, *passim*. Sobre el tema de la diferenciación entre norma y disposición a la luz de la filosofía analítica, vid. **Guastini, R.** *Interpretar y argumentar...obra citada*, pp. 77-87, con mayor profundidad **Guastini, R.** (2010) “*Nuevos Estudios Sobre la Interpretación* (Trad. D. Moreno Cruz). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, *passim*.



decisión del Estado democrático y cualquier otro entendimiento de la posición de la norma fundamental resulta inconciliable con el principio del pluralismo político, por lo que la misma se constituye en un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, y que por tanto suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede legislar conforme a sus opciones políticas y criterios de oportunidad. Este criterio de amplitud, abierto, de numerosas formulas constitucionales, necesitadas de una ulterior concreción, desde la óptica de la justicia constitucional, encomienda a los tribunales constitucionales una tarea de creación del derecho para cada caso concreto, una tarea completiva, que es propia y elemental de la acción integradora de la Constitución a través del tiempo³⁰.

Esta función integradora en el tiempo, y la apertura de la Constitución, proyecta sus virtualidades sobre los tribunales constitucionales, cuya jurisprudencia puede y debe ser también un valioso instrumento de adaptación progresiva de determinados enunciados constitucionales a los cambios que vayan arraigándose en la conciencia social y en las demás condiciones que dan vida, en general, al contenido normativo de toda regla de Derecho. El expresidente del Tribunal Constitucional español Álvaro Rodríguez Bereijo, al referirse al tema de la apertura de la Constitución y al comportamiento del Tribunal Constitucional en relación a la concretización en el tiempo señala:

Los tribunales constitucionales, a través de renovaciones periódicas de sus miembros, y mediante un prudente y equilibrado ejercicio del voto salvado o particular de sus Magistrados a sus sentencias y resoluciones, realiza o prepara también esta tarea de actualización de los enunciados constitucionales mediante la apertura de nuevas líneas doctrinales, llegando a matizar o, incluso, rectificar pronunciamientos anteriores. El voto particular o voto salvado disidente o discrepante, sea respecto del razonamiento que sirve de fundamento a una decisión, sea respecto del fallo mismo, es, además de manifestación de la independencia y libertad de los Magistrados y del pluralismo político e ideológico del Tribunal, el medio a través del cual el órgano

³⁰ Häberle, P. (2017) *"Tiempo y Constitución. Ámbito Público y Jurisdicción Constitucional."* (Trad. Jorge Luis León Vásquez). Palestra editores. Lima, pp. 23-63.



jurisdiccional hace explícito hacia el exterior el debate interno y constituye la muestra más expresiva para conocer y comprender el proceso argumentativo de discusión colectiva seguido en el seno del Tribunal para llegar a la decisión jurisdiccional y un signo de vitalidad y rigor con que el Tribunal examina jurídicamente los problemas ante él planteados. El voto salvado facilita los futuros cambios de doctrina evitando así, lo que pudiera ser como un cambio brusco o abrupto del Tribunal en la interpretación constitucional y confirma el carácter evolutivo de la jurisprudencia (...) La función de la jurisdicción constitucional no es, por tanto, una tarea meramente exegética de la Constitución como si de una Ley cualquiera se tratara, sino interpretación creativa, de desarrollo e impulso de la misma, asegurando así su estabilidad ante cambiantes circunstancias y coyunturas históricas. El juez constitucional *ha de resolver desde y según la Constitución y con argumentos jurídicos – entre los que incluyen, desde luego, invocaciones a los valores positivizados en ella –* problemas políticos a cuyo embate o desafío la Constitución ha de ser resistente y cumplir una función integradora³¹. (Cursivas mías).

En la misma línea el profesor Aragón, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional español, en referencia al valor de las decisiones de los tribunales constitucionales indica:

¿Eso quiere decir que la Constitución es exclusivamente lo que el Tribunal Constitucional dice que es? Sí y no -y entramos de nuevo en el ámbito de las contraposiciones conceptuales que son tan peligrosas-. Sí, mientras no cambie su doctrina que ha de ser respetada por los operadores jurídicos oficiales, por los jueces, los tribunales y por la Administración,

³¹ **Rodríguez, Á.** (1996) “Constitución y Tribunal Constitucional” en *Revista española de Derecho Administrativo*, número 91. Editorial Civitas. Madrid, 1996, pp. 370 y 371. En este sentido, **Zagrebelky** se refiere a un *principio de continuidad jurisprudencial críticamente evaluada*, para quien los cambios jurisprudenciales y una evolución progresiva en la interpretación constitucional es legítima y saludable, pero atendiendo con prudencia y equilibrio a esos cambios, siempre de manera explícita, razonada y argumentada, para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete, y también para no menoscabar la legitimidad del mismo. **Zagrebelky, G.** (2014) “*La Ley y su Justicia. Tres Capítulos de Justicia Constitucional.*” Editorial Trotta. Madrid, 2014, p. 73 y ss. También, en su extraordinario opúsculo *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*. Editorial Trotta. Madrid, 2008, *in totum*.



porque todos están vinculados a la doctrina del Tribunal, o mejor dicho, deben estar vinculados. Lo que no quiere decir que no pueda haber un apartamiento razonado; pero, en principio, hay una vinculación, porque si no hay una vinculación sufre el principio de igualdad en la aplicación de la Constitución. Y no, porque la Constitución no es, siempre y en cualquier caso, lo que el Tribunal Constitucional dice que es. No solamente porque el mismo Tribunal puede cambiar su doctrina, sino porque la Constitución no podría cumplir con éxito su función de ordenación pacífica de la convivencia, de garantía de la libertad, de preservación de la dignidad de la persona, es decir, los cometidos de la Constitución democrática, si no hay una alternativa intelectual constante a las interpretaciones del supremo intérprete, si no hay una crítica a las sentencias del Tribunal, si no hay posibilidad de abrirse, desde el punto de vista intelectual, a los cambios de doctrina o de responder a las nuevas circunstancias, o de corregir los propios errores. De ahí la importancia de la crítica solvente a las sentencias constitucionales y de ahí la importancia de los votos particulares que pueden emitirse en dichas sentencias. Pero eso es una cosa y otra bien distinta es negar el carácter vinculante de la interpretación efectuada por el órgano que la tiene atribuida con carácter supremo. Por ello, para los operadores jurídicos (los aplicadores del derecho), esencialmente los jueces, lo que la Constitución es, es lo que el Tribunal Constitucional ha dicho que es³².

³² **Aragón Reyes, M.** (2013) "Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley: las sentencias interpretativas y sus modalidades" en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 320-334. Sin embargo, **Aragón** es bastante crítico con respecto a la *interpretación evolutiva* (lo que para él "consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan"), poniendo énfasis en cuanto a sus límites. Así, en un conocido voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional español número 198/2012 del 6 de noviembre, referida al matrimonio entre personas del mismo sexo, el Magistrado Aragón Reyes afirmó: "En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al "ser", pues como "deber ser" es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la



Al mismo tiempo del carácter unitario y abierto, la Constitución es un sistema unitario, integrado, en el que cada precepto adquiere valor y sentido en función del conjunto (sistematización), de tal forma que la integridad de la norma fundamental y el orden por ella establecido quedaría menoscabo si cualquiera de sus prescripciones quisiera (a través de la interpretación) imponerse a costa de la unidad de la Constitución, sobreponiéndose a costa de la misma en otro u otros de sus preceptos. El derecho constitucional es un equilibrio de valores y bienes en tensión, que debe ser salvaguardado – no suprimido – por la interpretación constitucional, de modo que todos los contenidos constitucionales encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles³³.

En palabras de Tomás Y Valiente, la interpretación tiene que hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuestas a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aún aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de la Constitución como un todo. En definitiva, hacer resistente a la Constitución al devenir del tiempo de modo que haga innecesaria su reforma³⁴.

Constitución ha previsto para ello (...) Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho”, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución (...) Pues bien, con esa, que llama la Sentencia “lectura evolutiva de la Constitución”, sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño...”.

³³ Hesse, K. (1988) “*Escritos de Derecho Constitucional*”...obra citada, pp. 43 y ss. Aquí se asoma el criterio interpretativo de “unidad de la Constitución” y el de “concordancia práctica”, o por algunos mal asimilándolo a la “ponderación”; principio de concordancia práctica, principio de proporcionalidad y ponderación son tres conceptos diferentes uno de otro, al respecto véase **Rodríguez De Santiago, J. M.** (2000) “*La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*.” Marcial Pons. Madrid. *in totum*. También en nuestro trabajo **Ghazzaoui, R.** (2014) “El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública” en *Actas de la I Jornada de Derecho Constitucional Administrativo en Homenaje al Dr. Giovanni Nani*. Universidad Arturo Michelena. Valencia. pp. 129 y ss.

³⁴ **Tomás Y Valiente, F.** (1993) “*Escritos Sobre y Desde el Tribunal Constitucional*.” Centro de estudios constitucionales. Madrid, pp. 86 y ss.



También, la problemática se acentúa como consecuencia de la posición de privilegio de los Tribunales Constitucionales, toda vez que están situados en la cúspide de la administración de justicia, lo cual, no sólo implica reconocer que tienen la última palabra sobre las más disímiles controversias³⁵, o que sus decisiones sean difícilmente controlables, sino, además, que gozan de cierta “supremacía hermenéutica”, pues, marcan las sendas sobre cómo han de entenderse las normas constitucionales; asimismo, establecen “los límites de posibilidad de la interpretación” de las restantes normas del ordenamiento jurídico³⁶.

Además, los Tribunales Constitucionales tienen un acusado carácter político³⁷, derivando de sus decisiones consecuencias

³⁵ Las razones históricas por las cuales poseen “la última palabra” están vinculadas, a juicio de Otto Bachof, con la desconfianza progresiva hacia el legislador. Cfr. **Bachoff, O.** (1963) “*Jueces y Constitución*”...citada, pp. 43-47.

³⁶ Cfr. **Atienza, M.** (1997) “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Revista Isonomía*, número 6, México, 1997, pp. 7 y 8. Atienza pone énfasis en la argumentación jurídica como mecanismo de limitación de las interpretaciones que rebasen el arbitrio y la discrecionalidad judicial. Vid. **Atienza, M.** “Argumentación y Constitución”, en **Aguiló Regla, Josep; Atienza, M. y Ruíz Manero, J.** (2007) “*Fragmentos para una Teoría de la Constitución.*” Iustel, Madrid, *passim*; igualmente, obsérvese a **Vigo, R. L.** (2015) *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, *passim*; también, confróntese a Fernández, T. R. (2005) “*Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial.*” Iustel, Madrid, *passim*. Esta particularidad sugiere que la interpretación constitucional responde a dos cuestiones separables, aunque relacionadas entre sí. Por una parte, puede hablarse de una interpretación “de” la Constitución en estricto sentido, que tiene como base la fijación, discernimiento y establecimiento de reglas o sub normas constitucionales a partir de los enunciados normativos encontrados en el texto mismo de la Constitución. Por otra parte, se puede hablar de una interpretación “desde” la Constitución, queriéndose con ello plantear los respectivos contrastes que pueden ser encontrados entre las normas constitucionales y las restantes normas (infraconstitucionales), o el juzgamiento de conductas, actos y comportamientos a partir de la propia Constitución. Sobre esta distinción remitimos a **Pérez Luño, A. E.** *Derechos humanos...ob. cit.*, pp. 274-289.

³⁷ **Bachoff** argumentaba tempranamente que sería un error pensar en la interpretación constitucional proscribiendo reflexiones políticas, aludiendo a la polémica entre Hans Kelsen y Heinrich Triepel; **Triepel** alegaba en su famoso discurso rectoral de 1926 sobre derecho y política y el método en el Derecho Público, que éste último no podía practicarse “sin considerar el aspecto político”. Sin embargo, en el mismo opúsculo, y en cierta medida en la posterior revisión de sus ideas, el profesor de Tubinga defendía claramente la labor jurídica del juez constitucional con estas palabras: “Únicamente a causa de consecuencias políticas no puede una Corte Constitucional negar su adhesión a la Ley. Pero puede ayudar en cierta medida al legislador, llamando su atención sobre las consecuencias nocivas de una legislación deficiente. Esto no sólo está en su competencia, sino que es su deber; es aquí donde se manifiesta y donde se confirma su doble función de tribunal y de órgano constitucional...En el conflicto entre derecho y política, el juez sólo está obligado ante el derecho.” **Bachoff, O.** (1966) “El Juez Constitucional Entre Derecho y Política” en *Universitas. Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte*, número 2, Vol. 4, Stuttgart, pp. 129 y 140. En semejante sentido **Bachoff, O.** (1986) “Nuevas Reflexiones Sobre la Jurisdicción Constitucional entre Derecho y Política” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* número 57. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, pp. 837-852. Sobre **Triepel, H.** (1974) “*Derecho Público y Política.*” (Trad. José Luis Carro). Civitas, Editorial Revista de

“políticamente relevantes”³⁸ que generan tensiones entre Constitución y Democracia, lo cual da lugar al tema de la llamada “objeción democrática” o “dificultad contramayoritaria”³⁹. Entre muchas, ésta se manifiesta, tanto



Occidente. Madrid, p. 40 y ss. La posición jurisdiccionalista de la justicia constitucional siempre ha tenido como base el temor a la politización de la misma, o mejor dicho, a su partidización, con la irremediable aniquilación de su independencia y neutralidad; de allí la insistencia sobre la importancia de la *autorrestricción* de los tribunales constitucionales, dada la delgada división entre lo político y lo jurídico. A partir de las ideas kelsenianas al respecto, en el derecho constitucional continental las posiciones son ya clásicas, al respecto, cfr. **Leibholz, G.** (2019) “*Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna.*” Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, pp. 47-54. **Faller, Hans Joachim** (1979) “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania” en *Revista de Estudios Políticos*, número 7. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979, pp. 47-68. **Crisafulli, V.** (1977) “Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo” en *Scritti in onore a Costantino Mortati*. Giuffrè Editore. Roma, p. 130 y ss. **Cappelletti, M.** (2010) *¿Jueces Legisladores?* Communitas, Lima, p. 113 y ss. **Schneider, Hans Peter** (1991) “*Democracia y Constitución.*” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pp. 58-63. El debate entre el *judicial activism* y el *judicial restraint* es un tema central en el Derecho Constitucional americano, entre muchas obras de importancia que tratan el tema: **Sunstein, Cass R.** (1999) “*One Case at a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court.*” Cambridge, Harvard University Press, Id. *A Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009. **Waldron, J.** (2005) “*Derecho y Desacuerdos*” (Trad. J.L. Martí Mármol y Á. Quiroga). Marcial Pons, Madrid, Id. *Contra el Gobierno de los Jueces* (Trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz). Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, 2018, p. 55 y ss. **Tushnet, M.** (2000) “*Taking the Constitution away from the Courts.*” Princeton University Press, Id. *Constitucionalismo y Judicial Review*. (Edit. Pedro Grández Castro). Palestra Editores. Lima, 2013. **Barber, Sotirios A. y Fleming, James E.** (2007) “*Constitutional interpretation. The Basic Questions.*” Oxford University Press; **Tribe, L. H. y Dorf, C.** (2017) “*Interpretando la Constitución*” (Trad. J. Aliaga Gamarra). Lima, Palestra Editores.

³⁸ Vid. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica...obra citada*, p. 111 y ss.

³⁹ Una muy completa aproximación a la “objeción democrática” o “dificultad contramayoritaria” puede encontrarse en: **Rodríguez Alcalá, D. M.** (2011) “*Control Judicial de la Ley y Derechos Fundamentales. Una Perspectiva Crítica.*” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, *in totum*. **Gargarella, R.** (2012) “*La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial.*” Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Quito, Id. “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional” en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Roberto Gargarella (coordinador). Tomo I, Democracia. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 123-148. **Ferreres, V.** (2011) “*Una Defensa del Modelo Europeo de Control de Constitucionalidad.*” Marcial Pons, Madrid, p. 139 y ss. Id. “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas” en *Justicia constitucional y democracia*, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, 2011, pp. 13-42. **Hierro Sánchez-Pescador, L.** (2011) “Derechos, democracia y justicia constitucional” en *Justicia Constitucional y Democracia*, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, pp. 110-126. **Bayón Mohino, J. C.** (2003) “Derechos, democracia y Constitución” en *Constitución: problemas filosóficos*. (Edit. Francisco J. Laporta). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, pp. 399-419. Del mismo autor, con matizaciones al anterior trabajo y con mas profundidad “Democracia y Derechos: Problemas de Fundamentación del constitucionalismo” en *Constitución y derechos fundamentales* (Coord. Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Paramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto Sanchís). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004, pp. 67-138. **Ruiz Miguel, A.** (2004) “Constitucionalismo y Democracia” en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* número 21, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, pp. 51-84. **Ansuátegui Roig, F. J.** (2017) “Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia” en MORA SIFUENTES, Francisco M. (Coordinador), *Democracia, ensayos de filosofía política y jurídica*. 2da. edición, Editorial Fontamara,



en la pronunciada capacidad que poseen tales tribunales en asumir tareas de tipo “legislativo”, especialmente a través de la creación de subnormas constitucionales cuando está en juego la defensa de los Derechos Fundamentales⁴⁰, como en su capacidad de tomar decisiones divergentes o contrarias a las que son tomadas por el legislador ordinario. Aquí, el dilema contramayoritario plantea que los jueces constitucionales no son elegidos popularmente y, sin embargo, pueden decidir en contra de las decisiones adoptadas por el legislador democrático, que es el órgano popular por excelencia⁴¹.

Sobre esto hay que resaltar, no obstante, que la función del Tribunal Constitucional no es la de sustituir al legislador, que goza de una amplia e innegable libertad política. En efecto, una teoría de la interpretación que descansa en una teoría constitucionalmente “adecuada”, debe evitar la ilegítima usurpación de la judicatura constitucional en las funciones del legislador democrático, por ser contraria al orden constitucional y, también, a la seguridad jurídica⁴².

Esto, como afirma Lucas Verdú⁴³, hace concebir a la interpretación constitucional como una actividad “mucho más ardua y grave que la propia del derecho privado”, pues, el juzgamiento de los temas constitucionales es susceptible de generar roces entre los órganos del Poder Público. A su vez, ello conlleva al tema de la determinante cuestión sobre la naturaleza política,

México, 2017, pp. 171-200. Sobre este tema es capital los ensayos recogidos bajo el título “Poder judicial y neoconstitucionalismo” en el libro coordinado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 285 y ss. y la clásica obra de **Bickel, A. M.** (2020) *La Rama Menos Peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política.* (Trad. Mario A. Zamudio Vega). Fondo de Cultura Económica. México, *in totum*. En Venezuela, **Casal, J. M.** (2015) “Respuestas del Legislador ante la Interpretación de la Constitución Efectuada por la Jurisdicción Constitucional” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015*. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá. pp. 299-318.

⁴⁰ Cfr. **Alonso García, E.** (1998) “La Interpretación de la Constitución...citada, pp. 2-6; igualmente, véase a **Aja, Eliseo.** *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, p. XXIX.

⁴¹ Sobre este tema confróntese a **Ely, J. H.** (2007) “*Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional.*” (Trad. M. Holguín), Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá. 2007, *passim*.

⁴² El legislador no es un simple ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta; sus interpretaciones son, principalmente, políticas, es decir, admiten diferentes maneras de entender el texto constitucional. Al respecto, véase a **Rubio Llorente, F.** *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...obra citada*, p. 1354.

⁴³ **Lucas Verdú, P.** (1986) “*Curso de Derecho Político, Tomo II.*” Tecnos, Madrid, p. 530.



jurídica, o mixta de los tribunales constitucionales y, consecuentemente, el carácter político, jurídico o mixto de la propia interpretación constitucional⁴⁴.

De ahí, que el juez constitucional deba realizar su función en el marco de una separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. Es cierto que debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirlo, necesariamente, a una solución política, ya que la teoría ofrece medios (la “ponderación imparcial”, “el interés más fundamental”; el “principio de mayor convicción”; los criterios de “racionalidad-razonabilidad”; entre otros) para que esa resolución se adopte de manera que no quiebre la certeza y la previsibilidad, es decir, para que se adopte de manera jurídica⁴⁵. La delgada línea de separación entre una solución política y jurídica no está en la escogencia de un método deductivo para tomar una decisión, sino más bien en los modos de fundamentación y argumentación de esas decisiones⁴⁶.

Se observa entonces, que el núcleo problemático de la interpretación constitucional estriba en que se trata de un ámbito en el que, eventualmente, podría permitir la toma de decisiones indiscriminadas, o ser particularmente propenso para un juego de manipulaciones. La poca información normativa de las cláusulas constitucionales, junto a la presencia plural de valores y el juzgamiento de temas políticamente relevantes, abona fácilmente el terreno para que en este ámbito se presente, más que en otros, una lucha ideológica entre sus principales actores y la tentación de convertir la Constitución en un instrumento puesto al servicio de intereses personales y parcializados, en lugar del instrumento jurídico para realizar la justicia que en realidad es.

⁴⁴ Sobre esta discusión, entre otros, remitimos a **Santiago, A.** (1998) “La Corte Suprema y el Control Político. Función política y posibles modelos institucionales.” Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, *passim*; también, a **Ahumada Ruíz, M.** (2005) “La Jurisdicción Constitucional en Europa.” Thomson Civitas, Navarra, *passim*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 166.

⁴⁶ **Kriele, M.** (1976) “Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation.” Duncker & Humblot, 2da. Ed., Berlín, 1976, citado por DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en *El Tribunal Constitucional*. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981, p. 1945. Aquí cabe recordar la afirmación de **Manuel GARCÍA PELAYO**: “en el Derecho Público predomina la legalidad, mientras que en la Política predomina la oportunidad, la razón de Estado” en el texto “Derecho Público” ubicado en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2311 y ss.



Hay que hacer énfasis, por ello, que la posición de intérprete último de la Constitución del Tribunal Constitucional, no significa que esté por encima de la Constitución; se encuentra subordinado a ella, a la cual, es dable decir, debe su existencia. El cometido de la interpretación constitucional es hallar el resultado constitucionalmente “correcto”, a través de un procedimiento racional y controlable; resultado éste que debe estar fundamentado de modo igualmente racional y controlable, para crear, de esa manera, certeza y previsibilidad jurídica⁴⁷.

En este sentido, como señala Aragón, el “*carácter indisponible del parámetro de ese control*” se corresponde con el “*carácter objetivado del canon de valoración*” y con la existencia de “*criterios predeterminables de composición de ese canon*”, a fin que su aplicación por los jueces no se convierta en un acto de libre decisión, sino de decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. Si bien la jurisprudencia es fuente del derecho, ello no significa, por sí solo, la negación del “*carácter indisponible del parámetro de control*”, siempre que la actividad creadora esté sujeta a unos principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición⁴⁸.

Para el citado autor, entonces, no es posible interpretar la norma constitucional sin una previa teoría de la Constitución, que no puede ser otra que la que descansa en un concepto de “*Constitución auténtica*”, o lo que es lo mismo, de “*Constitución democrática*”, en el marco de la cual la tarea interpretadora encuentra su “*objetivación*”, ya que es allí donde, justamente, se encuentran las categorías “*contrastables*” para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de “*valoración*”⁴⁹.

2_. Especificidad de la Interpretación Constitucional.

Como ha podido verse, son muchas las peculiaridades de la Constitución respecto del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Así, entre tantas otras, tenemos: i) su condición de norma superior; ii) procede de un

⁴⁷ Vid. Hesse, K. (1988) “*Escritos de Derecho Constitucional*”...citada, p. 58.

⁴⁸ Sobre lo explanado, se remite a Aragón, M. (2002) “*Constitución, Democracia y Control.*” Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. número 88. México. pp. 146 y 147.

⁴⁹ Ídem, pp. 163-165.



órgano político normativo también superior: el poder constituyente; *iii*) opera con formas y solemnidades particulares; *iv*) tiene un propósito de duración perpetua; y *v*) su reforma sólo puede llevarse a cabo cumpliendo determinados procedimientos. También, la condición general de sus enunciados, vale decir, el contenido de sus preceptos (de significado abierto, poco concretos, abstractos), le diferencia de la típica estructura que caracteriza a las demás normas jurídicas: establecimiento de supuestos de hecho con su consiguiente consecuencia jurídica⁵⁰. Igualmente, la Constitución configura el cauce, el marco, el límite a la actuación tanto de los particulares como de los poderes públicos, especialmente del legislador, al tiempo que contiene mandatos de actuación positiva de esos poderes públicos. Asimismo, la politicidad de la norma constitucional, entendida como la conexión de los diversos sujetos, grupos, intereses y órganos que manifiestan el poder del Estado, configura otra de las notas características de la Constitución⁵¹.

Por todo ello, se plantea si la interpretación de la Constitución debe ser realizada conforme a las técnicas hermenéuticas generales, comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, debe recurrirse a técnicas específicas, elaboradas especialmente para adaptarse a las peculiaridades de las normas constitucionales. En este sentido, hay posiciones que consideran que, si bien existe una clara especificidad de las normas constitucionales, la misma no es extensible a lo que respecta a la interpretación constitucional. Otro sector, en posición divergente, parte de una necesaria especialidad de la interpretación constitucional que, si bien no está desvinculada en su totalidad de la teoría jurídica general, ya que comparte sus principios básicos, sí comporta una hermenéutica particular⁵².

Conviene precisar en todo caso que, en un sistema de construcción democrática, esto es, pluralista, la interpretación de la Constitución no puede ser distinta a la interpretación del Derecho, ni, viceversa, la interpretación del Derecho no puede ser distinta a la interpretación de la Constitución, al ser ésta

⁵⁰ Hay que destacar que es una diferencia cuantitativa, pues, el Derecho ordinario no desconoce las cláusulas abiertas, elásticas; tampoco el Derecho constitucional carece de mandatos precisos y terminantes.

⁵¹ Vid. **Días Revorio, F. J.** (2016) "Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional", en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, número 37, México, pp. 14 y 15.

⁵² Cfr. **Balaguer, M. L.** "Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico..." obra citada, pp. 38 y 39.



el resultado de la integración de intereses y valores abierto a la sociedad y al ordenamiento.

Para Prieto Sanchís⁵³, la interpretación constitucional constituye una modalidad de la interpretación jurídica y, por ello, comparte muchas de las dificultades y técnicas que caracterizan a la doctrina general de la interpretación; no obstante, presenta discrepancias no solo en las peculiaridades de su objeto, sino también, en las funciones que generalmente se les atribuyen a los órganos encargados de realizarla.

Como primer sujeto cualificado para determinar el contenido de esas cláusulas abiertas, desarrollarlas o complementar su significado, está el Legislador, quién, para ello, y como ya se he dicho, goza de una amplia libertad política; por otro lado, está el Tribunal Constitucional, encargado de juzgar los casos en que aquél (el legislador) traspasa los límites de la Constitución en su interpretación o desarrollo. Y es que pueden darse varias lecturas de la norma constitucional, donde el legislador, efectivamente, es el primer sujeto legitimado para optar por una u otra; sin embargo, no puede llevar a cabo cualquier lectura, ya que la particularidad de la disposición constitucional no implica que carezca de contenido normativo o que no exista carácter vinculante en ella⁵⁴.

Por ello, como expresa Rubio Llorente:

Todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez. Aquélla tiene la inmensa autoridad de la representación popular; ésta no puede recabar para sí otra que la que procede del Derecho, es decir, y esto es lo decisivo, de un determinado método de interpretar los preceptos jurídicos, especialmente los preceptos constitucionales, cuya estructura necesaria, sin embargo, se

⁵³ Al respecto, confróntese a **Prieto Sanchís, L.** (1991) “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 9, Madrid, p. 176.

⁵⁴ Sobre lo expuesto, véase a **Días Revorio, F.J.**, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional” ...citada, pp. 13 y 14.



presta mal a la interpretación con las herramientas habituales del jurista⁵⁵.

Por su parte, Guastini cuestiona si la interpretación constitucional, realmente, constituye un tipo especial de la interpretación jurídica, al considerar que, “en un sentido importante, la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad en relación a la interpretación de cualquier otro documento jurídico”⁵⁶. En este sentido, el mencionado autor expresa que la especificidad de la interpretación constitucional ha sido entendida de dos modos distintos, a saber: como “tesis descriptiva” y como “tesis prescriptiva”.

i) *Tesis descriptiva*: Bajo esta concepción, la distinción con respecto a la interpretación de la ley se presenta bajo tres diferentes aspectos:

- a) Los intérpretes, también llamados agentes de la interpretación;
- b) Los problemas de la interpretación y;
- c) Los métodos interpretativos.

De esta manera, se considera que la Constitución, a diferencia de otras normas del ordenamiento jurídico, está sujeta a la interpretación de distintos agentes, que no son los mismos que corrientemente efectúan la interpretación legal; también, que los textos constitucionales presenten problemas disímiles de los ordinarios que se suscitan de la interpretación de las leyes; por último, que en la interpretación de la Constitución debe recurrirse a técnicas interpretativas específicas, diferentes o complementarias a las que comúnmente se emplean en la interpretación de las leyes.

ii) *Tesis Prescriptiva*: Bajo esta tesis, la especificidad de la interpretación constitucional tiene lugar en atención a los argumentos que se indican seguidamente:

- a) La vaguedad e indeterminación de sus preceptos, que no se limitan a formular reglas, sino que proclaman valores, establecen principios y diseñan programas políticos para los legisladores y gobernantes, hace que la Constitución tenga una doble peculiaridad: i) por su contenido, al prever principios y valores antes que las reglas; ii) por su formulación, ya que las

⁵⁵ Rubio Llorente, F. “La Forma del Poder. Estudios Sobre la Constitución”...obra citada, p. 1355.

⁵⁶ Guastini, R. “Lecciones de Derecho Constitucional...”ob. cit., p. 187.



disposiciones de principio y programáticas presentan una amplia indeterminación;

- b) Por su objeto, al regular relaciones políticas entre los órganos del Estado, entre el Estado y los ciudadanos, e indirectamente, entre los partidos, la interpretación de la Constitución exige un método capaz de adaptar el contenido normativo del texto a los cambios que experimentan las relaciones reguladas y;
- c) Que, a diferencia de las leyes, la Constitución está diseñada para durar mucho más tiempo, ya que debe dotar a los poderes públicos de una organización estable, como también las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, su enmienda o sustitución comporta una mayor dificultad, debiendo ser interpretadas de tal manera que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, aun en ausencia de revisiones constitucionales⁵⁷.

En todo caso, la importancia de todo lo expuesto radica en determinar si la vinculación de los diversos criterios y elementos (los comunes y los específicos), configura realmente un método de la interpretación constitucional, o si éste debe estar regido por una característica y un modo de actuar único. De ahí, que consideramos necesario referirnos (de forma puntual, ya que excedería los parámetros de este trabajo) a las distintas teorías que sobre la interpretación constitucional se han formulado, para, posteriormente, hacer mención a los métodos y principios que existen al respecto.

3_. Teorías de la Interpretación Constitucional.

Se ha tenido oportunidad de expresar que la interpretación jurídica consiste en una actividad mediadora, cuya finalidad es atribuir o determinar el significado de un texto normativo. También, se ha sostenido que la normatividad de la Constitución no sólo es un factor determinante de la configuración del Derecho, sino, además, de la interpretación de éste. Es decir, que no sólo el Derecho debe ser interpretado adecuadamente con la

⁵⁷ Sobre las tesis explanadas, se remite con provecho a **Guastini, R.**, *Interpretar y argumentar...obra citada*, p. 303 y ss.



Constitución, sino también, que la actividad interpretativa debe ser congruente con la Constitución. Toda teoría de la interpretación, entonces, supone necesariamente una teoría constitucional de la interpretación, ya que sólo así es jurídicamente viable⁵⁸.

Para Guastini, una teoría de la interpretación consiste, en líneas generales, en lo siguiente: *i)* en elaborar un concepto de interpretación; *ii)* en la descripción de las prácticas interpretativas que existen en una determinada cultura jurídica; *iii)* en el análisis lógico de los enunciados interpretativos; *iv)* en identificar los distintos tipos de interpretación (en abstracto y en concreto; cognitiva, decisoria, creadora; doctrinal, judicial, auténtica; etc.); *v)* en el análisis lógico de la argumentación de la interpretación (relativo a los métodos interpretativos empleados, o, en todo caso, los más importantes); *vi)* en el análisis lógico de las diferentes formas y técnicas de construcción jurídica⁵⁹.

En este sentido, en el pensamiento jurídico moderno encontramos tres concepciones principales de la interpretación, a saber: *i)* *Teoría Lingüística o Literalista*; *ii)* *Teoría Intencionalista o Volitiva*; y *iii)* *Teoría Axiológica o Material*.

i) TEORÍA LINGÜÍSTICA O LITERALISTA.

Para las doctrinas de la interpretación que encajan bajo ese rótulo, la norma constitucional, como cualquier otro texto jurídico, encuentra su realidad en la propia condición de sus enunciados lingüísticos, en donde la actividad interpretativa consiste en desentrañarlos, aclararlos semánticamente a fin de dilucidar su significado. Tales enunciados poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, por lo que la tarea interpretativa se halla inmersa en el propio texto⁶⁰. En este sentido, la interpretación literal no obtiene de la disposición interpretada ninguna norma implícita, como tampoco excepciones igualmente implícitas; es decir, excluye la posibilidad de que de una determinada disposición se obtengan normas ulteriores en relación con aquellas en las que literalmente se expresa⁶¹.

⁵⁸ Al respecto, **Viehweg** sostiene que sólo una teoría del Derecho de acuerdo con la Constitución puede proporcionar con éxito la base de la dogmática jurídica. Vid. **Viehweg, T.** (1992) "La Filosofía del Derecho Como Investigación Básica", en *Tópica y Filosofía del Derecho*. Gedisa. Barcelona. p. 44.

⁵⁹ Cfr. **Guastini, R.**, *Interpretar y argumentar...obra citada*, pp. 345 y 346.

⁶⁰ Cfr. **García Amado, J. A.**, "La Interpretación Constitucional" ...citada, pp. 38 y 39.

⁶¹ Vid. **Guastini, R.**, *Lecciones de Derecho Constitucional...obra citada*, pp. 209 y 210.

ii) TEORÍA INTENCIONALISTA O VOLITIVA.

Bajo esta teoría, los enunciados son el medio por el cual se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que realmente constituyen el componente último del sentido de las normas; el texto, así, es simplemente el vehículo de esas intenciones. De ahí que, en última instancia, la actividad interpretativa consista en averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, la cual no será otra que la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. A diferencia de la anterior teoría, y si bien el texto es el punto de partida, esta tesis no se limita a aclarar el significado de la norma, sino que busca conocer lo que su autor quiso decir al momento de promulgarla. El enunciado normativo es el objeto de la interpretación, pero la materia prima del derecho, aquella de la cual la norma adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad del constituyente.

Hay que destacar, que en el debate norteamericano sobre la interpretación constitucional, esta tesis generó una importante corriente denominada “originalismo”, bajo la cual se sostiene que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de ceñirse a lo que pensaron y quisieron los “padres fundadores” de dicha constitución; esto es, se recurre a la fuente que generó la Constitución, y no al texto en sí mismo. Bajo esta concepción, se trata de averiguar la solución que darían los fundadores a un problema actual.

Al respecto, Dworkin considera como “tonto” valorar como representativas de la moderna sociedad de los Estados Unidos, aquellas opiniones de quienes votaron por la Constitución hace más de doscientos años, como también, considera perverso negar a dicha comunidad la posibilidad de cambiar su sentido público de propósito⁶².

De igual manera, se argumenta en contra del originalismo la dificultad que representa localizar y determinar sin equivocidad esa intención primigenia de los “padres fundadores”; asimismo, que tal teoría deja de lado al sistema de fuentes, toda vez que niega la validez de buena parte de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Estadounidense; también, niega una realidad constitucional, como lo es, que sus enunciados son, generalmente, abiertos, elásticos, indeterminados. Este conjunto de razones, entre muchas

⁶² Vid. Dworkin, R. (1986) “*El Imperio de la Justicia*.” Gedisa, Barcelona, 1986, p. 258.



otras más, tal y como sostiene Beltrán⁶³, no permiten sostener a la interpretación original como una interpretación real; es conceptualmente imposible, toda vez que busca detener el tiempo, evitando los cambios sociales que plantean situaciones que exigen respuestas a problemas jurídicos actuales.

La teoría intencionalista es criticada, también, por el dilema que plantea la idea de precisar una voluntad colectiva, como lo es la del constituyente, lo cual conlleva la tarea de recurrir a datos, documentos e indicios históricos, en el entendido de que esos trabajos preparatorios estuviesen documentados⁶⁴, lo que, a su vez, comporta una mayor complejidad cuando se trata de textos constitucionales de considerable antigüedad (décadas o, incluso, siglos).

iii) TEORÍA AXIOLÓGICA O MATERIAL.

Para esta teoría interpretativa la Constitución es considerada, en su fondo y realidad última, un orden objetivo de valores, que establece una prefiguración ideal y permanente de los “mundos jurídicamente posibles”. Esta teoría parte de la premisa de la existencia, tanto de una Constitución formal como de una Constitución material, donde el constituyente viene a ser el mediador por el cual ese orden valorativo de fondo se plasma en el texto constitucional, debiendo efectuarse la interpretación en relación con las palabras empleadas por el constituyente y los valores que alimentan y dan sentido a su obra⁶⁵.

De esta manera, las posibles interpretaciones que pueden efectuarse a los enunciados constitucionales, vienen acotadas por una doble dirección; la primera, que no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, ya que hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decirlas; de otra parte, que pueden atribuirse significados que no estén expresamente previstos en ningún enunciado, bien de modo manifiesto o bien porque semánticamente no sea posible, ya que la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice) más aquello que calla.

⁶³ Sobre las críticas expuestas en contra del originalismo, véase ampliamente a **Beltrán De Felipe, M.** (1989) “*Originalismo e Interpretación. Dworkin vs Bork, una Polémica Constitucional.*” Civitas, Madrid, *passim*.

⁶⁴ Cfr. **Guastini, R.** *Interpretar y Argumentar...obra citada*, p. 371, nota 8.

⁶⁵ Vid. **García Amado, J. A.**, “*La Interpretación Constitucional*” ...citada, pp. 70 y 71.



En consecuencia, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica; lo indeterminado se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica); los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos. El derecho, entonces, es un sistema de valores, por lo que el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa tiene un carácter valorativo objetivo, que da su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto⁶⁶.

Además de lo expuesto sobre las teorías de la interpretación constitucional, consideramos de importancia hacer referencia a las expuestas por Guastini, quien las distingue bajo las acepciones que seguidamente indicamos: i) *teoría cognoscitivista*; ii) *teoría escéptica*; y iii) *teoría ecléctica*⁶⁷.

i) TEORÍA COGNOSCITIVISTA.

Según esta teoría, también llamada “formalista”, la interpretación es un acto de descubrimiento o de conocimiento del significado. Presupone la existencia de un único y conocido sentido de la norma. Aquí, el significado de la norma se considera incorporado en el propio texto, por lo que está preconstituido respecto de la interpretación, admitiendo, entonces, una sola interpretación verdadera. Todas las restantes interpretaciones resultan falsas y toda cuestión de derecho es susceptible de una única solución correcta. Los enunciados interpretativos bajo esta teoría son de discurso descriptivo, como tales, verdaderos o falsos⁶⁸.

A su vez, dicha teoría es entendida bajo dos concepciones principales: La primera, que considera que el significado de la norma es de carácter objetivo, correspondiendo al uso común del lenguaje, esto es, a las reglas semánticas y sintácticas generalmente aceptadas en la comunidad lingüística de referencia;

⁶⁶ *Ídem*, pp. 71 y 72.

⁶⁷ Cfr. **Guastini, R.**, *Interpretar y argumentar...obra citada*, p. 346.

⁶⁸ *Ídem*, pp. 347 y 348.



por otro lado, encontramos la teoría según la cual el significado de la norma tiene un carácter subjetivo, es decir, que se corresponde a la voluntad o intención de la autoridad normativa⁶⁹.

ii) TEORÍA ESCÉPTICA.

Llamada también teoría “realista”, considera que la interpretación no es un acto de conocimiento, sino de elección, por tanto, de voluntad. Para esta teoría la norma no tiene un único significado objetivo preconstituido, sino que la atribución del significado es fruto de la discrecional decisión del intérprete, especialmente de aquél que ejerce en última instancia, del que nadie puede contradecir sus decisiones interpretativas. Esta teoría, también, comporta dos variantes, a saber: i) una primera variante denominada como “moderada”, conforme la cual la norma constitucional es susceptible de interpretaciones “sincrónicamente conflictivas” y “diacrónicamente mutables”, en donde la pluralidad de significados posibles no deviene de la ambigüedad - semántica o sintáctica - de las formulaciones normativas, sino de la variedad de métodos interpretativos, de tesis dogmáticas elaboradas por la doctrina y de las preferencias de los intérpretes. La segunda variante, llamada “extrema”, considera que la norma no tiene ningún significado antes de la interpretación, esto es, que no preexiste a la interpretación, sino que es su resultado. La norma, entonces, no es exactamente derecho, sino sólo fuente de derecho; el derecho, así, no es creado por el legislador, sino por el intérprete, especialmente el de última instancia, quien tiene la libertad de atribuirle cualquier significado⁷⁰.

Esta última variante es criticada, ya que si bien el significado de un enunciado es con frecuencia controvertido (equivoco, vago), ello no quiere decir que no exista en absoluto; precisamente porque existe una concepción del mismo, así sea *prima facie*, es lo que produce su discusión. También, es insostenible que el único creador de la norma sea únicamente su intérprete último. Además, la interpretación tiene límites conceptuales, no pudiendo atribuirse cualquier significado a la norma, sino aquél admitido por los usos lingüísticos, por los métodos interpretativos y por la dogmática existente⁷¹.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 360.

⁷⁰ *Ídem*, pp. 350-352.

⁷¹ *Loc. cit.*, pp. 362 y 363.



iii) TEORÍA ECLÉCTICA.

También denominada como teoría “intermedia”, busca conciliar, oponiéndose a ambas, las anteriores concepciones, al sostener que la interpretación, según las circunstancias, a veces puede ser un acto de conocimiento, a veces un acto de voluntad. Al igual que las teorías anteriores, también presenta dos variantes; la primera, plantea que dentro del significado de todo enunciado normativo existe un núcleo de significado estable y aceptado, al tiempo que una penumbra de incertidumbre. De esta manera, la interpretación será un acto de conocimiento cuando se trate de decidir la calificación jurídica de una norma cuyo enunciado sea de claro entendimiento, mientras que obedecerá a un acto de voluntad cuando la calificación jurídica sea de dudosa o difícil resolución.

Dicho de otro modo, ante un caso claro, ubicado en el núcleo de significado aceptado de la formulación normativa, el intérprete ha de limitarse a descubrir ese significado objetivo; en caso contrario, ante un supuesto dudoso (no incluido ni excluido claramente del campo de aplicación de la norma), el intérprete podrá decidir discrecionalmente su significado. Así, desde la perspectiva de esta variante, la teoría cognoscitivista obvia la textura abierta de la norma constitucional que posibilita e impone al intérprete varias elecciones; mientras que la teoría escéptica, por su parte, olvida la existencia de reglas lingüísticas compartidas e incontestadas que determinan inequívocamente y hacen cognoscible el núcleo de significado de toda expresión del lenguaje⁷².

La otra variante de esta teoría plantea una diferenciación, no entre casos difíciles y fáciles, sino entre textos claros y unívocos, y textos equívocos y oscuros. Así, la norma puede ser clara y unívoca, esto es, provista de un significado cierto y reconocible; como de significado equívoco y oscuro, susceptible de interpretaciones diferentes y conflictivas. En consecuencia, cuando no hay dudas sobre el significado de la norma, la interpretación será un acto de conocimiento; en caso de dudas o discusión sobre su significado, la interpretación es considerada como un acto de voluntad⁷³.

Más allá de las distinciones señaladas, para el citado autor (Guastini) la discusión teórica se reduce a dos oposiciones principales, como son: i) Por un

⁷² *Ídem*, pp. 353 y 354.

⁷³ *Ibidem*, p. 355.



lado, la oposición entre una doctrina “literalista” y una doctrina “intencionalista”; y ii) Por otro lado, la oposición entre una doctrina “estática” y una doctrina “dinámica”. Además, las doctrinas indicadas en el primer literal pueden ser combinadas con una de las abarcadas en el otro literal, dando lugar, así, a subsiguientes variedades⁷⁴.

i) DOCTRINA LITERALISTA - DOCTRINA INTENCIONALISTA.

La doctrina “literalista”, considera que los textos normativos deben ser interpretados al pie de la letra, esto es, conforme las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en que son expresados. No obstante, debe destacarse que la interpretación literal no siempre da lugar a un significado único y uniforme, en virtud que un texto normativo puede admitir dos o más interpretaciones, que sean igualmente literales, pero distintas e incompatibles⁷⁵.

Por su parte, la doctrina “intencionalista” sostiene que el significado de los textos normativos debe corresponder con la intención (o voluntad) de la autoridad normativa que la dictó (el constituyente, el legislador, etc.). Al respecto, se resalta que en los ordenamientos actuales la autoridad normativa - generalmente - es colegiada y no un órgano monocrático, lo cual dificulta descifrar la genuina intención de dicha autoridad normativa en el seno de una multiplicidad de intenciones personales eventualmente manifestadas por quienes han participado, de formas disímiles, en la redacción y aprobación del texto normativo que se trate⁷⁶.

ii) DOCTRINA ESTÁTICA - DOCTRINA DINÁMICA.

La doctrina estática no aboga por un determinado método de interpretación, sino, más bien, por un particular producto de la interpretación, independientemente de la técnica empleada para argumentarlo, el cual ha de ser estable, esto es, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado, o que, en todo caso, se entienda que el texto expresa siempre la misma norma. En otras palabras, que no se cambien las orientaciones interpretativas ya consolidadas. Esta doctrina defiende una visión conservadora

⁷⁴ Guastini, R., *Interpretar y argumentar...obra citada*, p. 309.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 371.

⁷⁶ *Ídem*, p. 372.



en materia de interpretación, partiendo de la premisa que la estabilidad de la interpretación garantiza la certeza del derecho, vale decir, previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales⁷⁷.

En contraposición, la doctrina dinámica es favorable a los cambios interpretativos de los textos normativos, aunque estén consolidados, y especialmente aquellos de vieja data, con la finalidad de adaptarlos a las nuevas y actuales circunstancias. Esta doctrina favorece la llamada interpretación “evolutiva”, por medio de la cual se busca remediar el envejecimiento de los textos normativos, o, en el caso de la Constitución, su falta de reforma⁷⁸.

iii) VARIANTES DE LA DOCTRINA LITERALISTA

Tal y como ya se hizo mención, la doctrina literalista puede ser combinada, tanto con la doctrina estática como con la doctrina dinámica, dando lugar, así, a dos variantes del literalismo. En este sentido, al fusionarse con la doctrina estática da lugar a una variedad del llamado “originalismo”, según el cual, a los textos normativos, especialmente el constitucional, debe atribuírsele su significado literal “histórico”, esto es, el que tenían para el momento en que fueron redactados y aprobados. Por otro lado, al combinarse con la doctrina dinámica, se pretende que a los textos normativos le sea adjudicado el significado literal actual, vale decir, el que corresponde en el momento en que son interpretados. Para el autor, este tipo de interpretación favorece la llamada interpretación evolutiva⁷⁹.

iv) VARIANTES DE LA DOCTRINA INTENCIONALISTA

Al igual que la doctrina literalista, la doctrina intencionalista puede combinarse con la doctrina estática y dinámica, dando lugar, también, a dos variantes disímiles del intencionalismo. Así, al combinarse con la doctrina estática, surge una segunda variante del originalismo, conforme la cual ha de atribuirse al texto normativo la intención del constituyente, toda vez que parte de la idea de que tales textos no incorporan otro significado que el pretendido por su autor.

⁷⁷ *Loc. cit.*, p. 373.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 373.

⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 374 y 375.



Por su parte, al ser combinada con la doctrina dinámica, surge la tesis que sostiene que la intención del constituyente no está revelada en el texto normativo por una sola vez y por siempre; la intención de quien dicta la norma no es aquella que aparece expresada en sí misma en el texto, sino que obedece a su razón de ser, es decir, la finalidad que el constituyente persiguió, el valor o principio subyacente en la norma⁸⁰.

4_. Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional.

En la cultura moderna se exige que las decisiones interpretativas se hallen motivadas, es decir, que se ofrezcan las razones que llevaron al intérprete a determinar el contenido de la norma jurídica. En este sentido, los “métodos” o las “técnicas” de interpretación no son otra cosa que el conjunto de razones que, dentro de una cultura jurídica determinada, se pueden ofrecer en favor de la interpretación elegida⁸¹, la cual, valga señalar, no se trata de una elección casual o arbitraria, sino de la integración de aquellos instrumentos hermenéuticos necesarios para dotar a las normas de sentido⁸².

Con carácter general, se siguen en la interpretación constitucional los criterios o reglas tradicionales desarrollados por Savigny⁸³, que operan conjuntamente en aras de la correcta interpretación de la norma, como son: i) *gramatical*; ii) *sistemático*; iii) *histórico*; y iv) *teleológico*.

i) *Criterio Gramatical.*

Este método interpretativo está basado en el sentido propio de las palabras, es decir, la dicción literal del texto. Su fiabilidad deviene de preceptos cuya dimensión lingüística es clara y terminante, pues, como ha expresado el propio Tribunal Constitucional español, solo cabe “una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto, cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 375 y 376.

⁸¹ Cfr. **Guastini, R.** (2015) “Interpretación y Construcción Jurídica”, en *Isonomía número 43, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, 2015, p. 25.

⁸² Vid. **Pérez Luño, A. E.** (2010) “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.” 10ª edición, Tecnos, Madrid, p. 264.

⁸³ Vid. **Savigny, Friedrich Karl Von** (1878) “Sistema del Derecho Romano Actual.” F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.



preceptos constitucionales”⁸⁴. Por ello, dada la peculiaridad de la redacción de la Constitución, con una elevada frecuencia de términos generales y ambiguos, este criterio literal o gramatical se muestra insuficiente en la labor interpretativa, al ser decisivo solo en casos excepcionales⁸⁵.

ii) Criterio Sistemático.

Estudia la conexión entre las diferentes proposiciones normativas que forman parte de un mismo “juego del lenguaje”⁸⁶. Dicho criterio, en sentido amplio, engloba tres argumentos. En primer lugar, el *argumento a coherentia*, en donde la interpretación de los enunciados no puede expresar normas incompatibles; en segundo término, el *argumento sedes materiae*, por el cual se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso tomando en cuenta el lugar que ocupa el contexto normativo del que forma parte y; por último, el *argumento sistemático en sentido estricto*, en donde el significado normativo es determinado tomando en cuenta otros preceptos o normas⁸⁷.

iii) Criterio Histórico.

Este criterio conlleva el análisis del lenguaje normativo del pasado; particularmente, está referido a los precedentes constitucionales y debates que dieron lugar a la aprobación de la norma. Tiene por objeto el análisis del derecho existente para la época en que se ha dictado la norma; determina el modo de acción de la norma y el cambio por ella introducido⁸⁸.

iv) Criterio Teleológico.

Este criterio precisa el significado de la norma en atención con su finalidad. La Constitución posee un sistema de valores y principios que determinan sus fines y los del resto del ordenamiento. Bajo este método se realiza una interpretación finalista de la Constitución. En todo caso, este criterio plantea también algunos problemas, toda vez que en muchas ocasiones será necesario determinar previamente el significado de esos valores y principios que actúan como fines de la Constitución y del ordenamiento, lo cual, valga

⁸⁴ Vid. STC 72/1984, de 14 de junio, f. j. 6.

⁸⁵ Cfr. **Días Revorio, F. J.**, “Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional” ...citada, p. 17.

⁸⁶ Vid. **Pérez Luño, A. E.**, *Derechos Humanos*...citada, p. 265.

⁸⁷ Cfr. **Días Revorio, F. J.**, “Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional” ...citada, p. 17.

⁸⁸ Vid. **Savigny, Friedrich Karl Von**. *Sistema del Derecho*...citada, p. 150.



acotar, viene a ser un objetivo de la interpretación, más que un método o criterio para la misma⁸⁹.

Además de los criterios tradicionales expresados, es preciso hacer referencia al denominado “*criterio evolutivo*”, cuya importancia radica en la pretensión de permanencia y estabilidad de la norma constitucional, llamada a perdurar en el tiempo, lo cual no es posible si la interpretación de la misma no puede efectuarse en razón de la realidad social a la que ha de aplicarse, la cual se halla en constante transformación. En otras palabras, la “*interpretación evolutiva*” de la Constitución consiste en la adecuación de ésta a las cambiantes circunstancias sociales, políticas y económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos⁹⁰.

Sobre la concepción evolutiva de la Constitución, consideramos de importancia hacer referencia a las posturas encontradas que en los Estados Unidos se aprecian tanto entre la doctrina como en el propio seno del Tribunal Supremo.

En este sentido, Ackermann, cuya teoría es considerada la más elaborada al respecto, parte de un supuesto dualista basado en la distinción entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una Democracia: la primera, es la decisión que toma el pueblo; la segunda, la que toma su gobierno. Las primeras se producen raramente y en circunstancias especiales; las segundas tanto a diario como en este tipo de circunstancias⁹¹.

Esta proposición enfrenta otras corrientes de pensamiento constitucional, a saber: i) la por él llamada “*democracia monista*”, cuya idea principal es que el vencedor en unas elecciones debe gozar de autoridad legislativa plena, con el único límite de no tratar de impedir una nueva y justa cita electoral en el momento establecido, razón por la cual trata cualquier acto de revisión judicial como presuntamente antidemocrático; ii) la *escuela fundacionalista*, que con notables diferencias dependiendo de los autores (que pueden centrar su atención en los derechos de propiedad como Epstein, en la igual consideración y respeto, como Dworkin, o los derechos de los grupos desfavorecidos como Fiss), entienden que el primer y fundamental objetivo de la Constitución

⁸⁹ Cfr. Díaz Revorio, F. J., “*Interpretación de la Constitución y Juez Constitucional*” ...citada, p. 19.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Ackerman, B., (2015) “*We the people I, Fundamentos de la Historia Constitucional Estadounidense.*” Traficantes de sueños, Madrid. p. 24.



americana es protegerlos y; iii) el *historicismo burkeano*, para los que, insertos en la tradición del *common law*, los que cuentan son los patrones de decisión de los tribunales y otras instancias decisorias, y que son muy recelosos respecto de las revoluciones populares⁹².

Desde estas premisas dualistas, Ackermann ofrece una idea renovada de la tesis de la “*Constitución viviente*”. Así, defiende que en el siglo XXI los grandes compromisos constitucionales no se plasman, como antaño, en enmiendas constitucionales, sino que se aprecian en lo que él denomina “revoluciones judiciales” (por ejemplo, *Brown v. Board of Education*) y las “leyes estandarte” (por ejemplo, la *Social Security Act*). Sostiene que “*el propósito de la interpretación es entender los compromisos constitucionales que se han hecho por el pueblo norteamericano a lo largo de la historia, no los compromisos que uno u otro pensador establecen que deberían hacerse*”⁹³. Esto último es una crítica expresa a Dworkin, afirmando que, en este punto, está más próximo a las concepciones del Juez Scalia. Su idea de la “*Constitución viviente*” se aleja de la que manejaban los primeros autores que adoptaron este término, especialmente la de Michael J. Perry, quien abiertamente propone prescindir completamente de la interpretación del texto constitucional, siendo la función de los jueces simplemente la de aplicar los valores consensuados por la sociedad⁹⁴. En efecto, Ackerman no solo rechaza renunciar a la interpretación, sino que propone crear nuevos cánones de interpretación, basados en los logros del pueblo americano, que se sobrepondrían a algunos particularismos estatales⁹⁵.

En contraposición a la tesis de Ackerman, se presentan las teorías conocidas bajo los nombres de *originalismo* o *textualismo*, según las cuales la interpretación de un texto, sea una ley o la Constitución, debe hacerse conforme al sentido original del texto. Este sentido original del texto, como el propio Salia aclara, se diferencia, tanto de la intención del legislador que era característica del primer originalismo americano (representado, entre otros, por Raoul Berger o el Juez Sutherland), como del “constructivismo estricto” que implicaría una interpretación literal al margen de todo contexto. Así, la crítica a la teoría de la “*Constitución viviente*”, se halla soportada en el hecho que quienes determinan

⁹² *Ibidem*, pp. 25 y ss.

⁹³ *Vid.* Ackerman, B. (2011) “*La Constitución Viviente*.” Marcial Pons, Madrid, p. 36.

⁹⁴ Cfr. Alonso García, E. (1984) “*La Interpretación de la Constitución*.” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 326.

⁹⁵ Véase a Ackerman, B., *La Constitución viviente...ob. cit.*, p. 39.



aquellas necesidades y “encuentran” aquella ley cambiante, consiguen como jueces un poder incluso más poderoso que en el *common law*, pues se sitúan incluso sobre las leyes de las legislaturas democráticas. Scalia afirma que los jueces no sólo deben buscar el sentido original del texto, sino aplicarlo a los nuevos contextos⁹⁶.

Sin embargo, se critica esta teoría, ya que por mucho que el juez intente dotarlo de “razonabilidad”, no resulta ni siquiera coherente en su lógica interna, puesto que, al interpretar el sentido original de un texto, se deja al juez un margen nada mínimo de discrecionalidad. Si el juez debe “descubrir” el significado de los términos constitucionales, en contextos tan distantes en el tiempo como lo es el momento de la aprobación de la Constitución americana respecto del momento actual, esta discrecionalidad aumenta muy considerablemente. Por eso, el Profesor Tribe, en el comentario a la ponencia del Juez Scalia, afirma que:

con el objeto de evitar que la tarea interpretativa degenera en la imposición de preferencias o valores personales bajo el disfraz de la exégesis constitucional, se debe (...) evitar toda pretensión que pueda ser reducida a un proceso de descubrimiento en lugar de un proceso de construcción de una interpretación y reemplazar tal pretensión por una constancia manifiesta, aunque incompleta e inconclusa, acerca de las razones por las cuales se considera que tal o cual propuesta de construcción del texto merece más aceptación a la luz de la Constitución como un todo y la historia de su interpretación”⁹⁷.

No obstante, esta teoría olvida que la interpretación es siempre una actividad creativa del Derecho, tal y como el mismo Kelsen lo expresaba, en el sentido que “*constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero*”. Entendía que “*es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica*” y, por eso, la interpretación “*no es una*

⁹⁶ Vid. **Scalia, A.** (2015) “Una Cuestión de Interpretación, los Tribunales Federales y el Derecho.” Amy Gutmann (edición), Palestra Editores, Lima, pp. 80 y ss.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 143.



cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica”, ya que el juez “también crea derecho y así mismo es relativamente libre en el desempeño de su función”. Así pues, puede observarse que Kelsen, ya en 1934, consideraba como una ilusión la idea de ver el ordenamiento jurídico como algo consolidado⁹⁸. Jellinek, aún antes, en 1906, también hizo referencia a ello, al expresar que “no es preciso explicar, a quien conoce el poder creador de los jueces que la interpretación judicial de un precepto constitucional puede desarrollarse de modo progresista o retrógrado”⁹⁹.

De esta manera, se puede afirmar que la teoría originalista constituye un planteamiento jurídico-político de carácter conservador¹⁰⁰, ya que la Constitución es un texto dinámico que necesita adaptarse permanentemente a la cambiante realidad política y social.

Es menester indicar, que los elementos de la teoría de la “Constitución viviente” de Ackermann no son tan excepcionales ni exclusivos de los Estados Unidos. En efecto, en muchas democracias del mundo se producen cambios en la Constitución como consecuencia de la aprobación de las llamadas “leyes estandarte” y por vía de la interpretación. Un ejemplo de ello es el caso del matrimonio homosexual en España, donde el sentido original del art. 32.1 de la Constitución lo excluía. Sin embargo, veintisiete años después de la aprobación de la norma fundamental, fue aprobado por el legislador, cambiando el significado de ese precepto¹⁰¹, lo cual fue validado por el Tribunal Constitucional al considerar que se había dado una “evolución” de este concepto en el Derecho Comparado, expresando en términos literales que “el Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos

⁹⁸ Al respecto, confróntese a **Kelsen, H.**, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)”. Rolando Tamayo y Salmorán (traducción). Domingo García Belaunde (revisión), en **Kelsen, H.** (2017) “*Sobre la Jurisdicción Constitucional.*” Cuadernos del Rectorado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. pp. 45-106.

⁹⁹ Al respecto, Cfr. **Jellinek, G.** (2006) “*Reforma y Mutación de la Constitución.*” Editorial Leyer. Bogotá. pp. 29 y 30.

¹⁰⁰ Cfr. **Sagües, N. P.** (2003) “Reflexiones Sobre la Constitución Viviente (*Living Constitution*)”, en *Dikaion*, Vol. 12, Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana. Chía, Colombia. p. 5.

¹⁰¹ El Tribunal Constitucional Federal alemán lleva, desde los años ‘50, recordando que “una disposición constitucional puede experimentar un cambio de significado cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación” (BVerfGE 2, 380; BVerfGE 7, 198).

cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo"¹⁰².

Expuesto todo lo anterior, hay que precisar que los elementos analizados en la interpretación de la Constitución, si bien útiles y necesarios, no permiten, por sí mismos, llevar a cabo planamente la labor interpretativa de todos los preceptos constitucionales. Se trata de elementos necesarios, pero no suficientes. Además, no configuran un método propio de la interpretación constitucional. Por ello, algunos autores han propuesto métodos específicos, destacando las peculiaridades de la interpretación constitucional.

En este sentido, Hesse propone un método basado en la *concretización*, a partir de una *pre-comprensión* de la norma y del problema concreto que en cada caso se trata de resolver. En efecto, si la Constitución no contiene un sistema cerrado y unitario, y la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, el proceso de concretización se lleva a cabo a través de una actuación tópica, orientada y limitada por la norma. Mediante esta actuación y por vía de la "*inventio*", se encuentran puntos de vista que se someterán a opiniones, a favor y en contra, para fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*). No queda a la discreción del intérprete los *topoi* que debe valorar entre una multiplicidad de puntos de vista; el intérprete sólo puede utilizar en la concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con el problema, quedando excluidos aquéllos que son extraños a la cuestión; también, son incluidos, tanto en el programa normativo como en su ámbito normativo, los elementos de concretización que proporciona la misma norma constitucional, así como las

¹⁰² Vid. STC 198/2012. Una interpretación evolutiva similar ha mantenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Opinión Consultiva número 24, de 24 de noviembre 2017, sobre igualdad de género, no discriminación y derechos del colectivo LGBTQ+ y parejas del mismo sexo. Así, expresó: "Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que, en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará. 189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos", sin distinción alguna".



directrices que la Constitución contiene en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema. Cobran importancia, aquí, los métodos tradicionales y los principios propios de interpretación constitucional, correspondiendo a estos últimos la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que conduzcan a la solución del problema¹⁰³.

Otro de los métodos de interpretación constitucional al que debemos hacer mención es el de la *ponderación*, entendida como una técnica para resolver los conflictos entre normas, muy especialmente, aquellos suscitados entre principios y reglas.

Las disposiciones constitucionales, particularmente aquellas relativas sobre derechos fundamentales, comprenden tanto reglas como principios, teniendo ambos una función directiva y compartiendo la misma forma como enunciado normativo¹⁰⁴. En efecto, el derecho positivo se integra por enunciados cuyo contenido es una norma que tiene un carácter (obligatorio, prohibido o permitido) y una conducta; en otras palabras, “*por un supuesto de hecho, una cópula o nexa normativo y una sanción o consecuencia jurídica, y su forma condicional*”¹⁰⁵.

Estos enunciados que integran el derecho positivo pueden devenir en conflictos entre normas (sean reglas o principios), entre una norma y un principio-valor, o entre una norma y un principio general de derecho, e incluso entre principios de la misma o distinta categoría, en virtud de que no solamente se pueden producir distintos tipos de incompatibilidades entre las normas, sino por los diversos sentidos que pudieran contener.

¹⁰³ Cfr. Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional...citada*, p. 63 y ss.

¹⁰⁴ Estructuralmente existe una diferencia entre reglas y principios. Si se dan los hechos previstos por una regla y ésta es válida, debe entonces aceptarse la respuesta que la regla proporciona, sin mediación alguna posible. Por el contrario, los principios no imponen una acción acorde con el supuesto normativo, sino una “*toma de posición*” en atención con su “*ethos*” en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear; presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. Los principios no agotan su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. De ahí que la mayoría de las jurisdicciones constitucionales, en aras de la supervivencia de una sociedad pluralista, conciben todo el contenido de las Constituciones (muy especialmente, lo relativo a los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. Véase en extenso sobre lo expuesto, a ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia*, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 109 y ss.

¹⁰⁵ Sobre el particular, se remite al trabajo en Ghazzaoui, R. (2012) “*El Principio General de Proporcionalidad como Límite de la Discrecionalidad Administrativa*.” UCAB. Caracas.



Como solución a tales conflictos, Dworkin¹⁰⁶ hace referencia a la distinción del carácter *prima facie* entre reglas y principios. Los principios ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas; por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo en su etapa inicial, pudiendo tener un significado distinto en su resultado final. Presentan razones que pudieran ser desplazadas por otras razones opuestas; carecen de contenido de determinación frente a otros principios contrapuestos y sus posibilidades fácticas. Las reglas, de forma totalmente distinta, exigen que se haga exactamente lo que de ellas se ordena; contienen una determinación en el ámbito de sus posibilidades jurídicas y fácticas que, de no conducir a su invalidez, tiene validez definitiva. En tal razón, todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo.

Para el mencionado autor, las reglas, cuando tienen validez, se aplican de una manera disyuntiva, es decir, tal como se encuentra prevista, o no se aplican (son aplicables de manera todo o nada); los principios, en cambio, sólo contienen una razón que indica una dirección que no tiene como consecuencia, necesariamente, una determinada decisión.

Así pues, los conflictos entre reglas se resuelven mediante consideraciones sobre la validez de la norma que la trascienden, para lo que se recurre a otras normas, o se apela a los principios en que se fundan. Los principios, por el contrario, requieren de su ponderación, pues poseen una dimensión de peso o importancia variable, que ha de ser justificada con razones en cada caso.

Por su parte, Alexy plantea un modelo más específico, el cual ha de mantener, no obstante, el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios¹⁰⁷.

En este sentido, sostiene que los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización, que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida de lo posible y admiten un cumplimiento gradual, ya que lo ordenado por ellos no será siempre atendible de manera total, en razón de los

¹⁰⁶ Dworkin, R. (2012) “*Los Derechos en Serio*.” Ariel. Barcelona. p. 72 y ss.

¹⁰⁷ Sobre la diferenciación entre reglas y principios, Cfr. Alexy, R. (2007) “*Teoría de los Derechos Fundamentales*.” Segunda edición en castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. pp. 79-149.



obstáculos reales o normativos que se le pueden interponer, como serían otros principios o reglas que se le opongan, debiendo resolverse el conflicto mediante una ponderación entre los principios contrapuestos, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. Aquí, el principio de proporcionalidad constituye el criterio fundamental para determinar la viabilidad jurídica y fáctica de los derechos como principios.

En relación a las reglas, éstas exigen un cumplimiento exacto en razón de su carácter de mandato definitivo, y no sólo *prima facie*. Mediante un procedimiento de subsunción, si se reconoce la validez de la regla aplicable a un caso, ésta debe seguirse completamente. La ponderación, en el caso de las reglas, no resulta aplicable, toda vez que no admiten ninguna gradualidad en su observancia; los conflictos entre reglas se resuelven determinando cuál es la regla válida, sin perjuicio de las situaciones en que la fuerte presión ejercida por un principio conduzca a introducir cláusulas de excepción a la regla, relativizando así su carácter definitivo¹⁰⁸.

Ahondar en el concepto de proporcionalidad, nos lleva, primero, a entenderlo como un principio y, segundo, a tener en cuenta que, como tal, conlleva un ordenamiento, un control que hay que seguir con el fin de evitar resultados que no coincidan con las normas jurídicas. El principio de proporcionalidad es jurídico, con antecedente abierto y consecuencia cerrada, lo que no implica que algunos autores, como Alexy, descarten que la proporcionalidad, en sus tres escalones, sea un cúmulo de tres reglas¹⁰⁹.

En el caso de intervenciones restrictivas de derechos constitucionales, son relacionados a través de este principio los elementos siguientes: *i)* la finalidad perseguida por la acción estatal; y *ii)* los medios empleados para alcanzarla. A tal efecto, se utiliza como criterio básico el de la justa medida o prohibición de exceso, que excluye cualquier posibilidad de que los derechos o

¹⁰⁸ Así pues, la diferencia entre tipos de derechos no es solo cuantitativa (grado de generalidad e indeterminación), sino también argumentativa: los derechos soportados sobre reglas pueden aplicarse inmediatamente a través de operaciones de subsunción; por su parte, los derechos sustentados en principios se encuentran sometidos a operaciones de balance y especificación (concretización). Al respecto, Cfr. **Pino, G.** (2013) *"Derechos Fundamentales, Conflictos y Ponderación."* Palestra Editores. Lima. p. 56.

¹⁰⁹ Para **Alexy**, la proporcionalidad, junto con sus componentes, deben definirse como reglas, al no ser (la proporcionalidad) una exigencia que debe realizarse tan ampliamente como sea posible o gradual, sino que es un requisito que ha de cumplir toda norma o medida que afecte un derecho. Véase, **Alexy, R.** *"Teoría de los derechos fundamentales..."* ya referida, p. 112.



intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada. Dicho principio, a su vez, se encuentra conformado por tres subprincipios: a) *“Juicio de adecuación o idoneidad”*, relativo a la exigencia fundada de que el actuar del Estado debe procurar algún nivel de eficacia en orden a la consecución del fin; b) *“Juicio de necesidad o la medida menos restrictiva”*, concerniente a la carencia de alternativa menos lesiva pero igualmente eficaz para su realización; y c) La *“proporcionalidad en sentido estricto o balance costos beneficios”*, referida a la preponderancia del interés en proteger el respectivo bien sobre el sacrificio padecido por la posición jurídica subjetiva afectada¹¹⁰.

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad presentan rasgos comunes que los hacen distinguir de la proporcionalidad en sentido estricto, a pesar de la unidad del principio general. En efecto, tienen un significado fundamentalmente materialista al interesarles el fin de la actuación estatal como hipótesis de su aplicación, al permitir examinar la posibilidad de obtención razonable del fin perseguido o si existen otras medidas igualmente eficaces de menor severidad. A diferencia de ellas, la proporcionalidad en sentido estricto hace hincapié en lo valorativo, al comportar una ponderación de bienes e incorpora a la finalidad perseguida como objeto y no como un simple punto de control; además, determina el parámetro que permite comparar y sopesar la importancia en la consecución del propósito del acto restrictivo frente a la reducción de esferas de libertad que éste supone¹¹¹.

En todo caso, la ponderación como método interpretativo pudiera llevar a plantearnos si es este el método propio y específico de la interpretación constitucional. Sin embargo, tal y como expresa Díaz Revorio, se trata de un criterio para resolver conflictos entre principios, pero no para todos los preceptos constitucionales, ni mucho menos la norma constitucional como un todo. Es cierto que en la Constitución predominan los principios más o menos generales, sobre todo en materia de derechos fundamentales como ya hemos visto, pero, ni todo el texto constitucional es un principio, ni todos los principios están en la Constitución, ni la interpretación de los principios se reduce al

¹¹⁰ Al respecto, se remite con provecho a **Díez-Picazo, L. M.** (2013) *“Sistema de Derechos Fundamentales.”* cuarta edición. Civitas/Thomson Reuters., Cizur Menor. p. 112; asimismo, confróntese a **Martínez-Pujalte, A. L. y De Domingo, T.** (2011) *“Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional.”* Editorial Comares. Granada. p. 73; también, a **Alexy, R.**, *Teoría...citada*, pp. 520-531; igualmente, a **Casal, J. M.**, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ya mencionada*, pp. 194 y 195.

¹¹¹ Vid. **Casal, J. M.**, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada*, pp. 195 y 196.

problema de los conflictos entre ellos. Además, en el caso de conflictos entre principios constitucionales e infraconstitucionales, la ponderación no resulta ya el único criterio para ofrecer una respuesta, ya que deberán valorarse otros aspectos (criterio de especialidad, los argumentos interpretativos, entre otros)¹¹².

En razón de todo lo expuesto, para el autor mencionado no parece poder afirmarse que exista un método propio y global para la interpretación de la Constitución, toda vez que no hay una fórmula del todo. Y es que la Constitución, a pesar de sus muchas especificidades, no deja de ser una norma; especialidades que están a veces presentes, si bien en menor medida, en otras normas, con lo cual la cuestión de las peculiaridades debe matizarse.

En efecto, el carácter relativamente abierto de la norma constitucional, es una característica que también puede encontrarse en algunos preceptos legales; además, la Constitución es un marco para la ley y el legislador, pero no es un solo marco, ya que también contiene mandatos generales, o incluso con cierta concreción, que necesariamente deben imponerse a la ley, y de alguna manera determinan parcialmente su contenido. Esto puede verse en algunas de las Constituciones más recientes, o más reformadas, distinguidas por su extensión y por el detalle de muchas de sus regulaciones.

También, la interpretación de la Constitución no siempre se realiza en el contexto de la valoración de la obra legislativa y su conformidad con la norma fundamental, pues, los tribunales ordinarios, en su cotidianeidad, interpretan la Constitución para resolver casos concretos, supuestos de hecho equiparables a los que son objeto de los asuntos ordinarios, y en algunos procesos como en el caso del amparo, no se limitan a la valoración constitucional de la ley o de otras normas, sino que se valoran actos de los poderes públicos y, a veces, de los particulares¹¹³.

Por ello, a pesar de ser relevantes las peculiaridades mencionadas, así como la incuestionable utilidad de algunas ideas presentes en los métodos específicos, que, como ya ha quedado en evidencia, no configuran un método radicalmente diferente al propio de la interpretación jurídica en general, se enfatizan unos criterios o elementos específicos que se han apuntado como propios de la interpretación constitucional, y que deben estar siempre presentes

¹¹² Vid. **Díaz Revorio, F. J.**, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional" ...citada, p. 23.

¹¹³ *Ídem*, pp. 23 y 24.



en esa actividad interpretativa. A éstos les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema.

Así, se destacan los llamados principios de interpretación constitucional, como son: a) El *Principio de Unidad de la Constitución*, el cual supone considerar a ésta como un todo que se sitúa en la cúspide del ordenamiento y debe presidir, a su vez, la interpretación de éste. La relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Constitución obligan a que la norma sea considerada en el conjunto donde debe ser situada y no en forma aislada. La única solución del problema coherente con este principio, es la que se encuentre en consonancia con las disposiciones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales. La finalidad de este principio es que las normas constitucionales sean interpretadas de manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

b) En segundo lugar, y en íntima relación con el anterior, encontramos el *Principio de Concordancia Práctica*, según el cual los conflictos posibles entre preceptos constitucionales no deben resolverse con base en la supuesta superioridad de alguno de ellos y el sacrificio de otros, o excluyendo la aplicación de alguno de ellos, sino mediante la ponderación, en cada caso concreto, que permita una cierta realización de los principios en tensión. Se exige aquí una labor de optimización, estableciendo los límites de ambos bienes a fin de que ellos alcancen una efectividad óptima. Estos límites son precisados en razón del principio de proporcionalidad, y no deben ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.

c) En tercer lugar, se observa el denominado *Principio de Corrección Funcional*, por el cual, si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas, sin modificar la distribución de funciones a través de la interpretación. Se destaca aquí la relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional; a este último sólo le corresponde una función de control frente al Legislador, y no puede realizar interpretaciones que se traduzcan en restricciones a la libertad conformadora que al Legislador le es reconocida, más



allá de los propios límites que la Constitución establece, ni mucho menos una conformación llevada a cabo por el Tribunal mismo¹¹⁴. d)

En cuarto lugar, se encuentra el *Principio de Eficacia Integradora*, que exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan la unidad política prevista en la Constitución. e) Por último, observamos el *Principio de Fuerza Normativa de la Constitución*, en el que se subraya el carácter jurídico y vinculante de cada uno de los preceptos constitucionales, teniendo entonces preferencia, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia¹¹⁵.

Hay que destacar, también, que a menudo se ha dicho que la interpretación constitucional debe ser “interna”¹¹⁶, esto es, que mientras las leyes deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución (interpretación conforme), ésta, sin embargo, debe interpretarse desde ella misma, y no en relación con la ley u otro tipo de normas. Si no fuese así no podría, en puridad, afirmarse el carácter de *lex superior* de la Constitución.

Esta noción, sin embargo, requiere una serie de precisiones: en primer lugar, en los Estados adheridos a los sistemas americano y europeo de protección de derechos, las Constituciones deben interpretarse en relación con los Tratados de Derechos Humanos, lo cual no quiere decir, valga señalar, que estén por encima de la Constitución, pues su primacía deviene de la propia voluntad del poder constituyente expresada en el texto constitucional.

Justo a la inversa, y, en segundo lugar, ocurre con las leyes. Es obvio que éstas se interpretan conforme a la Constitución, pudiendo el Tribunal, cuando la ley admita varios significados, imponer uno acorde con la Constitución

¹¹⁴ Sobre este principio de corrección funcional, véase con provecho a **Collazos Velasco, M. D.**, (2009) “La corrección funcional y el *stare decisis* como alternativas para la legitimidad del control constitucional en democracias disfuncionales”, en *Revista de Derecho y Humanidades*, número 15. Universidad de Chile. Santiago de Chile. p. 224 y ss.

¹¹⁵ Sobre los principios de interpretación constitucional expuestos, remitimos ampliamente a **Hesse, K.**, *Escritos de Derecho Constitucional...ya citada*, pp. 67-69. De igual manera, Cfr. **Díaz Revorio, F. J.**, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”...obra citada, p. 24. Asimismo, Cfr. **Häberle, P.** (2010) “Métodos y Principios de Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 13, Universidad de Granada, Granada, p. 405 y ss.

¹¹⁶ Cfr. **García Belaunde, D.** (2020) “Como Estudiar Derecho Constitucional.” Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima. p. 85.



desechando los que no lo son¹¹⁷. Cuando el Tribunal desgrana los posibles significados de una ley, e impone aquél que es conforme a la Constitución frente a otras posibles interpretaciones de ésta, el significado de la Constitución no cambia. Ni debe hacerlo, pues, de lo contrario, podría ocurrir que el sentido de la Constitución debiese ajustarse a diferentes leyes o que aquélla cambie con la misma frecuencia que éstas.

En tercer y último lugar, tal y como expresara Lucas Verdú:

No cabe duda que, frecuentemente, el Alto Tribunal tendrá que interpretar la Constitución considerando también la realidad constitucional que le circunda, y eso supone una estimación que excede al cotejo técnico-jurídico, porque los elementos que integran esa realidad son, en su mayor parte, también extrajurídicos¹¹⁸.

Por ello, el supremo intérprete constitucional debe identificar la “fórmula política”, y declarar la inconstitucionalidad de la ley no ya sólo cuando transgreda el tenor literal de los preceptos constitucionales, sino, también, los principios esenciales que forman parte de aquella¹¹⁹.

La fórmula política, conformada por el techo ideológico, los principios inspiradores, el espíritu y programa político de la Constitución, está contenida en la Constitución, pero siendo lo que la legitima, hace también alusión a acuerdos que son preconstitucionales. Además, aunque sus elementos están incorporados a la Constitución, su concreción requiere, efectivamente, acudir a fuentes externas: así, por ejemplo, principios como el de soberanía popular o Estado social no solo están enunciados en la Constitución, sino que se plasman en varios preceptos, pero para su completa comprensión requiere acudir, también, a fuentes externas.

En resumen de todo lo expuesto, la suma de los métodos tradicionales y de los específicos de la Constitución (literal, sistemático, histórico, teleológico, interpretación evolutiva, unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, carácter abierto de sus preceptos y la ponderación), bien

¹¹⁷ Véase a Hesse, K., *Escritos...ob. cit.*, p. 71 y ss.

¹¹⁸ Lucas Verdú, P. (1984) *Curso de Derecho Político*. Vol. 4. Editorial Tecnos. Madrid. p. 824.

¹¹⁹ Cfr. Canosa, R. (1988) *Interpretación Constitucional y Formula Política*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 298.



utilizándolos conjuntamente, o bien algunos de ellos, según los casos, permitirá resolver la mayoría de los problemas interpretativos, en donde el primer sujeto legitimado para interpretar y desarrollar la Constitución es el Legislador, y el Tribunal Constitucional el intérprete último de la misma, debiendo señalar, en principio, cuándo el Poder Legislativo traspasa los límites del texto constitucional en su interpretación o desarrollo.

CONCLUSIONES.

Como ha escrito Hesse¹²⁰, el cometido de la interpretación que compete al Tribunal Constitucional es hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo asimismo racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídicas y no simple decisionismo en la determinación del contenido de las normas y principios constitucionales y, sobre todo, de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La fundamentación de la sentencia (concretización jurídica de la interpretación constitucional) es la parte más importante de la decisión jurisdiccional, que permite no sólo conocer la razón jurídica que lleva al Tribunal a una decisión, sino también controlarla. En este sentido, a las sentencias de los tribunales constitucionales cabe exigirles: a) que ofrezca las razones de sus decisiones; b) que esas razones se expongan de manera coherente y completa; c) que sean fruto de una discusión colectiva, y producto del dialogo ciudadano; d) que conecten de alguna manera con el sentir de la sociedad. Esto, atendiendo a los principios de la interpretación constitucional arriba tratados (comenzando por el tenor literal lingüístico de la Constitución), los cuales funcionan como un engranaje de limitaciones al actuar de los jueces constitucionales, independientemente de sus valoraciones, sesgos o ideologías, y más allá, respetando la libre autodeterminación del legislador, la presunción de constitucionalidad de la ley, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes impugnadas, cuestionadas e sujetas a interpretación, sin convertirse en un juicio o control de oportunidad de los designios políticos del legislador.

El juez constitucional debe determinar el significado de la norma general respecto a la problemática del caso en cuestión. Esto se logra a través de la

¹²⁰ Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde (2001) *“Manual de Derecho Constitucional.”* (Trad. Antonio López Pina). 2da. Edición. Marcial Pons. Madrid. pp. 2-15, 846-857.



operación interpretativa, que siempre precede a la aplicación de la norma. La norma general debe concretarse en una norma más específica antes de poder resolver el caso individual.

Böckenförde, al analizar los métodos y principios de la interpretación constitucional y la construcción dogmática de los mismos por la doctrina alemana, señala, que la cuestión de los métodos en el derecho constitucional radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, a una teoría de la Constitución que permita no solo una interpretación “explicativa”, sino “rellenadora” de la mayoría de las normas constitucionales, necesidad que resulta de su estructura normativa y que justamente lo que buscaría sería evitar la degradación de la normatividad de la Constitución, propia del subjetivismo presente en muchos métodos interpretativos¹²¹.

La interpretación constitucional (judicial) debe hacerse formal y materialmente, caso a caso, interpretando la Constitución en su totalidad (sistemáticamente), y debe ser considerada en comparación con otro u otros ordenamientos constitucionales específicos y con el derecho internacional humanitario, buscando la finalidad última de cada disposición constitucional (teleológicamente), permitiéndose así hacer frente a las realidades cambiantes de la vida. La vitalidad de una Constitución significa atribuir un contenido moderno a los viejos principios constitucionales. Esta vitalidad de los valores constitucionales no es licencia para que un juez haga con ellos lo que desee. No hay que reemplazar la subjetividad de los constituyentes por la subjetividad de las personas que interpretan; sin embargo, las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas ampliamente.

Una visión amplia de la interpretación no significa interpretar de una manera que exceda el significado de las palabras. Un juez que tenga una visión amplia de la interpretación dará a la Constitución un significado que alcance su finalidad, una finalidad que refleje la continuidad histórica y perspectivas fundamentales modernas, adoptando una perspectiva comprehensiva sobre el derecho en un momento y en una sociedad determinada. Pero una visión amplia no es una interpretación expansiva, mutativa, es simplemente un

¹²¹ **Böckenförde, Ernst-Wolfgang** (1993) “*Escritos Sobre Derechos Fundamentales.*” (trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez). Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. pp. 37. 38 y 39. Del mismo autor con mayor precisión “Constitutional Jurisdiction: Structure, Organization, and Legitimation” en *Constitutional and Political Theory. Selected Writings* (Edit. Mirjam Künkler y Tine Stein). Vol. I. Oxford University Press. Oxford, 2017, pp. 187-205.



panorama general en todo su contexto de la vida de la nación, por lo tanto, los jueces constitucionales no pueden inferir de los textos fundamentales sus cosmovisiones personales o sus sesgos ideológicos; ellos deben interpretar de las disposiciones de una Constitución objetivamente. El resultado de su interpretación no debe determinar los principios constitucionales; los principios constitucionales deben determinar el resultado de su interpretación.

Entonces, los límites al poder de interpretación de los jueces constitucionales radican, por un lado, no sustituir al poder constituyente, y por otro, no sustituir al legislador. La primera limitación significa que la Constitución es una norma de la que no puede disponer más que el poder de reforma. El Tribunal no puede hacerle decir a la Constitución lo que esta no ha querido decir; para eso está la reforma constitucional. Claro que hay una gran capacidad creativa de la Constitución realizada por los tribunales constitucionales, por el carácter abstracto y general de las normas constitucionales, y porque además han de ser adaptadas a cada tiempo. Por eso, la capacidad que tiene un tribunal de adecuar la norma a los nuevos tiempos sin contradecirla es más amplia en aquellas normas que podríamos llamar “históricamente contingentes” y que obedecen a las circunstancias concretas del momento en el que una Constitución en un determinado país se dicta, y más restringida en aquellas normas que no son contingentes: las normas “definitorias” del modelo constitucional del que se trate. Pero, de todos modos, hay límites relativamente precisos que no pueden ignorarse, que no permiten hacer decir a la Constitución lo que ella claramente, no ha querido decir.

La interpretación constitucional no es solamente interpretación de la Constitución, es también interpretación constitucional de la ley, y las cortes constitucionales realizan esa doble actividad. La ley debe interpretarse conforme a la Constitución y la interpretación constitucional de la ley efectuada por los tribunales constitucionales deberá ser respetada. Prácticamente, todas las sentencias constitucionales son interpretativas: contienen siempre una interpretación de la Constitución. En efecto, la sentencia no vincula solamente a la parte dispositiva, sino que su fundamentación jurídica, donde siempre hay interpretación, también vincula a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces y a los tribunales. Pero, en un sentido más preciso, son interpretativas aquellas sentencias en las que se salva la constitucionalidad de la ley mediante la declaración de su constitucionalidad condicionada a que se interprete de una



determinada manera. La máxima importancia de las sentencias interpretativas radica no solamente en sus efectos o su vinculación, sino además en sus límites. El Tribunal Constitucional no debe sustituir al legislador haciéndole decir a la ley lo que esta de ninguna manera dice o ha querido, o pueda decir con el paso del tiempo. Y sustituir al legislador también es ponerse en su lugar dictando “leyes” mediante sentencias manipulativas¹²².

En definitiva, puede concluirse que la interpretación constitucional es jurídica (sin interferencia indebida del elemento político), pero comprendiendo la operación con valores (empleados desde la racionalidad y la prudencia, que exigen la depuración de prejuicios implícitos en la correspondiente “precomprensión” de la correspondiente Constitución). Así, la interpretación de todo texto constitucional debe ser una actividad llevada a cabo con arreglo a la argumentación admitida en la aplicación de las normas jurídicas y conducentes, por ello, a decisiones que respondan al principio de predictibilidad y, por tanto, los de seguridad y objetividad¹²³.

Por último, la jurisdicción constitucional está en peligro en todo el mundo (los procesos de erosión democrática y la expansión del constitucionalismo autoritario, como por ejemplo en Polonia, Hungría, Bolivia, Turquía, así como el de la cooptación y aniquilación de la justicia por el régimen autoritario chavista-madurista venezolano de más 23 años), por ello la independencia judicial es la salvaguarda constitucional contra la amenaza que representan los políticos para el buen ejercicio de la función de los jueces. Pero esta garantía constitucional de nada sirve si no va acompañada de la independencia interna del juez, ya que aquella protege a los jueces contra la política, pero no protege al sistema constitucional y a la sociedad contra aquellos jueces que, por razones que no sean la presión política directa, están dispuestos a desobedecer o distorsionar la Constitución. Y es que la neutralidad de un juez exige que este llegue al resultado interpretativo mediante la aplicación de reglas y principios constitucionales, independientemente de si él aprueba el resultado obtenido.

¹²² Aragón Reyes, M. “Las singularidades de la interpretación constitucional...ob. cit., p. 333 y 334.

¹²³ Parejo Alfonso, L. (2012) “Prólogo al libro de Manrique Jiménez Meza: *La Pluralidad Científica y los Métodos de Interpretación Jurídico-Constitucional*.” 2da. Edición. Editorial Juritexto. San José. pp. 37 y 38.



De allí que los jueces deben ser protegidos contra la influencia o la presión política, y la mejor protección de la independencia judicial es, por supuesto, una convicción profundamente arraigada en el lado de los políticos de que cualquier interferencia en los procedimientos judiciales es inaceptable, apoyada por un fuerte respaldo a la Constitución dentro de la sociedad¹²⁴. Así, creo que la primera virtud o cualidad de un juez es la autocontención (no el sentido propio del *self-restraint* en contraste con el activismo judicial), entendida como la capacidad de sustraerse de elementos ajenos a la decisión que podrían influir decisivamente en ella.

La autocontención implica en primer lugar un grado importante de conocimiento, en doble sentido. De un lado, un profundo cuando no excelente conocimiento del sistema jurídico político, de sus elementos esenciales y por ende también de sus exigencias y requerimientos, para saber qué se puede hacer, qué no se puede hacer, y qué es posible bajo ciertas premisas. De otro lado, un conocimiento consciente de su capacidad interna, de sus condicionantes subjetivos y de los estímulos externos que pueden ejercer en él influencias indebidas. Autocontención sería, pues, el comportamiento de un juez que encamina y mantiene su decisión dentro de los límites requeridos o tolerados por el sistema, frente a los condicionantes de sí mismo y frente a las influencias ajenas¹²⁵.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackermann, B. (2011) *“La Constitución Viviente.”* Marcial Pons. Madrid, España.

Ackermann, B. (2015) *“We the people I, Fundamentos de la Historia Constitucional Estadounidense.”* Traficantes de sueños. Madrid, España.

¹²⁴ **Grimm, D.** (2020) *“Constitucionalismo. Pasado, Presente y Futuro.”* (Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. pp. 327, 328 y 329.

¹²⁵ La declaración de los principios de Deontología Judicial de la Red Europea de Consejos de Justicia (*Declaración de Londres* de junio de 2010), reza así: “El juez mostrará coraje a la hora de ejercer sus funciones de juzgar y de dar respuesta a los que demandan justicia. Dicho coraje, en combinación con la independencia, puede llevar al juez a verse en una situación de impopularidad y soledad. La evolución de la sociedad contemporánea hace que el coraje del juez, tanto físico como psicológico, resulte necesario para: sustanciar determinados procedimientos; hacer frente a las distintas presiones políticas, sociales, de la opinión pública, de los medios de comunicación y del corporativismo; responder a los retos de la sociedad moderna”.



Ahumada Ruíz, M. (2005) *“La Jurisdicción Constitucional en Europa.”* Thomson Civitas. Navarra, España.

Aja, E. (1998) *“Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual.”* Ariel Derecho. Barcelona, España.

Alexy, R. (2007) *“Teoría de los Derechos Fundamentales.”* 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Alonso, E. (1984) *“La Interpretación de la Constitución.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Ansuátegui, F. J. (2017) Sobre la Tensión entre Constitucionalismo y Democracia en “Mora Sifuentes, Francisco M. (Coordinador), *Democracia, Ensayos de Filosofía Política y Jurídica.*” 2da. Edición. Editorial Fontamara, México D.F., México.

Aragón, M. (2013) Dos Problemas Falsos y Uno Verdadero: Neoconstitucionalismo, Garantismo y Aplicación Judicial de la Constitución, en “*Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29.*” México.

Aragón, M. (2013) Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley: las sentencias interpretativas y sus modalidades en “*Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional.*” Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Aragón, M. (2002) *“Constitución, Democracia y Control.”* Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, N° 88. México D.F., México.

Atienza, M. (2016) *“Interpretación Constitucional.”* Universidad Libre de Colombia. Bogotá, Colombia.

Atienza, M. (2007) “Argumentación y Constitución”, en AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. *Fragmentos para una Teoría de la Constitución.* Iustel. Madrid, España.

Atienza, M. (1997) Los Límites de la Interpretación Constitucional. De Nuevo Sobre los Casos Trágicos, en “*Revista Isonomía, N° 6.*” México D.F., México.

Bachoff, O. (1966) El Juez Constitucional entre Derecho y Política en “*Universitas Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, número 2, Vol. 4.*” Stuttgart, Deutschland.

Bachoff, O. (1963) *“Jueces y Constitución.”* Taurus Ediciones. Madrid, España.



Bachoff, O. (1986) Nuevas Reflexiones Sobre la Jurisdicción Constitucional Entre Derecho y Política en *"Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 57."* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México.

Balaguer, M. L. (1997) *"Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico."* Editorial Tecnos. Madrid, España.

Barak, A. (2021) *"Discrecionalidad Judicial."* (Trad. Lucas e. Misseri e Isabel Lifante Vidal). Palestra Editores. Lima, Perú.

Barber, S. A. y Fleming, J. E. (2007) *"Constitutional Interpretation. The basic Questions."* Oxford University Press. Oxford, U.K.

Bayón Mohino, J. C. (2004) Democracia y Derechos: Problemas de Fundamentación del Constitucionalismo en *"Constitución y Derechos Fundamentales"* (Coord. Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Paramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto Sanchís). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Bayón Mohino, J. C. (2003) Derechos, Democracia y Constitución en *"Constitución: Problemas Filosóficos."* (Edit. Francisco Laporta). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Beltrán De Felipe, M. (1989) *"Originalismo e Interpretación. Dworkin vs Bork, una polémica constitucional."* Civitas. Madrid, España.

Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse, Heyde (2001) *"Manual de Derecho Constitucional."* (Trad. Antonio López Pina). 2da. Edición. Marcial Pons, Madrid, España.

Betti, E. (2019) *"Teoría de la Interpretación Jurídica."* (Traducción y compilación Alejandro Vergara Blanco). Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2019.

Bickel, A. M. (2020) *"La Rama Menos Peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el Banquillo de la Política."* (Trad. Mario A. Zamudio Vega). Fondo de Cultura Económica. México.

Böckenforde, E.-W. (2017) Constitutional Jurisdiction: Structure, Organization, and Legitimation en *"Constitutional and Political Theory."* Selected Writings (Edit. Mirjam Künkler y Tine Stein). Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2017.

Böckenforde, E.-W. (1993) *"Escritos Sobre Derechos Fundamentales."* (trad. Juan Luis Requejo Pagés /Ignacio Villaverde Menéndez). Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, Deutschland.

Böckenforde, E.-W. (2000) *"Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia."* Editorial Trotta. Madrid, España.



Canosa, R. (1988) *“Interpretación Constitucional y Formula Política.”* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

Casal, J. M. (2015) *“Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo.”* Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer. Caracas, Venezuela.

Casal, J. M. (2015) Respuestas del Legislador ante la Interpretación de la Constitución Efectuada por la Jurisdicción Constitucional en *“Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.”* Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, Colombia.

Casal, J. M. (2010) *“Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones.”* Legis. Caracas, Venezuela.

Casal, J. M. (2005) Algunos Cometidos de la Jurisdicción Constitucional en democracia, en *“La Jurisdicción Constitucional. Democracia y Estado de Derecho.”* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Casal, J. M. (2004) *“Constitución y Justicia Constitucional.”* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.

Cappelletti, M. (2010) *“¿Jueces Legisladores?”* (Trad. Claudia Ochoa Perez). Communitas. Lima, Perú.

Collazos, M. D. (2009) La corrección funcional y el *stare decisis* como alternativas para la legitimidad del control constitucional en democracias disfuncionales, en *“Revista de Derecho y Humanidades, N° 15.”* Universidad de Chile. Santiago de Chile, Chile.

Crisafulli, V. (1977) *Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo* en *“Scritti in onore a Costantino Mortati.”* Giuffrè Editore. Roma, Italia.

De Otto Y Pardo, I. (1981) “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en *El Tribunal Constitucional*. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, España.

Díaz Revorio, F. J. (2016) “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 37*, México D.F., México.

Díaz Revorio, F. J. *“Valores Superiores e Interpretación Constitucional.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Díez-Picazo, L. M. (2013) *“Sistema de Derechos Fundamentales.”* Cuarta Edición. Civitas/Thomson Reuters. Cizur Menor, España.

Dworkin, R. (1986) *“El Imperio de la Justicia.”* Gedisa. Barcelona, España.



Dworkin, R. (2012) *“Los Derechos en Serio.”* Ariel. Barcelona, España.

Ely, J. H. (2007) *“Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional.”* (Trad. M. Holguín). Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia.

Esser, J. (2020) *“La Interpretación.”* (Trad. Marcelino Rodríguez Molinero). Ediciones Olejnik. Santiago, Chile.

Faller, H. J. (1979) “Defensa Constitucional por Medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal de Alemania” en *Revista de Estudios Políticos*, número 7. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Fernández, T. R. (2005) *“Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial,”* Iustel. Madrid, España.

Ferreres, V. (2011) El Tribunal Constitucional ante la Objeción Democrática: tres problemas en *“Justicia Constitucional y Democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional. Madrid, España.

Ferreres, V. (2011) *“Una Defensa del Modelo Europeo del Control de Constitucionalidad.”* Marcial Pons. Madrid, España.

Ferreres, V. (2007) *“Justicia Constitucional y Democracia.”* 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Gadamer, Hans-Georg. (1977) *“Verdad y Método.”* Ediciones Sígueme. Salamanca, España.

García, J. A. (2004) La Interpretación Constitucional, en *“Revista Jurídica de Castilla y León, N° 2.”* Junta de Castilla y León. Valladolid, España.

García De Enterría, E. (1994) *“La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.”* 3ª Edición - 3ª reimpresión. Editorial Civitas. Madrid, España.

García Pelayo, M. (1991) *“Obras Completas.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Gargarella, R. (2012) *“La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial,”* Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Quito.

Gargarella, R. (2010) La Dificultosa Tarea de la Interpretación Constitucional en *“Teoría y crítica del Derecho Constitucional. Roberto Gargarella (coordinador). Tomo I.”* Democracia. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

García Belaunde, D. (2020) *“Como Estudiar Derecho Constitucional.”* Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Lima, Perú.



Gascón, M. (2016) Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces? en *“Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, N° 20.”* Tirant Lo Blanch. Valencia, España.

Ghazzaoui, R. (2019) Interpretación Constitucional y Discrecionalidad Judicial. Una Aproximación Desde el Neoconstitucionalismo en *“Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Tomo II.”* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Ghazzaoui, R. (2014) “El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública” en *Actas de la I Jornada de Derecho Constitucional Administrativo en Homenaje al Dr. Giovanni Nani.* Universidad Arturo Michelena. Valencia, España.

Ghazzaoui, R. (2012) “El Principio General de Proporcionalidad como Límite de la Discrecionalidad Administrativa. UCAB. Caracas, Venezuela.

Grimm, D. (2020) *“Constitucionalismo. Pasado, Presente y Futuro.”* (Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Guastini, R. (2015) Interpretación y Construcción Jurídica, en *“Isonomía N° 43, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho.”* México D.F., México.

Guastini, R. (2014) *“Interpretar y Argumentar.”* (Trad. Silvina Álvarez Medina). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Guastini, R. (2018) *“La Interpretación de los Documentos Normativos.”* (Trad. César E. Moreno More). Derecho Global Editores. México D.F., México.

Guastini, R. (2016) *“Lecciones de Derecho Constitucional.”* (Trad. César E. Moreno More), Legales Ediciones. Lima, Perú.

Guastini, R. (2010) *“Nuevos Estudios Sobre la Interpretación.”* (Trad. D. Moreno Cruz), Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Häberle, P. (2010) Métodos y Principios de Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, en *“Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 13.”* Universidad de Granada. Granada, España.

Häberle, P. (2017) *“Tiempo y Constitución. Ámbito Público y Jurisdicción Constitucional.”* (Trad. Jorge Luis León Vásquez). Palestra editores. Lima, Perú.

Hernández, J.I. (2016) Justicia Constitucional y Poder Político en Venezuela en *“Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.”* Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia.



Hesse, K. (2011) *“Escritos de Derecho Constitucional.”* Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Hierro Sánchez-Pescador, L. (2011) *Derechos, Democracia y Justicia Constitucional en “Justicia Constitucional y Democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional. Madrid, España.

Iglesias, M. (1999) *“El Problema de la Discreción Judicial. Una Aproximación al Conocimiento Jurídico.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Jellinek, G. (2006) *“Reforma y Mutación de la Constitución.”* Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.

Kelsen, H. (2017) *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional).* Rolando Tamayo y Salmorán (traducción). Domingo García Belaunde (revisión), en KELSEN, Hans, *Sobre la Jurisdicción Constitucional.* Cuadernos del Rectorado. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima, Perú.

Leibholz, G. (2019) *“Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna.”* Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, Chile.

Linares, S. V. (1998) *“Tratado de Interpretación Constitucional.”* Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Lucas, P. (1990) *“Curso de Derecho Político. Vol. 4,”* Editorial Tecnos. Madrid, España.

Martínez-Pujalte, A. L. y De Domingo, T. (2011) *“Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional.”* Editorial Comares. Granada, España.

Müller, F. (2006) *“Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación General de una Concepción de los Métodos en el Trabajo Jurídico). (Trad. Salvador Gómez de Arteche y Catalina). Marcial Pons. Madrid, España.*

Müller, F. (2020) *“Teoría Estructuradora del Derecho.” (Trad. Rossana Ingrid Jansen Dos Santos). Astrea. Buenos Aires, 2020.*

Nieto, A. (1983) *Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional, en “Revista de Administración Pública, N°(s) 100-102.”* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Parejo, L. (2012) *Prólogo al libro de Manrique Jiménez Meza: “La Pluralidad Científica y los Métodos de Interpretación Jurídico-Constitucional.”* 2da. Edición. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica.



Parejo, L. (1990) *"Constitución y Valores del Ordenamiento."* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, España.

Pérez Luño, A. E. (2010) *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución."* Tecnos. Madrid, España.

Pino, G. (2013) *"Derechos Fundamentales, Conflictos y Ponderación."* Palestra Editores. Lima, Perú.

Prieto Sanchís, L. (2005) "Interpretación Constitucional" en FERRER MCGREGOR, Eduardo (Coordinador). *Interpretación constitucional, Tomo II*, UNAM. Porrúa. México D.F., México.

Prieto Sanchís, L. (1991) Notas Sobre la Interpretación Constitucional, en *"Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Número 9."* Madrid, España.

Raz, J. (2001) Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares, en *"Anuario de Derechos Humanos, Vol. 2."* Nueva Época. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.

Rodríguez, D. M. (2011) *"Control Judicial de la Ley y Derechos Fundamentales. Una Perspectiva Crítica."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Rodríguez, Á. (1996) Constitución y Tribunal Constitucional en *"Revista Española de Derecho Administrativo, N° 91."* Editorial Civitas. Madrid, España.

Rodríguez De Santiago, J. M. (2000) *"La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo."* Marcial Pons. Madrid, España.

Rubio Llorente, F. (2012) *"La Forma del Poder. Estudios Sobre la Constitución, Vol. III."* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Ruíz Miguel, A. (2004) "Constitucionalismo y Democracia" en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* Número 21. Instituto Tecnológico Autónomo de México. D.F., México.

Sagües, N. P. (1998) *"La Interpretación Judicial de la Constitución."* Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Sagües, N. P. (2017) *"La Interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada."* Editorial Porrúa. México D.F., México.

Sagües, N. P. (2003) "Reflexiones Sobre la Constitución Viviente (*Living Constitution*)", en *Dikaion*, Vol. 12. Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana. Chía. Colombia.



Santiago, A. (1998) *“La Corte Suprema y el Control Político. Función Política y Posibles Modelos Institucionales.”* Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Savigny, Friedrich Karl Von. (1878) *“Sistema del Derecho Romano Actual.”* F. Góngora y Compañía Editores. Madrid, España.

Scalia, A. (2015) *“Una Cuestión de Interpretación, Los Tribunales Federales y el Derecho.”* Amy Gutmann (edición). Palestra Editores. Lima, Perú.

Schneider, H. P. (1991) *“Democracia y Constitución.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Solozábal Echavarría, J. J. (1990) “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 69. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Sunstein, C. R. (2009) *“A Constitution of Many Minds.”* Princeton University Press. Princeton.

Sunstein, C. R. (1999) *“One Case at a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court.”* Harvard University Press. Cambridge, U.S.A.

Tajadura Tejada, J. (2018) “Reforma, mutación y destrucción de la Constitución”, en *Cuadernos de Pensamiento Político*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES). Madrid, España.

Tomás Y Valiente, F. (1993) *“Escritos Sobre y Desde el Tribunal Constitucional.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Tribe, L. H. y Dorf, Michael C. (2017) *“Interpretando la Constitución.”* (Trad. J. Aliaga Gamarra). Palestra Editores. Lima, Perú.

Triepel, H. (1974) *“Derecho Público y Política.”* (Trad. José Luis Carro). Civitas. Editorial Revista de Occidente. Madrid, España.

Tushnet, M. (2013) *“Constitucionalismo y Judicial Review.”* (Edit. Pedro Grández Castro). Palestra Editores. Lima, Perú.

Tushnet, M. (2000) *“Taking the Constitution Away From the Courts.”* Princeton University Press. Princeton, U.S.A.

Viehweg, T. (1992) “La filos”ofía del Derecho como investigación básica”, en *Tópica y Filosofía del Derecho*. Gedisa. Barcelona, España.

Vigo, R. L. (2015) *“Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional.”* Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Buenos Aires, Argentina.

Waldron, J. (2018) *“Contra el Gobierno de los Jueces.”* (Trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz). Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, Argentina.



Waldron, J. (2005) *“Derecho y Desacuerdos.”* (Trad. José L. Martí Mármol y Á. Quiroga). Marcial Pons. Madrid, España.

Wróblewski, J. (2013) *“Sentido y Hecho en el Derecho.”* (Trad. Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Esquiaga Ganuzas). Editorial Grijley. Lima, Perú.

Wróblewski, J. (2001) *“Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica.”* Civitas, Madrid, España.

Zaccaria, G. (2004) *“Razón Jurídica e Interpretación.”* (Comp. Ana Messuti). Thomson Reuters Civitas. Madrid, España.

Zagrebelsky, G.-Marcenó, V. (2018) *“Justicia Constitucional. Vol. I: Historia, Principios e Interpretaciones.”* (Trad. César E. Moreno More). Editorial Zela. Puno, Perú.

Zagrebelsky, G. (2014) *“La Ley y su Justicia. Tres Capítulos de Justicia Constitucional.”* Editorial Trotta. Madrid, España.

Zagrebelsky, G. (2009) *“El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia.”* Novena Edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

Zagrebelsky, G. (2008) *“Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política.”* Editorial Trotta. Madrid, España.



LA PARTICIPACIÓN DE LOS NUEVOS EMPRENDIMIENTOS
EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS
THE PARTICIPATION OF NEW COMPANIES
IN PUBLIC PROCUREMENT

Alejandro Canónico Sarabia¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.02>

Fecha de Recepción: 25 de Mayo de 2022

Fecha de Aprobación: 30 de Junio de 2022

Resumen:

El 15 de octubre de 2021, resultó publicada en la Gaceta Oficial No. 6.656, la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos, cuyo principal objeto es promover la creación y desarrollo de nuevos emprendimientos con el propósito de aumentar y diversificar la oferta de productos y servicios en el país, ofrecerles una regulación especial y brindar ciertos incentivos que permitan el crecimiento del sector, así como el de la Nación. Uno de los principales incentivos hacia el sector emprendedor se consagra en el artículo 12 de la citada ley, en donde se reconoce a las compras públicas como una fuente de demanda potencial de los nuevos emprendimientos, por lo que las autoridades deberán establecer criterios claros para privilegiar la participación de los nuevos emprendimientos en esa área de la gestión pública.

Palabras claves: Emprendimiento, Compras públicas, Startup, Empresas emergentes.

Abstract:

On October 15, 2021, the Law for the Promotion and Development of New Enterprises was published in the State official newsletter No. 6,656, whose main purpose is to promote the creation and development of new enterprises with the purpose of increasing and diversifying the offer of products and services in the country, offer them a special regulation and provide certain incentives that allow the growth of the sector, as well as that of the Nation. One of the main incentives towards the entrepreneurial sector is stated in article 12 of the law, where public purchases are recognized as a source of potential demand for new enterprises, for which the authorities must establish clear criteria to privilege the participation of new enterprises in this area of public management.

Key Words: Entrepreneurship, Public Procurement, Startup, Emerging Companies.

“Estamos en medio de una revolución silenciosa:
el triunfo del espíritu empresarial y de la creatividad
humana en todo el mundo”. **Jeffrey A. Tommons**

¹ Abogado (UCAB). Doctor en Derecho por la Universidad de la Coruña. *Magister Scientiarum* en Historia Regional de Venezuela. Especialista en Derecho Administrativo (UCAB), y, en Derecho Procesal (UCAB). Profesor de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). E-mail: alejandro.canonico@unir.net **Orcid:** 0000-0002-6940-5087.

INTRODUCCIÓN



Siendo el empleo y la educación derechos fundamentales para los ciudadanos en los estados sociales, estos son garantía para generar condiciones de vida dignas y facilitar el desarrollo económico y social del país, en circunstancias de equidad y de bienestar general, ofreciendo oportunidades que orienten y propicien el desarrollo humano. En este sentido y para hacer visibles estas posibilidades como principios estructurales de la sociedad se formula el 15 de octubre de 2021, resultó publicada en la Gaceta Oficial No. 6.656, la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos, con la intención de establecer una reciprocidad entre la oferta de educación oficial de calidad, y la solicitud de trabajo calificado en los diferentes contextos de la geografía nacional para promover, el mejoramiento de la calidad de vida, la estabilidad social y el crecimiento económico.

La Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos promueve y reglamenta el emprendimiento en los distintos niveles de la educación del país bajo los principios y valores establecidos por la Constitución de 1999, con ella se relaciona el sistema educativo y el sistema productivo a través de la formación en competencias básicas, laborales, ciudadanas y empresariales; a través de la ejecución de una asignatura transversal de emprendimiento; como un espacio de formación para los niños y jóvenes con el objetivo de desplegar una cultura del emprendimiento a nivel nacional, que permita el fomento y la creación de empresas.

La ley busca asimismo orientar el elemento vocacional, el emprendimiento y el proyecto de vida, y desde estas bases aumentar las oportunidades derivadas del proceso formativo, donde las personas adquieran herramientas conceptuales y procedimentales útiles para su interacción con el medio, en términos del desarrollo de las competencias a través del reconocimiento de sus potencialidades. Los desarrollos científicos y tecnológicos, la internacionalización y globalización del conocimiento y la economía, ofrecen la posibilidad y desafían a las instituciones a promover procesos de investigación, innovación, creatividad y emprendimiento



empresarial, en la solución de problemas de su entorno a partir de la aplicación del conocimiento.

DESARROLLO

1_. Aproximación A la Noción de Emprendimiento.

La economía no se detiene, su práctica resulta incesante, además evoluciona de manera constante; dentro de la evolución de las actividades económicas van surgiendo nuevas ideas, modalidades, conceptos y figuras que se incorporan a las prácticas tradicionales para generar riqueza, bienestar, y así contribuir, de forma directa o indirecta, al desarrollo económico y social de los estados. Precisamente dentro de esas nuevas figuras productivas ubicamos al “emprendimiento”, que se trata de una nueva modalidad productiva inserta dentro del derecho fundamental a la libertad económica o la libertad de empresa, que comparte las características de libertad, productividad, flexibilidad, informalidad, innovación y sostenibilidad. Actualmente esta figura empresarial emergente se encuentra en estudio, revisión e incorporación normativa en diferentes lugares del planeta, por su aparición espontánea y por su definitiva potencialidad para desarrollar procesos productivos que, sumados a las actividades económicas tradicionales, pueden contribuir a la generación de empleo y al desarrollo de las economías nacionales.

Cabe destacar que, en el contexto de la realidad venezolana, el emprendimiento se ha manifestado con significativa fuerza en la última década, motivado en muchos casos por los evidentes problemas económicos del país y en respuesta a las necesidades humanas tendientes a la obtención de ingresos económicos que les permitan a las personas contar con recursos suficientes para garantizar una vida digna. Frente a esta realidad, en los últimos años, se han implementado normas, organizaciones y reglamentación de apoyo y estímulo al emprendedor para tratar de proteger las actividades productivas que desarrollan y, al mismo tiempo, para fomentar el surgimiento de nuevos emprendimientos.

En este escenario resulta interesante conocer cuáles son las bases conceptuales que fundan a la figura de los emprendedores, cuyo estudio permitirá comprender realmente en qué consiste esta modalidad empresarial y



quiénes serían los principales actores que se configuran como los encargados del desarrollo de ese nuevo sector de producción económica.

A los fines de tratar de marcar el inicio histórico del emprendimiento, se apoyará en la obra de Alejandro Schnarch, denominada: *“Emprendimiento Exitoso”*², donde se indica que: *“Emprendedor viene del vocablo francés entrepreneur y tal vez el uso más antiguo de este término se registra en la historia francesa en el siglo XVII y hacía referencia a personas que se comprometían a conducir expediciones militares. El término fue introducido en la literatura económica por primera vez, en los inicios del siglo XVIII, por el economista Richard Cantillon. (...) Cantillon define al entrepreneur como el <<agente que compra los medios de producción a ciertos precios y los combina en forma ordenada para obtener de allí un nuevo producto>> Distingue que el emprendedor, a diferencia de otros agentes no posee un retorno seguro. Y afirma que es él, quien asume y soporta los riesgos que dominan el comportamiento del mercado.”*

Así mismo, desde la cultura y formación técnica emprendedora, se define al emprendimiento:

...como un conjunto de competencias, que parte de la actitud de la persona, para captar oportunidades de su entorno, lo cual requiere un pensamiento sistémico, convertirlas en ideas innovadoras con base en su creatividad y generar proyectos productivos en diferentes campos, para beneficio propio y de su entorno.³

Se destaca en la anterior definición que el emprendimiento está íntimamente vinculado a las capacidades y competencias del emprendedor. En relación con lo anterior podemos concluir -a priori- que el emprendimiento se desprende de la condición y conducta humana; no hay emprendimiento sin emprendedor.

La anterior referencia conceptual, técnica e histórica se proyecta hacia la actualidad, destacando las características fundamentales de esta modalidad productiva, que parecen mantenerse en el tiempo. Su origen, sin dudas, es la libertad de la persona para desarrollar la actividad económica que considere más adecuada, con base en sus ideas y en sus capacidades; igualmente se reitera

² Schnarch, A. (2014) *“Emprendimiento exitoso. Como mejorar su proceso y gestión.”* Bogotá, Ecoe Ediciones, Reimpresión 2016, p. 126.

³ Uribe, M.E.-Reinoso, J. F. (2013) *“Emprendimiento y Empresarismo. Diferencias, conceptos, cultura emprendedora, idea y proyecto de empresa.”* Bogotá, Ediciones de U, p.14.



la necesidad como elemento motivador del emprendimiento, para luego llevar a cabo los esfuerzos, procesos y actividades que permiten satisfacer esa necesidad o lograr el objetivo del emprendimiento, por medio de la creación de nuevos productos y servicios innovadores o que aporten valor; sin olvidar algo muy importante, y es que el emprendedor asume y soporta directamente los riesgos que comporte la ejecución de su emprendimiento.⁴

La doctrina ha identificado dos tipos de emprendimiento, a saber, i. Emprendimiento de subsistencia; y ii. Emprendimiento de oportunidad. Los emprendimientos de subsistencia se han identificado como:

...aquellos que no disponen de las posibilidades, ya sean estas económicas, sociales y culturales para desarrollarse, siendo el principal motivo el hecho de que fueron creados por necesidad. Pueden encontrarse enmarcados dentro de lo que se conoce como economía informal, por lo que hasta se puede analizar cómo se desarrolla dentro de condiciones de vulnerabilidad, pobreza y exclusión social (...).⁵

Este tipo de emprendimiento suele caracterizarse por los bajos niveles de capital de trabajo, productividad y nivel tecnológico, lo que supone en consecuencia, que tenga pocas probabilidades de sostenibilidad.

Mientras que el emprendimiento de oportunidad consiste fundamentalmente en la realización de una actividad profesional o personal del emprendedor, sobre la base de sus capacidades, pero que cuenta con cierto capital económico, social, estratégico y de organización, por lo que exhibe algún grado de formalidad, que lo diferencia del emprendimiento de necesidad; *“El emprendedor de oportunidad posee incluso un gran nivel educativo y posee considerables niveles de innovación y tecnología”*.⁶

Las aproximaciones teóricas al concepto de emprendimiento, antes realizadas, conduce a analizar la correspondencia entre la noción de

⁴ Borja, A.,-Carvajal, H.-Vite, H. (2020) *“Modelo de emprendimiento y análisis de los factores determinantes para su sostenibilidad. Entrepreneurship model and analysis of the determining factors for its sustainability.”* Publicado en Revista Espacios. Vol. 41 (24), p. 185.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.



emprendedor con respecto a la noción de empresario, a los fines de identificar sus elementos diferenciadores. Se dice que “...un emprendedor no es más que un empresario en potencia”;⁷ arrojando inmediatamente la idea del elemento temporal para diferenciar a ambas personas, esto es, el empresario puede comenzar siendo un emprendedor, o mejor aún, todo empresario es o fue un emprendedor. Otro elemento identificador es el hecho de que el emprendedor siempre es una o varias personas naturales o físicas, que pueden desarrollar su idea o actividad de forma directa, sin necesidad de constituir una organización formal; mientras que el empresario desarrolla su actividad económica a través de una empresa debidamente formalizada.

Sin embargo, ambos (emprendedor o empresario) persiguen el mismo objetivo general: realizar una actividad productiva, generar empleo y consolidar un desarrollo económico. No obstante, uno de los errores del emprendedor:

...es llegar a creer que, si es buen emprendedor, también se puede ser buen empresario, lo que no siempre resulta cierto, y puede costar el éxito de un proyecto. Una cosa es emprender, idear un negocio y desarrollarlo, y otra cosa muy distinta es ser empresario, gestionar el proyecto luego de implementado. Cada uno requiere habilidades diferentes y específicas....⁸

A modo de conclusión preliminar se puede afirmar que el emprendedor es aquella persona que, por iniciativa propia, con base en la innovación y la creatividad, diseña e implementa actividades productivas, a través de nuevos productos, servicios o procesos, diferenciándose de los existentes en el mercado. Esta figura también puede ser asimilada a las conocidas en otros ordenamientos jurídicos, bajo la denominación de “trabajador independiente”, “autónomo o freelance”; las cuales, en función de la actividad y la forma de desarrollarla pudieran ser englobadas en la definición de “emprendedor”.

Por último, resulta interesante comentar que en la actualidad se encuentra publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales españolas, el “Proyecto de Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes” o *startup*.

⁷ Schnarch, A., *Ob. Cit.*, p.127.

⁸ *Ídem*.



Precisamente a través de esta legislación se pretende regular una figura similar al denominado emprendimiento o empresas emergentes, destacando sobre manera el término innovación para identificar a esta modalidad empresarial. En ese sentido, se considera empresas emergentes innovadoras:

...cuando su finalidad sea resolver un problema o mejorar una situación existente mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos nuevos o mejorados sustancialmente en comparación con el estado de la técnica y que lleven implícito un riesgo de fracaso tecnológico o industrial.

En este proyecto se incluye un capítulo relativo al fomento de la compra pública innovadora para empresas emergentes.⁹

2_. Marco Jurídico Legitimador del Emprendimiento.

Para conocer el marco jurídico que sirve de base al emprendimiento, como nueva modalidad de la actividad empresarial, se tomará como punto de partida la revisión de la norma constitucional, la cual desde su preámbulo establece que en Venezuela impera un sistema de economía basado en la libertad económica, la economía de mercado y la iniciativa privada, como derecho fundamental; con la garantía que solo puede ser limitado por ley, y en función de razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otros derechos sociales.¹⁰

⁹ Artículo 4.1 del Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, en fecha 27 de diciembre de 2021. <https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2021/12/BOCG-14-A-81-1.pdf>

¹⁰ Con relación al principio de libertad económica contenido en el artículo 112 del texto constitucional, es importante destacar el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N.º 2.254, de 13 de noviembre de 2001, en la cual señaló: "...Sobre este particular, esta Sala debe destacar que el principio de la libertad económica, no debe ser entendida como un derecho que esté consagrado en términos absolutos, sino que el mismo puede ser susceptible de ciertas limitaciones, las cuales pueden venir dadas por ley o por manifestaciones provenientes de la administración, las cuales, previa atención al principio de legalidad, pueden regular, limitar y controlar las actividades económicas que desempeñen los particulares. A diferencia de la consagración correlativa del texto fundamental de 1961, la previsión antes transcrita contiene una mayor precisión tanto en lo referido a las limitaciones de índole legal al ejercicio de las actividades económicas como a la definición del rol del Estado promotor. Es así como puede inferirse de la relación seguida en la norma, que la restricción a la actividad económica, además de estar contemplada en una Ley, es necesario que obedezca a razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...".



En ese orden de ideas, el texto fundamental determina que el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Para lograr la consolidación de aquel régimen socioeconómico, es determinante que el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, sirva las bases para la promoción del desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sostenibilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta.¹¹

Se observa, que el estado venezolano está obligado a constituirse en el garante de ese sistema o régimen socioeconómico, ya sea como promotor¹² o

Adicionalmente se observa que el artículo 5 de la Ley Para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos, publicada en la G.O. N° 6.656, de 15 de octubre de 2021, establece: "Se reconoce el derecho de toda persona a participar en la actividad económica, mediante la constitución de emprendimientos a los fines de contribuir con el desarrollo nacional y la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y la ley". Se reconoce, en consecuencia, una modalidad de la libertad económica, como lo es el derecho a emprender, como base para la generación de riqueza, empleo y bienestar de la población. Pero debemos tener claro hasta qué punto se materializa esa libertad, en el entendido que, en el ordenamiento jurídico venezolano, desde el punto de vista constitucional se propugna el reconocimiento a la propiedad privada y a la libertad económica, sin embargo, se observa que existen algunas limitaciones para su ejercicio, como ejemplo de ello tenemos que una compañía recién constituida deberá inscribirse en el Registro Único de Información Fiscal para obtener el RIF, deberá obtener una licencia de actividades económicas en la Alcaldía donde se encuentre su domicilio; deberá inscribirse en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialistas (INCES), el Banco Nacional de Vivienda y Habitación (BANAVIH), entre otros; para dar cumplimiento a sus obligaciones tributarias deberá inscribirse en el Fondo Nacional de Ciencia Tecnología e Innovación (FONACIT), el Fondo Nacional del Deporte la Actividad Física y la Educación Física (FND), entre otros; tal y como se extrae de la publicación de Cedice Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, consultada en: <https://cedice.org.ve/observatoriolegislativo/wp-content/uploads/2019/02/Serie-DD-No.-4-Hacer-Negocios-en-Venezuela.pdf> consultada el 17 de enero de 2022.

¹¹ Véase el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

¹² Dentro de los parámetros de estado garantista y promotor nos encontramos además que de conformidad con el contenido de los artículos 309 y 310 del texto constitucional, respectivamente "La artesanía e industrias populares típicas de la Nación, gozarán de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad, y obtendrán facilidades crediticias para promover su producción y comercialización." Y "El turismo es una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sustentable. Dentro de las fundamentaciones del régimen



regulador, todo ello, en correspondencia con el artículo 308, del texto constitucional que establece: *“El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. [asegurando] la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.”*

En los artículos 112 y 118 de la CRBV, se regulan los derechos económicos, que se constituyen en la fuente del régimen económico que rige la actividad empresarial en Venezuela, al establecer que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las previstas en el propio texto constitucional, y las que establezcan las leyes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, reconociendo, promoviendo y protegiendo además el derecho de los trabajadores, así como de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas destinadas a mejorar la economía popular y alternativa.

Así mismo, en el ordenamiento jurídico venezolano, se observa que se han sancionado una serie de instrumentos jurídicos para promover el emprendimiento social, ejemplo de ello son las leyes referidas al sistema microfinanciero, asociaciones cooperativas, promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria y cajas y fondos de ahorro; todas sancionadas en el año 2001, mediante decretos leyes autorizados por Ley Habilitante. Con estas leyes se pretendió facilitar el acceso a una ocupación productiva y creación de empleo, preferiblemente en forma colectiva, mediante el fomento y protección de las organizaciones asociativas, a las cuales se les brindaría asistencia técnica y financiera.

Posteriormente, en el año 2008, se sancionó la Ley para el Fomento y Desarrollo de la Economía Popular, la cual alcanzó un nivel mayor en el ordenamiento jurídico, al promulgarse la Ley Orgánica sobre el Sistema Económico Comunal (2010). Una de las finalidades de este instrumento jurídico fue fomentar un modelo socio productivo comunitario y sus formas de

socioeconómico previsto en esta Constitución, el Estado dictará las medidas que garanticen su desarrollo. El Estado velará por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional.”



organización comunal en todo el territorio nacional, surgiendo las siguientes modalidades de organización empresarial: i. Empresas de propiedad social o comunal, ii. Empresa de producción social; iii. Empresa de distribución social, iv. Empresa de autogestión, unidad productiva familiar, grupos de intercambio solidario y grupos de trueque comunitario. Estas empresas fueron declaradas el eje central de las políticas públicas y, por lo tanto, la base del modelo productivo socialista; sin que a la fecha se cuente con información estadística sobre los resultados concretos de la aplicación de esas normas.

Por otra parte, también en 2008, se promulgó la Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social¹³, en donde se estableció que el modelo productivo en Venezuela debe responder a las necesidades comunitarias, estando menos subordinado a la reproducción del capital y dirigido a alcanzar un crecimiento sostenido e inteligente. El instrumento jurídico tenía por objeto definir mecanismos, principalmente de carácter público, para apoyar, fomentar, promocionar o recuperar; según el caso, las pequeñas y medianas industrias, así como las unidades de propiedad social, mediante la capacitación, financiamiento y asesoría técnica por parte de los órganos de la Administración Pública. Igualmente previó formas de participación de estas organizaciones en condiciones preferenciales en los procesos de contratación pública, en sintonía con las propias normas especiales de contratación.

Y en el plano municipal se observa que el fomento a los emprendimientos se ha venido tratando de forma incipiente; como ejemplo de ello se encuentra el proyecto de Ordenanza para la promoción del emprendimiento y apoyo a los emprendedores del municipio San Felipe del Estado Yaracuy, que data de abril de 2018, cuyo objeto fue establecer las normas, procedimientos y lineamientos, que incentivarán la actividad y espíritu emprendedor dentro del municipio, a través de las políticas públicas que el Municipio fomentará en virtud de la promoción del carácter emprendedor, como base fundamental de la

¹³ Normativa derogada tras la entrada en vigencia del Decreto N° 1.413, de fecha 13 de noviembre de 2014 publicado en la **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.151 Extraordinario**, de fecha 18 de noviembre de 2014, mediante el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de 'Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, reimpreso por error material y publicada nuevamente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 4.550 de fecha 27 de noviembre de 2014.



participación del sector privado en el crecimiento y desarrollo, económico, social, cultural y político de todo un territorio.¹⁴

En virtud de lo mencionado anteriormente, se puede afirmar que, en el ordenamiento jurídico venezolano, se han establecido parámetros con los cuales se ha buscado fomentar a las empresas de reducida dimensión, así como a las llamadas nuevas formas de asociación económica, dentro de las que se pudiera incluir en forma general a los emprendimientos; sin embargo, ha sido un estímulo muy tímido, que pudiera profundizarse en el futuro.

3_. Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos.

Ahora bien, luego de analizado el contenido del texto constitucional, cuyas bases han permitido la promulgación de un número significativo de normas que fomentan el desarrollo de la pequeña y mediana empresa, así como de la pequeña y mediana industria, en la actualidad sobre la misma base jurídica fundamental, y tomando en consideración la crisis que atraviesa la economía nacional, unido al impacto económico derivado de la pandemia por la COVID-19, se ha iniciado un proceso de iniciativas individuales, familiares y grupales, integrado por ideas y propuestas innovadoras, relativas a proyectos de desarrollo productivos.

En ese sentido, el estado venezolano en aras de fomentar esos procesos emprendedores que contribuyen al desarrollo de la economía nacional, dictó la Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos (en lo sucesivo Ley de nuevos emprendimientos)¹⁵, con el objeto de contar con un basamento jurídico que permita promover las iniciativas de nuevos emprendimientos, garantizar los emprendimientos en curso y fomentar una cultura emprendedora orientada al aumento y diversificación de la producción de bienes y servicios, el despliegue de innovaciones y su incorporación al desarrollo económico y social de la nación.¹⁶

¹⁴ Artículo 1 del Proyecto Ordenanza para la promoción del emprendimiento y apoyo a los emprendedores del municipio San Felipe del estado Yaracuy, disponible en <https://es.slideshare.net/concejalesunidadesanfelipe/proyecto-de-ordenanza-para-la-promocion-del-emprendimiento-y-apoyo-a-los-emprendedores-del-municipio> consultada el 12 de diciembre de 2021.

¹⁵ **Gaceta Oficial N° E- 6.656**, de 15 de octubre de 2021.

¹⁶ Cfr. artículo 1 de la Ley de nuevos emprendimientos.



En esta nueva ley se define al emprendimiento, en el artículo 4.1, de la siguiente forma: *“Emprendimiento: Actividad económica con fines de lucro ejercida por una o más personas, que adquiere personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimiento y tiene una duración de hasta dos años”*.

Mientras que emprendedora o emprendedor, es aquella *“...persona con capacidades para innovar, entendidas estas como las capacidades de generar bienes y servicios de una forma creativa, ética, sustentable, responsable y efectiva”*. Lo

que está conectado con el estrenado Derecho a emprender, que según la norma¹⁷, consiste en el derecho que tiene toda persona a participar en la actividad económica, mediante la constitución de emprendimientos a los fines de contribuir con el desarrollo nacional y la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población. Como puede observarse de la proclamación de este novel Derecho, y luego de analizar su disposición conceptual, se generan serias dudas de si realmente se trata de un Derecho o de un deber u obligación, especialmente por la finalidad declarada del mismo, que no se alinea con los objetivos del sujeto emprendedor, sino que de forma exclusiva se identifica sólo con una finalidad de interés general que -según la norma- debe perseguir el emprendimiento.

No obstante, con la entrada en vigor de la citada ley, se pretende incentivar y promover los procesos emprendedores, a través de los siguientes mecanismos: i. La simplificación de trámites administrativos para la constitución, financiamiento y desarrollo de nuevos emprendimientos; ii. El apoyo desde el gobierno central para nuevos emprendedores; iii. La formación y asesoría financiera, administrativa, jurídica y contable; iv. La asesoría en publicidad y marketing digital; v. La sistematización del registro de emprendimientos, marcas y pymes; vi. La asistencia para la obtención de licencias y autorizaciones de funcionamiento; vii. La creación de fondos especiales para los nuevos emprendimientos; viii. Créditos y financiamientos especiales; ix. La protección jurídica en la actividad comercial y mercantil, así como en materia de propiedad intelectual y marca; x. La exoneración de impuestos en casos excepcionales, promover los incentivos o reducciones fiscales de los tributos estatales y municipales; y xi. El establecimiento de zonas económicas especiales para actividades comerciales de emprendedores, entre otras ventajas.

¹⁷ Cfr. artículo 5 de la Ley de nuevos emprendimientos.



No se puede dejar de destacar que el Código de Comercio venezolano (1955), como norma que regula a los comerciantes y a las actividades comerciales en el país, no contempla ninguna disposición que se refiera específicamente a las pymes o a los emprendimientos. Sin embargo, si se considera a las pymes y a los emprendimientos como empresas o entidades que realizan actos de comercio, estarían en la obligación de cumplir con los requisitos y reglas que el referido código establece para los comerciantes y para las sociedades mercantiles. No obstante, al observar la definición contenida en la Ley de nuevos emprendimientos, que será tendida más adelante, se percata de que conceptualiza al emprendimiento como aquella *“Actividad económica con fines de lucro ejercida por una o más personas, que adquiere personalidad jurídica con la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimiento y tiene hasta una duración de dos años”* (resaltado añadido)

Se observa claramente en este caso que el legislador venezolano se apartó de las normas ordinarias establecidas en el Código de Comercio para formalizar la constitución de una empresa, dejando en esta oportunidad supeditado tal formalismo a la inscripción en un registro especial, por lo que se infiere de la referida norma que no se requiere, por lo menos, de la inscripción en el Registro mercantil competente, ni de la fijación o publicación de tal registro para otorgarle la publicidad necesaria, a los fines de adquirir personalidad jurídica, por lo menos durante los primeros dos (2) años de vida del emprendimiento.

Concluyéndose entonces que los emprendimientos, a la luz de la nueva ley especial que se comenta, tendrán una duración máxima de dos (2) años, debiendo migrar al régimen mercantil ordinario al vencimiento de dicho lapso, so pena de sanción por haber incurrido en infracciones a la norma; y entendiéndose además la extinción de la figura legal del emprendimiento.

4_. Proyecto Español de Ley de Fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes (Ley de *Startup*).

La Ley de nuevos emprendimientos venezolana se dicta casi a la par de la discusión del Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (Ley de *Startup*), que actualmente se discute en el Congreso de los Diputados de España, dentro del plan denominado la Estrategia para una Nación Emprendedora (ENE), con el que se pretende establecer un entorno

normativo en el cual se puedan desenvolver los emprendedores y *startups*, donde la gestación y desarrollo de las iniciativas de alto componente innovador obtengan un resultado exitoso, independientemente de los factores económicos, sociales o geográficos en que tengan su origen. Tal circunstancia o coincidencia en la producción normativa de ambos países, nos indica que el tema del fomento y la promoción de las empresas emergentes o emprendimientos tienen un interés global y una trascendencia internacional.

Ahora bien, la semejanza que pudiera existir entre ambas leyes, radica en que ambas buscan reconocer la capacidad de producción que tienen las empresas emergentes y los emprendimientos, en cuanto a su promoción de empleos y carácter innovador que las identifica, pero además de ello, se observa que ambas establecen un marco regulador en el cual los protagonistas principales son los incentivos de tipo fiscal y reducciones burocráticas en la tramitación administrativa que determine su funcionamiento.

Actualmente, se puede observar que, tanto en el sistema jurídico español como en el ordenamiento jurídico venezolano, la puesta en funcionamiento de esta nueva categoría de empresas se encuentra supeditada al cumplimiento de diversas normas, que no se encuentran adaptadas a estas nuevas formas de asociación cuyas características se enmarcan precisamente en iniciativas innovadoras, que surgen de conformidad con los cambios que, a nivel económico, tecnológico y social, experimenta cada país.

En el caso español, en cuanto al reconocimiento y medidas de fomento para esta forma de asociación, además se cuenta con las siguientes leyes: i. Ley 11/2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, constituyendo su objetivo reforzar las reformas estructurales enfocadas a las pymes y autónomos para conseguir un alto grado de flexibilidad que permita ajustar los precios y salarios relativos, de forma que consiga aumentar la competitividad de la economía; ii. Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, donde se aprueba una serie de medidas de simplificación administrativa en la creación de empresas y reduce el número de procedimientos de apertura y se simplifica la tramitación de las sociedades limitadas; iii. La Ley 25/2015, de mecanismos de segunda oportunidad. Esta ley permite a los emprendedores que pese a un fracaso empresarial no arrastren indefinidamente estas deudas, también establece la exclusión de la obligación de presentar declaración en el Impuesto sobre



Sociedades con una serie de requisitos; iv. La Ley 5/2015, de Fomento de la financiación empresarial, donde se establece por primera vez un régimen jurídico para la financiación participativa o *crowdfunding*, pero sólo en las que el inversor espera recibir una remuneración dineraria por su participación, excluyendo las derivadas de ventas de bienes o servicios de donaciones.

5_. Las Compras Públicas Estratégicas y la Participación de los Emprendedores.

El objetivo principal de la contratación pública es la obtención correcta y oportuna de bienes, servicios y obras, optimizando el uso de los recursos públicos contra los riesgos de desperdicio y uso indebido. Además, los gobiernos reconocen cada vez más su potencial para lograr objetivos de gestión complementarios, sociales, ambientales, innovadores y económicos. Constituyendo la compra pública estratégica una forma de pensar y ejecutar políticas de contrataciones públicas más eficientes, mediante las cuales se cumplan las metas principales y accesorias; y en función de ello, se deben lograr los objetivos contractuales con el menor esfuerzo y con la utilización de los recursos precisos, para ser realmente eficientes¹⁸. La simplificación de los trámites y la descarga burocrática es un ejemplo de ello, y al lograrse este objetivo parcial, se estarían beneficiando los operadores económicos, el interés general, y al mismo tiempo, facilitando el acceso a las pymes y las empresas emergentes en los procedimientos de selección de contratistas, como una de las medidas estratégicas que deben implementar los órganos contratantes. Por lo tanto, resulta determinante que se incorporen variables y criterios de sostenibilidad social, ambiental, ética y económica en los procedimientos de contratación pública¹⁹, los cuales generan valor agregado y ayudan a garantizar su carácter estratégico.

Se observa, en consecuencia, una estrecha relación entre la denominada compra pública sostenible y la compra pública estratégica, ambas tienen como objetivo desarrollar un proceso de contratación de servicios, adquisición de bienes u obras, produciendo un impacto positivo en lo social, ambiental y

¹⁸ Sobre el tema de las contrataciones públicas estratégicas se recomienda consultar trabajo: **Canónico, A.** (2022) "*La contratación pública estratégica y el acceso de las pymes.*" Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022. ISBN 978-956-407-192-3.

¹⁹ Ver las Normas ISO 20400 <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:20400:ed-1:v1:es>

económico, principalmente; por lo que su efecto no sólo beneficia a la organización, sino también debe irradiar a otros actores hasta alcanzar al interés general. En ese mismo sentido se expresa Gimeno Feliu, cuando destaca que en la actualidad:



...la contratación pública debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación pública puede –y debe, diría– ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.²⁰

A título de resumen, se puede puntualizar que los objetivos de las compras públicas estratégicas son: i. La promoción de la eficiencia en los procesos de obtención de bienes, servicios y obras; ii. Utilizar las posibilidades de la contratación pública para incluir variables ambientales, sociales, éticas y de innovación; iii. Promover la participación de las pymes y empresas emergentes, en el mercado de la contratación pública; iv. Generalizar el uso obligatorio de la contratación electrónica; v. Garantizar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación; y vi. Implementar controles para evitar las irregularidades en la aplicación de las normas y en la ejecución de los procedimientos de contratación pública.

En el estudio del tema que ocupa merece una especial mención el contenido de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, elaborada por la Organización de Naciones Unidas (ONU), donde se establecieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)²¹, desde sus tres dimensiones; crecimiento económico, inclusión social y protección del medio ambiente²². El análisis de los

²⁰ **Gimeno, J.M.** (2013) “*Compra pública estratégica*”, en *Contratación Pública Estratégica*, AA.VV., (Dr. J. Pernas García). Editorial Aranzadi. Madrid, p. 45.

²¹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> consultada el 23 de enero de 2022.

²² El gobierno español aprobó un Plan de acción para implementar los ODS de la ONU, que se puede consultar en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:6e0f06b9-a2e0-44c0-955a-dad1f66c11d7/PLAN%20DE%20ACCIÓN%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACIÓN%20DE%20LA%20AGEND>



señalados ODS con miras a las compras públicas nos lleva a la conclusión que efectivamente esta herramienta integral de gestión se convierte en un medio estratégico para el cumplimiento de aquellos objetivos, que propenden al desarrollo humano. Prueba de lo anterior, se desprende del contenido de las metas de los siguientes objetivos: ODS 5, sobre la igualdad de género; ODS 8, sobre el trabajo decente y el crecimiento económico, donde expresamente se incorpora al emprendimiento, la creatividad, la innovación y las pymes, para lograr una mayor calidad en el empleo, y sin discriminación; ODS 10, sobre la reducción de desigualdades; ODS 12, sobre la producción y el consumo responsable; y el ODS 13, relativo a la acción por el clima, entre otros.

Esta agenda se debe convertir en una guía general para el cumplimiento de las Administraciones públicas, en el diseño y ejecución de las políticas públicas, en un entorno de gobernanza democrática y buena administración; siendo los procedimientos de compras del Estado el escenario ideal (aunque no exclusivo) para implementar las metas de los ODS, ya que, en palabras de la propia ONU, la contratación pública debe estar al servicio de las personas y al servicio de las naciones.

6_. Incidencia de la Ley de Nuevos Emprendimientos en las Compras Públicas.

Observando al emprendimiento como una modalidad económica y productiva, basada en la sostenibilidad, la innovación y la inclusión, resulta pertinente su asociación con las contrataciones estatales y, especialmente, con la noción de contratación pública estratégica. Precisamente, uno de los objetivos de la Ley de nuevos emprendimientos es fomentar el acceso a los emprendedores en las compras estatales, a través de políticas que promuevan, incentiven y faciliten su participación²³; aportando una disposición normativa específica donde se le establece un mandato concreto y directo a los órganos del Estado para que tengan en cuenta a los nuevos emprendimientos en las compras públicas, de la siguiente forma *“Las compras públicas realizadas por el*

[A%202030.pdf](#); y posteriormente el Consejo de ministros del gobierno español aprobó un Plan para el impulso de una contratación pública socialmente responsable, en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y del anterior Plan de acción.

Ver en: <https://www.boe.es/eli/es/o/2019/05/21/pci566> consultada el 2 de febrero de 2022.

²³ Cfr. Artículo 6 de la Ley de nuevos emprendimientos.

Estado se reconocen como una fuente de demanda potencial de los nuevos emprendimientos. El Estado establecerá criterios claros para privilegiar en la compra pública la contratación de nuevos emprendimientos.”²⁴



El citado artículo viene a complementar el marco teórico normativo establecido en otras leyes dictadas con anterioridad, relativas a medidas de sostenibilidad vinculadas a las compras públicas, con el objeto de dinamizar y profundizar las políticas públicas dirigidas a la pequeña y mediana industria y a las unidades de propiedad social, así como para el acompañamiento integral dispuesto por el Estado al sector transformador de materia prima en bienes e insumos elaborados o semielaborados en busca de profundizar una economía autónoma y diversificada²⁵, impulsando además el sistema económico nacional y el empleo de la inversión pública como dinamizador del aparato productivo, en un sistema de compras directa, eficiente, de promoción de las empresas públicas y privadas, mixtas, comunales y en especial de las pequeñas y medianas industrias.²⁶

²⁴ Cfr. Artículo 12 de la Ley de nuevos emprendimientos.

²⁵ Cfr. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, publicado en la **G.O. N° 40.550**, de 27 de noviembre de 2014, cuya finalidad radica en apoyar, fomentar, promocionar, expandir y recuperar a la pequeña y mediana industria y unidades de propiedad social, velando además por la participación e inclusión de la pequeña y mediana industria en la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, en iguales condiciones de calidad y capacidad, en los procesos de selección de contratistas a ser ejecutados por el sector público. Posteriormente se dictó el Decreto N° 2.198 de 26 de enero de 2016, mediante el cual se crea el Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, publicado en la **G.O. N° 40.836**, de 26 de enero de 2016, con el objeto de lograr la optimización del gasto público en la adquisición de bienes y servicios, el incremento de la incidencia positiva de las compras públicas en la reactivación económica y el fortalecimiento de la pequeña y mediana empresa; y luego, se dictó la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, publicada en la **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.318** de fecha 11 de enero de 2018, en cuyo texto se mencionan a los actores económicos del nuevo tejido empresarial, categoría en la que se incluye a las pymes, destacando que será un fin primordial del régimen general de contrataciones públicas la promoción y protección de la pequeña y mediana industria, para lo cual las leyes, reglamentos y demás actos de contenido normativo deberán prever medidas suficientes para asegurar la participación de dichos actores económicos de mediana y pequeña escala. En ese sentido, con el objeto de asegurar el acceso a recursos económicos por parte de los actores económicos de pequeña escala, podrán implementarse mecanismos de anticipo y pronto pago para las empresas de la pequeña y mediana industria, que resulten seleccionadas en procesos de contratación pública. Las medidas para la protección de los pequeños actores económicos deberán guardar suficiente proporcionalidad frente a otras categorías de participantes u oferentes y resultar adecuadas al principio de racionalidad en materia de administración financiera del sector público.

²⁶ Véase el considerando 3º del Decreto N° 2.198 de fecha 26 de enero de 2016, mediante el cual se crea el Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, publicado en la **G.O. N° 40.836**, de 26 de enero de 2016.



Sin embargo, todas las anteriores normas han sido dictadas con posterioridad al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (DLCP), cuyo contenido no contempla expresamente las categorías de emprendimiento, ni de pymes; únicamente menciona a los pequeños y medianos actores económicos, para referirse a las empresas de reducida dimensión y poder establecer políticas públicas de fomento y protección. La clasificación entre pequeños o medianos actores económicos se encuentra determinada en función de la organización de la unidad de producción, del número de trabajadores de la empresa y del ingreso bruto anual. Se considera pequeño actor económico a cualquier persona natural o jurídica que realiza una actividad productiva, independientemente de su forma de organización cuyos ingresos anuales no superen un monto equivalente a ocho mil unidades tributarias²⁷ (8.000 U.T.). Mientras que se considera mediano actor económico, a toda persona jurídica, o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, que tenga por objeto o desarrolle actos de comercio, que cuente con una nómina promedio anual de hasta cuarenta (40) trabajadores y cuyos ingresos producto de su actividad no superen anualmente un monto equivalente a cuarenta mil unidades tributarias (40.000 U.T.).²⁸

Vistas las anteriores definiciones pareciera que la categoría de emprendimiento se ajusta con mayor proximidad a la noción de pequeño actor económico abordada por el DLCP. Sin embargo, la Ley de nuevos emprendimientos, no clasifica ni limita a los emprendimientos en función del número de trabajadores, ni en función a su capital o al equivalente de los ingresos percibidos durante un año; lo que nos obliga a concluir que se trata de otra figura distinta de organización productiva y comercial.

²⁷ La unidad tributaria (U.T.) es una variable que se utiliza para establecer un valor monetario de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor del área metropolitana de Caracas, y en la actualidad su valor es de Bolívars 0,02. No obstante, mediante la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente Venezolana, publicada en la **G.O. Nº 41.318**, de 11 de enero de 2018; la UT, para los efectos de la materia regulada en las normas de contrataciones públicas, fue sustituida por la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU), con un valor de Un Bolívar exacto (Bs. 1,00). Por lo que, en lo sucesivo, cuando la norma se refiera a U.T. se entenderá Unidades para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU). Cabe destacar que, para la fecha de publicación de este trabajo, un dólar de los Estados Unidos de Norteamérica (1,00 US\$) equivale a cuatro bolívars con cuarenta y tres céntimos (Bs. 4,43).

²⁸ Véase los numerales 8 y 9 del artículo 6 del DLCP.



Cabe destacar que antes de la entrada en vigor de la ley de nuevos emprendimientos, el gobierno nacional ya había adelantado el anuncio de algunas acciones públicas para garantizar la inclusión de las pymes y de los emprendedores en las compras del estado. Por ejemplo, se había activado la plataforma electrónica gubernamental denominada “patria”, para el registro de las pequeñas empresas e industrias, así como de los emprendedores, con miras a su incorporación en el proceso del Plan Nacional de Compras Públicas, como una medida de planificación y estandarización de las compras públicas²⁹.

De igual manera el gobierno nacional anunció como medida de promoción, la implementación del:

...programa especial de financiamiento contra factura en el marco del Plan Nacional de Compras Públicas (Factoreo) (...) que permite al empresario obtener financiamiento en la banca pública a través del pago de los contratos para la obtención de materia prima e incremento de la capacidad productiva. Luego el Estado, en un lapso de 60 días, paga directamente al banco esa factura, es decir que el Estado sirve de garante para financiar de manera anticipada a los industriales que contraten con el Estado, y así procurar el encadenamiento productivo de esa empresa en la banca pública.³⁰

Las anteriores medidas tenían efectos temporales, sin que se tratase de políticas públicas sostenibles que no arrojan certeza sobre los actores del tejido empresarial para confiar en la permanencia de las acciones comentadas.

7_. Medidas para Fomentar la Participación de los Emprendedores en las Compras Públicas.

Se observa, que se han implementado una serie de medidas que tienen como objeto incentivar y promover los emprendimientos y las pymes,

²⁹ Información descargada del siguiente portal de noticias: <https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/> consultado el 5 de enero de 2022.

³⁰ <https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/> consultado el 5 de enero de 2022.



especialmente en lo que respecta a su participación en las compras del estado, por entender la importancia de conciliar las potencialidades del tejido empresarial que representan las empresas de reducida dimensión y las empresas emergentes, con respecto al ámbito de las contrataciones públicas. A continuación, analizaremos las principales medidas de estímulo y fomento de los emprendimientos para tener una idea general del estado de la situación.

7.1_. Registro y Simplificación de Trámites Administrativos.

Desde la entrada en vigor del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, antes citado, se incluyeron algunas medidas tendientes a la simplificación de trámites administrativos para beneficiar al sector, entre ellas, la más importante, fue plantear la creación de un sistema de taquilla única de tramitación administrativa, a través de la cual los ciudadanos, empresarios, emprendedores, innovadores, y cualquier otra forma de organización existente, pudieran realizar los distintos trámites necesarios para su funcionamiento, en un solo lugar y mediante un procedimiento uniforme.

Al margen de lo anterior, resulta importante destacar que en la Ley de nuevos emprendimientos se crea el Registro Nacional de Emprendimientos, que consiste en un registro público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, donde se deberán inscribir de manera obligatoria los nuevos emprendimientos, sus actos y contratos, para contar con personalidad jurídica y gozar del reconocimiento estatal, que le garantizará al emprendedor gozar de los beneficios que el Estado le aporta por esta modalidad de empresas. En tal sentido, se comienza a generar un trámite registral paralelo al ordinario que se aplica al resto de las personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios, por lo menos durante los primeros dos años del emprendimiento.³¹

³¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley de nuevos emprendimientos, “El Registro Nacional de Emprendimientos es un registro público del órgano rector que tiene por objeto la inscripción de los nuevos emprendimientos, así como los actos y contratos relativos a los mismos. Su organización y funcionamiento será regulado por los reglamentos y resoluciones de esta Ley y se regirá por los principios previstos en la legislación en materia de registros y notarías, en cuanto le sean aplicables”.



A propósito de las investigaciones adelantadas para desarrollar este trabajo y en definitiva para tener certeza sobre el estado de implementación de las acciones previstas en la Ley de nuevos emprendimientos, nos encontramos en la web una plataforma electrónica gubernamental muy interesante, denominada “*Emprender Juntos*”, que consiste en un sistema de información y orientación dirigido a los emprendedores y a sus emprendimientos, conformada por un portal electrónico y una red física de puntos de atención distribuidos en todo el país, según la información que se exhibe; a través de la referida plataforma se brindan espacios para el registro, gestión de financiamiento y la conformación de una red de emprendedores.³²

La iniciativa resulta muy interesante y atractiva, pero aun genera algunas dudas para los usuarios; por ejemplo, se invita a realizar una inscripción o registro en la plataforma para crear esa gran red de emprendedores, pero no se visualiza claramente cuáles son los requisitos que se deben cumplir para efectuar el referido registro, toda vez que, lo único que muestra el sistema es la creación de usuario, suministrando una dirección de correo electrónico y contraseña. También representa una incertidumbre si la inscripción o el registro que se efectuó a través de la plataforma “*Emprender Juntos*”, se constituye en el registro formal a que alude el artículo 16 de la Ley Para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos, o se trata de dos registros distintos.

Aunado a lo anterior, se observa que el gobierno nacional, antes de la entrada en vigor de la Ley, dispuso a través de la plataforma electrónica gubernamental “*patria*”, una encuesta nacional dirigida a los emprendedores, a fin de facilitar su formalización como microempresarios. En ese sentido, los emprendedores deben ingresar al sistema de la plataforma patria, y responder una serie de preguntas sobre su emprendimiento, con el objeto de precisar la información a los fines de que el Estado cuente con un registro de las necesidades y dificultades que puedan tener los integrantes de este sensible sector productivo.

Además, se puede constatar que no sólo se trata de una simple encuesta, sino que, además, se activó la plataforma patria instituciones para el registro de las pymes y los emprendedores, a los fines de incorporarlos en el proceso del

³² Véase <https://emprenderjuntos.gob.ve/> consulta el 14 de marzo de 2022.



Plan Nacional de Compras Públicas³³. A estas alturas no se tiene certeza si la inscripción en la plataforma patria equivale a la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimientos (RNE), si se mantendrá la obligación de inscripción en el sistema patria, aun cuando se termine de crear el RNE; si la plataforma emprender juntos se trata del mismo RNE o, por el contrario, si será necesario que el emprendimiento esté inscrito en todas las mencionadas plataformas. Son dudas que las autoridades deberán aclarar para fortalecer el sistema y hacerlo más transparente y eficiente.

Una vez aclarado cuál será el RNE al que alude la Ley de nuevos emprendimientos, cuya inscripción le otorgará personalidad jurídica al emprendimiento y lo habilitará para recibir las bondades gubernamentales, debemos tener absoluta claridad que esa ficción supone para el emprendimiento lo que hemos denominado “el efecto cenicienta”, esto es, sólo dura un lapso de tiempo, ya que el emprendimiento y sus privilegios duran sólo dos años; al vencimiento de ese plazo, se acaba el efecto mágico, y en consecuencia el emprendimiento deberá ser inscrito en el Registro Mercantil correspondiente, bajo las figuras jurídicas establecidas en el Código de Comercio y demás leyes aplicables a todas las empresas, so pena de incurrir en la comisión de ilícitos tributarios formales, materiales y penales previstos en la legislación tributaria.³⁴

Frente a tal situación el emprendedor a continuación deberá cumplir con los pasos y requisitos necesarios para su formalización como empresa bajo el régimen general. Sin embargo, se observa en este caso, que el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN), como medida de simplificación de trámites administrativos, habilitó un sistema electrónico de solicitudes para el registro mercantil de empresas o emprendimientos, que inicia en línea a través de la página web www.saren.gob.ve, y culmina con un acto presencial de la firma del otorgamiento de la escritura.

Así mismo se han implementado medidas de simplificación de trámites administrativos en otras dependencias públicas, como en el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), institución que tiene a su cargo el registro de

³³<https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/> consultada el 21 de diciembre de 2021.

³⁴ Cfr. artículo 17 de la Ley de la Ley Para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos, publicada en la **Gaceta Oficial N° 6.656**, de 15 de octubre de 2021.

marcas, patentes y derecho de autor; con la puesta en marcha de la taquilla virtual para el registro de empresas, marcas e invenciones, a los fines de agilizar los trámites en esa dependencia.

En ese mismo orden de ideas, el Servicio Desconcentrado de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (SENCAMER), ha diseñado un plan para facilitar los trámites correspondientes a tres de sus áreas medulares: i. Metrología, ii. Reglamentos Técnicos y iii. Gestión de la Calidad. Entre estos servicios destacan: Control de Productos Envasados (CPE), Contenido Neto Desigual (CND) y Control Metrológico de Envases (CME); Registro de Empresas Manufactureras (REM), Registro de Productos Nacionales e Importados, y el etiquetado de calzado y textil, entre otros. El Plan establece una tarifa especial del 50 % del costo regular de esos trámites, para quienes los tramitan por primera vez, con esto se simplifican los recaudos y agilizan los servicios, priorizando el Registro Nacional de Emprendedores y el Registro de Productor Artesanal, ampliándose incluso la vigencia de estos dos certificados, que será de dos años para emprendedores y de un año para artesanos.³⁵

En cuanto a los sellos de calidad que se obtienen a través del Servicio Desconcentrado de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (SENCAMER), tanto los emprendedores como los artesanos tendrán acceso al sello de calidad “Buenas Prácticas de Emprendimiento” (BPE), el cual se constituye en un certificado de carácter voluntario que se otorgará a los emprendimientos con una antigüedad no mayor a dos (2) años, contado a partir de la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimientos³⁶. El propósito es reconocer el cumplimiento de los requisitos pautados por la metodología de “Buenas Prácticas”, otorgando un distintivo que se posicione como un valor agregado de la producción nacional.³⁷



³⁵<http://www.sencamer.gob.ve/?q=content/sencamer-acompa%C3%B1a-emprendedores-venezolanos-por-la-senda-de-la-calidad> consultada el 20 de febrero de 2022

³⁶ Efecto cenicienta: a las 12 de la noche desaparece la calabaza y el vestido de emprendimiento, para convertirse en una empresa ordinaria que recibirá de golpe los efectos de la pérdida de los privilegios.

³⁷<https://finanzasdigital.com/2021/11/emprendedores-y-artesanos-obtendran-beneficios-en-sencamer/> consultada el 20 de febrero de 2022



7.2_. Incentivos de Orden Fiscal.

En cuanto a los incentivos tributarios aplicados en el ámbito de las compras públicas, se observa, que a través de providencia DG/2021/006 de fecha 7 de abril de 2021³⁸, suscrita por el director general del Servicio Nacional de Contrataciones (SNC), se estableció un incentivo para la inscripción en el Registro Nacional de Contratistas (RNC), de los nuevos pequeños y medianos actores económicos, nuevos emprendimientos u otras organizaciones socio productivas, el cual consistía en la exoneración del pago para la inscripción ante el referido registro. Tomando en consideración lo establecido en el punto primero de la providencia, antes mencionada, que señala:

...todos los pequeños y medianos actores económicos, los nuevos emprendimientos, u otras organizaciones productivas que se hayan constituidos legalmente desde el 01 de enero del 2021, y que manifiesten su voluntad de contratar con el Estado, deberán estar inscritos y habilitados en el Registro Nacional de Contratistas (RNC).

Sin embargo, es importante destacar que la aludida providencia tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021, y no se ha dictado otro instrumento jurídico que extienda dicho beneficio en sintonía con las políticas de incentivo al sector, previstas en la Ley de nuevos emprendimientos.

De igual manera, en cuanto a estos incentivos fiscales derivados de tasas por la prestación de servicios, se observa, que dentro del trámite para el registro y constitución de pequeñas y medianas empresas, así como para su primer sellado de los libros contables y legales, a estas empresas de reducida dimensión se le exoneran las tasas correspondientes, previstas en la Providencia Administrativa mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de los Registros Mercantiles del Servicio Autónomo de Registros y Notarias.³⁹

³⁸ Publicada en la **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Número 42.134**, en fecha 25 de mayo de 2021. Esta providencia se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2021.

³⁹ Véase artículo 6 de la Providencia Administrativa mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de los Registros Mercantiles del Servicio Autónomo de Registros y Notarias, publicada en la **G.O. N° 42.301**, de 20 de enero de 2022.



7.3_. Política de Financiamiento y Acceso al Crédito.

Con la entrada en vigor del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, se había contemplado que a través del Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, se implementarían programas especiales de estímulo a los proyectos de inversión presentados por emprendedores.

Actualmente, con la Ley de nuevos emprendimientos, se establece como prioridad firme del Estado promover una política de financiamiento dirigido a fortalecer los emprendimientos⁴⁰. En ese sentido, para el acceso al crédito de los emprendedores ha sido implementado un sistema por el gobierno nacional a través del Banco de Venezuela⁴¹, quien por medio de su plataforma en línea pone a disposición de los emprendedores un programa de financiamiento y apoyo, denominado “*Emprende BDV*”. Se trata de un programa que pretende respaldar a los productores y comerciantes con educación técnica-financiera, estrategias para el impulso de sus marcas, acompañamiento durante el proceso de formalización, así como para el otorgamiento del financiamiento.

Para formar parte del referido programa, los emprendedores deberán formalizar su registro a través del portal web: www.emprenderjuntos.gob.ve, e igualmente deben realizar la solicitud mediante el correo electrónico: emprende_bdv@banvenez.com, con la finalidad de ser contactados por los asesores digitales de negocios, quienes se encargarán de la orientación y seguimiento durante todo el proceso.

7.4_. Información Sobre el Régimen Simplificado.

Otro punto de vital importancia para la consolidación de las políticas de fomento a la actividad emprendedora, se encuentra contenido en el artículo 19 de la Ley de nuevos emprendimientos, el cual establece que:

El órgano rector en materia de emprendimiento pondrá a disposición de las emprendedoras y emprendedores un informe nacional de los

⁴⁰ Véase artículo 11 de la Ley de nuevos emprendimientos.

⁴¹ <https://www.bancodevenezuela.com/qsomos/noticias/11-Feb2022.html> consultada el 21 de febrero de 2022.



permisos que son de cumplimiento obligatorio para los emprendimientos. Los órganos y entes de las Administración Pública establecerán un régimen simplificado y provisional de permisos que permita el funcionamiento de los emprendimientos inscritos en el Registro Nacional de Emprendimientos por un periodo máximo de dos años.

Para poner en marcha cualquier empresa en Venezuela, se debe cumplir con una serie de autorizaciones, licencias o permisos, establecidos por el ordenamiento jurídico positivo, dependiendo del producto que se vaya a comercializar o de la actividad que se vaya a realizar. Sin embargo, por regla general, cada una de las entidades debe contar con: i. Permiso de bomberos; ii: Permiso de habitabilidad y conformidad de uso; iii. Inscripción militar obligatoria; iv. Conformidad sanitaria de habitabilidad; v. Permiso sanitario del local; vi. Permiso de manipulación de alimentos (Trabajadores) y viii: Certificado de salud. Además, se requiere contar con la licencia municipal de actividades económicas, cumplir con las inscripciones correspondientes ante los organismos del estado, tales como: IVSS, INCES, FAOV, RNET, entre otros, y además contar con las respectivas solvencias emitidas por los mismos, así como las solvencias por concepto de tributos municipales.

Ahora bien, frente al anterior elenco de autorizaciones, licencias o permisos, quedará por definirse cuáles serán de obligatorio cumplimiento por parte de los emprendimientos, para su funcionamiento legal, y cuáles no se considerarán obligatorios, eximiendo a los emprendedores de su cumplimiento, sin que se constituya en una infracción jurídica.

7.5_. Fondo Nacional para el Emprendimiento (FNE).

Una de las principales medidas económicas que prevé la Ley de nuevos emprendimientos, para garantizar la eficiencia y sostenibilidad de la política de promoción y estímulo a este sector de la economía, fue la creación del Fondo Nacional de Emprendimiento, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas⁴², puesto en funcionamiento el pasado mes de febrero, por parte del gobierno nacional.

⁴² Cfr. El artículo 20 de la Ley de nuevos emprendimientos.



Inicialmente el FNE se constituirá por un capital "semilla" de 46 millones de bolívares (unos 10,1 millones de dólares), así como una serie de medidas que faciliten la concesión de créditos, entre las cuales se pueden destacar: se disminuye el monto del encaje bancario (reservas obligatorias) de 85 a 73% para expandir la base crediticia, se faculta a los bancos que deseen utilizar un 10% de su posiciones en divisas para dar créditos también, lo cual amplía la base crediticia y genera flujos de circulante. Además, se decidió crear un "título valor" que les permitirá a los emprendedores ir a las Casas de Bolsa y obtener financiamientos a 30, 60, 90 días o un año⁴³.

Este fondo, se asemeja al Fondo de Desarrollo Microfinanciero (FONDEMI), el cual fue creado a raíz de la entrada en vigor del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, cuya finalidad era crear, estimular, promover y desarrollar un sistema microfinanciero, a fin de facilitar el acceso al financiamiento de proyectos socio productivos de las comunidades organizadas, para que éstas, a través de sus diversos procesos creadores, se consoliden, autogestionen y contribuyan en la construcción del Sistema Económico Socialista de la nación, promoviendo nuevas formas de relación basadas en los principios de igualdad y justicia social. No se cuenta con datos precisos del cumplimiento de los objetivos de este fondo, ni de la generación de valor en su implementación.

7.6_. Apoyo Técnico, Metodológico y Logístico.

Con relación a este punto, el cual se encuentra ligado a los artículos 21 y 22 de la Ley para el Fomento y Desarrollo de nuevos emprendimientos, tenemos que el estado brindará el apoyo metodológico y logístico para facilitar el establecimiento de servicios de consultoría, industria de soportes y centros de incubación de empresas en todo el territorio nacional, con la finalidad de acompañar el desarrollo de los nuevos emprendimientos. Para lo cual además creará la Red Nacional de Emprendimiento, que es un espacio abierto de participación y encuentro entre los órganos y entes del Estado, emprendedoras,

⁴³https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-cr%C3%A9ditos_maduro-crea-fondo-de-emprendimiento-y-promueve-facilidades-para-los-cr%C3%A9ditos/47316456 consultada el 15 de marzo de 2022.



emprendedores, organizaciones y cualquier otra persona que tenga vocación de servicio y estímulo a la generación y desarrollo del emprendimiento.

Sobre este particular es oportuno indicar, que a través de la página <https://vitrinavenezuela.com/asesoramiento-inicial/>, los emprendedores deberían obtener toda la información relacionada con el apoyo para la promoción de su emprendimiento. Sin embargo, al desplegarse la referida ventanilla, se observa un listado denominado “*ventajas para la participación de los oferentes*”, pero en el mismo no se tiene acceso a cuáles son las ventajas, es decir, que no se obtiene la información transparente y necesaria para comprender el alcance del servicio. Tal situación pudiera llevar a concluir, que el contenido informativo será suministrado a través de la Red Nacional de Emprendimiento, tal y como lo indica la norma, pero a la fecha, no se tiene más información con respecto a su creación y puesta en funcionamiento, lo que demuestra que aún existen muchos vacíos con relación a la ejecución de la norma, especialmente en cuanto a compras públicas se refiere.

7.7_. Comercio Electrónico.

Siguiendo con las medidas para el fomento de los emprendimientos, el pasado de 2 de marzo, el Ejecutivo Nacional, anunció el lanzamiento del portal denominado “Vitrina Venezuela”, que se constituye en una plataforma digital que busca consolidar el comercio electrónico, a través de la venta de los productos y servicios que ofrecen los nuevos emprendimientos. En ese sentido, según declaraciones suministradas por la ministra de Comercio Nacional, a través del “...portal se brindará apoyo al sector emprendedor y las pequeñas y medianas industrias (Pymes), ya que desde allí podrán negociar directamente con los proveedores para la compra de materia prima.”⁴⁴

Los interesados en formar parte de la referida plataforma www.vitrinavenezuela.com, deberán estar registrados previamente en el portal web gubernamental emprender juntos, al que nos referimos anteriormente. Esta condición induce a pensar que el registro en la plataforma www.emprenderjuntos.gob.ve se convierte en obligatorio para cualquier

⁴⁴ Noticia disponible en <http://www.sencamer.gob.ve/?q=content/portal-vitrina-venezuela-apalancamiento-de-la-nueva-econom%C3%ADa-comercial-y-emprendedora> consulta el 14 de marzo de 2022.



emprendimiento que desee estar presente en el sistema público de emprendimientos, lo que hace retomar la inquietud formulada con anterioridad, ya que no se tiene la certeza de si efectivamente, a través de este registro el emprendimiento adquiere la debida personalidad jurídica, y si se trata del RNE al que se refiere la ley.

No obstante, lo anterior, se tiene que el portal web www.vitrinavenezuela.com, se proyecta como una plataforma de comercio electrónico, tal como pudiera ser cualquier portal de comercio electrónico privado, como por ejemplo: www.mercadolibre.com.ve, www.amazon.com, entre otras; permitiendo las posibilidades de exportación y la publicidad de la página en el extranjero para mostrar las ofertas de bienes y servicios nacionales, constituyéndose además en un mecanismo importante de consulta del sistema nacional de compras públicas, al concentrar un sector significativo y estratégico de la oferta privada y comunitaria de bienes y servicios.

Además, es un mecanismo muy potente para la expansión de las fuerzas productivas nacionales, específicamente de los pequeños y medianos productores, así como de los productores comunales e innovadores al hacer visible su oferta de nuevos productos y servicios, y para facilitar la obtención de marcas, certificaciones de calidad y poner a su disposición medios de pago electrónicos y la logística de distribución.⁴⁵

CONCLUSIONES

Expresamente se reconoce la importancia de fomentar, fortalecer y proteger a los emprendimientos innovadores que contribuyan a disminuir la tasa de desempleados y a la generación de nuevos empleos, a través de la creación y comercialización de productos novedosos y modalidades de prestación de servicios. En tal sentido, se celebran las políticas gubernamentales encaminadas a formar y fortalecer la red nacional de emprendimiento, con criterios de eficiencia, objetividad y transparencia, especialmente con la promulgación la Ley de nuevos emprendimientos, que llegó para ocupar un vacío legislativo en esta materia, con un contenido básico inicial, a partir del

⁴⁵ Véase beneficios del portal en <https://vitrinavenezuela.com/beneficios-portal/> consulta el 14 de marzo de 2022.



cual se deben desarrollar planes, acciones y gestiones para materializar su esencia.

En el marco de la ejecución de la nueva ley, las autoridades deben ser creativas e innovadoras para diseñar e implementar medidas que ayuden al logro de sus fines; mucho más con el contenido actual de la misma, que deja algunas lagunas y vacilaciones. Especialmente en materia de compras públicas, ya que, luego de reconocer que las compras públicas son una fuente de demanda potencial de los nuevos emprendimientos, simplemente se limita al señalar que el Estado deberá establecer criterios claros para privilegiar en la compra pública la contratación de nuevos emprendimientos; dejando muchas dudas y vacíos sin determinar. Una solución a esta incertidumbre estaría en la -necesaria- reforma de la ley de Contrataciones Públicas, cuyo texto normativo requiere ajustarse a los nuevos tiempos y realidades.

Así mismo, llama la atención que, dentro de las políticas de promoción y estímulo para los emprendimientos, nada se ha dicho sobre las condiciones generales de las relaciones de trabajo, partiendo de la base que los emprendedores -en algunos casos-, necesitaran de personal para el desarrollo de sus actividades, obligándolos a contratar personal y por lo tanto a cumplir con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, dentro de las que destaca la obligación para el patrono y el derecho para el trabajador, a percibir un salario suficiente y digno.⁴⁶

Otros temas, de significativa relevancia para la sostenibilidad de un emprendimiento en Venezuela, también debieron ser considerados en la nueva norma para mitigar su impacto en los integrantes del tejido empresarial compuesto por emprendedores y pymes; por ejemplo: la relevante fiscalidad tributaria municipal, que afecta directa y fundamentalmente a cualquier

⁴⁶ Con relación a este punto es importante observar el contenido de los artículos 98 y 99 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en la **G.O. N°. 6.076**, de 07/05/2012, que a tales fines establecen: *Artículo 98. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades materiales, sociales e intelectuales. El salario goza de la protección especial del Estado y constituye un crédito laboral de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses. Libre estipulación del salario y Artículo 99. El salario se estipulará libremente garantizando la justa distribución de la riqueza. En ningún caso será inferior al salario mínimo fijado por el Ejecutivo Nacional, conforme a la Ley.*



emprendedor o empresa de reducida dimensión; la nueva Ley de Registro y Notarías, que ajustó sus tasas y precios públicos a valores internacionales; la entrada en vigor de la nueva Ley del Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras (IGTF), que está afectando al consumo; y en fin, la situación de la economía dolarizada, la pérdida de valor de la moneda nacional, la inflación y la incertidumbre económica y social. Todos estos temas son parte de un gran conjunto de aspectos que deben atacarse para garantizar la sanidad del sistema socio económico y por lo tanto para el surgimiento de los emprendimientos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Borja, A. H., Carvajal, H. R. y Vite, H. A. (2020) *“Modelo de emprendimiento y análisis de los factores determinantes para su sostenibilidad. Entrepreneurship model and analysis of the determining factors for its sustainability.”* Revista Espacios. Vol. 41 (24). Grupo Editorial Espacios GEE.

Canónico, A. (2022) *“La Contratación Pública Estratégica y el Acceso de las Pymes.”* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022. ISBN 978-956-407-192-3

Canónico, A. (2020) La contratación pública estratégica en España. En *“Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura (RDAI). Año 4, Vol. N° 15/2020, Oct-Dic/2020. DTR/2017/4993.”* Coordinadores Augusto Neves Dal Pozzo y Ricardo Marcondes Martins. Revista Dos Tribunais. Thomson Reuters.

Gimeno, J.M. (2013) *“Compra pública estratégica”,* en Contratación Pública Estratégica, AA.VV., (Dr. J. Pernas García), Madrid, Editorial Aranzadi.

Schanrch, A. (2014) *“Emprendimiento exitoso. Como mejorar su proceso y gestión.”* Primera edición 2014, Bogotá, Ecoe Ediciones.

Uribe, M.E. y Reinoso, J.F. (2013) *“Emprendimiento y Empresarismo. Diferencias, conceptos, cultura emprendedora, idea y proyecto de empresa.”* Bogotá, Ediciones de U.

Rondón, A. *Hacer Negocios en Venezuela: Costos e Impactos del Marco Regulatorio.* Cedice Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, consultada en: <https://cedice.org.ve/observatoriolegislativo/wp-content/uploads/2019/02/Serie-DD-No.-4-Hacer-Negocios-en-Venezuela.pdf>



Fuentes Electrónicas:

Proyecto Ordenanza para la promoción del emprendimiento y apoyo a los emprendedores del municipio San Felipe del estado Yaracuy, disponible en <https://es.slideshare.net/concejalesunidadesanfelipe/proyecto-de-ordenanza-para-la-promocion-del-emprendimiento-y-apoyo-a-los-emprendedores-del-municipio>

Normas ISO 20400 <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:20400:ed-1:v1:es>

<https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:6e0f06b9-a2e0-44c0-955a-dad1f66c11d7/PLAN%20DE%20ACCIÓN%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACIÓN%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>.

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

<https://emprenderjuntos.gob.ve/>

<https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/>

<https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/>

<https://finanzasdigital.com/2020/08/activan-la-plataforma-patria-instituciones-para-el-registro-de-pequenas-empresas-e-industrias-para-el-proceso-del-plan-nacional-de-compras-publicas/>

<http://www.sencamer.gob.ve/?q=content/sencamer-acompa%C3%B1a-emprendedores-venezolanos-por-la-senda-de-la-calidad>

<https://finanzasdigital.com/2021/11/emprendedores-y-artesanos-obtendran-beneficios-en-sencamer/>

<https://www.bancodevenezuela.com/qsomos/noticias/11-Feb2022.html>

<https://vitrinavenezuela.com/asesoramiento-inicial/>

https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-cr%C3%A9ditos_maduro-crea-fondo-de-emprendimiento-y-promueve-facilidades-para-los-cr%C3%A9ditos/47316456

<http://www.sencamer.gob.ve/?q=content/portal-vitrina-venezuela-apalancamiento-de-la-nueva-econom%C3%ADa-comercial-y-emprendedora>

<https://vitrinavenezuela.com/beneficios-portal/>





PYMES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

SMEs IN THE VENEZUELAN LEGAL SYSTEM AND PUBLIC PROCUREMENTS

Leticia Espinoza Carrión¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.03>

Fecha de Recepción: 25 de Mayo de 2022

Fecha de Aprobación: 30 de Junio de 2022

Resumen:

Las pequeñas y medianas empresas (PYME), son empresas de reducida dimensión, donde impera un criterio cuantitativo basado en la cuantía, especialmente referido al tamaño y capacidad. Debido a la importancia que las mismas revisten en la economía del país, ha sido incorporado al sistema jurídico, una serie de normas con el objeto de fomentar su inclusión en diversos sectores comerciales y empresariales. En ese sentido, es importante conocer el tratamiento que le otorga a estas pequeñas y medianas empresas el Derecho Mercantil, tomando como punto de partida lo establecido en la Constitución, y luego profundizando en las diversas leyes especiales posteriores, donde se regula su promoción, desarrollo y protección. Así mismo, se hace un análisis crítico diferenciador entre los conceptos de pyme y pymi, según la normativa especial. Por último, se hace una reflexión sobre la importancia de la participación de estas empresas de reducida dimensión en la contratación pública, destacando las ventajas que ofrece la legislación, para alcanzar tal objetivo.

Palabras Clave: Pyme, libertad económica, incentivos, promoción, contratación pública.

Abstract:

SMEs are small companies, where a quantitative criterion prevails based on the amount, especially referring to size and capacity. Due to the importance that they have in the country's economic sphere, a series of rules have been incorporated at the venezuelan legal system for their regulation in order to promote their inclusion in the various commercial and business sectors of the country. In this sense, it is important to know the legal treatment granted to these small and medium-sized companies by Commercial Law, taking as a starting point what is established in the constitution and then delving into the various subsequent special laws, where their promotion is regulated. development and protection. A differentiating critical analysis is carried out between the different types of SMEs, according to the special regulations. Finally, a reflection is made on the importance of the participation of SMEs in public procurement, highlighting the advantages offered by legislation to achieve this objective.

Keywords: SMEs, economic freedom, incentives, promotion, public procurement.

¹ Abogada. Especialista en Derecho Procesal (UNIMAR). Experiencia en asesoría jurídica en gestiones del sector público. Coordinadora académica en el Centro de Adiestramiento Jurídico (CAJO). [Email: leticiaespinoza0@gmail.com](mailto:leticiaespinoza0@gmail.com). **ORCID:** 0000-0002-6114-8813.

INTRODUCCIÓN

Las Pymes constituyen aquellas empresas que se encuentran dentro de la clasificación estipulada por ley especial como pequeñas y medianas empresas, y, representan actores importantes en el desarrollo productivo de los diferentes países por su grandioso aporte en la generación de empleo, participación en el número total de empresas y, en menor medida, por su peso en el PIB. Sin embargo, por sus características, la pequeña y mediana industria se deduce, que sus exportaciones son mínimas, principalmente debido a su baja producción, poco conocimiento de los procesos de exportación, falta de información sobre mercados internacionales, insuficientes capitales de trabajo, ausencia de tecnología, deficiente control de calidad, entre otras razones. A partir de aquello, dentro del presente *paper* se desarrollan aspectos teóricos referentes a las Pymes y su enmarcamiento jurídico con las contrataciones públicas.

Las pequeñas y medianas empresas constituyen actores importantes en el desarrollo productivo de los diferentes países por su aporte a la generación de empleo, su participación en el número total de empresas y, en menor medida, por su peso en el producto bruto interno. Su producción se encuentra directamente asociada al mercado local, por lo que gran parte de la población y de la economía dependen de su actividad. Sin embargo, a nivel local, la participación de las PYME en relación a las exportaciones, es muy reducida, como resultado de un escaso desempeño en términos de competitividad, que también es evidente en la brecha marcada de productividad en relación a las empresas grandes.

Venezuela constituye un país con un número considerable de PYMES cuya actividad económica se centra en el comercio, servicios e industria, actividades que sin duda alguna son indispensables para generar empleo en el país.² Debido a su gran participación tanto en el mercado comercial y laboral. Las PYMES tienen una gran incidencia en el desarrollo de un país, dado la vitalidad que representan desde el punto de vista socio-económico, ya que crean oportunidades de distinta índole en las transformaciones productivas y sociales, es por ello que su accionar contribuye en gran medida al crecimiento.

² SAREN ha registrado más de 12.000 PYMES en lo que va de año 2022. <https://dalelavuelta.tv/saren-ha-registrado-mas-de-13-mil-pymes-en-lo-que-va-de-2022>. Durante la cuarentena, Venezuela llegó a formalizar la recepción de casi 14.000 ideas de emprendimiento, que durante el 2022 acabaron siendo reconocidas por el Estado, a través de las oficinas de registros mercantiles.

DESARROLLO



1_. Marco Jurídico de la PYME.

1.1_. Regulación Constitucional de la Pyme.

Ahora bien, el marco jurídico que regula a las pymes en el ordenamiento jurídico venezolano, se ha visto fundamentado en diversas leyes especiales que han sido dictadas precisamente con el objeto de otorgar a este tipo de empresas la importancia que las mismas revisten en el ámbito económico del país. Siendo así, se debe tomar como punto de partida lo que a tales efectos ha sido contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³, como base fundamental del ordenamiento jurídico –venezolano, la cual tras su entrada en vigencia en el año 1999, consagró la Constitución del estado social y de derecho, lo cual a su vez, se traduce en un sistema de gobierno basado en una economía social que permite libremente la actividad económica además de promover la iniciativa privada, tal y como se desprende del artículo 112 del constitucional.⁴

Visto de esta forma, se infiere que a raíz de la redacción del artículo antes mencionado, la forma como se muestra el estado, es precisamente como promotor de la iniciativa privada, evidenciándose además que:

...la actuación del Estado como ordenador, evidencia un régimen de intervencionismo en la vida económica y social, que lleva al papel del estado regulador o controlador, a razón de la existencia de diversos instrumentos jurídicos patrios, como la constitución, leyes, reglamentos, que limitan la constitucionalización del derecho privado...⁵;

³ **Gaceta Oficial N° 5.453**, de fecha 3 de marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

⁴ Artículo 112. *“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”* Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Publicada en la Gaceta Oficial N° 5.453, de fecha 3 de marzo del año 2000.

⁵ **Buitrago, M.** (2016) *“Las PyMES y su vinculación con la Constitución de la República y el derecho mercantil venezolano.”* p.424. ISSN:1317-8822 disponible en <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/visiongerencial/article/view/7748> (página consultada el 10 de enero de 2018).



Facultad esta, que se desprende del texto del referido artículo cuando señala que permite la actividad económica “...sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”

Dentro de la perspectiva más general, se observa que el artículo *ut supra* mencionado, establece las bases esenciales sobre las cuales está fundamentado el sistema económico del conglomerado empresarial venezolano, consagrándose la iniciativa privada y la libertad empresarial. Visto de ese modo, se debe tomar en consideración además, como base legal del nuevo modelo empresarial –pyme-, la obligación que surge para el estado a raíz de la implementación no solo del artículo 112 constitucional, sino en aplicación concatenada con el artículo 308 del mismo texto legal, el cual muestra precisamente que:

El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro, el consumo bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.”(Resaltado añadido.)

De acuerdo a las dos normas antes mencionadas, se infiere el carácter constitucional que sirve de soporte a las pymes dentro del ordenamiento jurídico venezolano, en donde impera la libertad empresarial, y la obligación que tiene el estado de promover y brindar protección a este sector empresarial, así como a los demás sectores que conforman la actividad comercial del estado, la cual se debe desarrollar en estricto apego a los principios constitucionales contemplados en el artículo 299 de la Carta Magna.⁶

⁶ **Gaceta Oficial N° 5.453**, de fecha 3 de marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia



1.2_. Regulación de la Pyme a través de las normas del Derecho Mercantil.

Abordado como ha sido el tema de la regulación de la pyme a nivel constitucional, es propicia la oportunidad para observar el tratamiento jurídico que le es dado a estas pequeñas y medianas empresas, desde el ámbito del Derecho Mercantil. Para ello se debe tomar como base la normativa establecida en el Código de Comercio, en el cual dicho sea de paso, no tiene de manera específica normas reguladoras para las pymes, en este caso se debe tomar en cuenta las normas de derecho mercantil, reguladoras de la actividad comercial, independientemente del tamaño como las mismas –empresas-, se muestren sean pequeñas o medianas, pues estas normas se encuentran referidas a empresas cuyo objeto este enfocado en la actividad comercial, por lo que en ese caso, le son aplicadas las normas que regulan la constitución y funcionamiento de las empresas de manera generalizada.⁷

De lo anterior se infiere, que las pymes al igual que las demás empresas venezolanas que no se encuentran incluidas dentro de esta categoría de empresas de reducida dimensión, se rigen por las obligaciones y operaciones mercantiles que a tales fines establece el Código de Comercio, específicamente en su artículo 1° cuando señala: *“El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”*⁸. (Resaltado añadido). Debiendo tomarse en consideración la forma como las mismas han sido constituidas de conformidad con el artículo 201° del Código de Comercio Venezolano.⁹ Visto de ese modo, la

y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

⁷ En cuanto a este punto de las normas regulatorias, se debe tomar en consideración lo que a tales fines ha establecido el Código de Comercio Venezolano, Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 1955, al señalar en su artículo 200°, al señalar “Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.” **Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria** de fecha 21 de diciembre de 1955.

⁸ Código de Comercio. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 1955.

⁹ Artículo 201 del Código de Comercio Venezolano, “Las compañías de comercio son de las especies siguientes: 1º La compañía en nombre colectivo, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de todos los socios. 2º La compañía en comandita, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad limitada y solidaria de uno o más socios, llamados socios solidarios o comanditantes y por la responsabilidad limitada a una suma determinada de uno o más socios, llamados comanditarios. El capital de los comanditarios puede estar dividido en acciones. 3º La compañía anónima, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción. 4º La compañía de responsabilidad limitada, en la cual las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado, dividido en cuotas de participación, las cuales no podrán estar representadas en ningún caso por acciones o títulos negociables. Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios. Hay además

relación existente de las pymes con el derecho mercantil es desde el momento de su constitución –como- empresa siguiendo los lineamientos del código de comercio para tal fin.



1.3_. Regulación de la Pyme a través de Leyes Especiales.

Como se ha observado anteriormente, las pymes no solo se hallan reguladas a través de los dos textos legales mencionados *ut supra*, donde además encuentran su promoción y protección, principalmente a nivel constitucional. Sin embargo, se puede mencionar que este modelo empresarial en pro de su promoción y desarrollo ha sido a su vez objeto de regulación a través de diversas leyes especiales que permiten por parte del estado, impulsar a estas pequeñas y medianas empresas, en virtud de la obligación que el mismo –estado-, tiene como garante de estas pymes, siendo así, con el objeto de contribuir con el progreso económico del país el Ejecutivo Nacional dictó las siguientes leyes:

- **Decreto 1.547, mediante el cual fue dictado el Decreto con Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.542 de fecha 12 de noviembre de 2001**, este decreto fue dictado con el objeto de materializar políticas dirigidas a promover el desarrollo de ese sector, ello en virtud de que para la fecha, aun en Venezuela no se habían desarrollado normas exclusivas que las regularán, solo existían los parámetros constitucionales que denotaban la libertad empresarial y la protección que el estado estaba en la obligación de brindar a las mismas –pymes-.

Por consiguiente, fue a través de la redacción de este decreto que se dio inicio al marco institucional que serviría para el diseño y ejecución de políticas que promovieran el desarrollo y fortalecimiento de la pequeña y mediana industria, además, de buscar reproducir las oportunidades económicas y financieras de las mismas; estableciéndose como una obligación la eliminación de los obstáculos que han perjudicado a este pequeño sector empresarial. Lo que el estado visualizó con la entrada en vigencia de este decreto fue, colocar a las pequeñas y medianas industrias

la sociedad accidental o de cuentas en participación, que no tiene personalidad jurídica. La compañía en nombre colectivo y la compañía en comandita simple o por acciones existen bajo una razón social.”



en condiciones no solo productivas sino competitivas en el mercado venezolano, especialmente tratando de promover su inclusión en las compras públicas, vistas como un proceso comercial, en el cual las pymes no tenían para el momento un papel relevante.

- **Decreto 6.215 de fecha 15 de julio de 2008, contentivo del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.999 de fecha 21 de agosto de 2008, decreto por medio del cual fue derogado el Decreto 1.547 antes mencionado.** La finalidad que se perseguía con la entrada en vigencia del referido decreto, era no solo sustentar las bases de promoción de la pequeña y mediana industria, que habían tenido sus raíces en el decreto anterior, sino que además de las pymes, fueron incluidas las unidades de propiedad social, tomando en consideración para ello las nuevas formas organizativas que se encontraban en desarrollo por el Poder Popular.
- **Decreto 1.413 que derogó el Decreto 6.215, fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.151 de fecha 18 de noviembre de 2014, contentivo de la Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social, cuyo objeto radicaba en continuar avanzando con las políticas de promoción e inclusión de las pymes en los diversos sectores de la economía, siendo así, mediante el mismo se procedió a profundizar las políticas dirigidas a las pymes, otorgando “...capacitación, financiamiento, seguimiento, y regulando las funciones de coordinación y supervisión del Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria (INAPYMI), fomentando de esta manera el desarrollo integral de las mismas.”¹⁰**

¹⁰ Cfr. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario N° 6.151 de fecha 18 de noviembre de 2014. Artículo 1° del Decreto 1.413 de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social.

2_. PYMIS o PYMES.

Ahora bien, se puede observar que, en el ordenamiento jurídico venezolano, pareciera que no se hace distinción alguna en cuanto a la denominación de pymis o pymes, ello con miramiento a los diversos decretos antes mencionados, en los cuales se evoca directamente a las pymis, pero se ha verificado que, en la realidad, la aplicación de esta regulación normativa, no solo regla a las pymis, sino que también son usadas para reglar a las pymes.

Visto de esta forma, hay una entera disyuntiva en función de los términos empleados al momento de dictar los decretos mencionados *ut supra* y al sector que los mismos se encuentran referidos. Siendo así, es menester indicar que a pesar de que ambas terminologías son empleadas para referirse a un pequeño o mediano sector que representa la economía, medidos estos en función de su cuantía, tamaño y capacidad de producción, sus términos son totalmente distintos, aunque en la realidad puedan encontrarse entrelazados entre sí, en virtud de que ambas denominaciones –empresa o industria aplicadas a los términos pymes y pymis-, son empleadas para referirse a un sector empresarial de reducida dimensión.

Sin embargo, ambos términos tienen significados totalmente diferentes. En efecto, cuando se hace mención a las “pymi”, se está haciendo referencia al sector dedicado a la fabricación de insumos o de determinados bienes, es decir, a aquella parte de la producción empresarial que se encuentra dedicada a la transformación de la materia prima, mientras que cuando se hace mención al término “pyme” este engloba no solo al área manufacturera y a la misma industria, sino que además puede ser la encargada de la comercialización de aquellos productos que además pueden ser producidos por ella, o producidos por las pymi, es decir, las primeras –pymis-, encarnan al sector manufacturero, y las segundas –pymes-, van dirigidas más hacia la parte comercial, incluido el sector manufacturero, y, de servicios.

Dentro de la perspectiva mostrada, resulta claro entonces que el sistema jurídico venezolano acoge a las pymis y a las pymes bajo un solo criterio, refiriéndose precisamente a pequeños y medianos comerciantes, o a pequeños y medianos actores económicos, tal y como ha sido establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas.





Ahora bien, aclarada la disyuntiva antes mencionada con relación a los términos pymis y pymes, se debe señalar en función de los criterios que caracterizan a las mismas –pymes-, ya sean cuantitativos y/o de medición, basados en criterios de medición o de valores económicos en función de su capacidad de producción. De igual manera, como ha sido acogido en otros ordenamientos jurídicos, se toma en consideración el número de trabajadores con el que cuenta la pequeña o mediana empresa, criterios estos que pueden variar de acuerdo a las políticas empresariales, jurídicas y/o económicas imperantes en otros países. Por consiguiente, no existe una definición de manera general que permita referirse a las pymes, toda vez que cada ordenamiento jurídico las regula y define de acuerdo a los criterios y/o factores manejados dentro de su integridad territorial.

3_. Definición.

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, la definición de este tipo de empresas, se encuentra establecida en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social¹¹, específicamente en el artículo 4, cuando conceptualiza a la Pequeña y Mediana Industria como:

Toda unidad organizada jurídicamente con la finalidad de desarrollar un modelo económico productivo mediante actividades de transformación de materias primas en insumos, en bienes industriales elaborados o semi elaborados, dirigidas a satisfacer las necesidades de la comunidad. Se considerará Pequeña Industria a aquéllas que tengan una nómina promedio anual de hasta cincuenta (50) trabajadores y con una facturación anual de hasta doscientas mil Unidades Tributarias (200.000 UT). Se considerará Mediana Industria a aquéllas que tengan una nómina promedio anual desde cincuenta y un (51) trabajadores,

¹¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.151 de fecha 18 de noviembre de 2014. Decreto 1.413 contentivo de la Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social.



hasta cien (100) trabajadores y con una facturación anual desde doscientas mil una Unidades Tributarias (200.001 UT) hasta quinientas mil Unidades Tributarias (500.000 UT).

Del artículo precedente se evidencia claramente el criterio cuantitativo que es manejado para calificar a la pyme como una pequeña o mediana empresa, independientemente que el término acogido en la definición sea industria, toda vez que, como se mencionó anteriormente, es usado para referirse de igual manera a la pyme.

4_. Definición de la Pyme de acuerdo al ámbito de las contrataciones públicas.

En virtud de estos 3 aspectos mencionados anteriormente - cuantía, tamaño y capacidad de producción con la que cuenta la pyme para el desarrollo de sus actividades-, se puede observar el criterio cuantitativo establecido en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas¹², debiendo tomarse en consideración lo que a tales fines ha establecido -dentro de los parámetros de las políticas y/o estrategias implementadas por el estado para la integración, promoción e inclusión estas pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública venezolana-, como pequeño y mediano actor económico, definidos en los numerales 8 y 9 del artículo 6 del Decreto-Ley antes mencionado, los cuales señalan:

Artículo 6°. A los fines del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se define lo siguiente: (...)

8. Pequeño Actor Económico: Persona natural o jurídica, o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, que tenga por objeto o desarrollo, aun eventualmente, actividades a los fines de la generación, circulación, distribución o comercialización de productos, bienes o prestación de servicios comerciales, y los derivados de actos de comercio, cuyos ingresos

¹² Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 6.154 del 19 de noviembre de 2014. Decreto N° 1.399.



producto de su actividad no superen anualmente un monto equivalente a ocho mil unidades tributarias (8.000 U.T.).

9. Mediano Actor Económico: Persona jurídica, o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, que tenga por objeto o desarrolle, aun eventualmente, actividades a los fines de la generación, circulación, distribución o comercialización de productos, bienes o prestación de servicios comerciales, y los derivados de actos de comercio, que tengan una nómina promedio anual de hasta cuarenta (40) trabajadores y cuyos ingresos producto de su actividad no superen anualmente un monto equivalente a ocho mil uno unidades tributarias hasta cuarenta mil unidades tributarias (8.001 U.T. hasta 40.000 U.T.).

La definición que se muestra en el Decreto-Ley de Contrataciones Públicas, antes mencionada, es la base sobre la cual se sustentan los rasgos característicos que permiten determinar en el ámbito de las compras públicas -de acuerdo a los criterios cuantitativos establecidos-, si se está en presencia de una pequeña o una mediana empresa. Asimismo, se observa, que la referida definición establece criterios de medición económica reflejados en unidades tributarias, que al presente para los sistemas de compras públicas, fue establecida una nueva unidad de medida denominada Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para contrataciones públicas, conocida bajo el acrónimo UCAU.

Visto de ese modo, se infiere que la conceptualización dada a dichas empresas, no se encuentra ajustada a la realidad económica que actualmente se vive en el estado venezolano, tomando en consideración que han transcurrido alrededor de cuatro años desde que fue dictado el Decreto-Ley que rige las compras públicas en el referido ordenamiento jurídico.

5_. PYMES y Contratación Pública Venezolana.

Establecidos como han sido los criterios generales y definidores de la pyme en el ordenamiento jurídico venezolano, es oportuno antes de enfocarse de



lleno en la inclusión de las pymes en las compras públicas, tomar en consideración lo que ha sido denominado como contratación pública en el ordenamiento jurídico venezolano, para lo cual se puede decir, que la contratación pública es una herramienta y/o política estratégica del estado a los fines de garantizar el uso racional de los recursos públicos, en observancia de los principios de transparencia, publicidad, rendición de cuentas, participación, entre otros¹³.

Además, la contratación pública puede ser considerada como un procedimiento de tipo concursal que es empleado por el estado a los fines de seleccionar las personas encargadas de desarrollar una actividad de tipo administrativa que el mismo estado por sus propios medios no pueda ejecutar, y se requieran para la adquisición de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, que permita además impulsar el desarrollo nacional.

Actualmente en Venezuela, la contratación pública es regulada por una serie de normas, siendo la base fundamental el Decreto 1.399 de fecha 19 de noviembre de 2014, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número Extraordinario N° 6.154, mediante el cual fue dictado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, cuyo objeto radica en:

...regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos a la misma, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía nacional. Asimismo, se orienta a perfeccionar los procedimientos y obligaciones establecidos para su correcta aplicación por parte (sic) todas las

¹³Cfr. **Canónico, A.** (2022) *“La Contratación Pública Estratégica y el Acceso a las Pymes.”* Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, Chile. 2022. ISBN 978-956-407-192-3.



personas naturales o jurídicas públicas y
privadas sujetos de la contratación pública.¹⁴

5.1_. Principios Rectores de la Contratación Pública Venezolana.

Visto lo anterior, con miramiento a que las compras públicas se basan en la ejecución de un procedimiento administrativo, y como tal, la misma – administración-, debe velar porque su actividad sea desarrollada en estricto apego a los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad y simplificación de trámites¹⁵. Si se observa el texto íntegro del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas, se deduce del mismo la existencia no solo de los principios antes mencionados, sino además se infiere que la administración debe actuar bajo la observancia de los principios de autenticidad, seguridad jurídica y confidencialidad y el principio de medios electrónicos¹⁶.

Aunado a lo anterior se puede decir que:

...estos principios se encuentran interconectados entre sí, guardan una estrecha relación armónica y se complementan para atender a un propósito común en sintonía con el objetivo de las compras públicas, inscrito este dentro de la noción de la buena administración. Precisamente, la contratación pública persigue instrumentar los procedimientos para la ejecución de obras públicas, el suministro de bienes y la prestación de servicios, como un medio para lograr el verdadero fin representado en el cumplimiento del interés general. En virtud de ello, los principios informadores de este tipo de procedimientos, garantizan que estos se realicen de la mejor manera posible, esto es, respetando la igualdad, garantizando la lealtad competitiva, y generando seguridad jurídica, para contribuir a la reducción de los *costos*

¹⁴ Cfr. Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, de fecha 19 de noviembre de 2014.

¹⁵ Cfr. Artículo 2 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, de fecha 19 de noviembre de 2014.

¹⁶ Cfr. Artículos 104 y 105 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, de fecha 19 de noviembre de 2014.

*contractuales, al aumento de la calidad de los bienes o servicios y, en definitiva, a la procura de la eficiencia; por último, disminuyendo o eliminado los riesgos de corrupción”.*¹⁷



Los principios antes mencionados buscan específicamente que las actuaciones realizadas por el estado, particularmente en cuanto a compras públicas, se efectúen en estricto apego a la legalidad y a los parámetros de supervisión generado por un sistema de control, con el objeto de garantizar de esa manera, la legalidad de los actos.

5.2_. Normativa Reguladora de la Contratación Pública Venezolana.

El ordenamiento jurídico venezolano, en cuanto a la regulación de la contratación pública, -conocidas en primer lugar como licitaciones-, ha dictado una serie de normas con el objeto precisamente de regular tan importante materia, siendo así, se puede observar que desde el año 1938 se han dictado normas tendentes a regular los procedimientos necesarios para la selección de personas jurídicas que dentro de su rol empresarial tengan pautado la contratación con órganos y entes del estado. Visto de ese modo, se comenzó a desarrollar un cúmulo de leyes que tenían como fin precisamente esa regulación. En este sentido:

- i. Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, del 15 de julio de 1938, y posteriormente en su versión publicada en la Gaceta Oficial N° 210 del 30 de septiembre de 1948 (arts. 427 y 428).
- ii. Instructivo Presidencial N. 24 por el cual se establecían las Normas de Licitación para la Contratación de Obras y Adquisición de Bienes Muebles, publicado en la G. O. N° 30.905, de fecha 27 de enero de 1976, más tarde reformado y publicado en la G.O. N° 31.161, del 26 de enero de 1977, y luego sustituido por el Reglamento Sobre Licitaciones Públicas, Concursos Privados y Adjudicaciones Directas para la Contratación de Obras y Adquisiciones de Bienes Muebles por la Administración Central, dictado mediante Decreto Presidencial N° 534 del 15 de marzo de 1985

¹⁷ Cfr. **Canónico, A.** (2016) Aproximación al Estudio del Control No Jurisdiccional en la Contratación Pública Venezolana. En “Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia • No 5667”. Pág. 535. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/7/rvlj_2016_7_533-566.pdf (página consultada el 2 de febrero de 2018)



- publicado en la G.O. N° 33.188 del 20 de marzo de 1985, posteriormente reformado mediante Decreto N° 133 de fecha 12 de abril de 1989 y publicado en la G.O. N° 34.200 del 17 de marzo de 1989.
- iii. En el año 1990 el Congreso de la República sanciona la primera ley especial en materia de licitaciones públicas, publicada en la G. O. N.º34.528, del 10 de agosto, y reformada en 1999 (G.O. 5.386 del 11 de octubre). En el año 2000 se dicta una nueva Ley de Licitaciones Públicas (G.O. N° 37.097 del 12 de diciembre), que resultara reformada a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones Públicas (G.O. N° 5.556, del 13 de noviembre de 2001).
 - iv. Decreto N° 5.929 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, finalmente publicado en la G.O. N° 38.895, del 25 de marzo de 2008, y reformado en dos oportunidades (Ver G.O. 39.165 del 24/04/2009 y G. O. N° 39.503 del 06/09/2010).
 - v. Posteriormente, y en el marco de una de las habilitaciones legislativas recibida por el Presidente de la República, éste promulgó el vigente Decreto Nro. 1.399 Con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la G.O. N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.¹⁸

Además de las mencionadas anteriormente se contaba con el Decreto que establecía las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras¹⁹.

De esta manera, se muestra un relación sucinta de las leyes que han regido la materia de las contrataciones públicas en el ordenamiento jurídico venezolano, con las cuales se había instaurado un orden jurídico en la ejecución de los procedimientos contractuales, basados en la aplicación de los principios rectores de la contratación pública, los cuales al no ser cumplidos o violentados, ocasionaban las modificaciones de los referidos textos legales, además incorporan aspectos necesarios para promover la participación e inclusión de las pequeñas y medianas industrias y demás formas asociativas comunitarias

¹⁸ Cfr. **Canónico, A. (2016)** Marcha Atrás en la Contratación Pública Venezolana: de Cómo se Pretenden Violentar los Principios de Transparencia, Honestidad, Competencia y Publicidad, En *“Contratación Administrativa Práctica, N° 144, Sección Reflexiones, Julio”*.. El Consultor Contratación Administrativa, Editorial La Ley. Disponible en <http://consultorcontratacionadministrativa.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjUwtjC7WY1KLizPw8WYMDQzMDcwMzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOBCyss1AAAAWKE> (página consultada el 2 de febrero de 2018).

¹⁹ **Gaceta Oficial N° 5.096 Extraordinario** de esa misma fecha. Decreto No. 1.417 de fecha 31 de julio de 1996.



existentes en Venezuela, en los procedimientos de selección de contratistas, aspectos estos que a su vez, se regularon en el Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, para la Adjudicación Directa en caso de Contratación de Obras, Servicios, o Adquisición de Bienes que conforme al Plan Excepcional de Desarrollo Económico y Social se establezca para Fomentar la Pequeña y Mediana Industria y demás alternativas como las Asociativas, Cooperativas y Microempresas Autogestionables, deban ser ejecutados en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días hábiles.²⁰

6_. Nueva Regulación de los Procedimientos de Compras Públicas.

Actualmente, hay, en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente que fue instaurada en Venezuela, han sido dictados nuevas normas con el objeto de regular aspectos relacionados con la contratación pública, dentro de las cuales se puede mencionar la Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas²¹, la cual además viene acompañada por las Resoluciones conjuntas de los Ministerios del Poder Popular para la Planificación y para la Economía y Finanzas, estableciéndose a través de ellas: i. El valor de la unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo para contrataciones públicas y, ii. Medidas para la Promoción de las Pequeñas y Medianas Industrias, y Sujetos del Nuevo Tejido Productivo, en el Acceso al Sistema de Contrataciones Públicas²².

Con la primera de ellas, se estableció la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para Contrataciones Públicas (UCAU), en sustitución:

...de la Unidad Tributaria a los fines de la realización de operaciones aritméticas relacionadas con la materia de contrataciones públicas, cuando dicha unidad tributaria sea utilizada como factor de cálculo aritmético para la determinación de montos en bolívares

²⁰ Gaceta Oficial N° 37.688 de fecha 13 de mayo de 2003. Decreto No. 2.371 de fecha 24 de marzo de 2003.

²¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.318 de fecha 11 de enero de 2018.

²² Ambas Resoluciones fueron publicadas en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario N° 6.360 de fecha 19 de enero de 2018.



conforme al ordenamiento jurídico en esta materia.²³

A través de la segunda, se busca:

...asegurar la participación equilibrada de todos los actores económicos en los procesos de contratación pública; mejorar la democratización del acceso a las contrataciones con el Estado y contribuir a la agilización y simplificación de trámites en los procesos de contratación pública.²⁴

Dentro de este orden normativo, se encuentra además con el Decreto N° 3.324 de fecha 16 de marzo de 2018, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362 de esa misma fecha, mediante el cual fue dictado el Decreto N° 17 en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, mediante el cual se establece un régimen especial para la adquisición de bienes y servicios esenciales para la protección del pueblo venezolano, por parte de los órganos y entes del sector público, el cual de acuerdo a lo establecido en su artículo 1 tiene por objeto:

...establecer el régimen especial, en el marco de la emergencia económica, que deberán aplicar los órganos y entes del sector público para efectuar las contrataciones que tengan por objeto la procura nacional o internacional de bienes o servicios necesarios para garantizar la salud, la alimentación y la prestación continua de los servicios y obras públicas a las venezolanas y los venezolanos, con el fin de agilizar las compras de los órganos y entes del sector público en los procesos y procedimientos de contratación para los rubros que se establezcan; observando el

²³ Cfr. artículo 2 de la Resolución conjunta mediante la cual se fija el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo para Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, **extraordinario N° 6.360** de fecha 19 de enero de 2018.

²⁴ Resolución conjunta mediante la cual se establecen Medidas para la Promoción de las Pequeñas y Medianas Industrias, y Sujetos del Nuevo Tejido Productivo, en el Acceso al Sistema de Contrataciones Públicas, **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.360** de fecha 19 de enero de 2018.

estricto control en los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico anticorrupción.

Se observa, que el contenido de este último decreto muestra en su articulado parámetros distintos a los contemplados en el Decreto Ley de Contrataciones Públicas con relación a la procedencia de las modalidades de selección de contratistas, específicamente en cuanto a consulta de precios y contratación directa se trata, lo que denota la existencia de dos instrumentos reguladores de la misma materia, en virtud de que no existe disposición derogatoria con relación a las modalidades existentes en el Decreto-Ley de Contrataciones públicas, el cual se encuentra vigente hasta la fecha.

Independientemente la forma como sean mostradas las normas que regulan la contratación pública venezolana, ya sean las actualmente vigentes o las instauradas dentro del marco de emergencia económica, las mismas –normas–, en comparación con otros ordenamientos jurídicos, se muestran de forma muy resumida y breve, abarcando sólo los aspectos más resaltantes, pero no desarrollándolos a cabalidad, lo cual no debería ser así, en virtud de la gran importancia que radica la instauración de los procedimientos de compras públicas, en las cuales debe prevalecer la observancia de los principios que la sustentan y el buen manejo o uso racional de los recursos públicos, cuando los mismos son invertidos por el estado para la adquisición de un bien, para el requerimiento de un servicio o para la ejecución de una obra.

Observándose además, que en parte la normativa reguladora de la contratación pública venezolana, hace mención a normas que promuevan la participación de las pyme en este tipo de procedimientos, las cuales siempre se han visto en condición de desventaja ante el conglomerado empresarial no catalogado como empresas de reducida dimensión, toda vez que por su capacidad de producción, las mismas se ven imposibilitadas de cumplir en la mayoría de los casos con el cúmulo de trámites de tipo burocrático que deben efectuar para poder formar parte de un procedimiento de compras públicas, colocándolas así lejos del área competitiva dentro de ese mercado. Por consiguiente, es necesario observar cuáles son las medidas implementadas por el gobierno venezolano para favorecer la inclusión de estas empresas en la contratación pública, apostando por el implemento de medidas que permitan el desarrollo, fomento y competitividad en el mercado de este tipo de empresas.





7_. Principales Problemas que Afrontan las Pymes, Desde el Ámbito de las Contrataciones Públicas.

En este sentido se comprende que:

Las pymes, al igual que el resto del empresariado privado nacional, sufren el impacto de muchas leyes que implican una enorme carga laboral, impuestos considerados «excesivos» por los gremios, restricciones para el acceso a divisas con fines de importación y diversas burocracias que enlentecen o impiden el financiamiento formal para su desarrollo²⁵.

Se observa así, que lo que ha sido considerado por algunos ordenamientos jurídicos como una fuente potencial de desarrollo económico, en la realidad sufre las acometidas de su misma naturaleza –reducida dimensión-, traduciéndose de esa forma, en limitaciones suscitadas en primer lugar por el tamaño que las mismas ostentan, además de la debilidad que muestran para acceder a diversos sectores y al financiamiento para su mejor funcionamiento, tomando en consideración que por su reducida dimensión, las pymes no cuentan con plataformas altamente desarrolladas o con gran capital humano que permitan ampliar y proyectar de manera planificada su capacidad productiva.

Aunado a lo anterior, en virtud de carecer de una plataforma altamente desarrollada o de personal que permita proyectar la pyme, trae como consecuencia que exista desconocimiento de los procedimientos, acarreando incumplimiento de los lapsos legalmente establecidos para la presentación de las ofertas. Además de ello, en el ámbito económico que engloba este tipo de procedimientos en los cuales, a los fines de sustentar la ejecución de los mismos, se solicita por parte del ente contratante una fianza que garantice el fiel cumplimiento de lo pactado -objeto del contrato-, para lo cual, estas empresas se ven coartadas de participar, por no poder costear el alto costo de las garantías exigidas.

²⁵ Culshaw, F. (2012) “Pymes Venezolanas con Potencial de «punta de lanza».” DEBATES IESA, Volumen XVII, Número 4, octubre-diciembre. Pág.37. Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/04-12culshaw.pdf> (página consulta el 12 de enero de 2018).



Lo mencionado anteriormente, denota que la fuente de financiamiento de estas pequeñas y medianas empresas, es mínima, ya que no son las mejores candidatas a optar a créditos bancarios, toda vez, que no existen por parte de las instituciones bancarias plazos adecuados que permitan cubrir los términos de financiamiento. Visto de ese modo, los problemas de estas empresas se pueden categorizar en: i. factores económicos o de financiamiento, ii. Laborales, en virtud del reducido personal con el que cuentan que en su mayoría no es personal altamente calificado para el desarrollo empresarial, traducándose en poca capacidad productiva y de planificación y, iii. Falta de una plataforma tecnológica adecuada que sustente el escenario empresarial de la pyme.

8_. Medidas Implementadas por el Estado Venezolano para Favorecer la Inclusión de la Pyme en los Procedimientos de Contrataciones Públicas.

Vistos los principales problemas que afrontan las pymes, específicamente en el caso de las contrataciones públicas, se puede observar, que en pro de subsanar la referida problemática, se han dictado una serie de medidas esenciales adoptadas por el estado venezolano en el ámbito administrativo, con las cuales se busca fomentar precisamente el crecimiento e integración de estas pequeñas y medianas empresas, en el mercado de las obras, bienes y servicios demandados por el estado a través de sus instituciones públicas, tal y como se ha mencionado en los textos que las regulan pudiendo mencionarse entre tales medidas: aligerar las cargas que las pymes deben atravesar al momento de querer formalizar su participación en un procedimiento de compras públicas, reduciendo en función de ello, los requisitos que deben cumplirse con el objeto de que su participación se aleje de las trabas burocráticas que desde siempre las han coaccionado, por lo que existen medidas de simplificación dictadas por el estado con el objeto de que las pyme pueden acceder con facilidad al mercado de las compras públicas.

Asimismo, los parámetros de la administración pública electrónica, que han venido a constituirse como la base de la simplificación de los trámites administrativos, permitiendo con ello, el acceso a la información de la contratación pública a través de medios electrónicos, colocando en igualdad de condiciones a los participantes en el procedimiento de contratación, ya que en la mayoría de los casos, los altos costos que representan el cumplimiento de tales – requisitos- no pueden ser cubiertos por las empresas de reducida dimensión.



Dentro de esta perspectiva se ha querido instaurar la contratación pública electrónica, pero aún en el ordenamiento jurídico venezolano no se puede hablar de esta nueva modalidad, solo se evidencian algunos rasgos que pudieran ser considerados como característicos de la misma, mostrándose a través del uso de medios electrónicos, para algunos pasos que conlleva el procedimiento, pero no con ello se constituye como una contratación electrónica.

9_. Medidas de Tipo Temporal.

A título ilustrativo dentro de estas medidas, -además de los textos legales señalados *ut supra*-, se dictaron medidas temporales para la promoción y estímulo de la pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico venezolano, puestas en marcha a través de la entrada en vigencia de los decretos 8.880 y 8.882 de fecha 27 de marzo de 2012, mediante los cuales se establecieron las Medidas Temporales para el establecimiento de montos y categorías de contratos preferenciales para las pymis y empresas de propiedad social directa comunal, fabricantes de bienes, prestadoras de servicios y ejecutoras de obras, y las Medidas Temporales para la Promoción, Desarrollo, Estímulo e Inclusión de la Industria Nacional, Productora de Bienes, Prestadora de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el País²⁶, respectivamente.

En ese mismo orden de ideas, el Ejecutivo Nacional para el año 2016, visto la declaratoria de emergencia económica²⁷, dictó un nuevo Decreto²⁸, mediante el cual dio creación al Sistema Centralizado y Estandarizado de Compras Públicas para los Órganos y Entes de la Administración Pública Nacional, cuyo objeto radicaba:

...en lograr la optimización del gasto público en la adquisición de bienes y servicios, el incremento de la incidencia positiva de las compras públicas en la reactivación económica y el fortalecimiento de la Pequeña y Mediana

²⁶ Decretos 8.880 y 8882, ambos de fecha 27 de marzo de 2012. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 39.892 de esa misma fecha.

²⁷ Decreto Nº 2.184. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.214 Extraordinario** del 14 de enero de 2016.

²⁸ Decreto Nº 2.198 de fecha 26 de enero de 2016. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 40.836** de esa misma fecha.

Empresa, empresas comunales públicas, mixtas
y privadas;

Instaurándose acciones estratégicas y sostenibles, dentro de las cuales se destaca el fortalecimiento de la pequeña y mediana empresa en el ámbito de las compras públicas.



4. Sistemas E Instituciones Creadas con el Fin de Vigilar Y Supervisar el Cumplimiento de la Normativa Legal de la Contratación Pública en Pro del Fortalecimiento de las PYMES.

Dentro del mismo ámbito que se ha venido manejando, cabe considerar, por otra parte, que el sistema de contrataciones públicas instaurado en Venezuela, aparte del cumulo de leyes que rigen y han regido los referidos procedimientos, cuenta además con diversos organismos que se han creado con el objeto de concentrar en una sola institución toda la información legal, técnica y financiera de las personas naturales y/o jurídicas, que tengan dentro de sus intereses sufragar las necesidades del estado, a través de la contratación bien sea de la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de un bien, el cual sea requerido por el estado.

4.1_. RNC, SNC y RUCP.

De este modo, se observa que una de esas instituciones es precisamente el Registro Nacional de Contratistas denominado a su vez bajo el acrónimo RNC, el cual atribuye su creación a través del Instructivo Presidencial N° 24, por el cual se establecían las Normas de Licitación para la Contratación de Obras y Adquisición de Bienes Muebles, publicado en la G. O. N°. 30.905, de fecha 27 de enero de 1976, creándose posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley de Licitaciones del año 1990²⁹, el Sistema Nacional de Registro de Contratista (SNC), constituyéndose como Servicio Nacional de Contratistas –tal y como se conoce actualmente–, mediante su creación, a través de Ley de Licitaciones Gaceta Oficial extraordinario N° 5.556, de fecha 13 de noviembre de 2001, instaurándose así como la autoridad técnica en los procesos de compras públicas.

²⁹ Gaceta Oficial N.º34.528, del 10 de agosto de 1990.



En la actualidad, el Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, se mantiene vigente como un “...órgano desconcentrado, con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa, financiera y ordenadora de pagos, dependiente jerárquicamente de la Comisión Central de Planificación.”³⁰

Se observa que en el marco de la Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas, regula a la par del Registro de Contrataciones Públicas, específicamente en el artículo 8 el Registro Único de Contrataciones Públicas (RUCP), con el cual se busca simplificar la participación en los procesos de selección y contratación con el sector público, cuando señala:

A los fines de la participación en procesos de selección y contratación con el sector público, solo será necesaria la presentación del comprobante de inscripción en el Registro Único de Contrataciones Públicas regulado y administrado por el Ejecutivo Nacional. Para la obtención de dicho registro los interesados solo estarán obligados a presentar, a través de un formulario electrónico dispuesto a tal fin una declaración jurada...

De la transcripción plasmada anteriormente, se evidencia que basta solo con la presentación de una declaración jurada para que los interesados en participar en un procedimiento de compras públicas puedan proceder a su inclusión en el mismo, tomando en consideración esta nueva disposición se evidencia que con la misma se facilita en gran medida la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública, visto -tal y como fue mencionado anteriormente-, que uno de los problemas que las mismas presentan para su participación en los referidos procedimientos es precisamente a la cantidad de documentos y trámites que deben cumplir para poder ser consideradas como participantes, por lo que se evidencia que a través de este nuevo registro se reduce los requisitos al solo hecho de la presentación de una declaración jurada.

³⁰ Cfr. Artículo 12 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas. Decreto N° 1.399 de fecha 19 de noviembre de 2014. **Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinaria** de esa misma fecha.



4.2_. Instituciones Creadas por el Estado Venezolano para la Promoción y Estímulo de las Pymes.

Cabe considerar por otra parte, en función de la perspectiva manejada anteriormente, que no solo se basa en la existencia de un registro o un sistema de contratación pública, además, en el ámbito de protección, promoción y desarrollo de las pymes en el ordenamiento jurídico venezolano, han sido creadas instituciones a cargo de autoridades facultadas para velar por el fiel cumplimiento de la normativa existente sobre contratación pública, así como para desempeñar un rol de fiscalizador en los referidos procedimientos, tomando en consideración que estos surgen por la necesidad y/o demanda que tiene el estado de adquirir a través de terceras personas, lo que él por medio de su organización interna no puede sufragar.

Dentro de este marco, visto que uno de las principales causas de decrecimiento de las pymes se encuentra referida al financiamiento, el estado venezolano en virtud de ello, dio creación a diversas organizaciones que sirvieron para el fomento de las mismas, entre las cuales se destacan:

- 1) **La Sociedad Nacional de Garantías Recíprocas para la Mediana y Pequeña Industria, S.A. (SOGAMPI)**, la cual tenía por objeto *“...garantizar, mediante la concesión de fianzas, el crédito oportuno y adecuado a sus socios beneficiarios. Para ser socio es necesario calificar como PYME.*³¹ Visto de esa forma, se infiere que esta sociedad nació como una medida de sustento para el fortalecimiento y crecimiento de las pyme, adquiriendo un carácter de prestamista a través del financiamiento que la misma otorgaba a este sector empresarial, mediante el otorgamiento de fianzas. Esta institución se fundamentaba de acuerdo a las líneas que a tales efectos fueran dictadas por el Ministerio del Poder Popular de Planificación. Además de regirse por los parámetros legales establecidos en el Decreto 251 contentivo del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana

³¹ **Peres, W.-Stumpo, G.** (Coords.) (2022) *“Pequeñas y Medianas Empresas Industriales en América Latina y el Caribe.”* Primera edición (2002). Pág. 545. ISBN: 968-23-2353-3. Disponible en <https://books.google.co.ve/books?isbn=9682323533> (página consultada el 18 de enero de 2018).



Empresa, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.824 de fecha 8 de noviembre de 1999.

Sin embargo, esta institución no obtuvo el resultado esperado, toda vez, que la misma lejos de favorecer a las pyme, las sumergió en un desconocimiento relacionado con el ¿cómo? y ¿cuál? era el procedimiento a seguirse para la obtención del financiamiento por ante esa institución.

2) **Fondo Nacional de Garantías Recíprocas (FONPYME)**, fue creado con el objeto de promover el crecimiento y desarrollo de las pymes y demás formas asociativas contempladas en el ordenamiento jurídico venezolano a los fines de facilitar su acceso a la banca y permitir con ello su inclusión y/o participación en procesos de compras públicas, con el otorgamiento de fianzas de tipo técnico-financiero.

3) **Fondo de Crédito Industrial (FONCREI)**, el cual fue “...creado mediante Ley del Fondo de Crédito Industrial de fecha 22 de mayo de 1978, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.254 Extraordinario, de la misma fecha, reformada mediante Decreto con Rango y Fuerza de la Ley de Reforma del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI) publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.396 Extraordinario, de fecha 25 de octubre de 1999 y mediante Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI), publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.556, de fecha 13 de noviembre de 2001.”³²

Siendo precisamente su supresión y liquidación mediante Decreto N° 6.216 de fecha 31 de julio de 2008, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario, de esa misma fecha, a través de la cual se dictó el decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI), la que dio nuevas facultades al Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, toda vez, que se buscaba unificar en una sola institución el fortalecimiento de la pyme.

4) **Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria (INAPYMI)**, el cual dentro del ámbito económico-financiero de promoción y estímulo de las pequeñas y medianas empresas, había sido creado mediante Decreto Presidencial N° 1.547 de fecha 12 de noviembre

³² Artículo 1 del Decreto N° 6.216 de fecha 15 de julio de 2008, mediante el cual fue dictado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI).

de 2001, cuyo objeto radicaba en ejecutar políticas de fomento, promoción, recuperación de este sector de la economía venezolana.



Se puede observar, que efectivamente no solo son decretos, leyes o instituciones las que se encargan de expresar la voluntad manifiesta del estado, basada en la promoción e impulso del sector empresarial conformado por las pymes, pero aunado a ello, surgen diversas interrogantes al respecto, como por ejemplo ¿son aplicadas esas medidas en la práctica?, ¿las administraciones públicas permiten la participación de este sector empresarial en las contrataciones públicas? ¿Efectivamente se benefician las pymes con las medidas efectuadas?

Ante esas interrogantes, se puede decir, que en la práctica, la realidad que se muestra es totalmente distinta a la voluntad expresada en los textos legales, se puede decir, que ciertas medidas como las de simplificación se han implementado y han beneficiado a las pymes, pero no solo a ellas sino al resto del cumulo empresarial que conforma el estado venezolano, -por las cuales aún las administraciones siguen apostando la ejecución de sus contratos-. Pero, la mayoría de estas medidas, solo se evidencian en los textos legales, debido a que aun, diversos sectores le están dando a estas empresas el nivel de importancia que las mismas representan para la economía nacional, toda vez, que aún existe desconocimiento sobre lo que en sí constituyen las pymes.

5_. Ventajas que Ostentan las PYMES E Importancia.

5.1. Importancia.

Ahora bien, mucho se ha hablado con relación a estas empresas de reducida dimensión, sobre los principales problemas que las mismas enfrentan por las características que presentan en el mercado económico-comercial que se deben desenvolver, pero es importante detenerse y establecer porque el enfoque en función de estas empresas. Tal y como ha sido mencionado, la mayoría de las personas están ajenas a este tipo de empresas, muchas de ellas ni siquiera saben lo que las mismas representan, por eso de suma importancia que se establezca el nivel de importancia de la pyme.



Como primer punto se puede observar, que representan la mayor parte del sector empresarial, se muestra dentro de ese sector como empresas que de acuerdo al tamaño que las caracteriza no solo presentan problemas, sino que les puede servir como ventaja, en virtud de que es precisamente el factor tamaño la que le permite desenvolverse con flexibilidad y adaptarse al mercado cambiante que se vive actualmente en el sistema jurídico venezolano. Se presenta además, una relación más íntima e individualizada entre trabajador-patrono, como entre empresa-cliente.

5.2_. Ventajas.

Las medidas implementadas por el Estado les han permitido gozar de diversos beneficios, sobre todo en el ámbito tributario, en el cual se les ha dado un tratamiento especial en cuanto al cobro de impuestos que en la mayoría de los casos deben ser asumidos por las empresas, que no se encuentran catalogadas como empresas de reducida dimensión. Asimismo, en el ámbito mercantil, “las pyme, al formalizar su registro en el Registro Mercantil correspondiente, obtienen beneficios como exoneración de tasas y tributos por los derechos de permiso.”³³

CONCLUSIONES

Las PYMES representan un sector importante para la economía del país. Sin embargo, las mismas requieren de mecanismos que permitan su permanencia en el tiempo, ya que los beneficios que generan se vuelven inestables debido al cierre de estas en menos un tiempo de 5 años: así ha quedado demostrado en muchos estudios que abordan el presente sector en latinoamérica³⁴; requiriéndose entonces, buscar una ventaja competitiva que, de acuerdo con otra investigaciones, permitan sobresalir de su competencia permitiéndole alcanzar sus objetivos, y, que estos se mantengan en el largo plazo, generando con ello el éxito empresarial.

³³ <https://www.saren.gob.ve/?p=4526>.

³⁴ Villavicencio, M. et al (2016) Financiamiento en las PYMES. Un Tema Recurrente en las Investigaciones Sobre la Pequeña y Mediana Empresa En “Revista Publicando Vol. 3, N° 9 Págs. 716-725.” Guayaquil, Ecuador.



Esta ventaja se puede asociar con la capacidad de los empresarios para afrontar los factores externos a la organización mediante los factores internos, estos deben tener estrategias definidas que les permitan afrontar los desafíos y superar paulatinamente los obstáculos que se le pueden presentar. Existen diferentes factores que persiguen la generación de una ventaja competitiva, siendo el foco común entre ellas, el cliente, y con ello, la necesidad de satisfacerlo, es decir, buscar una ventaja competitiva que le permita a la organización distinguirse entre las otras y ser la primera opción, en el mercado hacia donde está dirigido su producto.

Cuando una PYME logra superar sus obstáculos, a través de una ventaja competitiva pueden forjar un desempeño superior logrando obtener sus objetivos, hablando de esta forma que la empresa es exitosa, si estos se mantienen se hará referencia a un éxito competitivo sostenido, el cual permita mantener los objetivos alcanzados en el tiempo mediante la adecuada gestión de factores que permitan un desempeño superior al de sus competidores. La calidad se ha convertido en un elemento estratégico clave de las organizaciones, ya que es utilizado como una filosofía que compromete a la organización con el propósito de satisfacer las necesidades de los clientes, y, de mejorar, ayudándole a mantenerse en el mercado y a asegurar la supervivencia en el mismo; por lo que la gestión total de la calidad, ha creado un marco que le permite una mejora continua del desempeño logrando alcanzar los objetivos, y, por ende, mejorar la sostenibilidad de la empresa.

Como siguiente paso a la presente investigación, se deben establecer los principales factores que deben ser gestionados para crear una ventaja competitiva perdurable en las nuevas PYMES de Venezuela, así como relacionar a estos, con los *indicadores* que les permitan a los PYMES señalar, que han alcanzado sus objetivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Buitrago, M. (2016) *“Las PyMES y su vinculación con la Constitución de la República y el derecho mercantil venezolano.”* ISSN:1317-8822 disponible en <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/visiongerencial/article/view/7748>



Canónico, A. (2022) *“La Contratación Pública Estratégica y el Acceso a las Pymes.”* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2022. ISBN 978-956-407-192-3

Canónico, A. (2016) *“Aproximación al Estudio del Control no Jurisdiccional en la Contratación Pública Venezolana. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. N° 566 7.”* Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/7/rvlj_2016_7_533-566.pdf

Canónico, A. (2016) *“Marcha Atrás en la Contratación Pública Venezolana: de cómo se pretenden violentar los principios de transparencia, honestidad, competencia y publicidad. Contratación Administrativa Práctica, N° 144, Sección Reflexiones, Julio.”* El Consultor Contratación Administrativa, Editorial La Ley. Disponible en <http://consultorcontratacionadministrativa.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjUwtjC7Wy1KLizPw8WyMDQzMDcwMzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOBCyss1AAAAWKE>

Culshaw, F. (2012) *“Pymes Venezolanas con Potencial de «punta de lanza».”* DEBATES IESA • Volumen XVII • Número 4 • octubre-diciembre 2012. p.36. Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/04-12culshaw.pdf>

Peres, W.-Stumpo, G. (Coords.) *“Pequeñas y Medianas Empresas Industriales en América Latina y el Caribe.”* Primera Edición (2002). p. 545. ISBN: 968-23-2353-3. Disponible en <https://books.google.co.ve/books?isbn=9682323533>

Villavicencio, M. et al (2016) *Financiamiento en las PYMEs. Un Tema Recurrente en las Investigaciones Sobre la Pequeña y Mediana Empresa En “Revista Publicando Vol. 3, N° 9 Págs. 716-725.”* Guayaquil, Ecuador.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 1955. Código de Comercio.

Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria, de fecha 3 de marzo del año 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.318 de fecha 11 de enero de 2018. Ley Constitucional Contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas.



Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.542 de fecha 12 de noviembre de 2001. Decreto 1.547, mediante el cual fue dictado el Decreto con Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria.

Gaceta Oficial N°. 37.688 de fecha 13 de mayo de 2003. Decreto No. 2.371 de fecha 24 de marzo de 2003.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.999 de fecha 21 de agosto de 2008. Decreto 6.215, de fecha 15 de julio de 2008, contentivo del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.151 de fecha 18 de noviembre de 2014. Decreto 1.413 contentivo de la Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria y Unidades de Propiedad Social

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número Extraordinario N° 6.154 de fecha 19 de noviembre de 2014. Decreto N° 1.399.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.362. Decreto N° 3.324 de fecha 16 de marzo de 2018, de esa misma fecha, mediante el cual fue dictado el Decreto N° 17 en el marco del estado de excepción y de emergencia económica, mediante el cual se establece un régimen especial para la adquisición de bienes y servicios esenciales para la protección del pueblo venezolano, por parte de los órganos y entes del sector público

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.892. Decreto N° 8.880 de fecha 27 de marzo de 2012, de esa misma fecha

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.892. Decreto N° 8882 de fecha 27 de marzo de 2012, de esa misma fecha.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016. Decreto N° 2.184.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.836. Decreto N° 2.198 de fecha 26 de enero de 2016, de esa misma fecha.



Gaceta Oficial N° 36.824 de fecha 8 de noviembre de 1999. Decreto 251 contentivo del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Empresa.

Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinario. Decreto N° 6.216 de fecha 31 de julio de 2008, publicada en la Gaceta de esa misma fecha, a través de la cual se dictó el decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Crédito Industrial (FONCREI).

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.360 de fecha 19 de enero de 2018. Resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Planificación y para la Economía y Finanzas, mediante la cual se establece el valor de la unidad para el cálculo aritmético del umbral máximo y mínimo para contrataciones públicas.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número extraordinario N° 6.360 de fecha 19 de enero de 2018. Resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Planificación y para la Economía y Finanzas, mediante la cual se establecen Medidas para la Promoción de las Pequeñas y Medianas Industrias, y Sujetos del Nuevo Tejido Productivo, en el Acceso al Sistema de Contrataciones Públicas.

**EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE OBLIGAN A CONCLUIR UN
CONTRATO QUE TIENEN POR OBJETO LA TRANSFERENCIA DE
PROPIEDAD: UNA PROPUESTA PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL**

**EXECUTION OF JUDGMENTS THAT FORCE TO CONCLUDE A
CONTRACT THE PURPOSE OF THE TRANSFER OF OWNERSHIP:
A PROPOSAL FOR THE REFORM OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Abdón Sánchez Noguera¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.04>



Fecha de Recepción: 25 de Mayo de 2022

Fecha de Aprobación: 30 de Junio de 2022

Resumen:

El artículo 531 del Código de Procedimiento Civil venezolano, regula como debe cumplirse la sentencia que ordena la ejecución de un contrato. No obstante, se hallan sentencias que en su dispositivo, contienen normas particulares sobre el cumplimiento del mandato jurisdiccional, que en ocasiones no se ajusta con el procedimiento de ejecución de la sentencia legalmente establecida, y, en otras, lo complementan; existiendo un tercer grupo, constituido por aquellas que modifican sustancialmente ese procedimiento, lo que produce incertidumbre ante las distintas formas de dar tratamiento a la materia. Así, partiendo del contenido de las normas que sobre la ejecución de sentencia contiene el código del proceso civil y de la jurisprudencia del TSJ, se procura ofrecer, en primer lugar un estado del arte global, y luego ofrecer ideas para completar el desarrollo legislativo para adaptarlo al estado actual de la jurisprudencia, y así, solventar las deficiencias legislativas e incongruencias jurisprudenciales que pudieron detectarse.

Palabras Clave: Procedimiento, Ejecución de Sentencias, Contrato, Propiedad.

Abstract:

Article 531 of the Venezuelan Code of Civil Procedure regulates how the sentence that orders the execution of a contract must be complied with. However, there are sentences that in their device, contain particular norms on the fulfillment of the jurisdictional mandate, which sometimes does not adjust with the procedure of execution of the legally established sentence, and, in others, they complement it; There is a third group, made up of those that substantially modify this procedure, which produces uncertainty in the face of the different ways of treating the matter. Thus, based on the content of the rules on the execution of sentences contained in the code of civil procedure and the jurisprudence of the TSJ, an attempt is made to offer, in the first place, a global state of the art, and then to offer ideas to complete the legislative development for adapt it to the current state of the jurisprudence, and thus solve the legislative deficiencies and jurisprudential inconsistencies that could be detected.

Key Words: Procedure, Court Decisión's Execution, Contract, Property.

¹ Abogado (ULA-Mérida, 1973). MSc. Derecho Agrario ULA-IIDARA (1990). Especialista en Derecho Procesal (UCAB, 2000). Prof. Titular Jubilado (ULA-Mérida (1990-2020) Derecho Procesal Civil. Jefe de Cátedra y Jefe de Departamento de Derecho Procesal. Secretario del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida. **Correo:** absano052@gmail.com. **Orcid:** 0000-0002-5791-3391

INTRODUCCIÓN



1_. Esencia del Código de Procedimiento Civil en Cuanto a la Ejecución de Sentencias.

Atendiendo a la clásica distinción en normas de derecho público y normas de derecho privado, generalmente se reconoce que la ley procesal civil “pertenece al derecho público, porque regula más o menos inmediatamente una actividad pública...”, pero en su aplicación práctica, en interés de las partes que intervienen en el proceso, “deriva que la ley procesal se refiere frecuentemente a la voluntad de las partes; quiere decir entonces que las normas procesales no son siempre absolutas, sino a veces dispositivas”.¹ Y si, atendiendo a la tesis chiovendana, hay normas procesales que permiten a las partes formular acuerdos modificatorios de su contenido y estaremos ante normas dispositivas, que modificadas por esos acuerdos, deberán ser respetadas por el juez, siempre que no sean contrarias a la ley o al orden público. Tal es el caso del artículo 525 del CPC, que permite a las partes suspender la ejecución por tiempo determinado y realizar actos de composición voluntaria respecto al cumplimiento de la sentencia.

Ahora bien, si esa modificación es posible por el ejercicio de un derecho procesal de las partes, ¿podrá el juez, en ejercicio de la potestad jurisdiccional y como director del proceso, antes o durante el curso de la ejecución de una sentencia, dictar decisiones con el mismo alcance modificatorio de tales normas, como pudiera ser la modificación de lapsos o modos de proceder para el cumplimiento de una sentencia, cuando los previstos en el Código de Procedimiento Civil no resulten adecuado para tal fin?

Tal interrogante, a primera vista, encuentra un escollo en el formalismo que pregonan el artículo 7 del CPC, que la Sala de Casación Civil ha reafirmado al señalar que “no es potestativo de los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, pues su estricta observancia es de orden público”,² lo que se corresponde con la prohibición contenida en el artículo 196 de no poder el juez fijar lapsos que no esté autorizado por la ley para hacerlo.

Sin embargo, la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, reconociendo la exigua regulación que contenía el código procesal de 1916 sobre la ejecución de sentencia en especie de obligaciones de hacer o no hacer, frente a



la pormenorizada elaboración del procedimiento de ejecución de las sentencias de condena, consideró inadmisibles la afirmación de que una sentencia sea inejecutable.³

En igual sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en reiterado criterio, ha reconocido a favor del juez que dicta la sentencia definitiva, la potestad de especificar “en la sentencia condenatoria los parámetros de la ejecución del fallo” y por ello señala como un deber del juez “tomar las medidas necesarias para la ejecución de dicho veredicto”, avanzando aún más en su posición al entender que en un proceso donde haya recaído cosa juzgada, la ley reconoce una excepción al principio de inmutabilidad de la misma, refiriéndose a la omisión de un deber procesal del juez de fijar tales parámetros, vinculándolo a la ejecutabilidad de la sentencia y a la concretización de la tutela judicial efectiva debida a las partes en el proceso judicial,⁴ como ya lo había señalado la Sala, incluyendo en tal tutela no sólo el derecho de acceder a los órganos de la administración de justicia y el derecho a obtener una decisión en derecho, pues también comprende el derecho a que la decisión sea efectiva esto es “el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho⁵). Para garantizar el ejercicio pleno de ese derecho al cumplimiento de la sentencia, debemos aceptar entonces que no le puede ser vedado al juez, adaptar las normas sobre ejecución a la situación particular de cada caso, ante lagunas u omisiones de la ley.

No cabe duda, que conforme a las normas que regulan la ejecución de sentencia y a la interpretación de las Salas Constitucional y de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, por ser normas procesales que regulan la función jurisdiccional del Estado, son normas de Derecho Público, que admiten excepciones, pues no son siempre absolutas, siendo que a veces son dispositivas, como las calificó el maestro Giuseppe Chiovenda.

2_. Ubicación de la Ejecución de Sentencia en el Proceso.

Cuando se estudia la naturaleza de la ejecución de sentencia, la mayoría de los autores, coinciden en señalar que la misma constituye una de las fases de la jurisdicción, que se produce como consecuencia de la firmeza y ejecutividad del acto que pone fin a un proceso jurisdiccional, en la cual se desarrollan los



actos a través de los cuales se da cumplimiento al mandato contenido en la decisión del juez.

Se coincide con Longo, en que “la jurisdicción no se agota en el acto declarativo del derecho, como si se tratara de una equivalencia reductiva entre aquella institución y el acto sentencia”⁶, por ser “la continuación y culminación de la actuación jurisdiccional del Estado, que se concreta en el cumplimiento de aquella declaración”⁷; en el orden práctico, según la apreciación de Ramos Méndez, la ejecución puede adoptar los medios que sean necesarios para proporcionar al ejecutante la satisfacción jurídica de su pretensión reconocida en la sentencia, los cuales son “fundamentalmente de dos clases: medios encaminados a lograr que el obligado, con su propia participación, cumpla con la prestación debida y medios dirigidos a proporcionar al acreedor dicha prestación, independientemente de la voluntad del deudor”⁸, mediante la sustitución de la voluntad del particular que ha sido condenado en la sentencia, por la potestad del estado, cuando aquel no cumple voluntariamente la orden del órgano judicial.

En tal sentido, se pronunció la Sala de Casación Civil, señalando que “si se tiene una sentencia de fondo que declare con lugar la demanda, resultaría un flaco servicio a la justicia, que los fallos no pudieran ejecutarse, a pesar de tal declaratoria, pues a menos que lo decidido y ordenado trate de algo sumamente puntual e insustituible, el Código de Procedimiento Civil contempla, inclusive en la fase de ejecución de la sentencia de mérito, la posibilidad de que el juez executor adopte las medidas necesarias, en el marco de la cosa juzgada, que conduzcan a la ejecución de ese fallo”.⁹

Pero además, la ejecución de la sentencia, siendo una potestad de los órganos de administración de justicia, conforme a lo establecido en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye un derecho del justiciable, integrado a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 de la misma Constitución, que se concreta a obtener voluntaria o forzosamente de quien resulte obligado por la sentencia, a dar, hacer o no hacer lo que la misma haya dispuesto.



3_. Las Normas Vinculadas a la Ejecución Específica.

Bajo las premisas anteriores, toca revisar y analizar el sentido y alcance de los artículos 524 y 531 del CPC.

3.1_. Artículo 524.

El artículo 524 del Código de Procedimiento Civil dispone:

Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el Tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia.

Sobre esta disposición cabe preguntarse: ¿Se trata de una norma rígida en su aplicación? ¿Podrá ser modificada por la sentencia misma de cuya ejecución se trate o por el tribunal ejecutor con ocasión de proceder a cumplir la misma? ¿Qué disposición tendrá aplicación preferente, la norma general contenida en dicho artículo o la norma particular creada por el juez en la sentencia o con ocasión de su ejecución?

Como aproximación a la respuesta debida a tales interrogantes, entendemos, como fue señalado antes, que si bien las normas sobre ejecución de sentencia son de orden público, no todas tienen la rigidez atribuida a normas de tal naturaleza, siendo que a algunas se les atribuye la cualidad de normas disponibles, que pueden ser relajadas por las partes, mediante acuerdos formulados por ellas en el expediente respectivo conforme al artículo 525 del CPC y por el tribunal en ejercicio de la potestad de especificar “en la sentencia condenatoria los parámetros de la ejecución del fallo”, conforme a la citada sentencia N° 249 de la Sala Constitucional.

En tal sentido, si la sentencia fija un modo de ejecución, que implique la necesidad de ampliar el lapso que se concede al ejecutado para el cumplimiento voluntario, diríamos a quince días, estaría ejerciendo esa potestad que ha sido



reconocida por la Sala Constitucional, siendo que el lapso de cumplimiento voluntario (3 a 10 días, Art. 524 CPC), es uno de los aspectos que conforman el procedimiento de ejecución de toda sentencia definitivamente firme (ejecución voluntaria); o si la sentencia establece un lapso previo a aquél que se concede al ejecutado, para que el ejecutante cumpla con la contraprestación debida a favor del ejecutado, como presupuesto para exigir a este el cumplimiento de la obligación correspondiente de dar o hacer (como sería el otorgamiento de algún documento o contraprestación como condición para que el ejecutado cumpla lo que fue condenado), que se ha reconocido en la sentencia, al propio tiempo que constituye una norma que da seguridad jurídica al momento de establecer la consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de las partes.

Tratándose de que la sentencia misma determine el modo en que debe ejecutarse, ante tal eventualidad, podría pensarse que existe un conflicto de normas en cuanto a si se aplica la norma legal o la norma surgida de la propia sentencia que se ejecuta. Tal conflicto, puede considerarse zanjado con la decisión de la Sala Constitucional, que expresamente autoriza al juez para que en la sentencia definitiva regule tal aspecto, lo que podría reforzarse con el argumento de la cosa juzgada causada por la no recurribilidad de la sentencia o el agotamiento de los recursos admisibles, sin que por los mismos se haya modificado tal regulación.

Es por ello, que la norma creada en la sentencia, por constituir una norma especial para el caso concreto, debe privar sobre la norma que regula los lapsos para el cumplimiento voluntario de la sentencia definitiva y firme; de otro modo, ocurriría la indeterminación a que se refiere el fallo de la Sala Civil de fecha 4 de diciembre de 2015.

3.2. Artículo 531.

El artículo 531 del Código de Procedimientos civil expone:

Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. *Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la*

transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos.



Esta norma se corresponde con la norma sustantiva del artículo 1.168 del Código Civil:

En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones.

Esta disposición fue tomada del Código Civil italiano, el cual es más amplio que el nuestro, al agregar que “la demanda no puede ser acogida si la parte que la ha propuesto no cumple su prestación o no hace el ofrecimiento de ello en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible”, siendo la misma reflejo del adagio latino *inadimplenti non est adimplendum*, esto es, la suspensión motu *proprio* del cumplimiento basado en el incumplimiento de la otra parte.

La norma *in comento*, plantea dos supuestos de ejecución, con consecuencias diferentes según se trate de:

- a) Supuesto general, la sentencia que condena a concluir un contrato y el obligado no cumple su obligación y,
- b) Supuesto especial, la sentencia que obliga a cumplir un contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, y la parte que ha propuesto la demanda no cumple su prestación.

En el primer supuesto, la consecuencia del incumplimiento voluntario por la parte que resulte obligada, esto es a quien la sentencia condena a cumplir el contrato, es que la propia sentencia se tendrá como modo de ejecución, al producir la misma los efectos del contrato no cumplido, siempre que las partes no hayan convenido una consecuencia distinta, que resulta ser el mismo supuesto previsto en el artículo 1.167 del Código Civil, conforme al cual:



En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello.

El segundo supuesto envuelve el cumplimiento de las respectivas obligaciones derivados del contrato, cuando cualquiera de las partes ha exigido su cumplimiento y así lo acuerda la sentencia que resuelve la controversia. En tal caso, tanto el obligado a hacer la transferencia del derecho, como el deudor del precio, han de cumplir con la obligación correspondiente, siembre que la sentencia haya determinado el precio, en una cantidad líquida y exigible; en caso de no producirse el cumplimiento, si el mismo proviene de quien deba transferir el derecho, la misma sentencia se tendrá como se aplicará la regla establecida en el artículo 527 del Código de Procedimiento Civil, esto es que se mande a embargar bienes propiedad del ejecutado que cubran el doble de la cantidad y las costas por las cuales se siga ejecución.

El modo en que deba cumplirse la sentencia será distinto, cuando el ejecutante (demandante) en virtud del contrato cuyo cumplimiento demandó, se obligó a transferir el derecho, por no haberlo transferido en el mismo contrato, de modo que no ha cumplido su obligación de hacer la transferencia, y al propio tiempo, el ejecutado (demandado) tampoco ha pagado el precio.

No puede ser otra la solución cuando se exija al ejecutado que resultó condenado por la sentencia al pago del precio de la propiedad o cualquier otro derecho que este pueda alegar la excepción de contrato no cumplido, pero no para que se produzca una nueva controversia acerca del alegato así formulado, pues la cosa juzgada a arropado el conflicto y será entonces cuando entre en juego la aplicación del ingenio del sentenciador si se quiere establecer el modo de cumplir la condena en la misma sentencia o del ejecutor, si el ejecutante exige al mismo tiempo que el ejecutante le transfiera la propiedad del derecho cuyo pago se le está obligando a cumplir.

La situación así planteada, ocurrirá específicamente, tratándose de la pretensión de cumplimiento de una promesa de venta, una opción de compra, una oferta preferencial o cualquier otra modalidad de futura transferencia de la propiedad, cuando se condena al promitente, oponente u oferente al cumplimiento del contrato y al otorgamiento del documento traslativo de la



propiedad a favor del ejecutante, este tiene la carga de pagar el precio o el saldo del precio de venta o cesión o constitución del derecho objeto del contrato, como presupuesto para exigir al ejecutado el cumplimiento voluntario de su obligación o que en su defecto la sentencia produzca los mismos efectos del contrato no cumplido señalados antes, esto es que la sentencia sirva de título o documento que acredite la propiedad, la constitución o cesión del derecho objeto del contrato. Supuesto que como ya se indicó, lo recoge con precisión el artículo 1.168 del Código Civil.

Ante el supuesto en referencia, surgen igualmente algunas interrogantes, entre otras: ¿Debe la sentencia fijar al ejecutante un lapso para el cumplimiento de la contraprestación que debe al ejecutado? ¿Ese lapso deberá ser previo al lapso que se fije al ejecutado para cumplir su obligación de otorgar los documentos correspondientes? ¿Si la fijación se hace, respecto de ambas partes, uno para el ejecutante y otro para el ejecutado, que efecto produce la fijación conforme a los límites que establece el artículo 524 para el cumplimiento voluntario de la sentencia? ¿Lo sustituye, lo modifica o constituye un lapso que no afecta el mismo? ¿Qué efecto produce el incumplimiento de la obligación impuesta por una de las partes durante el lapso así fijado por la sentencia? Otro aspecto que debe resolverse es si la sentencia debe ser explícita en cuanto al señalamiento del cumplimiento previo de la contraprestación debida al ejecutado.

Planteada la situación en estrados judiciales, es posible encontrar erróneas interpretaciones y errada aplicación de la norma, lo que ha dado lugar a la intervención de la Sala de Casación Civil, para a través de la casación de oficio, con ocasión de conocer de recurso de casación, corregir tales desviaciones.

En efecto, la Sala observó:

que el Juez Superior, al condicionar la decisión a un cumplimiento voluntario y si este no se producía la sentencia adquiriría un carácter de contrato no cumplido, la hace indeterminada, pues está ordenando una situación que no es posible, pues si no se da el cumplimiento voluntario significa que no cumplió ni el demandado en la tradición del bien ni el actor en el pago del saldo del precio pautado en el contrato de opción de compra venta objeto del



presente juicio, lo cual haría inejecutable la decisión de alzada, en consecuencia se evidencia que el juez de alzada incurrió en el vicio de decisión condicionada y el de indeterminación objetiva del fallo, es decir en la infracción del artículo 243 ordinal 6° del Código de Procedimiento Civil al no establecer de manera real y clara en el fallo, la ejecución del fallo en caso de que no se dé el cumplimiento voluntario de la obligación, tomando en cuenta que el actor no ha pagado el saldo total de la deuda, lo cual es requisito *sine qua nom* a fin de que se verifique el cumplimiento del contrato por ambas partes pues de lo contrario estaríamos frente a un menoscabo al derecho de la defensa de la parte que no recibe el pago de lo vendido.¹⁰

Y es con base a tal decisión, que la misma Sala, consideró que si se produce el cumplimiento de la contraprestación por parte del ejecutante, “la sentencia servirá de título y se registrará en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente, si el acto del cual dimana el derecho está sujeto a registro según la ley.”¹¹

4_. De Norma Sustantiva a Norma Procesal.

El artículo 531 *in fine* del CPC, al prever que “la sentencia solo producirá estos efectos (del contrato no cumplido) si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en autos”, permite su interpretación en contrario, para afirmar que si la parte que ha propuesto la demanda no ha cumplido su prestación, la sentencia no producirá los efectos del contrato no cumplido.

A esa consecuencia arribó la Sala de Casación Civil en su sentencia N° 742 del 04/12/2015¹², al considerar que si no se produce el cumplimiento de la prestación por parte del ejecutante, según este artículo 531, queda a salvo la excepción de no cumplimiento que prevé el artículo 1.168 del Código Civil; pero si se produce el cumplimiento de la contraprestación por parte del ejecutante, la sentencia servirá de título y se registrará en la Oficina Subalterna de Registro

correspondiente, si el acto del cual dimana el derecho está sujeto a registro según la ley.

El artículo 531 constituyó una importante innovación en la reforma del CPC de 1986:

Que transforma la sentencia, en el caso de que se trate de sentencias declarativas de obligaciones, en el cumplimiento mismo de la obligación. Tal sería, por ejemplo, el caso en que se demanda el cumplimiento de una obligación de transferir la propiedad, en cuyo caso, si hubiere constancia en autos del cumplimiento de la contraprestación del demandante, la sentencia se constituirá por sí sola en el título de propiedad.¹³

Pero la innovación va más allá, al convertir una norma sustantiva en norma procesal, pues no otra es la finalidad de la norma que regula la ejecución de este tipo de sentencias (Art. 531 CPC), trayendo del Código Civil (Art. 1168), la excepción *non adimpleti contractus*, que permite al ejecutado, en el desarrollo del procedimiento de ejecución de la sentencia, negarse a cumplir la prestación que debe al ejecutante, cuando este no ha producido constancia auténtica en los autos de haber cumplido la suya; consiste en la suspensión, motu proprio, del cumplimiento, en razón del incumplimiento de la contraparte.

Pero esta modalidad de ejecución solo puede aplicarse, cuando la condena que produzca la sentencia, sea de cumplimiento de contrato, no siendo aplicable cuando la pretensión formulada, sea de resolución del mismo. La *exceptio non adimpleti contractus* ya no se trata en este caso, de una defensa o excepción de fondo opuesta a la demanda, sino de un efecto de la conducta omisiva del ejecutante que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, que derivadas del contrato cuyo cumplimiento ordenó la sentencia, constituyen presupuesto para que la ejecución forzosa se produzca.

La disposición contenida en el artículo 1168 del Código Civil trasladada al artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, fue acogida en la legislación venezolana, a partir del Código Civil de 1942 y “está basada en la equidad, pues no es justo que una parte que no ha cumplido totalmente su compromiso pueda



exigir a la otra parte el total cumplimiento de su obligación correlativa”, como fue establecido en jurisprudencia citada por Lazo.¹⁴

Así, no ha sido planteada la figura de la excepción de contrato no cumplido adecuadamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) tratándose de la ejecución de sentencia, que tiene lugar cuando el demandante solo ha cumplido su prestación parcialmente o de manera defectuosa, pudiendo el demandado rehusar el cumplimiento de su contraprestación hasta que sean rectificadas los defectos o cumplidas las obligaciones íntegramente; sin embargo, nada obsta para que pueda proponerse en la misma forma como se propondría si el incumplimiento fuera total.

5_. La Excepción a la Aplicación de la Norma.

La aplicación del efecto de contrato no cumplido, tiene dos excepciones expresa en la misma norma: siempre que sea posible que ese efecto se produzca *y si no está excluido por el contrato mismo*.

No cabe duda, que la primera mención es tan genérica, que puede significarse como hechos que hagan “posible que el efecto se produzca”, todo aquello que no sea “contrario al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley” (Art. 341 CPC), que se consagra como condición de admisibilidad de la demanda.

Según Henríquez La Roche¹⁵ con tales excepciones se pretende, excluir los efectos jurídicos “que no dependen sólo del poder negocial de las partes (relaciones de familia, relaciones de derecho social protegido por normas de orden público) y aquellos efectos que exceden al título, que corresponde al demandado perdidoso, tomando tal justificación del artículo 2.932 del Código Civil italiano. Critica la norma por aparecer fuera de lugar, pues considera que la sentencia misma debe dilucidar el alcance de dicho título, para impedir que habiéndose producido la cosa juzgada, no surjan discusiones que den lugar a incidencias que lleven a decisiones sobre hechos que han pasado a ser cosa juzgada.

En cuanto a la cláusula contractual que excluya el efecto que asigna este artículo 531, el mismo autor considera que la misma “es nula y sin eficacia, pues equivaldría a reducir el poder jurisdiccional por obra de una convención,

cercenando o limitando el derecho a la tutela jurídica del Estado. Es por ello que la locución y no esté excluido por el contrato no pueda entenderse como sinónimo de estipulación contractual, sino más bien como una restricción de la naturaleza del contrato.



CONCLUSION y PROPUESTA

Del análisis que cabe hacer en un espacio como este, puede concluirse que atendiendo al contenido de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, relativas a la ejecución de sentencias que obligan a concluir un contrato y tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la transferencia de otro derecho, y al desarrollo jurisprudencial realizado por la Sala Constitucional y muy especialmente por la Sala de Casación Civil en su sentencia N° 742 del 04 de diciembre de 2015, la sentencia definitivamente firme y ejecutoriada, puede ser enervada por el ejercicio de la excepción de contrato no cumplido alegada por el ejecutado, cuando el demandante no ha cumplido con la prestación correspondiente y no lo ha acreditado en el expediente respectivo.

De ello se deriva:

Que en los juicios en los cuales la pretensión consista en el cumplimiento de contratos que envuelven la transferencia de la propiedad o de otros derechos, reclamando del demandado el cumplimiento de su obligación de otorgar los títulos respectivos, la sentencia que los decida, para complementar la regulación de su cumplimiento voluntario y ejecución forzosa en caso necesario, ante la laguna que plantea la redacción del artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, requiere que precise los términos en que la misma debe cumplirse, señalando lapsos distintos y sucesivos para que cada una de las partes cumplan sus respectivas prestaciones, que deban producirse una vez que la sentencia quede firme y se inste la ejecución por quien corresponda.

Tal sugerencia, vale también para que en futura reforma del Código de Procedimiento Civil, se considere la posibilidad de llenar el vacío de la norma vigente, y evite la colisión con la prohibición del tribunal para fijar lapsos extra legales, de modo que su redacción incluya la facultad expresa del juez que dicte sentencia definitiva, para determinar las condiciones de ejecución de la sentencia por la cual se condene al cumplimiento de contratos que envuelven la transferencia de la propiedad o de otros derechos, que pudiera concretarse así:



“Artículo 520. Efectos de la sentencia que ordena cumplir un contrato. Si la parte que resulte obligada según la sentencia a concluir un contrato no cumple su obligación, y siempre que sea posible y no esté excluido por el contrato, la sentencia producirá los efectos del contrato no cumplido. Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, o la constitución o la transferencia de otro derecho, la sentencia sólo producirá estos efectos si la parte que ha propuesto la demanda ha cumplido su prestación, de lo cual debe existir constancia auténtica en los autos”. (Hasta aquí el texto actual del proyecto) Agregar: “La sentencia definitiva determinará el modo como ha de cumplirse la misma, señalando los lapsos para que cada una de las partes cumpla su correspondiente obligación”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chiovenda, J. (1977) *“Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I.”* Reus, Madrid. p. 136

Fuenmayor, J. A. (1986) El Nuevo Recurso de Casación, La Ejecución de Sentencia y la Oposición al Embargo, en *“Conferencias Sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil.”* Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas D.F., Venezuela. p. 51.

Lazo, O. (1967) *“Código Civil de la República de Venezuela Anotado.”* 4ta. Edic., Ediciones Legis, Buenos Aires, Argentina.

Longo, P. (2022) La jurisdicción y la competencia en la nueva Constitución En *“Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal, DEM y ACAMID.”* Mérida, Venezuela. p. 105.

Henríquez, R. (2009) *“Código de Procedimiento Civil. Tomo IV.”* Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela, Caracas D.F., Venezuela, pp. 105 y 106.

Chiovenda, J. (1977) *“Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I.”* Reus. Madrid, España. p. 136

Fuenmayor, J. A. (1986) El Nuevo Recurso de Casación, La Ejecución de Sentencia y la Oposición al Embargo, en *“Conferencias Sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil.”* Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas.



Henríquez, R. (2009) *“Código de Procedimiento Civil. Tomo IV.”* Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas D.F., Venezuela.

Lazo, O. (1967) *“Código Civil de la República de Venezuela Anotado.”* 4ta. Edic., Ediciones Legis. Buenos Aires, Argentina.

Longo, P. (2002) La jurisdicción y la competencia en la nueva Constitución, en *“Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal, DEM y ACAMID.”* Mérida, Venezuela. p. 105

Mejía A. L. A. (2009) *“Comentarios a las Disposiciones Fundamentales del Código de Procedimiento Civil.”* Ediciones Homero. Caracas D.F., Venezuela.

Ramos, F. (1997) *“Enjuiciamiento Civil, T. II.”* JMBOSCH Editor, Barcelona. p. 590

Sánchez, A. (2001) *“Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos.”* Paredes Libros Jurídicos. CA. Caracas D.F., Venezuela. p.2.

Sala de Casación Civil-TSJ. Sent. N° 0004, 29/01/2002, Exp. 02-0294, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones>

Sala de Casación Civil-CSJ. Sent. del 22/07/1987, Ramírez y Garay, Tomo C, 3er. Trim. 1987, p. 449.

Sala Constitucional-TSJ. Sent. N° 249, 16/04/2010. Exp. 00-1502, Ramírez y Garay, Tomo CCLXVIII, abril 2010. p. 241.

Sentencias N° 1745 del 20 de septiembre de 2001 y 576 de 27/04/01, citadas por Mejía A. Luis A., en *Comentarios a las Disposiciones Fundamentales del Código de Procedimiento Civil*, Ediciones Homero, Caracas, 2009, p. 382

Sala de Casación Civil-TSJ. Sent. N° 742, de fecha 04/12/2015. Exp. N° 12-710). N° AA20-C-2013-000598.

En http://historico.tsj.gov.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scc/diciembre/83564-rc.00074241215-2015-13-598.html&palabras=articulo_531_del_codigo_de_procedimiento_civil. Consulta: 22/11/2016

Jurisprudencia

Sala de Casación Civil, TSJ. Sentencia N°742 del 04/12/2015, Exp. N° AA20-C-2013-000598. En <http://historico.tsj.gov.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scc/>



diciembre/183564-rc.00074241215-2015-13-598.html&palabras=artículo_ 531_del _codigo_de_procedimiento_civil. Consulta: 22/11/2016

Ramírez y Garay, Tomo C, 3er. Trim. 1987.

Ramírez y Garay, Tomo CCLXVIII, abril 2010.

Página web: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones> para Sala de Casación Civil, TSJ. Sent. N° 0004, 29/01/2002, Exp. 02-0294.

Legislación

Asamblea Nacional. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

Congreso Nacional. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

Congreso Nacional. Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990 del 26 de julio de 1982.

EL MUNICIPIO EN LA LEY ORGÁNICA NACIONAL
Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO RURAL
THE MUNICIPALITY IN THE NATIONAL ORGANIC LAW
AND ITS IMPACT IN THE RURAL SPHERE

Clever Mora¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.05>



Fecha de Recepción: 17 de enero de 2022

Fecha de Aceptación: 31 de marzo de 2022

Resumen:

La investigación tiene por objeto analizar la importancia del municipio rural y su incidencia en la Ley venezolana. Es una investigación documental, bibliográfica, histórica, comparativa y descriptiva. La Ley no prevé el municipio rural, aun cuando algunas de las Constituciones invocan la creación de diferentes regímenes municipales para ser desarrollados legalmente. Sin embargo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ley Orgánica del Poder Público Municipal, han omitido condiciones especiales importantes (desarrollo económico, situación geográfica, elementos históricos y culturales), que las Constituciones han exigido para crear diferentes regímenes municipales y cuando la Constitución actual las invoca, son excluidas por el legislador. La finalidad concreta es despertar el interés en el legislador venezolano para lograr la inclusión del municipio rural en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y así, garantizar que las Políticas Públicas Rurales, sean descentralizadas en el ámbito local.

Palabras Clave: Desarrollo Local, Participación, Municipio Rural.

Abstract:

The research aims to analyze the importance of the rural municipality and its impact on the Venezuelan Law. It is a documentary, bibliographical, historical, comparative and descriptive research. The Law does not provide for the rural municipality, even though some of the Constitutions call for the creation of different municipal regimes to be legally developed. However, the Organic Law of Municipal Regime and the Organic Law of Municipal Public Power have omitted important special conditions (economic development, geographical location, historical and cultural elements), which the Constitutions have required to create different municipal regimes and when the current Constitution invokes them, they are excluded by the legislator. The specific purpose is to arouse interest in the Venezuelan legislator to achieve the inclusion of the rural municipality in the Organic Law of Municipal Public Power and thus ensure that Rural Public Policies are decentralized at the local level.

Key Word: Local Development, Participation, Rural Municipality.

¹ Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Magister Scientiarum en Derecho Agrario (IIDARA-ULA). Profesor Agregado de Metodología de la Investigación del Derecho I y II. Profesor de la Maestría en Derecho Agrario (IIDARA-ULA). **Correo electrónico:** moraciecm@gmail.com. **Orcid:** 0000-0002-4111-6371.



INTRODUCCIÓN

El municipio rural, es un modelo de primera línea en la legislación nacional de países europeos como, España, Italia y Francia, y algunos países de Latinoamérica, como Chile, Argentina y sobre todo México, tal vez por ser un Estado Federal. El municipio rural en Venezuela se encuentra establecido de hecho en todos los espacios geográficos de cercanía a la ciudad, cuya condición de población, situación geográfica, esencia económica, cultura y tradición, son en gran medida, agrícola y pecuaria. Su ubicación geográfica demarca los llanos venezolanos, incluidos los altos llanos occidentales, así como los andes venezolanos, el golfo de Valencia, el golfo de Maracaibo y la zona Sur del Lago de Maracaibo, entre otras localidades. Es decir, el municipio rural en Venezuela, existe de hecho, pero no de derecho, por cuanto no está incluido en leyes nacionales que rige la materia del Poder Público Municipal.

Lo que implica que, como régimen municipal rural no existe, en consecuencia nuestro municipio, es netamente urbano. En este sentido, la ausencia del municipio rural en el ámbito jurídico venezolano no puede justificarse, considerando la importancia de la historia agro-productora que tiene Venezuela. Las localidades rurales venezolanas han perdido su condición geográfica, económica, cultural y su tradición rural, probablemente por el uniformismo urbano, creado dentro del municipio en Venezuela, y, que lentamente ha logrado desplazar al municipio rural.

En tal sentido, esta investigación, está dirigida a analizar, la importancia que posee el municipio rural dentro del ámbito jurídico venezolano, buscando despertar así, el interés de los legisladores venezolanos para lograr su inclusión en la ley nacional. Para lo cual, es importante revisar la Ley Orgánica de Régimen Municipal 1978, y las reformas de los años 1984 y 1989, así como, la reforma de esta última en el año 2005, conocida como Ley del Poder Público Municipal y sus diversas reformas. Se revisarán específicamente, los aspectos a través de los cuales el legislador venezolano desarrolla los principios de rango constitucional, relativos a los distintos regímenes que la Constitución nacional de 1961 plantea. Por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución y, el artículo 169 de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, al momento de crear la Ley nacional que rige la materia.

DESARROLLO



1_. El Municipio Rural en la Ley Orgánica de Régimen Municipal 1978.

El municipio como entidad local, es una institución que despierta en su pronta evolución, gran interés sobre su investigación, por cuanto, desde la Constitución de Venezuela del año 1857, cuando se adopta el Poder Municipal constitucionalmente, de Castilla-España, no se pensó en adaptarse el municipio al momento socioeconómico y cultura de una Venezuela Mono productora de rubros agrícolas, tal es caso, del cacao y el café. Desde sus inicios, nuestras constituciones invocaban la posibilidad de crear diferentes regímenes municipales, al momento de organizar el municipio se permitía, a través de una ley nacional el desarrollo de estos principios constitucionales, sobre todo en artículo 169 la constitución del año 1961.

En este sentido esta investigación tendrá como objetivo, estudiar el Municipio como entidad política, primaria y autónoma, en la Ley Nacional y su incidencia en el ámbito local rural, con el propósito de despertar en la comunidad rural y el legislador venezolano, interés sobre la inclusión del municipio rural como un nuevo régimen local, tal cual se legislo para crea al municipio fronterizo y al municipio indígena en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal del año 2012. La presente investigación es una investigación documental de corte bibliográfica, apoyada en una investigación histórica jurídica, y descriptiva.

Luego de casi dos décadas, posterior a la década de los años 60, se crea la ley Orgánica de Régimen Municipal; instrumento que desarrollaba, los principios constitucionales expresados en el capítulo IV del Poder Público Municipal, de la Constitución nacional 1961, donde a su vez se conceptualiza por primera vez el término “municipio” como unidad, política, primaria y autónoma.

Con la promulgación y publicación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal 1978, surge con fuerza de ley el ámbito municipal con tendencia autónoma, publicada el día viernes 18 de agosto del año 1978, a través de la Gaceta Oficial N° 2.297, Extraordinaria, contentiva de 11 Títulos, 18 Capítulos y 173 artículos. La revisión intrínseca de su contenido permitirá establecer la importancia jurídica, que posee la incorporación del Municipio Rural en la Ley



nacional. En el Título IV de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Capítulo I, sobre la creación y organización de los Municipios, establece en el segundo párrafo del artículo 14, lo siguiente “Dos (2) o más centros urbanos que formen una unidad geográfica, económica y social constituirán un sólo Municipio y no podrán adquirir el carácter de entidades separadas”. Pág. 2.

El segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, presenta una visión del régimen municipal, estampado sólo en lo urbano, dándole un carácter uniforme al régimen municipal en Venezuela, contrario a lo indicado en el principio constitucional que rige el Artículo 27, de la Constitución nacional de la República de Venezuela del año 1961, el cual señala: “La ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios”... Pág. 8.

A pesar de la posibilidad de crearse diversos regímenes municipales como mandato constitucional, el legislador venezolano uniformó al municipio en un sólo régimen municipal, tal como afirman constitucionalistas como Allan R. Brewer-Carias y Fortunato González Cruz, a través de sus obras “*El Régimen Municipal en Venezuela*” (1984) y “*El Gobierno de la Ciudad*” (2014), respectivamente.

De acuerdo con esta realidad legislativa, el uniformismo, es el que omite el nacimiento del municipio rural en Venezuela, por parte del legislador venezolano, tal vez por algunas contradicciones de la Constitución Nacional de 1961, por ejemplo, en su artículo 27, se invoca la creación de diferentes regímenes, para la organización, gobierno y administración de los municipios. Sin embargo, el artículo 30 de esta misma Constitución rige:

Es de la competencia municipal el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con sus bienes e ingresos y con las materias propias de la vida local, tales como urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y policía municipal. La ley podrá atribuir a los Municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios. Pág. 7.

Como se determina en este principio constitucional, la primera competencia que se indica es el urbanismo, y, en ninguno de los casos se menciona la protección ambiental y/o el fortalecimiento del desarrollo agrícola o rural. El legislador venezolano ofrece una mayor relevancia al urbanismo para caracterizar y regir al Municipio en Venezuela. Sin embargo, al momento de redactar la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el legislador le da autonomía económica y administrativa, bajo la tutela legal de la ley nacional. Esta Ley Orgánica del Régimen Municipal del año 1978, en su Título III, rige las competencias propias del municipio en Venezuela, en el artículo 7, de la siguiente manera:

Son de las competencias propias del Municipios, las siguientes: 1º Acueductos, cloacas y drenajes; 2º Distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción. 3º Planes de desarrollo urbano local que haya sido elaborado en acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Poder Nacional. Estos planes entraran en vigencia una vez aprobados por la autoridad nacional competente, para establecer, coordinar y unificar dichas normas y procedimientos, de conformidad con el ordinal 14º, del Artículo 136 de la Constitución; 4º Arquitectura Civil, nomenclatura y ornato público de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 14º del artículo 136 de la Constitución; 5º Transporte colectivo de pasajero y demás materias relativas a la circulación urbana. 6º Creación de servicios que fortalezcan al mercado y abastecimientos de los productos de consumo de primera necesidad, tales como mercados y mataderos locales. 7º Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto conciernen a intereses y fines específicos municipales; 8º Organizar y promover las ferias y festividades populares y sitios de recreación; y proteger y estimular las actividades dirigidas al desarrollo del turismo local; 9º Aseo Urbano y domiciliario; 10º Servicio de prevención y lucha contra incendios en las poblaciones; 11º Regulación y organización de institutos populares de créditos con las limitaciones que establezca la legislación nacional; 12º Cementerios y servicios



funerarios; 13º Servicio de policía municipal, que tendrán a su cargo la vigilancia y control de las actividades relativas a las materias municipal; y 14º las demás que sean propias de la vida local y las que le atribuyan otras leyes. Las competencias a las que se refieren los numerales 1; 2; 5; 6 y 9, serán ejercidas por los Municipios en los términos que establezca la legislación nacional. Pág. 1.

Según lo que rige el artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal 1978, sobre las competencias propias del Municipio en Venezuela, se ratifica el uniformismo urbano, del municipio en Venezuela, omitiéndose así, la posibilidad de contar con diferentes regímenes municipales, tal es el caso, la inclusión del municipio rural, entre otros, es decir, no se desarrolló a plenitud el principio constitucional, enunciado en el artículo 27 de la Constitución nacional del año 1961 y en la LORM 1978.

Esto significa, que las condiciones o requisitos para la organización de los Municipios, tales como: económicas y geográficas, regidas en el artículo 27, de la Constitución de Venezuela del año 1961, no fueron desarrolladas en la Ley nacional, al momento de instituir diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios. En tal sentido, el numeral 3 del artículo 7 de la L.O.R.M. (1978) rige en la competencia propia del Municipio, la facultad de la elaboración del Plan de Desarrollo Urbano Local y no incluye los Planes del Desarrollo Rural Local.

Así mismo, el numeral 5 del artículo 7 de la L.O.R.M. (1978) establece como competencia propia: *“Trasporte colectivo de pasajero y demás materias relativas a la circulación urbana”*. Pág. 1. En este sentido, omiten la posibilidad de desarrollar como competencia propia en los Municipios, los caminos y vialidades y transportes rurales. Esta misma Ley Orgánica de Régimen Municipal 1978, no toma en cuenta la condición de la población, regidas en el artículo 27, de la Constitución de Venezuela 1961, al momento de distinguir el núcleo de acuerdo al número de población, para garantizar la prestación de algunos servicios mínimos.

Por el contrario, los uniforma todos en lo urbano independientemente si están conformados por un número mínimo de un mil (1.000) habitantes, o más



de cinco mil habitantes. De acuerdo a lo que señalaba los Artículos 9 y 10 de la referida ley nacional. Lo que implica que las mayorías de comunidades rurales con menos de mil habitantes no tendrían derecho a gozar de servicios público, promoviéndose así, desde la L.O.R.M., la pobreza y el éxodo rural con mayor fuerza. Las comunidades rurales desasistidas aumentaban para finales de la década de los años 80.

2_. El Municipio en la Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989 y su Incidencia en el Ámbito Rural.

La democracia representativa extrema, concentrada en los gobernantes del poder local que no terminaban de aceptar la incorporación de la comunidad organizada en la toma de decisiones para impulsar al desarrollo local, generó la explosión social más dramática del periodo democrático venezolano iniciado en los años 60. El Caracazo, como se conoció este hecho social el 27 de febrero del año 1989; fenómeno que tal vez, hizo reflexionar, a los gobernantes nacionales para promover y aprobar en el Congreso del momento la reforma de la “Ley Orgánica de Régimen Municipal” del año 1989, publicada en Gaceta N° 4.054, Extraordinaria, en fecha 10 de octubre del año 1988, la cual presenta un nuevo escenario para el Poder Local; la división de los poderes dentro del ámbito municipal (poder legislativo y ejecutivo).

Dichos poderes, hasta la fecha de publicación de esta gaceta, estaban fusionados en un sólo ente “El Concejo Municipal”. Esta institución gubernamental ejercía ambos poderes a través de la Cámara Municipal, según el numeral 1 del artículo 36 de la L.O.R.M. del año 1978, dentro de su seno, se elegía al presidente y vicepresidente de dicho ente. Es decir, eran los concejales integrantes de la Cámara Municipal quienes deberían elegir al Presidente y Vicepresidente del Concejo Municipal; el Presidente del Concejo Municipal, ejercía el Poder Ejecutivo y al mismo tiempo junto al resto de los concejales ejercían el poder legislativo local.

La unificación de poderes dentro del ámbito local termina con la reforma de la L.O.R.M. del año 1989, por cuanto la incorporación de la figura del Alcalde permite crear una dicotomía marcada, entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo local. El primer poder en mención, es ejercido ahora, sólo por el Alcalde, quien a su comienzo tenía que asistir a todas las sesiones de la Cámara



Municipal y, era voto en algunas decisiones, más no fungía como un legislador de dicha cámara.

La unificación de poderes dentro del ámbito local, permite un avance significativo e histórico para el municipalismo en Venezuela, por cuanto fortalece la descentralización local a través de las Juntas Parroquiales, creadas en la reforma anterior de la L.O.R.M. del año 1984 y, que fungirían como apéndices del poder ejecutivo. Sin embargo, esta separación de poderes ratifica la uniformidad del Municipio en Venezuela, basado en el urbanismo, lo que implica que el legislador por segunda vez omite la diversidad de regímenes establecido como principio constitucional en el Artículo 27 de la Constitución de Venezuela del año 1961.

En el Capítulo II, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (1989), en su artículo 18, se invocan los requisitos para la creación de un Municipio en Venezuela de la siguiente manera:

- 1.- Una población no menor de diez mil (10.000) habitantes, o la existencia de un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanente;
- 2.- Un territorio determinado; 3.- Un centro de población no menor de dos mil quinientos (2.500) habitantes, que sirva de asiento a sus autoridades; y,
- 4.- Capacidad para generar recursos propios, suficientes para atender los gastos de Gobierno, administración y prestación de los servicios mínimos obligatorios. Para la determinación de la suficiencia de los recursos fiscales, la Asamblea Legislativa deberá considerar la base económica de la comunidad y su capacidad para generar recursos propios. A los fines de esta determinación, la Asamblea solicitará obligatoriamente a los organismos de desarrollo de la región el estudio técnico respectivo. La declaratoria de creación de los Municipios que reúnan los requisitos establecidos en este artículo corresponde a las Asambleas Legislativas, las cuales deberán hacer su pronunciamiento razonado dentro del período anual de sesiones en el cual haya sido introducida la solicitud correspondiente. Pág. 2.



En el artículo citado, se plantea los requisitos universales para crear un Municipio, requisitos que muchos autores han empleado como características para definirlos, tales como: una población, un territorio, un gobierno propio, la capacidad para generar ingresos y un centro poblado no menor de 2.500 habitantes que sirvan de asiento a sus autoridades. Este último aspecto o requisito, lleva a darle mayor importancia a los centros poblados urbanos que a los rurales para el asiento de las autoridades municipales, espacio desde el cual se planificaría el desarrollo integral del municipio, incluyendo sus comunidades rurales, pero además una planificación uniforme para todo su territorio, las mismas políticas dirigirían a las centros poblados urbanos y se aplicaban a los centros poblados rurales, por otra parte se planifica lejos de la participación activa de sus ciudadanos.

Al respecto Brewer Carías (2004) <http://www.allanbrewercarias.com/Content/> . Afirma que:

...desde comienzos del siglo XIX en Europa, el Municipio se ubicó en cuanta aldea, pueblo, villas y ciudades existía, bien cerca del ciudadano; y en cambio, en América Latina, el Municipio colonial que traspasó las batallas de la Independencia continuó como se lo había creado, ubicado al nivel territorial de las antiguas Provincias coloniales, bien lejos del ciudadano. En los primeros, la participación política es tan cotidiana en las cosas pequeñas que es imperceptible; en los segundos, simplemente no hay participación alguna. Pág.10-11.

Desde la década de los años 60, cuando Venezuela realizó su primer censo de población, no se deslindó lo urbano de lo rural, todas sus políticas (económicas, educativas, salud, seguridad, otras) presentaron mayor preferencia al desarrollo urbano, con una excepción económica rural sólo en lo agrícola, sectorizando lo rural en este subsistema e ignorando la posibilidad que los otros sectores de la economía (industria-servicios), funcionaran en el ámbito rural. De esta manera, se provoca la limitación de oportunidades socio-económicas y políticas a la población rural y la alejan del gobierno local como su unidad primaria, es decir, el gobierno más cerca al ciudadano. La Oficina Central de Estadística e Información de la Presidencia de Venezuela (1981), define a los



centros poblados para realizar los censos de 1961; 1971 y 1981 de la siguiente manera:

Se conoce con la denominación genérica de centros poblados a todo lugar o sitio del territorio venezolano que esté integrado por tres o más viviendas, que no tengan separación entre sí de más de 500 metros; estas viviendas pueden ser: chozas, ranchos, caneyes, campamentos, casas o quintas, etc. No es necesario que el centro poblado, tenga calles, plaza, escuelas, pero sí debe tener un nombre en particular con el que se le conozca corrientemente y, linderos o límites que los separen o lo diferencie de otros centros poblados, próximos o vecino. Págs. 3-4.

Según esta definición, entre 1961 y 1981, los centros poblados con más de 10.000 habitantes, tenían un porcentaje mayor con características urbanas que rural. Esta realidad social, daba mayor crédito, tal vez, al legislador venezolano, en pensar más en los planes de desarrollo urbanos, que en los planes de desarrollo rural, al momento de establecer las competencias propias de un Municipio.

En este sentido, la L.O.R.M. 1989 uniforma en un sólo régimen: el urbano; desconociendo los diferentes regímenes que invocados en el artículo 27 de la Constitución venezolana del año 1961, se desarrollaba como principio constitucional, cuando plantea la condición poblacional y geográfica. Por otra parte, la ley omite el principio cuando escribe las competencias del Municipio sólo bajo la mirada de lo urbano, tal como lo señala el artículo 36 de la referida Ley Orgánica de Régimen Municipal (1989). Señala la norma:

Son de la competencia propia del Municipio las siguientes materias:

1. Acueductos, cloacas, drenajes y tratamiento de aguas residuales;
2. Distribución y venta de electricidad y gas en las poblaciones de su jurisdicción;
3. Elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano local, formulados de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Ejecutivo Nacional. Igualmente, velará porque los



planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y ordenación urbanística se cumplan en su ámbito;

4. Promoción y fomento de viviendas, parques y jardines, plazas, playas, balnearios y otros sitios de recreación y deporte; pavimentación de las vías públicas urbanas;

5. Arquitectura Civil, nomenclatura y ornato público; 6° Ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías urbanas;

6. Ordenación del Tránsito de vehículos y personas en las vías urbanas;

7. Servicio de transporte público urbano de pasajeros;

8. Abastos, mataderos y mercados y, en general, la creación de servicios que faciliten el mercadeo y abastecimiento de los productos de primera necesidad;

9. Espectáculos públicos y publicidad comercial, en cuanto conciernen a los intereses y fines específicos municipales;

10. Protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental;

11. Organizar y promover las ferias y festividades populares, así como proteger y estimular las actividades dirigidas al desarrollo del turismo local;

12. Aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recogida y tratamiento de residuos;

13. Protección civil y servicios de prevención y lucha contra los incendios en las poblaciones;

14. Creación de institutos populares de crédito, con las limitaciones que establezca la legislación nacional;

15. Cementerios, hornos crematorios y servicios funerarios;

16. Crear servicios que tendrán a su cargo la vigilancia y control de las actividades relativas a las materias de la competencia municipal;

17. Actividades e instalaciones culturales y deportivas y de ocupación del tiempo libre; y,



18. Las demás que sean propias de la vida local y las que le atribuyan otras leyes. Pág. 5-6.

De acuerdo a las competencias propias antes citadas, la uniformidad del Municipio en lo Urbano y la omisión del Municipio Rural, es decir, el no desarrollo de los diferentes regímenes municipales, se determina en el numeral 3 del artículo 36 de la L.O.R.M. del año 1989, referida, al regir como competencia propia sólo elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano, **velar por el cumplimiento amplio de la ordenación urbanística del territorio, desconociendo así los planes de desarrollo rural.** Sin embargo, dentro del numeral 4 de este mismo artículo, el legislador venezolano reconoce la existencia de un escenario rural para la organización de otro régimen municipal, cuando determina en su última parte la conservación de caminos y vías rurales.

3_. El Municipio en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal 2005 y, su Incidencia en el Ámbito Rural.

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal L.O.P.P.M. deroga a la Ley Orgánica de Régimen Municipal del año 1978, 1984 y, 1989. Este nuevo instrumento jurídico fue publicado por primera vez, el día 8 de junio del año 2005 mediante Gaceta Oficial N° 38.204. La Ley surge como consecuencia de los nuevos principios constitucionales establecidos en la Carta Fundamental del año 1999, Constitución que rige nuevos enfoques, estilos, o tendencias democráticas, centradas en el ser humano y, la democracia participativa que en este caso, sustituye a la democracia representativa.

Estas nuevas posturas jurídicas y sociales impulsan la propuesta, discusión, aprobación y publicación de una *“Ley Orgánica Nacional”*, que permite *“empoderar al ciudadano de manera organizada”*, para que sea protagonista en el alcance de su propio desarrollo social integral. Por su parte el artículo 1 rige su objeto de la siguiente manera:

La presente Ley tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación

protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados. Pág. 1.



A diferencia de la “Ley Orgánica de Régimen Municipal”, este nuevo instrumento jurídico, en el deber ser, no sólo se centra en el Gobierno, administración, funcionamiento y control de la entidad local, sino que además, su objeto integra de manera corresponsable y protagónica al pueblo, al ciudadano organizado, es decir, el gobierno local planificaría sus políticas públicas con y para el pueblo. En este sentido, la “Ley del Poder Público Municipal”, en su evolución, es decir sus reformas, en gran medida, si desarrollaría los principios constitucionales enunciados en el Capítulo IV de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, referente al Poder Público Municipal.

La “Ley Orgánica del Poder Público Municipal”, a diferencia de la “Ley Orgánica de Régimen Municipal”, establece diferentes regímenes municipales como es el caso del municipio indígena y el municipio fronterizo, ambos bajo la figura de régimen especial. Sin embargo, el legislador vuelve a omitir al municipio rural en la “Ley Orgánica del Poder Público Municipal”. Por su parte, el artículo 11 y 12 de la L.O.P.P.M. según los siguientes:

Artículo 11.- Los municipios indígenas serán creados, previa solicitud de los pueblos y comunidades u organizaciones indígenas, formuladas ante el respectivo Consejo Legislativo, atendiendo a las condiciones geográficas, poblacionales, elementos históricos y socioculturales de estos pueblos y comunidades.

Artículo 12.- Por razones de interés nacional relativas al desarrollo fronterizo o exigencias especiales, derivadas del plan de desarrollo económico social de la Nación, los Consejos Legislativos podrán crear, excepcionalmente, municipios de régimen especial, atendiendo a iniciativa reservada al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente o Presidenta de la



República, en Consejo de Ministros. Aun cuando las comunidades postuladas a tal categoría, no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 10 de esta Ley, la ley de creación definirá el régimen especial atendiendo a la fundamentación motiva la iniciativa.
Pág. 5.

De acuerdo al artículo 11 de la L.O.P.P.M. antes citado, para crearse el régimen municipal del Municipio Indígena, sólo se necesita la solicitud la comunidad indígena organizada, consignada ante el Consejo Legislativo de su jurisdicción, y éste deberá crearlo atendiendo únicamente las condiciones geográficas, poblacionales, elementos históricos y socioculturales del pueblo indígena. Es decir, no se exigen las condiciones de: Desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, indicadas en el segundo párrafo del artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999. Por cuanto, este régimen no es especial según la Carta Fundamental referida, sino que es un Régimen.

En tal sentido, la L.O.P.P.M. es la encargada de establecer las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena, en todo caso como lo señala el principio constitucional 169 antes mencionado, la organización de estos Municipios deberá ser democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local.

En relación al segundo artículo citado, el número 12 de la L.O.P.P.M., el régimen es excepcional o espacial, para atender a intereses de la nación inherentes al desarrollo Fronterizo o por exigencias especiales, emanadas del Plan de Desarrollo Económico-Social de la Nación.

En este sentido, la L.O.P.P.M. faculta a los Consejos Legislativos para crear excepcionalmente Municipios de régimen especial, por solicitud del Presidente de la Republica en Consejo de Ministro, aun cuando las comunidades postuladas no cumplan con los requisitos mínimos exigidos en el artículo 10 de la L.O.P.P.M. relacionadas a:

Para que el Consejo Legislativo pueda crear un Municipio deben concurrir las siguientes condiciones:
1. Una población asentada establemente en un



territorio determinado, con vínculos de vecindad permanente. 2. Un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el Servicio Nacional de Estadística. En caso de no existir otro Municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil habitantes. 3. Capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios. Pág. 4.

Esto implica, que los requisitos mínimos para crearse un Municipio en Venezuela poseen su excepción, así que no limita la posibilidad jurídica de crearse otros tipos de regímenes, que hasta el momento no se haya previstos en forma directa en la ley nacional respectiva. Tal es el caso, del Municipio Rural, entre otros. La mayor limitante, que se presenta al momento de crearse un Municipio en Venezuela no es su población o el centro poblado, sino la capacidad de recaudación tributaria suficiente para cumplir con las actividades internas administrativas y externas de servicios. Tal vez, por esta razón, no han desarrollados otros regímenes cuya esencia económica no garantiza este último requisito. Al respecto, el artículo 47 del Capítulo V, sobre la diversidad de regímenes de la L.O.P.P.M. indica:

La legislación municipal que desarrollen los Consejos Legislativo y los concejos municipales, deberá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los municipios, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes; así como las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración democrática que corresponda a los municipios indígenas y a los municipios con



población indígena, de acuerdo a la naturaleza del gobierno local y las características de la entidad federal respectiva. Pág. 19.

Con este artículo, la L.O.P.P.M. desarrolla entre comillas los principios constitucionales expresados en el artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999. Pero sólo desde el punto de vista sustantivo, por cuanto, la L.O.P.P.M. se contradice al momento de desarrollar las competencias del municipio, a través del artículo 56 con una tendencia uniforme de alta proporción sobre el municipio urbano. En función de esta realidad jurídica, el referido artículo establece:

Son competencias propias del Municipio las siguientes: 1. El gobierno y administración de los intereses propios de la vida local. 2. La gestión de las materias que la Constitución de la República y las leyes nacionales les confieran en todo lo relativo a la vida local, en especial, la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria, la promoción de la participación ciudadana y, en general, el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad en las áreas siguientes: a. La ordenación territorial y urbanística; el servicio de catastro; el patrimonio histórico; la vivienda de interés social; el turismo local; las plazas, parques y jardines; los balnearios y demás sitios de recreación; la arquitectura civil; la nomenclatura y el ornato público. b. La vialidad urbana, la circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas en las vías municipales y los servicios de transporte público urbano. c. Los espectáculos públicos y la publicidad comercial en lo relacionado con los intereses y fines específicos del Municipio. d. La protección del ambiente y la cooperación en el saneamiento ambiental; la protección civil y de bomberos; y el aseo urbano y domiciliario, incluidos los servicios de



limpieza, recolección y tratamiento de residuos. e. La salubridad y la atención primaria en salud; los servicios de protección a la primera y segunda infancia, a la adolescencia y a la tercera edad; la educación preescolar; los servicios de integración familiar de las personas con discapacidad al desarrollo comunitario; las actividades e instalaciones culturales y deportivas; los servicios de prevención y protección, vigilancia y control de los bienes; y otras actividades relacionadas. f. Los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico; de alumbrado público, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas; de mataderos, cementerios, servicios funerarios, de abastecimiento y mercados. g. La justicia de paz; la atención social sobre la violencia contra la mujer y la familia, la prevención y protección vecinal y los servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable. h. La organización y funcionamiento de la administración pública municipal y el estatuto de la función pública municipal. i. Las demás relativas a la vida local y las que le atribuyan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes nacionales y estatales. Págs. 22-23.

Las competencias propias del municipio, antes citadas, fueron pensadas por el legislador venezolano para el desarrollo de un sólo tipo de régimen municipal, está omitiendo aquí, el Municipio Indígena y el Municipio Fronterizo, que establece esta misma ley orgánica en sus artículos 11 y 12. Pero además, contradicen el numeral 1 del artículo 56 antes citado, por cuanto, son competencias propias del Municipio, el Gobierno y la Administración de los intereses propios de la vida local. Sin embargo, en los literales a; b; se uniforma sólo un régimen municipal limitándolo a la ordenación territorial y urbanística y a la vialidad urbana y el servicio de transporte urbano.

En este sentido, surgen las siguientes preguntas: ¿la ordenación del territorio rural está prevista en los planes de desarrollo de la nación?; así como la vialidad rural y el transporte rural?; y, ¿el Municipio Rural y sus políticas públicas específicas deberían estar previstas en el deber ser, como lo están posiblemente



en el ser? ¿Está contemplada la actividad económica rural en los planes de nación? ¿Acaso los planes de la nación y los consejos legislativos estatales los han obviado al instante de crear nuevos municipios?

En Venezuela no hay excusas que evidencien la ausencia del municipio rural en el ordenamiento jurídico. Sólo la condición histórica colonial y republicana permitió al legislador venezolano su inclusión desde la primera ley orgánica nacional, creada para regir al poder local, es decir, la “Ley Orgánica del Régimen Municipal” del año 1978. Por el contrario, Venezuela tiene muchos motivos, que justifique el nacimiento jurídico del Municipio Rural en Venezuela, como: el principio constitucional 305, referente a la seguridad agroalimentaria de la población. Así mismo, el artículo 306 referente al desarrollo rural integral. Y, por su puesto, uno de los principales objetivos del Plan de la Patria Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2013-2019), es:

Lograr la soberanía alimentaria para garantizar el sagrado derecho a la alimentación de nuestro pueblo; crear un sistema de catastro rural para garantizar el acceso justo y uso racional del recurso suelo. Fortalecer el uso oportuno de las herramientas geográficas como instrumento de sistematización y difusión de la gestión y análisis del desarrollo rural integral del país; Contribuir con la soberanía alimentaria en el país mediante el fortalecimiento del sistema de transporte y la conectividad acuática y aérea; Incorporar al parque de maquinarias agrícolas, privilegiando la organización colectiva para su uso, en base al desarrollo de la industria nacional de ensamblaje y fabricación: tractores agrícolas, cosechadoras e implementos para la siembra; Fortalecer los programas de mantenimiento y construcción de vialidad y electrificación rural, con la creación de brigadas y unidades de mecanización vial por parte de la Milicia Nacional Bolivariana, los Consejos Comunales y Campesinos, las Redes de Productores Libres y Asociados, las Alcaldías, las Gobernaciones y el Instituto Nacional de Desarrollo Rural...Págs. 7-8-9.



El mencionado Plan de la Patria, junto a los principios constitucionales indicados en los artículos 305 y 306 de la Carta Fundamental de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, establece ampliamente la importancia que posee la incorporación del Municipio Rural en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, tan necesario con el Municipio Urbano. Venezuela debe fortalecer la organización de los municipios, respetando así, el interés propio de la vida local al crearlos. El legislador nacional y regional debe activar las condiciones enunciadas en el artículo 47 de la L.O.P.P.M. del año 2012 sobre *“la población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes...”* Pág. 19.

En torno a esta realidad, parecieran que existen temores para su creación, sobre todo cuando se revisa la condición de la capacidad para generar ingresos propios; esto puede suceder por cuanto Venezuela no ha asumido los nuevos enfoques de desarrollo rural, por muchas década el ámbito rural lo han sectorizado en lo agrícola, el ámbito local rural no sólo es lo agrícola, todos los sectores de la economía pueden funcionar en él, (sector primario, secundario y terciario), de esta manera estaríamos hablando de los nuevos enfoques del desarrollo rural (enfoque sistémico; estratégico, territorial; de participación entre otros) y la nueva ruralidad, es decir, un municipio rural moderno, autosustentable, donde su economía no sea sectorizada en lo rural, un municipio rural autosuficiente, donde se active la agroindustria, el agroturismo, la agroecología, el sector hotelero.

CONCLUSIONES

El legislador venezolano, al momento de desarrollar los principios constitucionales invocados en el artículo 27 de la Constitución nacional del año 1961 y el artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999, mediante Ley Orgánica del Régimen Municipal y Ley del Poder Público Municipal, respectivamente, no legisló pensando en su complejidad. En consecuencia, sectorizó y/o uniformó al municipio venezolano en una entidad urbana, olvidándose del desarrollo rural local y la importancia que posee sus políticas públicas rurales, en tal sentido, hoy en día se aplican políticas públicas



urbanas sobre lo rural y, se cubre con cemento, grades extensiones de suelo destinado a la producción agropecuaria, así como se cambia drásticamente el paisaje natural por un paisaje humanizado, que en gran medida este cambio es anárquico, no planificado.

El legislador venezolano tanto Nacional y Regional, al momento de organizar y/o crear, a un Municipio, ignoró por completo la diversidad del régimen municipal que regía para el momento la Constitución del año 1961 y que se amplió en Artículo 169 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, de esta manera se hizo más fácil uniformarlo en lo urbano (Ley de Orgánica de Régimen Municipal de los años 1978;1984 y 1989) y, cuando plantea en la ley nacional la diversidad del régimen municipal (ley del Poder Público Municipal 2005, 2012), lo limita al Municipio urbano, indígena y fronterizo, y se olvida del Municipio Rural.

Esto implica la continuidad de una comunidad rural desasistida, pobre, sin vías de penetración, sin servicios públicos básicos, sin servicios sociales, con una limitada calidad de vida; dependiente del conuco y/o sistemas de producción tradicionales de bajo rendimiento económico donde sólo se desarrolla el primer sector de la economía; una comunidad rural, ausente de grandes oportunidades como lo es la nueva ruralidad. Sobre el tema se desarrollan trabajos diferentes a los tradicionales, (agroturismo, ecoturismo, agroindustria entre otras), es decir un Municipio Rural dentro del cual, sin perder el paisaje, su cultura, sus tradiciones, funcionen por todos los tres sectores de la economía (extracción de la materia prima; la industria y los servicios).

Se debe contar con un Municipio que oferte diversos servicios, que genere suficientes oportunidades, para sus actores, suficiente capacidad para la recaudación tributaria propia y no un Municipio Rural, desasistido, generador de pobreza, sin escuelas, sin hospitales, sin vialidad rural, donde la cadena agroalimentaria no se garantice dentro de su entorno (materia prima, acondicionamiento del producto, almacenamiento, comercialización, distribución, mercado y consumo). Por estas grandes razones se debe establecer la importancia jurídica necesaria para incorporar al Municipio Rural en la “Ley Orgánica del Poder Público Municipal”.

Finalmente, con esta investigación se despierta el interés de incluir en la Ley Nacional, un Municipio Rural bajo el enfoque sistémico, estratégico y

territorial, que genere de acuerdo a sus características, históricas, culturales, económicas y geográfica, el desarrollo agropecuario; agroindustrial; agroecológico; agro-turístico, entre otros, permitiendo así, diversificar de su propio desarrollo, para hacerlo sustentable.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brewer-Carías, A.R. (2014) *“Sobre El Régimen Municipal en Venezuela.”* [Transcripción en Línea]. Disponible: <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20814.%20Brewer>. [Consultada: 2015, Mayo 30].

Brewer-Carías, A.R. (2004) Democracia Municipal, Descentralización Y Desarrollo Local En *“Conferencia Inaugural al XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal.”* Ayuntamiento de Valladolid. Valladolid, España.

Brewer-Carías, A.R., Rondón H. y Ayala C. (1990) *“Ley Orgánica de Régimen Municipal 1989”* Colección Textos Legislativos N° 10. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A.R. (1984) *“El Régimen Municipal en Venezuela.”* Universidad Católica del Táchira. Colección Estudios Administrativos N° 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Constitución de Los Estados Unidos de Venezuela (1857, abril 18). [Transcripción en Línea]. Disponible: http://constituciones1857-1858.blogspot.com/2008/08/16_08.html. [Consultada: 2015, Diciembre 16].

Oficina Central de Estadística e Información (1981) *“Presidencia de Venezuela Censo de la Población de Venezuela del año 1981.”* Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 662. (1961, enero 23). Constitución de la República de Venezuela. Capítulo IV. De los Municipios. Congreso Nacional. Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453. (1999, marzo 23). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Capítulo IV. Del Poder Público Municipal. Asamblea Nacional Constituyente. Caracas D.F., Venezuela.



Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.297. (1978, Agosto 18). Ley Orgánica de Régimen Municipal. Título IV De la Creación, Organización y Gobierno de Los Municipios y demás Entidades Locales. Congreso de la Republica. Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 4.054. (1989) (Octubre 10). Ley Orgánica de Régimen Municipal Título II De la Creación, Organización de Los Municipios. Congreso de la Republica. Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.118. Extraordinaria del 4 de diciembre de 2013. Ley del Plan de la Patria. Segundo Plan Social de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2013-2019). Caracas D.F., Venezuela.

PRINCIPIOS DE LA DEMOCRACIA PRINCIPLES OF THE DEMOCRACY

Marcos Antonio Fernández Vega¹
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2022.01.07.06>



Fecha de Recepción: 24 de enero de 2022

Fecha de Aceptación: 21 de abril de 2022

Resumen:

La democracia reclama el ejercicio de las virtudes personales y cívicas, como ambiente indispensable del ejercicio de la libertad en la configuración y búsqueda de los contenidos concretos del bien común. Tiene como su principal elemento constitutivo el reconocimiento de la prioridad moral sobre el poder, basado en la soberanía popular, y por tanto, del espíritu sobre la materia y la técnica; comporta el permanente esfuerzo de perfeccionar sus mecanismos, estructuras e instituciones ante los retos que el intenso y profundo proceso de cambio plantea. Comporta reconocer que el Estado es un instrumento de la sociedad civil y al mismo tiempo, su papel es de constituirse en un organismo social especializado en el bienestar público. El presente trabajo tiene como objetivo describir los Principios de la Democracia, estudia los postulados fundamentales, así como los valores que lo conforman, con el fin último de comprender los cimientos del proceso democrático.

Palabras Clave: Principios, Democracia, Soberanía, Igualdad, Representación.

Abstract:

Democracy demands the exercise of personal and civic virtues, as an indispensable environment for the exercise of freedom in the configuration and search for the concrete contents of the common good. Its main constitutive element is the recognition of moral priority over power, based on popular sovereignty, and therefore, of spirit over matter and technique; it involves the permanent effort to perfect its mechanisms, structures and institutions in the face of the challenges posed by the intense and profound process of change. It involves recognizing that the State is an instrument of civil society and at the same time, its role is to become a social body specialized in public welfare. The present work aims to describe the Principles of Democracy, studies the fundamental postulates, as well as the values that make it up, with the ultimate goal of understanding the foundations of the democratic process.

Key Words: Principles, Democracy, Sovereignty, Equality, Representation.

INTRODUCCIÓN

La democracia como “sistema político, aparece tempranamente en Grecia (VI a.C.) en el siglo IV A.C. ya había recorrido un largo camino y, de modo definitivo, se había inscrito en lo que más tarde constituiría un capítulo sustancial

¹ Estudiante de la Universidad de Los Andes Mérida-Venezuela, 5101. Cursante del Quinto Año de Derecho, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. **Investigador Novel GIROVOM-ULA.** Teléfono: 0416-5564220. **Correo Electrónico:** marcosfernandezvega99@gmail.com. **Orcid:** 0000-0002-3516-9805.



de nuestra tradición cultural occidental” (Godoy: 1984). Pág. 7. En esos dos siglos no solamente la democracia vivió una rica y profunda experiencia, cuyos caracteres nos siguen marcando, también fue objeto de un vigoroso análisis crítico. La reflexión sobre el fenómeno democrático, especialmente el ateniense, según (Godoy: 1984) “ha llegado hasta nuestros días, a través de la obra intelectual, ingente y fecunda, de una gran cantidad de autores, entre los que cabe destacar a Tucídides, Isócrates, Jenofonte, Platón (y, a través suyo, a Sócrates), y, ciertamente a Aristóteles” Pág. 7.

Cabe considerar que, la democracia ha sido objeto de una apasionada discusión a lo largo de los siglos; según (Godoy: 1984) “la cuota de irracionalidad que parece desprenderse de las profundas divisiones que nos plantea este régimen se fundan en su relación con el poder, y con la aspiración que siempre ha tenido el pueblo a ejercerlo” Pág. 12. Sin duda, la democracia proviene de un proceso socio-histórico natural de la sociedad política, en consecuencia, ella es la fuente originante y el fundamento de la constitución. Y, en el caso de la constitución democrática, además, la comunidad decide ejercer por sí misma las magistraturas supremas del poder político.

DESARROLLO

1_. Democracia.

La voz democracia, “de origen griego, no significa la autoridad sino el poder del pueblo; entendiéndose por pueblo sólo a las clases indigentes” (Marcos: 1990). Pág. 59. Además, aparece vinculada a lo que en filosofía política se llama formas de gobierno. Desde Heródoto hasta el último profeta moderno del pueblo judío, Marx por supuesto, pasando por Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón, Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Vico, Montesquieu, Hegel e inclusive el pelirrojo Rousseau, la palabra democracia ha sido empleada como accidental. Según (Marcos: 1990) “por ser un término relativo aparece al lado de otros que designan las distintas clases de autoridades, o en su defecto, los diversos poderes del Estado, y las asociaciones que el hombre, como ser político o animal puede organizar para la convivencia societaria” Pág. 59. Ahora bien, (Suzzarini: 2004) expresa que:



La definición de la democracia, atendiendo a la etimología de la palabra, como gobierno del pueblo, sólo presta atención a uno de sus aspectos característicos, el de la fundamentación de la autoridad de los gobernantes efectivos. En la democracia se supone que la autoridad de los gobernantes es una autoridad verdadera, es decir, la soberanía o supremacía. Pág. 150.

No obstante, como expresa (Pérez: 1997) la “pluralidad de concepciones en encarnar el ideal democrático, es decir, las ideologías democráticas y las diversas formas de institucionalizar los regímenes democráticos, hacen que se plasme con matice y con distinta fuerza en los diversos momentos y culturas” Pág. 54. Según (Suzzarini: 2004) nos manifiesta que:

La democracia, entendida en su aspecto más simple, como posibilidad de que la mayoría elija a sus gobernantes, tiene a su favor, con todos sus defectos innumerables, la posibilidad de rectificación del error, cuando resulta un mal gobierno, o en todo caso, lo que no es del todo una desventaja ética, el reparto entre todos de la responsabilidad. Y sobre manera el poder, sin riego de la vida, de la libertad y de los bienes, de viva voz o por medio de un escrito, de criticar al gobierno. Pág. 155.

Junto a ese impulso dinamizador y como fruto de él se origina una motivación en (Pérez: 1997) una “cultura democrática que se expresa, en una insatisfacción respecto de los grados de logro en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades, sus necesidades y aspiraciones y en la eficiencia de las instituciones políticas en general y estatales en particular” Pág. 54. De allí que, la democratización se transforme en una exigencia de consolidar la democracia, mediante múltiples cambios que la perfeccionen, cómo (Pérez: 1997) lo expresa:

Reclama el ejercicio de las virtudes personales y cívicas, como ambiente indispensable de la libertad en la configuración y búsqueda de los contenidos concretos del bien común. Tiene como su principal elemento constitutivo el reconocimiento de la



prioridad de la moral sobre el poder y del espíritu sobre la materia y la técnica; comporta el permanente esfuerzo de perfeccionar sus mecanismos, estructuras e instituciones ante los retos que el intenso y profundo proceso de cambio plantea. Comporta reconocer que el Estado es un instrumento de la sociedad y al mismo tiempo que su papel es el de constituirse en organismo “especializado en los intereses del todo”, por lo que le corresponde regir al conjunto a la luz de los requerimientos del Bien Común. Pág. 56.

Exige también la lucha permanente por lograr que se plasmen las reglas fundamentales del régimen democrático, las cuales son:

- ✓ Regla del respeto a la persona humana como tal y a sus derechos inalienables (Derechos Humanos).
- ✓ Regla de Derecho, según la cual la legalidad vincula al Estado y a los funcionarios (Estado de Derecho).
- ✓ Regla del consentimiento del pueblo, que se expresa en la participación de los ciudadanos, en la elección de funcionarios y en el proceso de formulación, ejecución y control de las decisiones políticas básicas, así como en la alternabilidad de los Gobiernos (Soberanía Popular).
- ✓ Regla de publicidad y transparencia de los actos de las autoridades y funcionarios, así como de la responsabilidad de los servidores públicos (Representatividad).
- ✓ Regla de la pluralidad de partidos y movimientos políticos, que da lugar a gobiernos que deben buscar permanentemente su legitimación también durante el ejercicio del poder (Pluralismo Político).

En este sentido, la democracia es un sistema político, aunque el concepto de sistema político dista mucho de ser inequívoco. Ese cuerpo político a su vez ha de constituirse conforme a las exigencias del humanismo integral, del pluralismo, de la solidaridad. Por otra parte, según (Bermúdez: 2001) puede ser “definida como un proyecto de vida fundado en el ejercicio de la pluralidad y el mutuo reconocimiento del otro como actor participe de la construcción de su futuro como individuo y como parte de un colectivo” Pág. 15.

Se denota que, el pluralismo pasa a ser el elemento fundamental de la cultura política democrática, entendiendo, es una creencia de valor que implica la tolerancia, es decir, como lo señala (Sartori: 1994) “el reconocimiento que otros tienen de creer algo diferente a lo que nosotros creemos” Pág. 149. Si bien, según



(Bermúdez: 2001) democracia “no se define, entonces, por el consenso sino por el respeto a la libertad y a la diversidad en condiciones de igualdad” Pág. 16. Según Portantierro (1984) nos deduce que:

La democracia aparece así como el momento del equilibrio hegemónico entre sociedad civil y Estado, cuya condición de posibilidad es su capacidad de absorción molecular de las demandas de todos los actores sociales significativos. Cuando esta capacidad se quiebra, la democracia está en crisis: El Estado, podría decirse deviene pura sociedad política. Pág. 102.

De este modo, se presenta como el resultado de un pluralismo conflictivo que debe contrastarse permanentemente con un pluralismo corporativo, marcando la tensión productiva entre movimientos sociales y orden político. Por cierto, según Portantierro (1984) esta concepción de las bases de una democracia participativa que se monta sobre la conflictualidad de los actos sociales, supone dos principios:

1) Que el sistema democrático reposa sobre una autolimitación de los actores; 2) que esa autolimitación, que transfiere los enfrentamientos a un escenario simbólico en el que operan reglas para el dialogo, implica que la resolución de los conflictos no pasa por el discurso de la guerra, sino por el de la política. Pág. 117.

Estas restricciones que la construcción democrática se plantea a sí misma, marcan un tema clave: Cómo equilibrar conflicto y consenso a través de un orden que se va construyendo por vía de pactos que se redefinen constantemente.

2_. La Soberanía Popular.

Evidentemente, según Ramos (2020) define “la soberanía popular es un principio que atribuye la legitima titularidad del poder político al pueblo en su conjunto” Pág. 13. Sin duda, la forma de gobierno que de forma más natural concuerda con éste principio es la democracia. Etimológicamente, según (Salazar



y Woldenberg: 2016) “democracia quiere decir gobierno del pueblo por el pueblo. El término democracia y sus derivados provienen, en efecto, de las palabras griegas *demos* (pueblo) y *cratos* (poder o gobierno)” Pág. 17. En consecuencia, es “una forma de gobierno, una forma de ejercer el poder político consistente en atribuir al pueblo en su conjunto la facultad de gobernar, bien directamente, o bien indirectamente a través de unos representantes elegidos por él” (Ramos: 2020) Pág. 13.

Lo decisivo es que el pueblo no es sólo el objeto del gobierno, lo que hay que gobernar, sino también el sujeto que gobierna: “La democracia es, por lo tanto, una forma de gobierno, un modo de organizar el poder político” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 17. En cualquier caso, el principio constitutivo de la democracia es el de la soberanía popular, o en otros términos, el único soberano legítimo es el pueblo. Como manifiesta Berlín (1980) “la democracia es el gobierno del pueblo, que asegura a través de esos mecanismos su participación y su control sobre quienes ejercen el poder político” Pág. 49.

Es por ello que, afirma su autoridad como poder soberano, es decir, superior políticamente al de cualquier otro poder, tanto externo como interno mediante la monopolización de la violencia legítima. Sin embargo, éste instancia de tal naturaleza sólo podía tener sentido si se evitaba que su poder fuera arbitrario o abusivo. Según (Salazar y Woldenberg: 2016) “la soberanía del Estado, del poder político, se transformó así en soberanía de la legalidad, donde las propias instituciones estatales se encuentran jurídicamente limitadas en sus competencias y atribuciones.” Pág. 18. Por ello, el Estado moderno devino como Estado de Derecho, es decir, como un poder encargado de elaborar y hacer cumplir las leyes, pero también un Estado sujeto a las propias leyes establecidas.

En contraste, la democracia “es el fenómeno que consiste en un pueblo al que se le adscribe el ejercicio de la autoridad, que es objeto y sujeto de la autoridad, que se gobierna así mismo” (Berlín: 1980) Pág. 50. Con este fin se desarrolló “la técnica de la división de los poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. De tal manera, que se evitará tanto la concentración como la extralimitación o abuso del poder” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 18. En efecto, al distinguirse al menos tres funciones del Estado, en instancias diferentes, cada una debe servir para controlar y evitar los potenciales abusos de las demás, en un sistema de control.



No obstante, “dicho control del gobierno por el gobierno, sólo pudo consolidarse mediante la democratización de la soberanía estatal, esto es, mediante la sustentación del imperio de la legalidad en la soberanía popular” (Salazar y Woldenberg: 2016) Pág. 19. Básicamente, ello significa, que el poder supremo, el poder soberano, sólo puede pertenecer legítimamente al pueblo, y que es éste, y nadie más, quien debe elaborar, modificar y establecer las leyes que organizan y regulan tanto el funcionamiento del Estado como el de la sociedad civil. De esta manera, según (Salazar y Woldenberg: 2016) expone lo siguiente:

El Estado nacional propiamente moderno desemboca progresivamente en Estado soberano, constitucional y democrático, entendiéndose que soberanía, constitucionalidad y democracia son dimensiones esenciales que deben apoyarse recíprocamente. O, en otras palabras, que la afirmación del principio de la soberanía popular requiere de un Estado capaz de afirmarse como poder superior, como poder legal y como poder representativo de la voluntad popular. Por eso un Estado que se ve sometido a poderes externos o internos de cualquier naturaleza, o uno que no puede cumplir y hacer cumplir las leyes, o uno que no logra representar legítimamente la voluntad del pueblo no es, por definición, un Estado que encarne efectivamente el principio de la soberanía popular. Pág. 19.

Entonces, cuando se dice que el pueblo es soberano, se entiende, que la fuente última de todo poder o autoridad política es exclusivamente el pueblo; que no existe, por ende, ningún poder, ninguna autoridad por encima de él, y que la legalidad misma adquiere su legitimidad por ser expresión en definitiva de la voluntad popular, es decir: La democracia es un sistema político-jurídico, donde la legitimidad de un gobierno debe ser aceptada por el pueblo y emanar de él. De acuerdo, a (Salazar y Woldenberg: 2016) contextualiza:

De esa voluntad popular surgen normas e instituciones que al mismo tiempo deberán modular las fórmulas de expresión de esa soberanía popular. Así, la soberanía popular es la fuente última de toda norma y de toda representación. Los gobernantes lo son porque la soberanía popular así lo decide, y esa es



una característica nodal de todo régimen democrático.
Pág. 53.

Es de resaltar que, no es, por lo tanto, el contenido político de un gobierno lo que determina su naturaleza democrática, sino por el contrario, el modo en que este gobierno es constituido y legitimado. La democracia es, estrictamente, el gobierno que se sustenta en el principio de la soberanía popular, es decir, el gobierno del pueblo por el pueblo.

2.1. Gobernabilidad Democrática.

En consecuencia, se plantean las siguientes interrogantes: ¿Cómo se ejerce la soberanía popular, es decir, el gobierno por el pueblo?, tópico que remite a una cuestión previa, para nada sencilla: ¿quién es el pueblo soberano, el pueblo que gobierna? “La fórmula se debe desarrollar por extensión de la siguiente manera: Democracia es poder del pueblo sobre el pueblo, gobierno del pueblo sobre sí mismo” Sartori (1994) Pág. 22. Si bien es cierto, el debate se relacionan con la manera en que se entienden los términos, pues son abstracciones, es decir, conceptos generales que no sólo se refieren a objetos empíricos, sino a colectivos relativamente convencionales.

De esta manera, según Sartori (1994) “democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto libremente consentido” Pág. 23. De este modo, cuando en las sociedades democráticas modernas se habla del pueblo soberano, esta expresión se refiere exclusivamente al “conjunto de los ciudadanos, es decir, de los hombres y mujeres que gozan de derechos políticos y que pueden, por consiguiente, participar de un modo o de otro en la constitución de la voluntad política colectiva” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 21. Cabe considerar que, como Sartori (1994) nos expone:

El problema del poder no implica tanto la titularidad cuanto el ejercicio: En concreto el poder es de quién lo ejerce, de quién está donde se encuentran las palancas del poder. ¿Cómo es que el pueblo – entendido de cualquier manera- puede ser un detentador efectivo de aquel poder del que es declarado titular? Pág. 20.



Sin duda, el término pueblo gobernante no coincide con el conjunto de los habitantes de una sociedad determinada, es decir, con el pueblo gobernado. Para dar respuesta a éste tópico se parte del siguiente axioma, según Sartori (1994) “mientras que del pueblo puede significar que el pueblo se gobierne a sí mismo, pero también significa al contrario, que el pueblo es objeto de gobierno y, por lo tanto, gobierno sobre el pueblo, encima del pueblo. Pág. 24.

Sin embargo, no se debe concebir al pueblo como a una “unidad preconstituida, sustancial, sino efecto y la condición de las propias reglas del juego democrático, según cada ciudadano cuenta por uno, y nunca por más de uno, independientemente de su sexo, posición económica, situación cultural o identidad religiosa” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 22. Donde el “gobierno que nace de las opiniones de los electores (del voto que expresa la opinión) y que gobierna en sintonía con estados prevalecientes de opinión pública es, precisamente, un gobierno fundado sobre el consenso: Consenso como requisito de la democracia” (Sartori: 1994) Pág. 57.

Siendo éste el *demos*, el pueblo soberano de la democracia, se entiende que su gobierno sólo puede realizarse indirectamente, a través de una serie de mediaciones y procedimientos que traducen en términos prácticos el principio de la soberanía popular, es decir, un Gobierno para la Democracia; que conceptualiza Sartori (1994) de la siguiente manera

Una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolable ni dominada por una oligarquía cerrada y restringida, en la cual los gobernantes “respondan” a los gobernados. Hay democracia cuando existe una sociedad abierta en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, en la cual el gobierno existe para el pueblo y no viceversa. Pág. 24

Por otra parte, el pueblo no es una entidad orgánica ni sólo un espíritu colectivo, sino que es también el conjunto de ciudadanos distributivamente considerados, es decir, tomados en tanto individuos libres e iguales, haciendo abstracción tanto de su papel socioeconómico como de sus capacidades e identidades culturales: Se entiende que “una democracia estable es también una



democracia que logra, con el tiempo, homogeneizar la cultura política que encuentra cuando llega” (Sartori: 1994) Pág. 58. La base y la esencia de toda democracia están en el gobernar discutiendo.

En efecto, las sociedades modernas son sociedades de masas, en las que la categoría de pueblo soberano, del *demos*, abarca a millones de personas. De modo de reflexión, ¿Cómo entonces puede ser posible el gobierno del pueblo así entendido?, ¿Cómo la participación de millones de individuos transformarse en una voluntad política relativamente unitaria, capaz de gobernar y orientar el desarrollo de la sociedad? Sin duda, la respuesta a estas interrogantes se hallan en dos principios de la democracia moderna: El principio de la mayoría y el principio de la representación.

2.2_. El Principio de la Mayoría.

Si bien es cierto, cuando las sociedades son grandes y complejas surge el problema de cómo unificar intereses y opiniones no sólo diferentes sino también, con frecuencia, contrarios; según (Sartori: 1994) “la democracia es el mandato de la mayoría, si se entiende por mayoría que en la democracia se someta las decisiones a la regla mayoritaria”. Pág. 88. Sin duda, no es un gobierno de mayoría sustantiva, sino que la arquitectura global la hace inverosímil. Por tanto, “Mayoría significa: a) criterio mayoritario, una regla, o bien significa b) mayor número” (Sartori: 1994) Pág. 88. Éste principio postula que, según (Salazar y Woldenberg: 2016) en:

Ausencia de unanimidad, el criterio que debe guiar la adopción de las políticas y las decisiones es el de la mayoría de los participantes. Si el pueblo entonces no puede ponerse de acuerdo de manera unánime será necesario que sea su mayoría la que determine el curso a seguir. Pág. 23.

En consecuencia, el Pueblo está “legitimado para mandar conforme a la regla mayoritaria, en tanto ejerce poder “dentro de los límites determinados” en cuanto entran en juego elementos del todo extraños a la voluntad popular”(Sartori: 1994) Pág. 17. Sin duda, la mayoría que decide no es ni debe interpretarse como una mayoría orgánica o sustancial, sino por el contrario, la mayoría contingente y temporal que resulta de un procedimiento de votación



específico, es decir, la que logre el mayor número de adhesiones es considerada como la triunfadora, la que establece la norma general. Según (Sartori: 1994) el fin de todo es que, “las mayorías electorales eligen a sus candidatos, las minorías electorales (aquellos que no alcanzan el cociente requerido) pierden las elecciones” Pág. 88. En otras palabras, según Salazar y Woldenberg (2016)

Las reglas del juego democrático presuponen que las decisiones se toman por mayoría, pero también que la mayoría puede cambiar. De ahí que se requiera de votaciones sistemáticas y repetidas, en las que los ciudadanos puedan optar por diversas alternativas, configurando así mayoría y minorías diferentes. Por ello, el hecho de que una alternativa obtenga el mayor número de votos en un momento determinado en modo alguno le asegura que en la siguiente votación lo volverá a lograr. Pág. 24.

Es de hacer notar que, la mayoría “tiene el derecho de hacer prevalecer los límites, es decir, respetando los derechos y libertad de las minorías” (Sartori: 1994) Pág. 17. En la democracia, según (Sartori: 1994) como “sistema de gobierno electo, es la regla mayoritaria la que “fabrica” a la minoría o las minorías que la gobiernan” Pág. 89. A saber que la mayoría establecerá las normas que incidan y regulen la vida social de todos y cada uno de los miembros de la sociedad: Estipula “el reconocimiento de la necesidad y legitimidad de la existencia de minorías, por consiguiente, de sus derechos, empezando por el de convertirse en una nueva mayoría” (Salazar y Woldenberg: 2016) Pág. 24

2.2.1_. Derechos de las Minorías.

Cabe considerar que, como lo concibe Sartori (1994) “la mayoría tiene el derecho de hacer prevalecer los límites, es decir, respetando los derechos y la libertad de las minorías” Pág. 17. En otras palabras, el gobierno o poder de la mayoría sólo adquiere legitimidad democrática estricta cuando reconoce e incluye los derechos y la participación de las minorías. Según (Salazar y Woldenberg: 2016) explica que:

La regla de la mayoría exige la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las políticas. Siendo estas minorías un elemento



esencial de la voluntad popular y de la legitimidad democrática, no sólo tienen derecho a existir y a tratar de convertirse en nuevas mayorías, sino también a influir en las decisiones públicas y en su control. Pág. 24.

Sin duda, entre mayoría y minorías deben dirimir sus diferencias apelando a la voluntad popular como criterio decisivo y renunciando, por lo tanto, a recurrir a la violencia o al fraude para imponer sus opiniones o intereses. En efecto, debe entenderse según Sartori (1994) como “parte menor concreta, y no a la minoría como producto de los procesos democráticos (tal como el sector de población que ha sido derrotado en las elecciones)” Pág. 182. Ahora bien, el criterio de mayoría, no puede imponerse de manera definitiva. En contraste, mayoría y minoría pueden modificar sus respectivos lugares, siempre desde la convivencia: “Las minorías tienen, por una parte, derechos consagrados, y por otra, pueden legítimamente aspirar a convertirse en mayoría. En un régimen democrático, las minorías tienen derecho a existir, organizarse, expresarse y competir por los puestos de elección popular” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 50. En efecto, la interacción entre una y otras es precisamente el sello distintivo de la democracia, tiende a garantizarlos.

2.2.2_. Estado de Derecho.

Cabe considerar que, la voluntad popular debe apegarse a la legalidad e institucionalidad vigentes, en este sentido según Cabanellas (2012) concibe como “aquella sociedad políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos” (Pág. 624). En otras palabras, la decisión de la mayoría según (Salazar y Woldenberg: 2016) tiene que:

Cursar y expresarse a través de los mecanismos e instituciones previamente diseñados para que sus decisiones sean legales. Puede modificar las normas legales existentes pero solamente a través del propio procedimiento legal. Esta fórmula otorga garantías a la mayoría pero también a las minorías, porque finalmente se aspira al imperio de la ley, en cuya

confección deben participar mayoría y minorías. Pág. 49.



Sin duda, este criterio ofrece seguridades a los administrados que saben que los cambios en las orientaciones del gobierno tienen que seguir un procedimiento público antes de convertirse en normas que obligan a todos. Así como lo explica (Sartori: 1994) “la edificación de la libertad sobre la ley actualmente se cimienta en los derechos del ciudadano, del hombre y “humanos” de conformidad con estos derechos” Pág. 174. De esta manera, la legalidad protege a los miembros de una sociedad determinada de las arbitrariedades y los tratos discrecionales.

En todo caso, “para llegar a un sistema jurídico que vincule al poder político es necesario llegar, entonces, al constitucionalismo liberal, al Estado de Derecho en la acepción literal-constitucional de la expresión” (Sartori: 1994) Pág. 157. La idea es subrayar un sistema de garantías jurídicas, que garanticen en verdad la libertad política y los derechos humanos de los particulares.

2.3_. El Principio de la Representación Política.

De esta manera, se debe entender como expresa Berlín (1980) “es una institución que posibilita y garantiza la participación del pueblo en el ejercicio del poder público” Pág. 83. De hecho, el ejercicio de una función pública se entiende en la democracia como una representación que otorga la mencionada soberanía popular, son representantes populares y al pueblo se deben: El gobierno del pueblo por el pueblo. El salto histórico, como menciona Berlín (1980) “se aprecia entonces que sólo merced a ésta, las pequeñas unidades políticas de la antigüedad pudieron convertirse en grandes y complejas, cuando fue posible substituir el sistema primario de democracia directa, por el de la moderna democracia representativa” Pág. 85. Visto que, (Salazar y Woldenberg: 2016) contextualiza:

Históricamente, la representación surge ante la imposibilidad de ejercer realmente la democracia directa en comunidades numerosas y complejas. Ante la imposibilidad de que cada ciudadano incida directamente en la política sin intermediarios, se crean



las instituciones representativas, cuya fuente es la voluntad ciudadana. Pero esa necesidad se convierte en virtud porque quiere decir que gobernantes y legisladores actúan en representación de los ciudadanos y que a éstos se deben. Pág. 55.

Todo ello vuelve inviable, e incluso indeseable, la participación permanente de la ciudadanía en su conjunto, que no sólo desconoce generalmente la complejidad de los problemas en cuestión sino que, por razones evidentes, no puede dedicarse de tiempo completo a las tareas de gobierno. Entonces, como solución inmediata (Berlín: 1980). “la representación nace para resolver el problema que implica la exigencia del Estado moderno,..., convirtiéndose en una institución substitutiva del proceso ideal de la participación directa” Pág. 85.

Sin duda, según Ramos (2020) “el pueblo ejerce el gobierno, no directamente, sino eligiendo una serie de representantes para que lo ejerzan en su nombre” Pág. 15. Es evidente, sin embargo, que en sociedades donde votan millones de personas la elección de representantes y gobernantes no puede hacerse sin mediaciones, so pena de una inmanejable dispersión de los sufragios. Esto se lo logra mediante “vínculos entre gobernantes y gobernados, apareciendo de esta manera los distintos mecanismo para la designación de las autoridades, surgiendo así el sufragio, cuya conexión se manifiesta al tener como una de sus funciones la integración de los órganos del Estado” (Berlín: 1980) Pág. 83.

En todo caso, según Berlín (1980) “los gobernados delegan en los gobernantes las acciones y facultades decisorias para que sean ejercidas en su nombre. Las comunidades políticas hacen de esta manera responsables a los gobiernos de las decisiones que deben tomar en cumplimiento de sus funciones” Pág. 83. En efecto, el darse las leyes y someterse a las mismas; de esta manera, la selección y elección democrática de los representantes y funcionarios se convierte en un momento esencial de la democracia moderna. Por ello, según (Salazar y Woldenberg: 2016) “la democracia moderna es representativa, es decir, se basa en el principio de la representación política. El pueblo...elige a representantes, a políticos, que serán los responsables directos de tomar la mayoría de las decisiones” Pág. 14.



Por tanto, existe sólo como un sistema de control y limitación del poder: Es “un sistema de equilibrio que se da entre dos autonomías que son la del poder de dominación, ejercido por los representantes y la del poder de resistencia, que se ejerce por los gobernados” (Berlín: 1980) Pág. 100. Asimismo, Sartori (1994) concibe “la democracia indirecta, es decir, representativa no es solamente una atenuación de la democracia directa; también es su correctivo”. Pág. 141. Ahora bien, Berlín (1980) nos esboza lo siguiente:

El régimen representativo desde el punto de vista político “significa que el pueblo se gobierna por medio de los elegidos, que son nombrados por un tiempo limitado. Periodicidad, renovación, publicidad y responsabilidad en su gestión, son condiciones del régimen, que se caracteriza por la influencia de las asambleas electivas en la dirección de los asuntos públicos”. En cambio, jurídicamente, el régimen representativo “es aquél en que se produce el fenómeno jurídico de la representación, y, por su imputación a la voluntad de la nación, se enlaza con los procedimientos de selección y nominación de los representantes”. Pág. 86

Con ello el pueblo delega en sus representantes electos la capacidad de tomar decisiones, en el entendido de que una vez transcurrido el lapso predeterminado podrá evaluar y sancionar electoralmente el comportamiento político de los mismos. Su naturaleza radica Berlín (1980) en “la relación de una persona con otras varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona” Pág. 85. De esta manera, a pesar de las mediaciones y a través de ellas, se asegura que sea la soberanía popular la fuente y el origen de la autoridad democráticamente legitimada, así dada:

Es la soberanía nacional la que da origen a la representación, cuyo titular lo es el pueblo en su totalidad, no siendo posible a ningún individuo o grupo atribuirse su ejercicio. El poder pertenece por entero a la nación, al pueblo, que es el único que puede “delegarlo” para que en su nombre sea ejercido. Berlín (1980) Pág. 86.



Se trata, por ende, de una democracia política, en la medida en que es básicamente un método para formar gobiernos y legitimar sus políticas; en consecuencia, se “hace una distinción entre órganos representativos secundarios y órganos primarios, siendo el pueblo que constituye este último, el que da origen al primero, pues posee voluntad propia por lo que se refiere a la competencia que le otorga” Berlín (1980) Pág. 85. Es por ello, según (Salazar y Woldenberg: 2016) expresa:

La democracia moderna requiere de la formación de partidos políticos, de organizaciones voluntarias especializadas precisamente en la formación y postulación de candidatos a los puestos de elección popular. Los partidos son, por lo tanto, organismos indispensables para relacionar a la sociedad civil, a los ciudadanos, con el Estado y su gobierno, en la medida en que se encargan justamente de proponer y promover programas de gobierno junto con las personas que consideran idóneas para llevarlos a la práctica. Ahora bien, el sufragio sólo puede tener sentido democrático, sólo puede expresar efectivamente los derechos políticos del ciudadano, si existen realmente alternativas políticas, es decir, si existe un sistema de partidos plural, capaz de expresar, articular y representar los intereses y opiniones fundamentales de la sociedad civil. Pág. 27.

Sin duda, es mediante las elecciones, entonces, que el pueblo soberano, los ciudadanos, autorizan a determinadas personas a legislar o a realizar otras tareas gubernamentales, constitucionalmente delimitadas, por un tiempo determinado; en efecto “la elección adquiere el sentido de una consulta a la opinión y voluntad popular, un medio a través del cual el cuerpo electoral expresa su pensamiento sobre la conducción del Estado” Berlín (1980) Pág. 103. Teniendo en cuenta que “la legitimidad de dichos gobiernos y políticas debe expresar la voluntad de los ciudadanos o, por lo menos, contar con el consenso explícito de los mismos” (Salazar y Woldenberg: 2016) Pág. 28). Así definida, la democracia moderna ha de entenderse como una democracia procedimental-representativa.



2.3.1_. Revocación.

Sin duda, toda función estatal está sujeta al juicio de los ciudadanos, que en su carácter de electores tienen la capacidad para refrendar o sustituir a sus representantes, entendida como el “procedimiento que permite al cuerpo electoral, antes de concluir un mandato electivo, ponerle fin a la representación” (Cabanellas, 2009, pág. 252). Según (Salazar y Woldenberg: 2016) expone:

Esa fórmula para controlar a los gobernantes, el que no exista inamovilidad, permite reforzar el poder de los ciudadanos, pero además crea condiciones para que los cambios de gobierno se produzcan en un clima institucional y civilizado. Todo gobierno democrático está sujeto a tiempos y procedimientos a través de los cuales es juzgado. La democracia es un sistema de instituciones que perviven y de representantes que cambian. Y esa cualidad tiende a conjugar estabilidad y cambio, o mejor dicho, el cambio no necesariamente produce inestabilidad. Pág. 55.

3_. Los Valores Democráticos.

En todo caso, la democracia moderna es un método, un conjunto de procedimientos para formar gobiernos y para autorizar determinadas políticas. Sin duda, “presupone un conjunto de valores éticos y políticos, que lo hacen deseable y justificable frente a sus alternativas históricas: El autoritarismo o la dictadura” Pág. 30. (Salazar y Woldenberg: 2016). Estos valores, a su vez, son el resultado de la evolución de las sociedades modernas, pueden y deben justificarse racionalmente, mostrando por qué son preferibles y cómo pueden realizarse institucionalmente, lo que significa que no se trata de meras cuestiones de gusto que como es sabido son individuales y subjetivas, sino de cuestiones que pueden y deben debatirse pública y racionalmente, proponiendo argumentos razonables, tanto para entender sus características como para mejorar sus realizaciones. Se concibe según Cabanellas (2009) como “la entereza en el cumplimiento de los deberes ciudadanos” Pág. 341. Para comprenderlos adecuadamente conviene considerarlos analíticamente, para después examinar sus relaciones de conjunto.



3.1_. Libertad.

Para Sartori (1994) se deduce “entre a) libertad interior y libertad de querer, por un lado, y b) libertad exterior y libertad de hacer, por el otro” Pág. 153. Se explica que, existen dos sentidos decisivos de libertad: 1) La posibilidad de actuar sin interferencias ni amenazas. En este sentido, por libertad se entiende que cada individuo goza del derecho a realizar determinadas actividades sin que nadie, ni el Estado, ni organización social alguna, ni algún otro individuo se lo impidan. 2) La posibilidad de elegir entre diversas alternativas sin verse sujeto a sanciones, amenazas o impedimentos; es, por ende, una libertad frente a los demás y frente a las instituciones sociales y políticas.

En base a esto, se manifiesta la relación sustancial que según (Sartori: 1994) “la libertad política se despliega toda en la relación: En coexistir en libertad y resistir a la libertad” Pág. 153. Espontáneamente, no se trata ni puede tratarse de una libertad absoluta o ilimitada. La libertad de cada ciudadano se ve limitada, por un lado, por la necesidad de no afectar la libertad de los demás, nadie puede ser libre de someter o restringir la libertad de los otros. Así mismo, El autor que mejor ha centrado la noción de libertad política según (Sartori: 1994) “es Hobbes, cuya notable definición es: “Libertad, propiamente, significa ausencia... de impedimentos externos”... Hobbes centra el problema porque la libertad política se aplica a la relación ciudadanos-Estado, considerada desde el punto de vista de los ciudadanos” Pág. 154.

En contraste, la libertad así entendida se ve limitada fácticamente por la mayor o menor cantidad de opciones existentes: “En concreto, la libertad política rechaza el poder arbitrario y absoluto exigiendo su transformación en poder legal, en un poder limitado por leyes iguales para todos” (Sartori: 1994) Pág. 155. A su vez, no sólo supone apego estricto a la legalidad, sino también sentido de responsabilidad. Se deduce, entonces, que la libre realización de actividades depende de la existencia de oportunidades, es decir, de condiciones reales para llevarlas a cabo, por tanto, promover alternativas legítimas de acción social, a extender las posibilidades de realización humana. Así percibida, según (Salazar y Woldenberg: 2016) la libertad:

Se institucionaliza en una serie de derechos o libertades específicas: de pensamiento, de expresión,

de asociación, de reunión, de tránsito, de empleo, de religión, etc. Se trata de los célebres derechos del ser humano en tanto ser humano, que constituyen la base real de la ciudadanía moderna, es decir, del individuo como sujeto fundamental del orden democrático. En ocasiones se llama a estos derechos libertades formales, debido a que se refieren a condiciones puramente procedimentales, haciendo abstracción de capacidades y condiciones concretas. También se les denomina libertades negativas, enfatizando que se es libre frente a los demás, en relación con posibles interferencias negadas. Pero quizá lo más exacto sea decir que son derechos en los que se salvaguarda la posibilidad de cada persona de elegir su forma de vida, de elaborar y desarrollar libremente sus planes privados y particulares. Pág. 32.

No obstante, también debe entenderse como la capacidad de autogobernarse o autodeterminarse y, por lo tanto, de asumir como legítimas sólo las obligaciones y vínculos que cuenten con su aprobación tácita o explícita, como lo explica (Sartori: 1994) “somos libres cuando obedecemos a las leyes y no a patrones. Pero, si la libertad (política) es libertad en la ley mediante leyes, es necesario saberlo y saber cómo hacerlo” Pág. 156. En consecuencia, (Salazar y Woldenberg: 2016) expone:

El derecho de cada individuo de participar en la elaboración y adopción de las decisiones colectivas que le conciernen y, por consiguiente, de ser ciudadano políticamente activo. Puede decirse, entonces, que este derecho de autodeterminación de los seres humanos es lo que sostiene el principio democrático fundamental de la soberanía popular. Pág. 33.

Por otro lado, el pueblo debe autogobernarse, se basa en el valor de que nadie tiene derecho a someter a los demás y de que, por lo tanto, la única autoridad legítima es la que deriva del consenso expreso, de la participación activa de todos los ciudadanos que forman el pueblo soberano: “El concepto de voluntad superior, no como una voluntad ajena, sino como la proyección de la propia libertad individual, que conscientemente origina la libertad política”



(Berlín: 1980) Pág. 56. No obstante, sólo se es libre en este sentido cuando se participa de un modo o de otro en la formación de los gobiernos y autoridades, y en la elaboración y aprobación de las políticas, pues sólo así puede decirse que al obedecer a las leyes y a las autoridades constituidas cada uno se obedece a sí mismo, y no a un poder externo y ajeno.

Sin embargo, la libertad como participación en las decisiones políticas, es decir, la libertad ciudadana en sentido estricto, implica, pues, el derecho, pero también el compromiso ético y político de participar, so pena de que esas decisiones aparezcan como impuestas e ilegítimas; como expresa (Berlín: 1980) de la siguiente manera: “Sólo en un estilo de vida democrático puede ser ejercida conscientemente la libertad, porque ella presupone también un concreto totalizador que abarca todos los órdenes del universo humano” Pág. 56.

Por consiguiente, la libertad como participación se desarrolla como una serie de derechos o libertades políticas particulares: De pensamiento, reunión, asociación, manifestación y sufragio; en un régimen democrático, “la libertad sólo se entiende si los hombres participan activamente en su sociedad, la que no sólo debe reconocerlo y declararlo, sino poner a su disposición todos los medios que hagan posible su disfrute para alcanzar su plena realización” (Berlín: 1980) Pág. 57. Todo en la medida en que tales actividades se proponen fines propiamente políticos, es decir, concernientes al gobierno y orientación de la sociedad en su conjunto; es decir, respetar incondicionalmente la voluntad de los particulares en tanto ciudadanos libres; como valor básico y sus implicaciones ético-políticas, con el fin, de la convivencia socialmente organizada: Es libertad para perseguir ciertos fines colectivos ordenada y pacíficamente, pero siempre basado en la responsabilidad. Como menciona (Salazar y Woldenberg: 2016) en este sentido:

Responsabilidad, en primer lugar, para reconocer la necesidad de la autolimitación, es decir, de la capacidad que todos los participantes han de desarrollar para reconocer la legitimidad de intereses diferentes, e incluso opuestos, y para evitar abusar de determinados derechos o posiciones. Responsabilidad, en segundo lugar, para hacerse cargo de los costos y las consecuencias de sus propias acciones, así como para asumir una perspectiva



pública y no particularista de los problemas sociales. Y responsabilidad, finalmente, para asumir consecuentemente las obligaciones derivadas de los pactos, compromisos y negociaciones en los que se participa. Pág. 119.

Se resalta que, sin ésta ética de la responsabilidad, como es evidente, la libertad es adulterada en interpretaciones desvinculantes que socavan los fundamentos mismos del orden social.

3.2_. Igualdad.

En general, Según Sartori (1994) “la igualdad consiste en esto, que la ley es igual para todos” Pág. 178. En efecto, es la propia generalidad de la ley que constituye un axioma jurídico fundamental. Por consiguiente, (Salazar y Woldenberg: 2016) la “igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. La ley pretende universalizar derechos y obligaciones y normar, en este caso, la vida política” Pág. 51. Sin duda, trasciende las diferencias económicas, sociales, culturales, de sexo, religión e ideología; y rompe con los privilegios estamentales y corporativos de las sociedades pre-modernas y pre-democráticas, construyendo una nueva figura: El ciudadano. Por tanto, (Sartori: 1994) “es un valor en sí y que está para sí, independientemente de su valor de libertad” Pág. 177.

Es por ello que, “de la igualdad jurídico-política (leyes y derechos)...denota un conjunto de igualdades libertades” (Sartori: 1994) Pág. 177. Conforman un entramado democrático soportado por hombres y mujeres que adquieren su reconocimiento como ciudadanos; según (Sartori: 1994) “iguales leyes son leyes idénticas: La *isonomía* postula lo mismo para todos” Pág. 182. Al ser iguales ante la ley y al gozar de los mismos derechos, la competencia equitativa entre las distintas agrupaciones puede ser posible, pero además garantiza que independientemente del triunfo de unos u otros, el individuo seguirá siendo tratado igualitariamente. Sin duda, este valor no significa que se cancelen todas las diferencias o incluso desigualdades de corte económico, social, cultural o físico, sino que ninguna de tales diferencias o desigualdades puede legitimar el dominio de unos seres humanos sobre otros y, por ende, la preeminencia política de los primeros sobre los segundos, por consecuencia, que



no existan grupos, clases o capas sociales privilegiadas con derechos políticos especiales. Tampoco impide las distinciones por mérito o por capacidades de determinado tipo. Por eso, según Salazar y Woldenberg (2016) expone que:

Es un principio básico de los procedimientos democráticos que cada ciudadano tenga derecho a un voto y sólo a un voto, y que ningún voto valga más que los demás. De esta manera, en el momento de emitir los sufragios desaparecen las diferencias intelectuales, físicas o socioeconómicas, y cada votante tiene exactamente el mismo peso en los comicios, sin importar su ocupación, su sexo, su fortuna o sus capacidades personales, y que nadie, persona o grupo pueda pretender colocarse por encima del imperio de la legalidad. Pág. 36.

Ahora bien, implica una ética de la equidad en el trato social, es decir, un reconocimiento y respeto estricto de los derechos humanos y cada uno de los ciudadanos en su dignidad, independientemente de su sexo, edad, fe religiosa, conciencia, ocupaciones o rango socioeconómico e ideología. Es de considerar, según Salazar y Woldenberg (2016):

Por lo mismo, aun si la igualdad política no equivale a igualdad social, económica o cultural, es evidente que desigualdades extremas en la sociedad, sean de corte económico o en materia de acceso al conocimiento, pueden limitar o incluso anular los derechos, o la posibilidad de ejercerlos, de muchos presuntos ciudadanos. Situaciones de pobreza extrema, de desigualdad económica flagrante, o incluso de asimetría cultural grave, favorecen el surgimiento de poderes de hecho, económicos o ideológicos, que cancelan en la práctica la vigencia de esa igualdad política, pervirtiendo gravemente los propios procedimientos democráticos. Donde los ricos son tan ricos, y los pobres tan pobres, de modo que los primeros pueden comprar el voto que los segundos se ven obligados a vender por necesidad, no es difícil comprender que las elecciones se vean gravemente deformadas como expresión efectiva de la voluntad popular. O donde desigualdades

culturales extremas favorezcan
liderazgos carismáticos, irracionales, basados en la
superstición o en pasiones primarias, tampoco es
complicado esperar una deformación similar. Pág. 38.



Es por esto que, los retos de un orden social equitativo establecen un compromiso para promover una equidad económica y cultural creciente, capaz de servir de base para un ejercicio efectivo de la igualdad ciudadana. Y a la inversa, los procedimientos democráticos favorecen a su vez, cuando son respetados, la promoción de una mayor justicia social y de una mejor integración cultural.

3.3_. Pluralismo.

En este sentido, bajo un enfoque de análisis las sociedades modernas están cruzadas por una variedad de intereses, concepciones, cosmovisión, ideologías, proyectos, entre otros. Por tanto, las diferencias socioeconómicas; construyen un escenario donde coexisten diferentes corrientes políticas. En efecto, es más que una actitud o valor negativo, es un principio de no agresión o no exclusión de los contrarios.

En este sentido, la democracia parte reconociendo éste valor como inherente y positivo que debe ser preservado como un bien en sí mismo. Parte de la diversidad de intereses y marcos ideológicos diferentes que hacen indeseable e imposible, salvo con el recurso de la fuerza, el alineamiento homogéneo de una sociedad. De igual forma, según Bermúdez (2001) expresa:

El pluralismo pasa a ser el elemento fundamental de la cultura política democrática, entendiendo, como lo señala Sartori que el pluralismo es una creencia de valor que implica la tolerancia, es decir, el reconocimiento que otros tienen de creer algo diferente a lo que nosotros creemos. La democracia no se define, entonces, por el consenso sino por el respeto a la libertad y a la diversidad en condiciones de igualdad. Pág. 16.

Gradualmente, obliga a un procesamiento más metódico y racional de los asuntos públicos, como un valor positivo.



3.3.1. Tolerancia.

Evidentemente, al reconocer como algo positivo la coexistencia de la pluralidad política, el trato entre las diferentes corrientes y organizaciones políticas. La palabra tiene varias acepciones: Primero, según Cabanellas (2009) “respeto de las opiniones y prácticas ajenas, aun contrarias a las propias” Pág. 120. En cuanto, Salazar y Woldenberg (2016) conceptualiza de la siguiente manera:

El derecho a expresar puntos de vista diferentes, a iniciar debates y a elaborar iniciativas en todos los campos; es una conquista para la naturaleza pluralista de la sociedad moderna, y la democracia intenta no sólo preservar esos derechos sino ampliarlos y hacerlos efectivos. Pág. 47.

Segundo, la “forma civilizada de convivencia entre discrepantes que se avengan a normas de mutuo respeto y comprensión recíproca para manifestar la diversidad de sentimientos sin violencias ni otros excesos” (Cabanellas: 2009) Pág. 120. El código democrático obliga a la tolerancia, a la coexistencia, al trato cívico, a intentar apreciar y evaluar en los otros lo que puede ser pertinente y valioso para todos.

Tercero, que “el poder reconozca derechos a la oposición y el juego limpio del turno por las sucesivas mayorías auténticas; y, respetuosas a sus vez, con aquel que remplace” (Cabanellas: 2009) Pág. 120. Si ello es así, la aceptación de los otros que piensan distinto, se agrupan para hacerlos valer, en consecuencia, es una de las condiciones que se transforma en valor positivo para ofrecer garantías a la pluralidad. En efecto, Salazar y Woldenberg (2016) esboza de la siguiente forma:

De esa manera, los diagnósticos e iniciativas de las diferentes corrientes organizadas no sólo tienen el derecho de expresarse sino la necesidad y la obligación de competir entre ellas, para establecer cuál resulta la más pertinente de acuerdo con el criterio de la mayoría. Pero se trata de una competencia regulada de forma tal que reproduzca la

pluralidad, se desarrolle a través de fórmulas civilizadas, evite la violencia, se apegue a normas, es decir, que sea capaz de reproducir la coexistencia en la diversidad sin desgarrar el tejido social y permitiendo que individuos y agrupaciones puedan ejercer sus respectivos derechos. Pág. 48.

Por el contrario, toda propuesta, puede y debe ser confrontada racionalmente con otras. La democracia asume la pluralidad y la tolerancia, pero reconoce que dada la necesidad de gobernabilidad que requiere una sociedad es necesario optar por las diferentes propuestas que se encuentran en debate.

3.3.2_. Ciudadanía.

Debe entenderse según lo expresado por Cabanellas (2009) como el “vínculo político que une a un individuo con el Estado; ya por nacimiento, ya por la voluntad o residencia prolongada. Conjunto de derechos y obligaciones de carácter político” Pág. 179. En la democracia los particulares gozan de una serie de derechos y garantías que son consustanciales a la forma de organización política, debido a que son miembros de un Estado; con el fin de tomar parte en sus funciones y es adquirida por la voluntad presunta, tácita y expresa.

Es evidente que, la piedra angular es que exista en una sociedad ciudadanos con capacidad de discernir racionalmente entre las propuestas que se les presentan, a su vez, que puedan contribuir con su opinión a la toma de decisiones, puedan agruparse para participar en los asuntos públicos: En una palabra, que los individuos son considerados ciudadanos. Cómo Marcos (1990) expresa:

La familiaridad que esta palabra ha adquirido hace pensar que los ciudadanos siempre han existido. Sin embargo, parece necesario subrayar que la construcción de ciudadanos es un proceso histórico que precisamente se engarza con la modernidad y tiene su cabal expresión en un régimen democrático. El ciudadano, piedra de toque del edificio democrático, tiene una serie de derechos y obligaciones: Derechos civiles, políticos y sociales, y obligaciones en esos tres terrenos. Pág. 52.



3.3.3_. Paz Social.

Por lo menos, permite alternancias en el poder sin derramamientos de sangre o desgarramientos sociales. Según Cabanellas (2009) “sosiego en la vida interna de los Estados” Pág. 189. Sin duda, la forma de organización política que contribuya de mejor manera a perpetuar y reproducir la paz no resulta una cuestión menor: Democracia. Sin embargo, el sistema democrático presupone que:

Las diferentes corrientes políticas podrán acceder a los puestos públicos de acuerdo con la adhesión ciudadana que hayan logrado, lo que teóricamente permite que los cambios de rumbo se produzcan en un clima de convivencia y competencia pacíficas. (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 56.

Es de hacer notar que, “una cultura política democrática no aniquila el conflicto, por el contrario, reconoce las diferencias y por lo tanto el conflicto como parte de su propia dinámica de reconcomiendo de los derechos de todos los actores” (Bermúdez: 2001) Pág. 23. En todo caso, parece indicar que los conflictos encuentran un cauce institucional para resolverse, que significan a la vez la solución posible del problema social.

4_. Participación.

Entre tanto, la democracia fomenta la participación ciudadana en la esfera pública, como lo expresa Sartori (1994) “es un instrumento de democracia directa” pág. 74. Se explica que, la participación es actitud de las personas para afectar la toma de decisiones, ejecución y seguimiento de los acontecimientos públicos, es decir, la intervención de la sociedad civil en la esfera de lo público; participar es virtuoso. Al mismo tiempo, nos define Sartori (1994) que la:

Participación es tomar parte personalmente, un tomar activo que verdaderamente sea mío, decidido y buscado libremente por mí. Así, no es un “formar parte” inerte ni un “estar obligado” a formar parte. Participación es ponerse en movimiento por sí mismo, no ser puesto en movimiento por otros (movilización). Pág. 75.



Se denota que, la institucionalidad democrática, para su propia existencia, necesita que los ciudadanos participen en los asuntos que se ventilan en la esfera pública; según (Salazar y Woldenberg: 2016) mediante la “vía electoral, a través de referendos, de la participación partidista o social, o de las campañas de diferente tipo, la democracia supone una participación ciudadana recurrente” Pág. 57. Significa entonces, un espacio de interacción pública, de competencia de todos, y la participación ciudadana una condición para que el propio sistema se reproduzca, de forma autoactiva, así aprecia (Sartori: 1994) “es automovimiento y, por tanto, lo contrario del heteromovimiento (por otra voluntad), es decir, lo opuesto a movilización... Definida como el acto de tomar parte en persona; su intensidad, autenticidad y efectividad” Pág. 153.

Ésta se logra, mediante “organizaciones intermedias que tienden, además, a crear un denso entramado que supone un mejor procesamiento de los asuntos públicos... que construyen una especie de sistema de pesos y contrapesos que teóricamente evita las decisiones caprichosas y discrecionales” (Salazar y Woldenberg: 2016). Pág. 59. Se puede ampliar la definición de partido político, según Berlín (1980) como una “organización articulada de los agentes activos de la sociedad, de aquellos que se interesan por hacerse con el poder del Gobierno y que rivalizan por obtener el apoyo popular con otro grupo que mantienen puntos de vista opuestos” Pág. 109.

5_. Derechos Humanos.

Se observa que, según Ramos (2020) “la democracia es la forma de gobierno que mejor representa el reconocimiento de la igual libertad y dignidad de todos los miembros de una comunidad política” Pág. 27. Como se ha descrito, establece un mecanismo social-constitucional de pesos y contrapesos que el sistema democrático crea en el entramado estatal, así, la participación plural y organizada se fomenta en la sociedad; sin duda, tienden a ofrecer al ciudadano márgenes más amplios para el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y para que la institucionalidad estatal no pueda vulnerar sus garantías como ciudadano. Sin embargo, señala (Ramos: 2020) “aquellos mismos valores, igualdad natural, dignidad humana y autonomía individual son también los que dan sentido y constituyen el núcleo central de los derechos humanos” Pág. 28. En



efecto, la democracia y todos sus atributos, es la raíz o el fundamento de todos los derechos humanos. En este orden de ideas, como (Ramos: 2020) explica:

Democracia y derechos humanos, ambos fenómenos se fundamentan y justifican en los mismos valores. Pero además se necesitan mutuamente para activarse o realizarse en la práctica. Es decir no solo comparten la misma base valorativa, la misma identidad sustancial, sino que también se presuponen recíprocamente. Pág. 29.

Se entiende así, como el conjunto de derechos, facultades o prerrogativas inherentes al ser humano por su dignidad sin distinción de sexo, credo, nacionalidad o ideología política que son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables; positivizado por los Estados en la materialización de las aspiraciones del Derecho Natural, es decir: “El convencimiento por parte del pueblo de que los individuos tienen derechos morales que nada ni nadie puede legítimamente arrebatárselos... se expresa en la constitución, que representa un compromiso de autolimitación por parte del pueblo mismo” (Ramos: 2020). Pág. 32. Por otra parte, según Cabanellas (2009) define como “las garantías que las Constituciones conceden a favor de todos los habitantes del Estado. Integran un conjunto de facultades jurídicas de las cuales no cabe privar al individuo” Pág. 172. Si bien es cierto que, presupone una serie de derechos garantizados por el Estado, para todos y cada uno de los ciudadanos. Según (Salazar y Woldenberg: 2016) proclama:

Los derechos humanos no encuentran mejor régimen tutelar que la democracia. Así, la igualdad y la no discriminación, el derecho a la vida, la libertad y las seguridades personales, la ausencia de servidumbres, torturas y privaciones ilegales de la libertad, la igualdad ante la ley, las garantías hacia los infractores, la protección de la vida privada, el libre tránsito, la libertad de conciencia y religiosa, la de opinión y de expresión, el derecho de asociación y reunión político, encuentran en el Sistema democrático mayores probabilidades de volverse realidad. Pág. 60.

Por último, el progresivo de los derechos ciudadanos es un hito histórico de la democracia. Asimismo, (Ramos: 2020) expresa que “la principal función de



los derechos humanos en la democracia es impedir su corrupción. Allí donde los derechos humanos se reconocen y respetan de forma efectiva, la calidad de la democracia está garantizada” Pág. 31. Encuentran así, un terreno más fértil en la democracia, porque la gobernabilidad y la institucionalidad política que pone en pie, en todo momento tienden a evaluar el cumplimiento derechos fundamentales:

La Constitucionalización de los derechos humanos los concreta la propia comunidad política, el pueblo soberano, cuando actúa como poder constituyente estableciendo de forma consensuada las condiciones básicas...En ese pacto consensuado de convivencia que supone la creación de una constitución, expresión directa de la soberanía popular, debe situarse la justificación de los derechos fundamentales, que son los derechos humanos reconocidos y garantizados por la constitución de cada comunidad política. (Ramos: 2020) Pág. 28-29.

Finalmente, más allá de los conceptos la democracia es el abono constitucional, dado así bajo una institucionalidad, donde los derechos humanos pueden desenvolverse de la mejor manera posible.

CONCLUSIONES

Por último, el proceso de democratización está impulsado por el ideal democrático que se expande con una fuerza indetenible, que incluso pone en evidencias la importancia de los Principios de la Democracia. Junto a ese impulso dinamizador y como fruto de él se origina una cultura democrática que se expresa también, aun cuando no solamente, en una insatisfacción respecto de los grados de logro en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades, sino en la satisfacción de sus necesidades, aspiraciones y en la eficiencia de las instituciones políticas en general, y estatales en particular.

De este modo, la pluralidad de concepciones sobre la forma de encarnar el ideal democrático, es decir, el conjunto de los fundamentos, valores y las diversas formas de institucionalizar los regímenes democráticos, hacen que la democracia éste presente en nuestra cultura occidental y en el devenir histórico. Sin duda, el modelo democrático apunta al pluralismo, igualdad y universalismo en la



sociedad para el logro del Bien Común, en base a las voluntades de las grandes mayorías. De allí que, la democratización se transforme en una exigencia de consolidar la democracia, mediante múltiples cambios que la perfeccionen.

En todo caso, se ha intentado presentar en forma ideal la armonía que subyace en la doctrina democrática, que hace visible los valores en los que se asienta el ideal democrático y las bondades que en teoría se desprenden del mismo. Pero entre el ideal democrático y la realidad democrática median enormes y profundas diferencias.

Es de hacer notar que, la democracia no es ajena a patologías de múltiples tipos. Fenómenos tales como la indiferencia ciudadana, la irresponsabilidad política, la atrofia de las instituciones, la sobrecarga de expectativas, los intereses particulares que gravitan por encima de los de la mayoría y las crisis estructurales, son fenómenos que se encuentran en la realidad de la democracia.

Por tanto, el ideal aquí descrito es el que permite juzgar las desviaciones y limitaciones de la realidad, es decir, un puente entre la deontología y lo ontológico. Como quiera que sea, ésta investigación solamente ha querido destacar los valores y principios del ideal democrático, el cual no puede confundirse con la realidad. La tensión entre ideal y realidad es la que precisamente previene para no esperar milagros de la democracia.

Finalmente, la democracia como gobierno del pueblo, presta atención a uno de sus aspectos característicos, el de la fundamentación de la autoridad de los gobernantes efectivos. En la democracia se supone que la autoridad de los gobernantes es una autoridad verdadera, es decir, la soberanía o supremacía; es por ello que la constituye en el régimen político más oportuno y considerado para las circunstancias históricas, es el sistema político-jurídico de mayores oportunidades de crecimiento individual y colectivo, por contener limitaciones al poder. Por último, la democracia entendida en su dimensión real, tiene a su favor, con todos sus defectos innumerables, la posibilidad de rectificación del error cuando resulta un mal gobierno, o en todo caso, lo que no es del todo una desventaja ética, el reparto entre todos de la responsabilidad.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berlín, F.** (1980) *“Derecho Electoral. Instrumento Normativo de la Democracia.”* Primera Edición. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Bermúdez, E.** (2001) Cultura Política y Democracia en Venezuela En *“Revista Venezolana de Ciencias Sociales, Vol. 5 N° 2, Diciembre.”* Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt. Pág. 9-27.
- Cabanellas de Torres, G.** (2009) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* 31° Edición. Buenos Aires, Argentina. Heliasta. Tomos: II C; III D-E; VI P-Q; VII R-S; VIII T-Z.
- Godoy, O.** (1984) Aristóteles y la Teoría Democrática Primera Parte En *“Revista de Ciencia Política, Vol. VI N° 2.”* Instituto de Ciencia Política pontifica Universidad Católica de Chile. Pág. 7-47.
- Marcos, P.** (1990) Democracia y Modernidad En *“Revista Mexicana de Ciencias políticas y Sociales, Año XXXVI, Nueva Época, Abril-Junio.”* Universidad nacional Autónoma de México. Pág. 59-67.
- Pérez, E.** (1997) Educación, Desarrollo y Consolidación Democrática En *“Notas y Documentos, Año 13 N° 49 Octubre-Diciembre.”* Instituto Internacional Jacques Maritain. Pág. 44-58.
- Portantiero, J.** (1984) La Democratización del Estado. 5ª La Reconstitución del Estado En *“Pensamiento Iberoamericano Revista de Economía Política, N° 5ª Enero-Junio.”* Instituto de Cooperación Iberoamericano. Pág. 99-127.
- Ramos, J.** (2020) *“Democracia y Derechos Humanos.”* Cuadernos de Derechos Humanos. Número 2. Mérida, Venezuela: Ediciones de EPIKEIA Observatorio Universitario de Derechos Humanos y Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Disponible en: <https://www.uladdhh.org.ve/wp-content/uploads/2020/12/9789801810605.pdf> [Consultado el 02 de mayo de 2022]
- Salazar, L. y Woldenberg J.** (2016) *“Principios y Valores de la Democracia.”* Primera Edición INE. Ciudad de México, México: Instituto Nacional Electoral.
- Sartori, G.** (1994) *¿Qué es la Democracia?* Bogotá, Colombia: Grupo Editorial 87.
- Suzzarini, A.** (2004) Por la Democracia En *“Dikaiosyne, N°12 Año VII, Junio.”* Universidad de Los Andes. Pág. 149-157.

El «objeto indemnizatorio» en el ámbito público a la luz de la Sentencia N°. 00138 de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José Rodríguez Torrealba Vs.

**Universidad de Carabobo*
Aaron Vinicio Huerta Fernández****

Fecha de Recepción: 01 de marzo de 2022

Fecha de Aceptación: 15 de abril de 2022

El estudio del «daño» en Venezuela, desde el análisis radical del concepto, resulta un desafío debido a su comprensión como un elemento subsidiario de cualquier relación jurídico-obligacional y no propiamente como el origen de las consecuencias reclamadas y legitimadas en juicio. Por ello, la sentencia N° 00138 de la Sala Político – Administrativa del máximo tribunal de la República, representa en sí misma un reto para la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, dentro de los límites del hermetismo de la sistemática normativa venezolana, con base al entramado de posiciones activas y pasivas analizadas en el juicio de causalidad durante la búsqueda de la imputación de un daño para el remedio de un perjuicio ante una víctima frente a la Administración Pública.

En la referida decisión, incoada individualmente por parte de los ciudadanos Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José Rodríguez Torrealba, como miembros de un conjunto de comerciantes organizados en espacios estudiantiles, contra la Universidad de Carabobo, y solidariamente en contra de su para entonces rectora ciudadana Jessy Divo de Romero, nace el interés de su estudio con base a la observancia de los criterios utilizados por el órgano jurisdiccional para desestimar todas y cada una de las partidas reclamadas por la parte actora, y por ende, declarando sin lugar en su totalidad la pretensión, así

* La presente reseña jurisprudencial fue realizada a partir de la Sentencia N°. 00138 de la Sala Política – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 05 de noviembre de 2020 con ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Pedro José Rodríguez Torrealba y Andrés José Rodríguez Torrealba Vs. Universidad de Carabobo, expediente N°. 2017-0193. Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/310545-00138-51120-2020-2017-0193.HTML>

** Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (VE); Máster Universitario en Derecho de Daños, Universitat de Girona (ES). Maracaibo – Venezuela. **Correo Electrónico:** aaronvhuertaf@gmail.com. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8377-5439>.



como la interpretación dada a las máximas legales en materia de la debida compensación frente a una pérdida patrimonial así como dolores y malestares los cuales no se está obligado a soportar.

Con respecto a los hechos narrados en el fallo de la Sala, el asunto versa sobre una serie de medidas adoptadas por la Universidad de Carabobo frente al comercio, considerado en algunos puntos como «informal», realizadas en conjunto con organismos de seguridad de la Nación posteriormente al descubrimiento de un cadáver proveniente de un presunto homicidio en las inmediaciones universitarias, y terminando en la demolición de los espacios donde se encontraban los comerciantes y las destrucción del conjunto de bienes mediante los cuales se permitían desplegar los actos de comercio relativos a la actividad económica a la cual se dedicaban, reclamándose entonces I) la reparación de daños y perjuicios ocasionados por los daños materiales, II) el reconocimiento y cancelación del lucro cesante como probabilidad y III) la indemnización por daños morales.

De acuerdo al primer punto a ser desarrollado, resulta menester distinguir la idea de «objeto indemnizable» por parte del sentenciador, estableciendo una limitación esencial en la estructura fundamental de la responsabilidad como concepto general, considerando lo siguiente: «[...] no será resarcible el hecho cuyo objeto indemnizatorio comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los afectados, [...] no todo daño causado por el funcionamiento normal o anormal de la Administración debe ser reparado, debiendo determinarse en cada caso, la procedencia de la reclamación [...]»; ahora bien, tal parece la Sala agrega dentro de los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado un juicio de procedencia legal de la causa, colocando tal punto como requisito condicional para determinar la existencia de responsabilidad, en descuido de los presupuestos constitucionales y legales mediante los cuales se puede determinar se está en un sistema objetivo.

Claramente la Sala, de forma errónea, restringe la posibilidad de reclamar los daños derivados del funcionamiento normal o anormal de la administración con base a uno de los eximentes de la responsabilidad como lo es la culpa de la víctima, pues transforma la búsqueda de la satisfacción de una pérdida sufrida independientemente de la procedencia del hecho mientras se cumplan con los criterios de imputación objetiva a un juicio innecesario de determinación en *prima*



facie de la legalidad de las circunstancias fácticas donde se encontraba inmersa la víctima, es decir, originando una transición, cuestionable, a un sistema de responsabilidad basado en la causalidad subjetiva, violando el Principio de Equilibrio ante las Cargas Públicas y la Constitución de 1999, sufriendo esta última claramente una mutación generadora de un conflicto entre la norma mediante la cual se orienta la reparación del daño y el criterio de interpretación para ordenarla.

Aunado a ello, mal habida conclusión de la Sala en cuanto determina la ilicitud de la actividad llevada por los comerciantes por no contar con un permiso expreso por parte de la autoridad universitaria con competencia y conocían de tal requerimiento para operar, es decir, se plantea una manifiesta mala fe en cuanto a la obtención de licencias para operar en un determinado espacio, dejando de lado la Sala por completo el conocimiento por parte de la administración universitaria de la situación en la cual se comercializaban bienes y servicios por parte de comerciantes integrantes de ‘Cooperativa Kiosko FACES R.L.’ a los estudiantes; incluso realizaron negociaciones e incluyeron a estos comerciantes en un proyecto de la Universidad relativo a la reubicación de los locales a otros espacios según la planificación dada para esos años, por ello, existe un abandono a la evidente realidad razonable como mecanismo lógico para llegar a una conclusión, favoreciendo a la otra parte.

Por ende, como criterio actual de la jurisprudencia, la máxima de: «[...] independientemente de que la actividad de la Administración fuese lícita o ilícita, con o sin culpa, si ésta le ha causado un daño a un particular, la Administración debe responder patrimonialmente [...]» debe agregársele lo siguiente: siempre y cuando la actividad del particular no sea considerada ilícita o clandestina, lo cual discrepa de la disposición constitucional siguiente: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.» (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Artículo 140) convirtiéndose la obligatoriedad objetiva de una imputación basada en la lesión de un interés jurídico material e inmaterial, en una suerte de probabilidad causal.

Por su parte, la consideración de la Sala correspondiente a la reclamación de indemnización por daño moral proporciona ciertos elementos que vale la pena



su reflexión para poder expresar una opinión frente al caso en cuestión, en principio, se evidencia el reconocimiento por parte del Juzgador de una serie de declaraciones por parte de la Rectora para ese entonces de la Universidad de Carabobo donde se señalaba al conjunto de comerciantes situados en FACES de la Casa de Estudios operadores de una serie de actividades ilícitas y/o ilegales de manera categórica y generalizada, de la cual se desprendió una matriz de opinión negativa sobre los comerciantes mencionados, sin embargo, la Sala confunde en este caso entre un juicio por difamación a una reclamación por daño moral, las cuales responden a escenarios claramente diferenciados.

A propósito de ello, es necesario enunciar entre uno y el otro sus diferencias, el primero responde estrictamente a la acusación infundada de la comisión de un hecho punible y generador de responsabilidad por sí mismo, es decir, depende principalmente de una dimensión psicológica personal de la víctima, mientras tanto el segundo va dirigido no únicamente al malestar que genera la acusación infundada, pudiendo tratarse de un delito o no, sino además trae consigo las consecuencias externas de tal hecho dañoso donde podría someterse a una persona o grupo de personas al escarnio públicos, tales consecuencias pudiendo materializarse desde la generación de una serie de gastos emergentes como daño hasta la pérdida de ganancias con base a una opinión; pudiéndose transportar tal reclamación hasta a la consideración de los confines de la tutela aquiliana con la configuración del *pure emotional harm* en este caso específicamente.

De tal manera, la sentencia carece de fundamentos para la denegación de los daños morales padecidos por los demandantes en virtud de la catalogada conducta «indignante» y «muy reprochable» manifestada por la Universidad de Carabobo, el juicio lógico no debió ser orientado a la legalidad o no del contenido de las declaraciones en cuanto se comercializaba con los permisos adecuados o se había cometido el delito de homicidio, sino, al nexo causal entre el señalamiento generalizado de la codemandada y el daño ocasionado a los comerciantes con base al honor y buena reputación, o siendo más exactos, entre las declaraciones y el daño exclusivo sin perjuicio (partiendo del daño moral puro mencionado con anterioridad).

Por último, en el cierre de las consideraciones para decidir en la decisión estudiada, se resume la carencia del vencimiento total o parcial de la pretensión



del demandante en la falta de pruebas por parte de este de acuerdo a lo alegado en juicio, sometiendo el tema de decisión a la existencia o no de una concesión y al conocimiento de una serie de condiciones donde opero una mala fe con base al conocimiento de estas por los demandantes. Es de preocupación esto en cuanto evidentemente hubo una afectación a la esfera de bienes y derechos del particular, cuya evidencia de ocurrencia podría verse en ese caso era de conocimiento público y notorio, rebajando a los demandantes a un estado de indefensión, el cual podría ameritar una revisión de sus derechos constitucionales, pues, resulta lógico concluir se produjo el soporte de un malestar indebido a un grupo de personas determinadas, como es el caso de los comerciantes de ‘Cooperativa Kiosko FACES R.L.’.

En efecto, es de considerar se está en la obligación de profundizar aún más en cada uno de los puntos sobre las partidas reclamadas en este juicio individualmente considerado, no obstante, debe estimarse esta sentencia de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no solo como inadecuada u errónea, sino además peligrosa en cuanto se trata de la técnica para salvaguardar los intereses reclamados en juicio por parte de los particulares, pues la misma desvirtúa el ánimo del constituyente y el legislador en cuanto al diseño escogido para las reclamaciones dirigidas a la Administración Pública, aunado a la interpretación hecha a una serie de preceptos constitucionales y consideraciones dadas en la vocación de corrección constitucional sin la potestad para ello, pues a partir de la concepción jurídica venezolana, tal facultad la posee la Jurisdicción Constitucional.

Con base a lo expuesto, surge la siguiente interrogante: ¿Venezuela mantiene estrictamente un sistema de responsabilidad objetiva? Cuya respuesta después de este particular fallo es claramente no. Se trastoca la estructura clásica de la responsabilidad patrimonial del Estado en la limitación del alcance de la obligación del Estado de satisfacer por las carencias y pérdidas sufridas por los ciudadanos, y con ello, la libertad de exigir ante la Jurisdicción la reparación e indemnización de daños y perjuicios dependerá de lo considerado como ilícito o clandestino por el mismo Estado que se niega a reparar.

Por: Jean-Denis Rosales Gutiérrez¹

Fecha de Recepción: 28 de febrero de 2022

Fecha de Aceptación: 28 de marzo de 2022

Según pretendidas sentencias de la inconstitucional Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, identificadas con los números 68, 69, 70, 71 y 72, dictadas en fechas 5, 10, 12, 15, y 16 de junio del 2020, respectivamente, se concretó una de las violaciones más descaradas de la Constitución, por medio de las cuales usurpó la competencia de la Asamblea Nacional, al designar los rectores del Consejo Nacional Electoral y de sus órganos subalternos, e intervino los partidos políticos Acción Democrática y Movimiento Primero Justicia, al decidir el nombramiento de una “Mesa Directiva ad hoc” con el objeto de reestructurar y ejercer las funciones directivas y de representación de dichas organizaciones políticas y la designación de sus autoridades regionales, municipales y locales.

La inconstitucional Sala Constitucional volvió a actuar como agente político del régimen de gobierno en violación de los principios constitucionales de separación de poderes y de legalidad, al pretender disponer de un derecho propio para arrogarse cualquier competencia constitucional, usurpando las exclusivas y excluyentes del órgano parlamentario y realizar ella misma las designaciones de las autoridades electorales, de la siguiente manera:

En primer lugar, declaró de nuevo a la Asamblea Nacional en supuesto “desacato” de alguna decisión de la Sala Electoral dictada en 2016, cuando tal “sanción” no existe en el ordenamiento jurídico venezolano respecto de las instituciones, y más grave aún, declarar que todos los actos dictados y por dictar

¹ Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Mención *Cum Laude*: (2004). Segundo de la Promoción. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I y II (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHPIUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor en la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Aspirante a Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). **Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM)**. Correo Electrónico: jeanrosales1984@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1744-3281>.



por la Asamblea son nulos y sin ningún valor, desconociendo así la representación de la soberanía popular.

En segundo lugar, nombró a los miembros (Rectores) del Consejo Nacional Electoral, con la burda excusa de que la Asamblea Nacional omitió hacer tales designaciones, violando abiertamente la Constitución, que signa esa facultad exclusivamente a la dicha Asamblea Nacional, como órgano elector de segundo grado, con la votación de una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, y solo con relación a personas exclusivamente nominadas por un comité de postulaciones en el cual estén representados la sociedad civil y las Facultades de derecho de las Universidades autónomas. La inconstitucionalidad de la Sala Constitucional llegó al extremo, además, de burlarse de la Constitución en cuanto a la exigencia del carácter apartidista de las personas nominadas, escogiendo, al contrario, para ello, a personeros de partidos y ex magistrados del propio Tribunal.

En tercer lugar, delegó sin competencia alguna para ello, en el Consejo Nacional Electoral la potestad de legislar y reformar la Ley de Procesos Electorales, lo que dicho ilegítimo órgano hizo, reglamentando un nuevo sistema electoral mediante unas inconstitucionales Normas Especiales para las Elecciones Parlamentarias período 2021-2026, que solo puede estar regulado en una ley sancionada por la Asamblea Nacional, y llegando incluso a cambiar el número de diputados que deberán integrar la Asamblea Nacional; todo en violación de la Constitución y de la mencionada Ley Orgánica de los Procesos Electorales.

Y en cuarto lugar, secuestró a los principales partidos políticos de oposición (Acción democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular), suspendiendo y desplazando a sus autoridades legítimas, y designándoles sine die unas juntas directivas ad-hoc, para apropiarse de los símbolos e identidad de dichos partidos con el objeto de hacerlos participar falsamente en el ilegítimo proceso electoral para elecciones parlamentarias que el ilegítimo Consejo nacional Electoral ya convocó para el 6 de diciembre de 2020.

Las tropelías incurridas mediante las vías de hecho señaladas, violentan de forma grave y flagrante los principios democráticos del Estado de Derecho, al arrebatarse el derecho de participación política de todos los venezolanos en la conformación de los órganos que ejercen el poder público, y la garantía de un árbitro electoral imparcial, autónomo e independiente esencial para la realización

de elecciones libres y democráticas, como lo consagra y ordena la Constitución, y que en su conjunto conforman el derecho a la democracia.

Así mismo, la interferencia de la Sala Constitucional en la organización de los partidos políticos para forzar un cambio de sus autoridades sin la decisión de sus bases, sino del grupo por ella escogido, viola el derecho constitucional de asociarse con fines políticos y la libre determinación de los partidos en cuanto organización, funcionamiento y dirección conforme lo dispone el artículo 67 de la Constitución.

Más recientemente y como consecuencia de una seguidilla de vulneraciones, una más grave que la otra, de la Constitución y de los tratados de derechos humanos, de las tradiciones republicanas democráticas, el Consejo Nacional Electoral inconstitucionalmente designado dictó un Reglamento especial para regular la elección de indígena en la Asamblea nacional 2020, estableciendo la elección de los tres diputados a la Asamblea Nacional en representación de los pueblos indígenas, mediante el voto indirecto de voceros, en dos grados y mediante votación pública a mano alzada, en las tres regiones o circunscripciones electorales indígenas, integradas por tan solo 10 entidades federales, violando abiertamente el derecho constitucional y convencional al sufragio mediante el voto universal, directo y secreto para la elección de los diputados representantes de los pueblos indígenas ante la Asamblea Nacional.

Se violó olímpicamente una de las conquistas democráticas y republicanas más importantes, concreción de la ciudadanía y de la igualdad que no admite excepción. Cosa distinta es que, por su propia especificidad, los pueblos indígenas gocen de otros derechos políticos que, como comunidad, son de ejercicio colectivo y atienden a su propia cultura y creencias.

Este libro recoge varios estudios sobre la inconstitucionalidad e ilegitimidad de las decisiones adoptadas por la ilegítima Sala Constitucional del Tribunal Supremo y el ilegítimo Consejo Nacional Electoral por ella designada, redactados por los académicos Román José Duque Corredor, Allan R. Brewer-Carías y Rafael Badell Madrid, así como por el profesor José Ignacio Hernández y la ONG Acceso a la Justicia, que ponen en evidencia la magnitud de la inconstitucionalidad cometida, apenas se tomó nota de las vías de hecho judiciales en comentarios.





Nada de lo que pueda resultar de esas inconstitucionales sentencias, es decir, ni la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral; ni la emisión por éstos de “normas electorales” modificando la Ley Orgánica de Procesos Electorales; ni la fijación de fecha para elecciones parlamentarias; ni el secuestro de los partidos políticos; ni las falsas elecciones que así puedan realizarse, tendrán legitimidad alguna en Venezuela y serán desconocidas en el país, como ya lo han declarado las principales instituciones venezolanas como la propia Asamblea Nacional, las Academias Nacionales y la Conferencia Episcopal Venezolana, así como también serán desconocidas por inconstitucionales e ilegítimas en el ámbito internacional, como ya lo han declarado el Grupo de Lima, el Grupo de Contacto, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, el Parlamento Europeo y diversos gobiernos del mundo occidental.

Desconocidas de antemano como las elecciones parlamentarias que puedan realizarse en diciembre de 2020, el resultado es que para enero de 2021, si llegan a realizarse, cuando haya de instalarse la nueva Asamblea Nacional, no habrán diputados electos legítimamente para ello, y se planteará el tema de si los diputados de la actual Asamblea Nacional están obligados a permanecer en el ejercicio de sus cargo y funciones hasta que sean reemplazados por diputados legítimamente electos en elecciones libres, justas y confiables.

Las sentencias que se rechazan constituyen una inadmisibile intervención del poder judicial en la política y se apartan ética y jurídicamente de la labor que corresponde a un tribunal constitucional, que no es otra que la de asegurar la supremacía de la Constitución. La conculcación del derecho a la democracia, el secuestro de la soberanía popular y la enajenación del derecho al sufragio y la participación política, no contribuyen a la solución de los gravísimos problemas económicos y sociales que vive la población venezolana signada por la insalubridad, hambre y desnutrición, la hiperinflación y la carestía de servicios básicos que menoscaban cotidianamente la dignidad de todos los venezolanos.

Rechtsstaat

Estado de Derecho



ula
Derecho

PUBLICACIONES

ARTÍCULOS

Constitución y Método. Aspectos Teóricos sobre la Interpretación Constitucional

Ramsis Ghazzaoui

La Participación de los Nuevos Emprendimientos en las Contrataciones Públicas

Alejandro Canónico Sarabia

PYMES en el Ordenamiento Jurídico venezolano y las Contrataciones Públicas

Leticia Espinoza Carrión

Ejecución de Sentencias que obligan a concluir un Contrato que tienen por objeto la transferencia de propiedad: una Propuesta para la Reforma del Código de Procedimiento Civil

Abdón Sánchez Noguera

El Municipio en la Ley Orgánica Nacional y su incidencia en el Ámbito Rural

Clever Mora

Principios de la Democracia

Marcos Antonio Fernández Vega

El "objeto indemnizatorio" en el ámbito público a la luz de la Sentencia N°. 00138 de la Sala Político – Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, Caso: Pedro José Rodríguez Torrealba Vs. Universidad de Carabobo

Aaron Vinicio Huerta Fernández

Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2020) *"Estudios Sobre la Ilegitimidad e Inconstitucionalidad de las Elecciones Parlamentarias de 2020"* Series Estudios N°. 124. Caracas, Venezuela. Págs. 286

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Rechtsstaat Estado de Derecho

• Año 4 • N° 7 • enero - junio, 2022

**Editor en Jefe:**

Abdón Sánchez N.

Editores Adjuntos:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez y
María V. Marcano D.

Comité Editorial:

Aura M. Morillo P. (ULA)
Edualis Navas (ULA)
Alex David Hernández (ULA)
Frank Rivas Torres (ULA)
Enrique Abraham Andara (ULA)

Comité de Arbitraje:

Carlos García Soto (UMA)
Ramsis Ghazzaoui (UCAB)
José Gregorio Silva Bocanay (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: Manuel Morocaima
Decano: José Antonio Rivas Leone

Depósito Legal: ME 2018000132

ISSN: 2739-0330

Portada:

José R. Huggins Vera

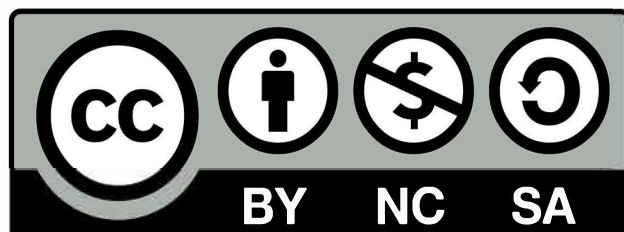
Diagramación y Diseño:

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



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 RESVISTA 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.