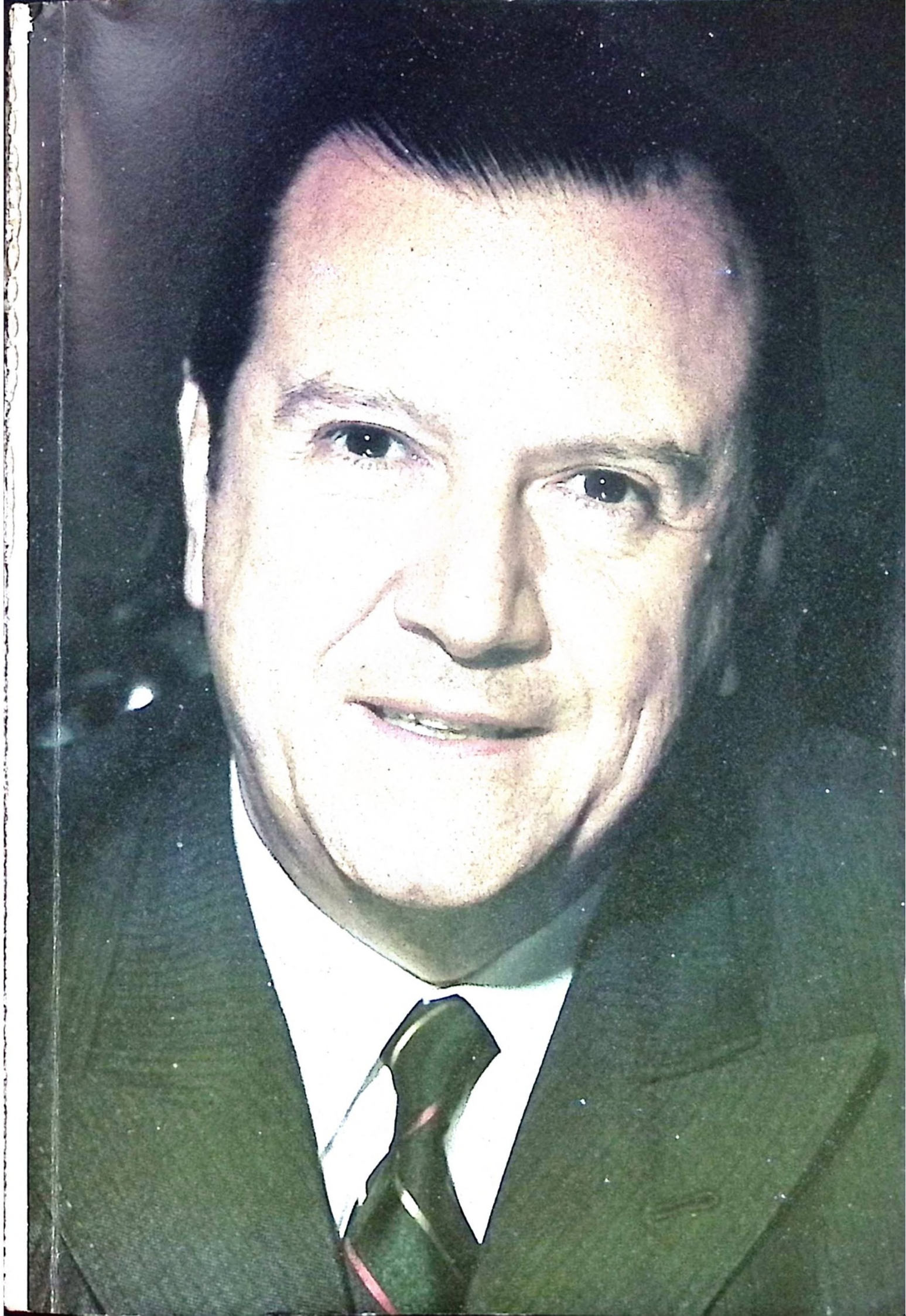


ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCION

LIBRO HOMENAJE A
RAFAEL CALDERA

TOMO III

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
CARACAS 1979



ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCION

Libro-Homenaje

a

RAFAEL CALDERA

TOMO III

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

CARACAS / 1979

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Dr. Miguel Layrisse
Rector

Dr. Ernesto Díaz Montes
Vicerrector Académico

Dr. Alberto Escobar Fernández
Vicerrector Administrativo

Dr. Gustavo Díaz Solís
Secretario

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

Decano

Dr. Pedro Nikken B.

Director de Coordinación

Dr. Hans J. Leu

Director de la Escuela
de Derecho

Dr. Luis Herrera Marcano

Director de la Escuela
de Estudios Políticos
y Administrativos

Dr. Ricardo Combellas

Director del Centro de
Estudios para Graduados

Dr. Oscar Palacios Herrera

CONSEJO DE FACULTAD

Representantes de Profesores

Dr. Ricardo Combellas

Dr. Alberto Arteaga

Dr. José Mélich Orsini

Dr. Ricardo Azpúrúa A.

Dr. Nelson Rodríguez G.

Dr. Francisco Hung V.

Dr. Rafael Pizani

Dr. Luis H. Fariás Mata

Dr. José Muci Abraham, h.

Dra. Magdalena S. de Padrón

Dr. José A. Fuenmayor

Dr. Gustavo Planchart M.

Dr. Elio Gómez Grillo

Dra. Helena Fierro

Representantes de Estudiantes

Br. Iván Arango

Br. Afranio Pérez

Br. Víctor Gómez Marín

Instituto de Derecho Privado

Dr. Benito Sansó R.

Director

Instituto de Derecho Público

Dr. Allan R. Brewer-Carías

Director

Instituto de Ciencias Penales

Dr. Alberto Arteaga

Director

Instituto de Estudios Políticos

Dr. Juan Carlos Rey

Director

X

EL PODER PUBLICO

LA DIVISION DE PODERES

LA SEPARACION DE PODERES EN VENEZUELA

GUSTAVO TARRE BRICEÑO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES. I. LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES. A. La concepción clásica. B. La revisión del concepto clásico de Montesquieu. II. LA SEPARACIÓN DE PODERES EN VENEZUELA. A. Análisis histórico. B. La separación de poderes en la Constitución de 1961. C. La separación de poderes y la praxis venezolana. D. La separación de poderes cuestionada. CONCLUSIÓN.

*"Par qu'on ne puisse abuser du pouvoir,
il faut que par la disposition des choses,
le pouvoir arrête le pouvoir"*

MONTESQUIEU

INTRODUCCION

Dice el artículo 118 de la Constitución de 1961: "Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". Y comenta la Exposición de Motivos que esta definición, relativa a la Separación de Poderes, introduce "la revisión que el concepto clásico de Montesquieu ha recibido en el Derecho Moderno".

Se cambia así la concepción tradicional que acerca de la Separación de Poderes venía siendo recogida, en forma tácita o expresa, por todas las constituciones que precedieron al texto vigente, abstracción hecha de su efectivo cumplimiento.

¿Qué significa la Separación de los Poderes? ¿Tiene alguna importancia el cambio introducido por el Constituyente de 1961? ¿Qué significa el principio de la Separación de los Poderes en el Derecho Público Moderno? ¿Qué consecuencias tiene para el sistema político venezolano? El tratar de dar respuesta a las interro-

gantes planteadas constituye el objeto del presente aporte al homenaje que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas rinde a uno de los principales autores de la Constitución de 1961, el ex Presidente y Profesor Rafael Caldera.

Es innecesario recordar que desde hace dos siglos la teoría de la separación de poderes es objeto de atención preferente por parte de especialistas de la ciencia política y del Derecho Constitucional y que desde la Revolución Francesa, separación de poderes y régimen constitucional están estrechamente ligados. Muchos autores, por lo demás, fundamentan en esta teoría la clasificación de los regímenes políticos: régimen es con separación de poderes (rígida o flexible) y regímenes de confusión de poderes.¹

Así, de la forma como se separan los poderes (o se confunden), tendremos la forma de gobierno.

ANTECEDENTES

Algunos se remontan a Aristóteles² para encontrar el origen de la teoría de la separación de poderes; otros recuerdan que autores como Puffendorf ya habían distinguido los diversos atributos de la soberanía —*partes potentiales summi imperii*— como medios lógicos necesarios para alcanzar los fines del Estado, aun cuando recomendando que estos poderes debían estar concentrados en las mismas manos para que el Estado pudiese ser fuerte y funcionar regularmente.³

El antecedente realmente importante antes de hablar de Montesquieu lo constituye el Ensayo sobre el Gobierno Civil de John Locke. Su importancia es tal que para algunos autores el pensador inglés es visto como el creador de la doctrina de la separación y equilibrio de poderes.⁴ Decía Locke: "Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguardia es muy incompleta en el

1. Ver, por ejemplo, Deverger, Maurice: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*.

2. *La Política*, Libro IV.

3. *Jus Naturae*, Libro VII, Cap. IV, Nos. 9-11, citado por Esmein, Adhémar: *Droit Constitutionnel Français et Comparé*, pp. 451-452. Ver en igual sentido Bodino, Juan: *Los Seis Libros de la República*, Libro I, Cap. X.

4. Ver Jarcke, Karl Ernst: *Die Urprünge des Modernen Constitutionalismus*, citado por Gouch, John: *John Locke's Political Philosophy* y Dedieu, J.: *Montesquieu et la Tradition Politique Anglaise en France*.

estado de Naturaleza. En primer lugar se necesita una ley establecida, aceptada, conocida y firme que sirva por común consenso de norma de lo justo y de lo injusto, y de medida común para que puedan resolverse por ella todas las disputas que surjan entre los hombres. Aunque la ley natural es clara e inteligente para todas las criaturas racionales, los hombres, llevados de su propio interés, o ignorantes por falta de estudio de la misma, se sienten inclinados a no reconocerla como norma que les obliga cuando se trata de aplicarla a los casos en que está en juego su interés. En segundo lugar, hace falta en el estado de Naturaleza un juez reconocido e imparcial, con autoridad para resolver todas las diferencias, de acuerdo con la ley establecida. Como en ese estado es cada hombre juez y ejecutor de la ley natural, y como todos ellos son parciales cuando se trata de sí mismos, es muy posible que la pasión y el rencor los llevan demasiado lejos; que tomen con excesivo acaloramiento sus propios problemas, y que se muestren negligentes y despreocupados de los problemas de los demás. En tercer lugar, con frecuencia, en el estado de Naturaleza, se hace necesario un poder suficiente que respalde y sostenga la sentencia cuando ésta es justa, y que la ejecute debidamente. Quienes se han hecho culpables de una injusticia, rara vez dejarán de mantenerla si disponen de fuerza para ello".⁵

Pero Locke supera a sus predecesores porque va más allá de la mera distribución entre las funciones del Estado y enuncia la teoría de que el ejercicio de estas funciones por la misma persona o grupo de personas pone en peligro la libertad. "El poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y del gobierno. Los hombres no renunciarían a la libertad del estado de Naturaleza para entrar en sociedad, ni se obligarían a un gobierno, no siendo para salvaguardar sus vidas, libertades y bienes, y para asegurarse la paz y la tranquilidad mediante normas establecidas de derecho y de propiedad. Es impensable que se propongan, aun si tuviesen poder para hacerlo, poner en manos de una persona o de varias un poder absoluto sobre sus personas y bienes, otorgar al magistrado fuerza para que ponga en ejecución sobre ellos arbitrariamente los dictados de una voluntad sin límites".⁶

5. *Ensayo sobre el Poder Civil*, Nos. 124, 125 y 126.

6. *Ensayo sobre el Poder Civil*, N° 137.

Locke encuentra su fuente de inspiración en el Instrumento de Gobierno de Cromwell de 1653, en el cual el Lord Protector distingue dos poderes y en la generalización del resultado de la lucha entre el Parlamento y la Corona, es decir, la Revolución de 1688.

Distingue así tres poderes:

El poder legislativo, que hace las leyes y señala "cómo debe emplearse la fuerza de la comunidad política".⁷

El poder ejecutivo, que cumple la función jurisdiccional. Y el poder federativo, que se ocupa de las relaciones exteriores y de la seguridad del Reino.

Se asigna primacía al primero de los poderes citados y se indica que la legislación es obra del Parlamento, es decir, las Cámaras más el Rey.

La separación de poderes preconizada por John Locke es funcional y no personal, aunque el autor apunta que "sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas".⁸

En relación a la separación funcional, es bueno recordar que ya el Acto de Establecimiento de 1701 pautó la estabilidad de los jueces Superiores "*during good behaviour*" y sólo se podía remover a estos magistrados mediante una petición efectuada por la cámara a la Corona.⁹

En 1748 aparece publicado el *Espíritu de las Leyes*, obra de Charles de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu (1689-1755).

Es una obra de vital importancia para la ciencia política, no sólo por el tema que nos ocupa, sino también por las observaciones que contiene acerca de las formas de gobierno; la influencia del medio ambiente y especialmente del clima sobre las relaciones políticas; sobre la legislación, etc.

Montesquieu afirma basarse en la observación de la vida política inglesa —vivió en Inglaterra de 1729 a 1731— y no cabe duda

7. *Idem*, N° 134.

8. *Ensayo sobre el Poder Civil*, N° 143.

9. La Cámara de los comunes logró así que los jueces permanecieran en sus cargos *quamdiu se bene gesserint* y no durante *beneplacito regis*. Ver Gough: *ob. cit.*, p. 111.

de que Locke ejerció influencia en elaboración de sus teorías. Afirma Robert Shackleton que la fuente inmediata de Montesquieu, más que la realidad política, fueron los artículos de prensa y discursos de Lord Bolingbroke. Bolingbroke se esforzaba en minar la influencia que Walpole ejercía en el Parlamento y a estos efectos desarrollaba una activa campaña a favor de la separación de poderes. Montesquieu hizo de la propaganda de un dirigente político una teoría constitucional, lo que no borra la influencia de Locke cuyas ideas son recogidas en los planteamientos de Bolingbroke.¹⁰

Ahora bien, cualquiera que hayan sido las influencias recibidas por Montesquieu, queda claro que el autor del *Espíritu de las Leyes* popularizó esta idea, que su pensamiento dio origen a la llamada Concepción Clásica de la separación de poderes y que todo estudio de la separación de poderes debe referirse a sus escritos.

Vamos ahora a examinar los planteamientos contenidos en el *Espíritu de las Leyes*; a constatar su transformación en dogma constitucional y en teoría básica del Derecho Constitucional Clásico; para luego examinar su aplicación en Venezuela, tanto desde el punto de vista formal como práctico.

I

LA TEORIA DE LA SEPARACION DE PODERES

A. LA CONCEPCION CLASICA

La idea central del planteamiento de Montesquieu puede resumirse de la siguiente manera:

"Todo hombre que tiene poder, tiende a abusar. Sólo se detendrá cuando encuentre límites". "Para que no se pueda abusar del poder se requiere que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder".¹¹

Esta "disposición de las cosas" consiste en dividir el poder para impedir la arbitrariedad. ¿Cómo se efectúa esa división? Examinado las funciones del Estado y constatando que ellas son tres: "Por la primera el príncipe o el magistrado hace las leyes tempo-

10. "Montesquieu, a Critical Biography", pp. 298-301, citado por Gough, J. W.: in *John Locke Political Philosophy*, p. 110.

11. *El Espíritu de las Leyes*, Libro XI.

rales o definitivas y corrige o deroga las que ya están hechas. Por la segunda hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, mantiene la seguridad, prevé las invasiones. Por la tercera, castiga crímenes o juzga los conflictos entre particulares".¹² Agrega más adelante Montesquieu que las dos primeras son las realmente importantes. Dividido el poder se evitan "las tentaciones a las que se somete la naturaleza humana reuniendo en las mismas manos el poder legislativo y el poder ejecutivo".¹³ En palabras de Montesquieu: "Cuando en una misma persona o en un mismo cuerpo de magistrados el poder legislativo está unido al poder ejecutivo, no hay libertad, porque puede temerse que el mismo monarca o el mismo senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente".¹⁴

Esta idea central le dará la vuelta al mundo y originará interpretaciones variadas. Por lo pronto es rápidamente vista como la mejor garantía para preservar la libertad. Decía Madison: "La acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, ya sean de uno, de pocos o de muchos, ya sean hereditarios, electivos o nombrados por sí mismos, puede quedar establecida como la verdadera definición de tiranía";¹⁵ y más tarde Bolívar agregó: "Huid del país donde un solo hombre ejerza todos los poderes: es un país de esclavos".

La importancia de la división de poderes como salvaguarda contra la tiranía llevará a los filósofos del siglo XVIII y a los teóricos de la Revolución Francesa a eregírla en dogma sagrado, casi en una consideración metafísica. Decía al respecto el Abate Sieyès: "Vuelvo a la división de los poderes, o si queréis, de las procuraciones diversas, que es de interés popular y de la libertad pública, confiarlas a diferentes cuerpos de representantes".¹⁶ Y Saint Just explicaba: "Los tiranos dividen al pueblo para reinar, dividid el poder si queréis que toque el turno al reino de la libertad".¹⁷

La consagración del dogma viene dada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo XVI: "Un Estado que no acoja la garantía de los derechos individuales

12. *Idem*, Libro XI, Cap. 6.

13. Esmein: *Droit Constitutionnel Français et Comparé*, p. 1.246.

14. *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI, Cap 6.

15. *El Federalista*, N° 47.

16. Discurso del 2 Termidor del año III. Reimpresión del *Moniteur*, Tomo XXV, p. 292, citado por Esmein, Adhémar: *op. cit.*, p. 451.

17. Discurso ante la Convención, 24 de abril de 1973

y el principio de la separación de poderes, carece de Constitución". El representante Lally-Tollendan explicaba el principio de la siguiente manera: "Un poder único acabará necesariamente por devorarlo todo. Dos se combatirían hasta que uno aplaste al otro. Pero tres se mantendrían en un perfecto equilibrio de manera tal que si dos luchan entre sí, el tercero, igualmente interesado en la subsistencia del uno y del otro, se suma a aquel que está siendo oprimido contra quien lo oprime, y traiga la paz entre todos".¹⁸

Dogma recogido por el Libertador cuando enumeró las bases del gobierno republicano en el Discurso de Angostura: "La soberanía del pueblo, la división de los poderes, la libertad civil, la proscripción de la esclavitud, la abolición de la monarquía y de los privilegios".

Sobre este principio fundamental se construye una teoría constitucional que puede encontrar su definición en este texto de Esmein: "Los atributos de la soberanía, considerados como verdaderamente distintos, deben ser delegados por la nación a titulares diversos e independientes los unos de los otros".¹⁹

"Los límites y las reglas prescritas por la ley y por la Constitución para el ejercicio de los diversos atributos de la soberanía nacional, serán fatalmente desconocidos o superados bajo el gobierno representativo, si no se les brinda como vivos guardianes y centinelas, representantes distintos de la soberanía nacional a quienes el propio interés llevará a defender sus poderes y prerrogativas respectivas".²⁰ O en la siguiente definición de Jellineck: "a órganos completamente separados unos de otros en sus funciones corresponden poderes internamente separados también, pues a pesar de todos los contactos que puedan establecerse entre los titulares de los poderes, las funciones de cada uno de estos quedan separadas entre sí".²¹

Esta interpretación que puede llamarse clásica implica:

Atribuir las tres funciones estatales a autoridades o grupos de autoridades absolutamente distintas o independientes. En otros tér-

18. Sesión de la Asamblea Nacional del 31 de agosto de 1789, citado por Laferrrière, Jules: *Manuel de Droit Constitutionnel*, p. 630., citado por Lowestein, Karl: *Teoría de la Constitución*, p. 54.

19. *Op. cit.*, p. 451.

20. *Op. cit.*, pp. 456-457.

21. Jellineck, Georg: *Teoría General del Estado*, p. 457, Buenos Aires, 1970.

minos, instituir tres autoridades separadas funcional, personal y materialmente.

a) Funcionalmente: Cada autoridad actúa en forma independiente, de manera integral y exclusiva. Un órgano de un poder no puede ser interferido en sus funciones por un órgano de otro poder. Ni pueden las funciones de un órgano ser ejercidas por otro órgano.

b) Personalmente: Una misma persona no puede formar parte de órganos de diferentes poderes ni pueden revocar los titulares de unos a los titulares de otros.

c) Materialmente: Toda comunicación, relación o contacto mutuos está prohibido.²²

En una palabra, separación absoluta de Parlamento, Gobierno y Tribunales.

Esta interpretación supone que se acepte la palabra "poderes" en la expresión "Separación de Poderes" en el sentido de órganos. Si se entendiese como sinónimo de función, las tres separaciones no estuvieran en el mismo plano: la separación personal y la separación material serían complemento de la separación funcional.²³

Huelga decir que la aplicación estricta de esta teoría es imposible y que el tipo de gobierno antes descrito no podría funcionar. De allí la distinción entre separación "rígida" y separación "atenuada" de poderes. Siendo estos dos adjetivos expresión del grado mayor o menor de una separación que nunca llega a ser absoluta.

La separación material, funcional y personal de máxima rigidez no existe, pero es el patrón en relación al cual se establece la medida o el grado de separación.

Esmein, por ejemplo, reconoce la colaboración de los poderes e indica el predominio del legislativo, pero afirma que el principio de la Separación de Poderes subsiste:

22. Ver, Wade: *Constitutional Law*, p. 24, y Eisenmann, Charles: "L'Esprit des Lois et la Séparation des Pouvoirs", in *Mélanges Carré de Malberg*, p. 165.

23. Eisenmann: *op. cit.*, Nota 1 de la p. 166. Es necesario aclarar con Hauriou que hay dos nociones conexas que deben ser distinguidas muy cuidadosamente: 1º Las funciones del Estado, tales como legislar, impartir justicia o hacer la ley; 2º Los órganos del Estado que son la organización de personas naturales a quienes se confían, en forma total o parcial, el ejercicio de las funciones (Ver *Précis de Droit Constitutionnel*, p. 347).

"Los poderes reconocidos distintos, han de tener titulares, no sólo distintos, sino independientes los unos de los otros, en el sentido que uno de los poderes no pueda a voluntad influir en el titular de otro poder. Es allí, en la irrevocabilidad recíproca, donde reside el principio activo y benéfico. Sólo así los diferentes poderes pueden verdaderamente, dentro de los límites de sus atribuciones, controlarse los unos a los otros, y oponerse mutuamente de ser el caso en el terreno legal, esas resistencias pacíficas que salvaguardan las libertades públicas".²⁴

B. LA REVISION DEL CONCEPTO CLASICO DE MONSTESQUIEU

La interpretación que acaba de exponerse de la separación de poderes según Montesquieu ha sufrido gran número de ataques. Entre ellos el más fundamentado, el más coherente y en su época, el más novedoso, es, a juicio de la doctrina contemporánea, el formulado en Francia por el profesor de la Universidad de París, Charles Eisenmann, en el artículo denominado "L'Esprit des Lois et la séparation de pouvoirs", publicado en los *Melanges* ofrecidos a Raymond Carré de Malberg en 1923.²⁵

Sostiene Eisenmann que la llamada interpretación clásica es errónea, pues del estudio de la obra de Montesquieu y de su Constitución ideal, se desprende que ninguna de las tres autoridades recibe la totalidad de una función ni domina esa función ni está especializada únicamente en esa función.²⁶ ¿Cómo podría un poder detener a otro poder si ambos no ejercen conjuntamente la misma función?²⁷

Este planteamiento encuentra su base en los siguientes aspectos del esbozo de Constitución propuesto en el Capítulo VI del Libro XI del *Espíritu de las Leyes*, que citamos a manera de ejemplo:

- 1) El Monarca tiene un derecho de veto absoluto.
- 2) El poder legislativo "tiene el derecho y debe tener la fa-

24. *Esmein: op. cit.*, pp. 464-465.

25. En Alemania fueron también de gran importancia las críticas de Rehm en *Zeitschrift für das Privatund öffentliche Recht der Gegenwart*, y de Struck, W.: "Montesquieu als Politike", in *Historische studien*.

26. "L'Esprit des lois et le Separation des pouvoir", in *Melanges Carré de Malberg*, 1933, p. 171.

27. Robert, Jacques: *Introducción a L' Esprit des Lois*, París, Seghers, p. 29.

cultad para examinar de qué manera las leyes que hizo han sido ejecutadas" (control sobre el Ejecutivo).

- 3) Tanto la acción como el conocimiento de ciertos procedimientos criminales corresponden al Parlamento.

Los órganos estatales no se encuentran separados funcionalmente en el sistema de Montesquieu ni es exacto que en una interpretación rígida pueda decirse que las autoridades no pueden tener medios de actuar unas sobre otras. Por ejemplo: el gobierno convoca al Parlamento y prorroga sus sesiones. No hay tampoco separación material de todos los órganos estatales, puesto que los ministros deben rendir cuentas al Parlamento. En consecuencia, el régimen descrito por Montesquieu no es un régimen de separación de autoridades estatales.²⁸

Se pregunta entonces Eisenmann, anticipándose a las dudas que puedan surgir al lector, ¿cuál sería el origen de la tesis interpretativa errónea?

No surge, en todo caso, del examen de las soluciones concretas propuestas por el *Espíritu de las Leyes* al problema constitucional. El factor de error proviene de que se creyó que el propio Montesquieu había establecido un principio tan categórico y tan claro que no quedaba lugar para discusión alguna: este principio era el de la separación de los órganos estatales, efectivamente formulado pero del cual surgieron interpretaciones que lindan con el absurdo, como lo demuestra el siguiente razonamiento:²⁹ todos concuerdan en reconocer que una de las ideas políticas de Montesquieu era el disponer las cosas en forma tal "que el poder detenga al poder". Es decir, que todo órgano político encuentre otro órgano que pueda exitosamente oponerse a su voluntad. Es evidente, entonces, que si dos órganos pueden detenerse mutuamente quiere decir que ambos deben prestar su consentimiento, cualquiera que sea la forma de éste, a una misma decisión. Es decir, que hay ejercicio conjunto de la misma función. *A contrario* puede decirse que si se ha confiado a dos órganos funciones políticas diferentes, vale decir, que si pueden decidir solos en forma valedera y definitiva, ellos no podrán obstaculizarse mutuamente. Consiguientemente la

28. Eisenmann: *op. cit.*, pp. 172-173.

29. *Idem*, p. 173.

idea de separación funcional es intrínsecamente contraria a la idea de control mutuo por la absoluta incompatibilidad lógica.³⁰

Por otra parte, siguiendo el desarrollo del mismo Eisenmann cuando Montèsquieu distingue los tres poderes, ello no significa que a una misma autoridad le está vedado participar en dos funciones; o que sólo debe tener atribuciones de un mismo tipo; o que no debe ser miembro de dos órganos; u órgano de dos funciones; y que en consecuencia los órganos de dos funciones o de las tres no deben tener ningún elemento en común. *Lo que simplemente quiere decir es que no deben dos de estas funciones concentrarse íntegramente en las mismas manos.* No se plantea la especialización o separación funcional de las diferentes autoridades, sino simplemente la no identidad del órgano de las tres o de dos de las tres funciones.³¹

Madison lo entendió perfectamente al decir que "cuando la totalidad del poder de un departamento es ejercido por las mismas manos que poseen la totalidad del poder de otro departamento, los principios fundamentales de una Constitución se ven derribados".³²

Sí hay entonces un claro vínculo entre el pensamiento de Montesquieu y la doctrina de la separación de poderes, pero esta separación se limitaba para el autor del *Espíritu de las Leyes* a que las funciones estatales deben ser ejercidas por órganos distintos. Para que los poderes estén separados basta que los órganos de las diferentes funciones no sean idénticos.³³

Esto es lo que se requiere para impedir la arbitrariedad y el limitarse a ello brinda a la concepción de Montesquieu una nueva dimensión, ya que la separa de una dogmática separación funcional que pudo adaptarse al Estado liberal burgués, pero que resulta en absoluto inadecuada para el Estado Social de Derecho. El principio de la separación de poderes existe y existirá entonces en toda Constitución que no sea absolutista.

Por lo antes dicho puede uno percatarse que ha sido causa de confusión el llamar al Parlamento "poder legislativo" y al Gobierno "poder ejecutivo". Estas denominaciones no corresponden con exactitud a las competencias que han sido atribuidas a los órganos.

30. *Idem*, p. 173.

31. *Idem*, pp. 177-178.

32. *El Federalista*.

33. Eisenman: *op. cit.*, p. 180.

Así, por ejemplo, el Parlamento no sólo no tiene la exclusividad de la función legislativa, sino que además ejerce, y cada día con mayor importancia, la función de control del ejecutivo.³⁴ La terminología es, por lo demás, equívoca, ya que se emplean alternativamente las mismas expresiones para designar las funciones y los órganos que las ejercen.³⁵

En resumen, puede decirse que el objetivo perseguido por Montesquieu es la moderación. "No es simple respeto a la legalidad, sino el equilibrio de los poderes entre las potencias, y la limitación o moderación de las pretensiones de una potencia por el poder de las otras. La famosa separación de poderes es sólo reparto moderado del poder entre potencias determinadas: el rey, la nobleza y el pueblo".³⁶

II

LA SEPARACION DE PODERES EN VENEZUELA

A. ANALISIS HISTORICO

La teoría de la separación o división de poderes no ha sido objeto de discusión o de polémica que haya dividido al país en el transcurso de nuestra historia. Ello se explica por el hecho de que la polémica se ha planteado entre legalismo, civilismo y Estado de Derecho, por una parte, y autocracia, paternalismo y gendarme necesario, por la otra. La separación de poderes fue y es, obviamente, pilar fundamental del primer planteamiento.

El principio ha sido siempre aceptado y recogido por nuestros textos constitucionales.³⁷

34. *Vid infra*.

35. Eisenmann: *op. cit.*, p. 172, nota N° 1.

36. Althusser, Luis: *Montesquieu, la Política y la Historia*, p. 123.

37. Constitución de 1811: Preliminar y artículo 189; 1819: art. 2° del título V; 1821: art. 10; 1830: art. 7 y 8; 1857: art. 6 (se agrega el Poder Municipal como cuarto poder); 1858: art. 10; Los textos de 1864, 1874, 1881, 1891 y 1893 recogen el principio, pero no hacen expresa declaración; 1901: art. 30; 1904: art. 29; 1909: art. 34, el Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 pauta la confusión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y por ello no se plantea la separación de poderes; 1914: art. 33; 1922: art. 33; 1925: art. 51; 1929: art. 51; 1931: art. 51; 1936: art. 50; 1945: art. 51; 1947: art. 137; 1953: art. 59, y 1961: art. 118. Ver: Picón Rivas, Ulises: *Índice Constitucional de Venezuela*, y Mariñas Otero, Luis: *Las Constituciones de Venezuela*.

No significa lo antes dicho que la separación de poderes pueda ser objeto de un análisis uniforme u homogéneo en los 168 años de vida independiente.

Debe establecerse una primera distinción en el período de 1811 a 1848 que, pese a ser en parte tiempo de guerra, fue muy rico en discusión doctrinaria: En una primera fase se busca una separación de poderes como antídoto contra la tiranía, sin percatarse del desequilibrio que se produciría en beneficio del Parlamento.³⁸ Luego se impone la tesis de una repartición del poder en la que adrede se le asigna primacía al Ejecutivo.

Después de 1848 transcurre más de un siglo durante el cual, salvando algunos intervalos excepcionales, la separación de poderes queda plasmada en las "constituciones de papel", mientras que la realidad política enseña que ni el poder legislativo ni el poder judicial pueden detener al poder del caudillo.

En el Preliminar de la Constitución Federal de 1811 queda asentado que el ejercicio de la autoridad "confiada a la Confederación, no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El Poder Supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y confiados a distintos cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades", y más adelante, en el artículo que trata de los derechos del hombre en sociedad, agrega que "los tres departamentos esenciales del gobierno, a saber, Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, es preciso que se conserven tan separados e independientes el uno del otro cuando lo exija la naturaleza de un gobierno libre; o cuando es conveniente con la cadena de conexión que liga toda la fábrica de la Constitución de un modo indisoluble de amistad y unión".³⁹

Más allá de esta declaración de principios pueden hacerse dos observaciones en relación a la Constitución de 1811.

1) La organización de los poderes se inspira evidentemente de la Constitución norteamericana de 1787: un poder Legislativo compuesto por dos Cámaras —la primera representando a las Pro-

38. El autor Héctor Fix Zamudio constata un desequilibrio similar en la primera Constitución mexicana y lo atribuye a la influencia indirecta de Juan Jacobo Rousseau. Ver: "Valor Actual del Principio de la División de Poderes y su Congregación en las Constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Nos. 58 y 59, 1967.

39. Apéndice del tomo II de la *Historia Constitucional de Venezuela*, de Gil Fortoul, José, pp. 374 y 407-408.

vincias y la segunda a la población—; un poder Ejecutivo elegido indirectamente por el pueblo y con un mandato de cuatro años. Pero frente al equilibrio que la separación de poderes presenta en el modelo norteamericano que se instrumenta gracias al ingenioso mecanismo de los *checks and balances*, en la Venezuela del año 11 se reemplaza al Presidente de los Estados Unidos de América por un Ejecutivo colegiado de tres miembros. Puede allí haber influencia de los tres cónsules de la Constitución francesa del año VIII, como lo señala Chevalier,⁴⁰ pero en todo caso la fórmula triunviral, al faltar la personalidad descollante del Primer Cónsul, debilita tremendamente al Ejecutivo, como en forma clara lo evidenció Simón Bolívar en el Discurso de Angostura y se va a pasar casi de la dictadura a la Asamblea a la dictadura de Miranda.⁴¹

2) El debilitamiento del Ejecutivo y el correspondiente fortalecimiento del Legislativo, señala Carrera Damas, "bien pueden tomarse por signos de ese odio al despotismo que de nuevo surgirá durante el debate sobre la organización del Estado en la Segunda República". Pero "sería un error —agrega— creer que esta reivindicación de la libertad por la burguesía y los terratenientes criollos conservada en la práctica la pureza del principio doctrinario. Imbuidos de un ideario liberal, cuya afanosa explicación tropezaba con una realidad económico-social que la contradecía en muchos aspectos, entienden que la adaptación necesaria de este ideario preserve sus específicos intereses de clase".⁴²

40. Chevalier, Jean-Jacques: "L'influence des Lumières et de la Révolution Française sur l'Organisation des Pouvoirs dans les Premières Constitutions de l'Amérique Latine", en *Pensamiento Constitucional de Latinoamérica 1810-1830*, vol. IV, Publicaciones de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1962, p. 235.

41. La rigidez en la separación de poderes en esta Constitución sufre de una importante excepción —por lo demás muy extraña, aunque pudiera también allí detectarse una influencia francesa—, cual es el hecho de que las sentencias de los jueces no gozan de una autoridad completa, pues pueden ser revisadas por el Ejecutivo, quien las rechaza "en caso de injuria evidente y notoria que irroge perjuicio irreparable".

42. Carrera Damas, Germán: "Algunos Problemas Relativos a la Organización del Estado durante la Segunda República Venezolana", pp. 368 y 369, en *El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica, 1810-1830*, vol. II. Es interesante notar que según Louis Althusser, el autor del ideario de la separación de poderes también perseguía la salvaguardia de un interés de clase. Dice Althusser que la nobleza "se convierte —en el esquema de Montesquieu— en una clase cuyo futuro personal, posición social, privilegios y distinciones quedan garantizados contra las empresas del Rey y del pueblo. De tal suerte que los nobles estarán al abrigo del Rey y del pueblo en su vida, en sus familias y en sus bienes. No se podrían asegurar mejor las condiciones de perennidad de una clase decadente a quien la historia arrancaba y disputaba ya sus viejas prerrogativas". Montesquieu: *La Política y la Historia*, p. 126.

La situación de desequilibrio consagrada en la Constitución Federal y sus efectos nefastos fueron previstos por el General Francisco de Miranda. En efecto, el Precursor formó parte del grupo de nueve diputados que firmaron la Constitución con reparos o protestas, y bajo su firma quedó expresado en el acta: "Considerando que en la presente Constitución los Poderes no se hallan en justo equilibrio..." "pongo estos reparos en cumplimiento de mi deber".⁴³ Unos días antes el futuro generalísimo había advertido que "hasta los niños que han leído la historia saben, que mil doscientos hombres escogidos en Francia, como lo hemos sido nosotros, se arrogaron todos los poderes, se volvieron unos malvados e inundaron de luto y desolación a su patria". "Los cuerpos colegiados pueden ser tiranos cuando no hay exacta división de poderes".⁴⁴ Por lo demás, Miranda siempre creyó que los males de la Francia revolucionaria provinieron de la violación de la doctrina de Montesquieu al confundirse los poderes en tiempos de la Convención.⁴⁵ El General criticó a la Convención el haber trasladado todo su poder al Comité de Salvación Pública, usurpando así la función ejecutiva del Consejo previsto en la Constitución de 1793. Miranda se pronunciaba, siguiendo a Montesquieu, en favor de la igualdad de los poderes y así lo hizo saber a la opinión francesa en julio de 1795 cuando publicó una "*Opinion du Général Miranda sur la situation de la France et sur les remèdes à ses maux*".⁴⁶

La experiencia de la Primera República altera la concepción inicial en la que el poder legislativo era, como decía Roscio, "lo más noble de la soberanía".⁴⁷ Bolívar saca provecho al pasado y afirma que "el equilibrio de los poderes debe distribuirse en dos modos: En las Repúblicas el Ejecutivo debe ser el más fuerte, porque todo conspira contra él; en tanto que en las monarquías, el más fuerte debe ser el Legislativo, porque todo conspira en favor del monarca".⁴⁸ Apoyándose en el ejemplo inglés agrega más adelante: "Abandonemos las formas federales que no nos convienen;

43. Gil Fortoul, José: *op. cit.*, Tomo I, p. 270-271.

44. Discurso pronunciado en el Congreso Federal en la Sesión del 1º de julio de 1811, citado por Parra Pérez, Caracciolo: en *Historia de la Primera República de Venezuela*, Tomo II, pp. 52 y 53.

45. Parra Pérez, Caracciolo: *op. cit.*, Tomo II, p. 182.

46. Citado por Parra Pérez, Caracciolo: *Miranda et la Revolution Française*.

47. Roscio, Juan Germán: "Triunfo de la Libertad sobre el Despotismo", en *Testimonios de la Epoca Emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, p. 81.

48. Discurso de Angostura.

abandonemos el triunvirato del Poder Ejecutivo; y concentrándolo en un Presidente, confiémosle la autoridad suficiente para que logre mantenerse luchando contra los inconvenientes anexos a nuestra reciente situación, al estado de guerra que sufrimos, y a la especie de los enemigos externos y domésticos, contra quienes tendremos largo tiempo que combatir. Que el Poder Legislativo se desprenda de las atribuciones que corresponden al Ejecutivo; y adquiera no obstante nueva consistencia, nueva influencia en el equilibrio de las autoridades. Que los Tribunales sean reforzados por la estabilidad y la independencia de los jueces, por el establecimiento de los Jurados, de Códigos civiles y criminales que no sean dictados por la antigüedad, ni por Reyes conquistadores, sino por la voz de la naturaleza, por el grito de la Justicia, y por el genio de la sabiduría".⁴⁹ Este refuerzo al Poder Ejecutivo no significa que Bolívar abandone a Montesquieu, pues el Ejecutivo fuerte no significa un Ejecutivo despótico. Y al igual que el autor del *Espíritu de las Leyes*, piensa que debe existir un cuerpo intermedio entre el gobierno y el pueblo, entre el Ejecutivo y la representación democrática. Ese cuerpo intermedio es en Inglaterra la Cámara de los Lores y Bolívar propone en Angostura la creación de un Senado hereditario.⁵⁰

La prueba más fehaciente de la creencia del Libertador en la separación de poderes la constituye la independencia con que actuó el Congreso de Angostura en relación a sus sugerencias. A pesar de que esa Asamblea se instala y debe su existencia a Bolívar, y que está formada por amigos, consejeros y admiradores suyos, las principales innovaciones propuestas en el Discurso fueron rechazadas.⁵¹

A medida que el Libertador va precisando su pensamiento, va ubicando los dos riesgos que se presentan a las nuevas Repúblicas: la anarquía y la tiranía. No basta entonces la separación de poderes para evitar la tiranía, pues, tal como la afirma en su mensaje a la Convención de Ocoña, comentando la Constitución de Cúcuta, el poder Legislativo tiene sometido al Ejecutivo y "mucho más parte en la administración general que la que el interés legítimo per-

49. *Ibidem*.

50. Fraga Iribarne, Manuel: "La Evolución de las Ideas de Bolívar sobre los poderes del Estado y sus relaciones", en *El Pensamiento Constitucional de Latinoamérica 1810-1830*, Tomo IV, p. 82.

51. Oropeza, Ambrosio: *Evolución Constitucional de Nuestra República*, p. 61.

mite". Ha sido un error poner "toda la fuerza en la voluntad y toda la flaqueza en el movimiento".⁵² El pensamiento del Libertador en relación a la separación de poderes encuentra también expresión en la Constitución boliviana. En carta al General Santander escribía en setiembre de 1825: "En general la Constitución está muy bien trabada, y el discurso que daré para probar su utilidad será muy fuerte. No dudo que será mejor que el otro de Angostura, pues ya no estoy en estado de transigir con nadie".⁵³ Y en carta al Mariscal Sucre la califica de transacción "de la democracia con la aristocracia y del imperio con la República".⁵⁴ En el texto boliviano se incrementa la tendencia de reformar el Ejecutivo estableciendo la jefatura del Estado vitalicio, que "viene a ser en nuestra Constitución como el sol, que firme en su centro da vida al universo"⁵⁵ y busca el equilibrio de las fuerzas políticas, creando un cuarto poder, el Poder Electoral. La Constitución vitalicia duró poco en Bolivia y casi nada en Perú, y sobre ello opina Víctor Andrés Belaúnde que "el sistema demasiado complejo y lleno de errores, cometía uno básico: intentar fundar un régimen mixto sobre los extremos del cesarismo y la demagogia, sin nada en medio para conciliarlos. Por otra parte, en una República vitalicia las crisis políticas sólo se resuelven por golpe de estado, si no se llega a una dictadura permanente, con tal anulación de los otros poderes".⁵⁶ No había concertación forzosa entre los poderes ni tampoco podía el poder detener al poder.

La experiencia de la Primera República fue la de mayor influencia posterior y será determinante para la elaboración de la Constitución de 1830 y ya en 1824 señalaba Francisco Javier Yanes que "aunque en el régimen representativo la soberanía reside en el poder legislativo, debe cuidarse que ni el ejecutivo ni el judicial sean ciego instrumento de aquel".⁵⁷

Afirma Ambrosio Oropeza que la Constitución de 1830 no es una mera construcción ideológica, sino que constituye un real y verdadero compromiso entre las fuerzas que deciden el futuro de la República "y estas fuerzas son el caudillo que enfrenta la pro-

52. 1º de mayo de 1828.

53. Citado por Fraga Iribarne, Manuel: *op. cit.*, p. 87.

54. *Ibidem.*

55. *Ibidem.*

56. *Bolívar y el Pensamiento Político de la Revolución Hispanoamericana*, p. 250.

57. *Manual Político del Venezolano*, Academia Nacional de la Historia, p. 73.

pensión tumultuaria de los revoltosos y el patriciado civil que establece las bases de una filosofía social, los medios y los fines que permiten a toda comunidad civilizada el avance del progreso humano".⁵⁸ Se le entrega el gobierno a Páez con la condición de que reconozca una ley suprema reguladora del interés colectivo y el caudillo acepta la condición.

La Constitución del año 30 establece la separación de poderes, pero más importante que la declaración principista es el hecho de que durante dieciséis años —entre 1830 y 1846— los poderes actuaron con relativa independencia y que el Parlamento, en cierto modo, ejercía un control sobre el Ejecutivo, expresión del compromiso que antes se señalaba entre el caudillo y los civiles, o como lo afirma Ramón Escovar Salom, no como una tendencia constitucional sino como producto de la necesidad en que se encontraba la incipiente burguesía caraqueña de controlar y limitar el extraordinario poder personal de José Antonio Páez.⁵⁹ Pero lo que realmente importa es que los caudillos militares —Páez o Soublette— respetaran los límites impuestos al poder por ellos ejercido y que, más aún, restableciera, el primero, el imperio de la Constitución cuando la Revolución de las Reformas.

Lamentablemente el equilibrio de los poderes no dura más allá de 1846. Según Oropeza, el compromiso de 1830 pierde fuerza al surgir el Partido Liberal, circunstancia que debilita a la oligarquía civilista y mengua la autoridad del general Páez, objeto de constantes ataques por parte de la nueva oposición.⁶⁰ La quiebra del compromiso y del equilibrio de 1830 abre la puerta al poder personal, al poder fuera de la Constitución y pone fin a la separación de poderes. Para Escovar Salom, la causa es otra. Afirma que "el constitucionalismo de 1830 resultó la expresión de confusas ideas democráticas, de vagos principios administrativos, de informes preocupaciones políticas. Los patricios de la oligarquía, muchos de ellos de ejemplar honestidad administrativa, concebían un país ciudadano, cuyas fuentes vitales imaginaban en las urbes, sin conexión con el territorio donde masas embrutecidas desconocían lo que se discutía en los Congresos y se estampaba en las constituciones".⁶¹

58. "El Estado Constitucional Venezolano", en *Política*, N° 34, p. 17.

59. *Evolución Política de Venezuela*, p. 124.

60. *Op. cit.*, p. 21.

61. *Op. cit.*, pp. 61-62.

Cualquiera que haya sido la causa de la interrupción del experimento que se ha bautizado con el nombre de "oligarquía conservadora", lo que se puede constatar es que para la elección del general José Tadeo Monagas la separación de poderes tenía vigencia y que dejó de tenerla en fecha cierta: el 24 de enero de 1848. Debe recordarse que en ejercicio de una atribución constitucional el Parlamento se preparaba a enjuiciar al Jefe del Estado, cuando fue asaltado por la turba dirigida por Monagas. Con respecto a la responsabilidad del Presidente en los hechos del 24 de enero, dice Augusto Mijares: "Mucho se ha discutido si aquel caudillo preparó o sólo toleró, la dispersión sangrienta de la Cámara de representantes, el 24 de enero del 48, y si es suficiente disculpa para su actitud el espíritu de facción que animaba a la mayoría de los diputados. El mismo Monagas logró anular estos intentos de exoneración, puesto que más escandaloso aún que el hecho mismo en discusión fue haber declarado día de fiesta nacional aquella fecha fatal, equiparándola a las más respetadas de la nacionalidad".⁶² Los sucesos de enero del 48 marcan sin duda una etapa importante en la historia de la separación de poderes en Venezuela, por ello oiremos las opiniones de José Gil Fortoul, Francisco González Guinand y Ambrosio Oropeza. Sobre este hecho dice Gil Fortoul: "El 24 de enero se abre un paréntesis en que el Poder Legislativo pierde sus prerrogativas, porque si bien Monagas se plegó al sensato consejo del Vicepresidente Urbaneja de volver a reunir el Congreso, no hubo ya en él oposición constitucional, por el apartamiento de los Representantes que la dirigían y el justificado miedo que enmudeció a los otros".⁶³ Y agrega González Guinand: "El 24 de enero, visto a través de nuestra agitada democracia, es una triste efemérides que vino a postrar la República, a desnaturalizar el parlamentarismo, a aumentar en el hecho la autoridad autocrática de nuestro poder ejecutivo, a matar las bellas ilusiones del patriotismo, a darle mayor vigor al nocivo poder personal, a envenenar más aún las corrientes de la política, a destruir la independencia y seriedad de los partidos y a erigir la infame y monstruosa guerra civil en árbitro funestísimo de nuestras querellas y de nuestras ambiciones".⁶⁴ Por último completa Oropeza: "No bien pretendían algunos parla-

62. *La Interpretación Pesimista de la Sociología Hispamoamericana*, p. 145.

63. *Historia Constitucional de Venezuela*, Tomo II, p. 309.

64. *Historia Contemporánea de Venezuela*, Tomo IV, p. 417.

mentarios ilusos oponer a los designios presidenciales la autoridad que la Constitución garantiza, cuando el golpe monaguero sirve para recordar que los Congresos en Venezuela no son esas Asambleas augustas que conmueven de entusiasmo a los panegiristas del legalismo, sino cuerpos anodinos que allí están para sancionar sin examen ni juicios incómodos, la voluntad de quien realmente gobierna".⁶⁵ Del 24 de enero en adelante la separación de poderes será un mito: los congresantes saben el riesgo que corren si se rebelan.

De 1846 hasta 1936 Venezuela va a conocer 16 constituciones y un Estatuto Constitucional Provisorio, lo que no significa que la estructura y la dinámica política del país haya sufrido modificaciones sustanciales. Ramón Escovar Salom, utilizando la terminología y las tesis de Herman Heller, dice con acierto, que habrán dos constituciones paralelas, "las cuales algunas veces registran oposiciones, tensiones y otras, verdadero predominio de una sobre la otra. Por un lado parte de nuestra vida política se ha sometido a la llamada constitución jurídica o constitución normada. Otra parcialidad de nuestra vida nacional ha discurrido bajo el imperio de la constitución no escrita, no normada".⁶⁶ Heller decía que el Estado puede crear normas, pero que sólo serán derecho vigente en la medida en que las normas salen de su existencia de papel para confirmarse en la vida humana como poder.⁶⁷

Mucho se ha hablado en Venezuela de las "constituciones de papel". Oropeza nos recuerda que la primera de ellas fue la de 1857 y las define como "una ley que literalmente no se diferencia de las constituciones legítimas salvo en una sólida disposición que permite la derogación o suspensión indefinida de todo un extenso articulado cuidadosamente elaborado por juristas sin creencia ni conciencia de la justicia: la que confiere al César facultades extraordinarias. Por consiguiente, una ley que nadie cumple pero que sirve muy bien para que el César diga que no es el Jefe de una tribu sino el Presidente constitucional de una República".⁶⁸

Habrá, a veces, aparente separación de poderes pero una sola voluntad en el mando, lo que concretará el riesgo de tiranía que

65. *Evolución Constitucional de Nuestra República*, p. 16, al comentar la doctrina positivista en relación a la división de poderes.

66. *Op. cit.*, p. 17.

67. *Teoría del Estado*, p. 287.

68. *Op. cit.*, p. 24.

Montesquieu vislumbraba en el *Espíritu de la Ley*. Es el gobierno del "Gendarme", que como bien señala Mijares, no recibe este nombre por la paz y el orden que la palabra puede llevar consigo, sino por lo que ella indica de autoridad discrecional, irresponsable y expedita.⁶⁹ La separación de poderes no existe bajo el gendarme, bastaría recordar, a manera de ejemplo, que en 1888 el Congreso quiso elegir un Consejo Federal crespista para lograr la elección de Joaquín Crespo. Guzmán Blanco, dejando a un lado la inmunidad de los parlamentarios, hizo arrestar a varios de ellos, cambiando así la correlación de fuerzas para lograr la elección de Rojas Paúl. La separación de poderes es algo tan inexistente en estos tiempos que Rafael F. Seijas pudo escribir: "...tiene el Presidente tal ilimitada autoridad, que en él llegan a reunirse los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El primero porque él forma el Congreso con su recomendación, el segundo por la facultad que tiene de nombrar y remover a los empleados nacionales, aun a los ministros responsables; y el tercero porque nombra y quita a los jueces y autoridades judiciales que nunca resuelven negocios de importancia, sin tomar antes las órdenes del Presidente. De suerte que la libertad individual, la propiedad, el hogar, la industria, la constitución y las leyes dependen de la voluntad del Presidente. Si quiere prender a un ciudadano se le prende; si quiere allanar una casa, se la allana; en una palabra, su capricho se sustituye a todo".⁷⁰

Habrà, sin embargo, momentos de extrema excepción en los cuales la separación de poderes vuelve a ser, como decía Pedro Gual, "forma esencial del gobierno democrático",⁷¹ pero lo normal durante el período que va desde 1848 hasta 1936 no pasará de ser un punto de programa para exiliados, en forma expresa o comprendida dentro del pedimento global del regreso al gobierno civilista. Ejemplo claro del primer caso fue el libro escrito en Nueva York en 1890 por Jesús Muñoz Tébar titulado *El Personalismo y el Legalismo*, en el cual se traza el programa de un Partido Legalista y se propone un artículo para ser incluido en todas las constituciones de Hispanoamérica que dice así: "Ninguna de las Cámaras Legislativas, ni el Congreso Nacional, ni las Legislaturas de los Estados,

69. Mijares, Augusto: *La Interpretación Pesimista de la Sociología Hispanoamericana*, p. 161.

70. *El Presidente*, Madrid, 1891, p. 1, citado por Wolf, Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, p. 271.

71. Discurso de la Convención de Valencia.

podrán en ningún caso, por ningún motivo, ni bajo ningún pretexto, conferir *facultades extraordinarias* o dar *votos de confianza* a los presidentes de la República ni a ninguna persona o corporación pública del Poder Ejecutivo".⁷²

En 1936, dice Mariano Picón Salas, empieza el siglo xx en Venezuela. Es también la muerte de Gómez el inicio del regreso a la tradición civilista en nuestro país. Ambrosio Oropeza, en 1944, juzgando los ocho años anteriores, reconoce un ejercicio efectivo de las libertades públicas y "la realidad de un orden jurídico no intervenido por la violencia y la brutalidad irrefrenada del gendarme", y anuncia la derrota de la vieja tesis pesimista que ve en la incurable propensión del pueblo venezolano a la revuelta y al desorden, el socorrido argumento para la recaída en el cesarismo y la autocracia.⁷³

Pero no es época todavía de vigencia del principio de la separación de poderes consagrado en la Constitución de 1936. El camino hacia la democracia que transita Venezuela es producto de la autolimitación del hombre fuerte. No se niega el papel que en ese sentido juegan los nacientes partidos, los grupos sindicales o estudiantiles y la opinión pública, lo que se quiere evidenciar es que el Presidente de la República no encuentra en el Parlamento la limitación de su poder. Ramón José Velásquez recuerda los planteamientos del Partido Acción Democrática en relación al régimen del general López Contreras: Se criticaba "la confusión entre los poderes legislativo y ejecutivo de la nación en donde los directores de ministerios y consultores jurídicos de los despachos oficiales se transformaban durante tres meses en senadores y diputados para aprobarse sus propias cuentas".⁷⁴ El mismo autor analiza los gobiernos de López y Medina y anota que la base de sustentación del gobierno no había cambiado desde Castro en 1899. "El ejército es el brazo armado del jefe y el jefe es al mismo tiempo Presidente de la República, gran elector del Congreso Nacional, gran elector de la Corte Federal, gran electoral de senadores y diputados y de Asambleas Legislativas y al mismo tiempo comandante en jefe del ejército. Estas Asambleas Legislativas nombradas mediante listas

72. *Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX*, Vol. II, *Liberales y Conservadores*, citado por Suárez, Naudy: *El Proyecto Nacional Venezolano* (en preparación).

73. *Evolución Constitucional de Nuestra República*, p. 138.

74. *Venezuela Moderna - Evolución Política*, pp. 46 y 47.

enviadas desde Miraflores, elegían a su turno a los senadores y los Concejos Municipales, escogidos de la misma manera se reunían en Asamblea estatal para elegir a los diputados al Congreso y estos senadores y estos diputados elegían al Presidente de la República".⁷⁵ El tratadista Wolf coincide en este planteamiento cuando escribía en 1945 solicitando el hacer más efectivo el principio de la separación de poderes. Recordaba que para la fecha el Congreso no emanaba directamente del pueblo; que la práctica electoral favorecía a los candidatos del gobierno, dando al poder ejecutivo una preponderancia extraconstitucional en la composición del poder legislativo. Insistía en que senadores y diputados, por sentirse nombrados por el Ejecutivo carecían de independencia para garantizar la separación de poderes. Planteaba la necesidad de reformar la Constitución para hacer incompatibles las funciones ejecutivas y legislativas.⁷⁶

La transformación política que se origina el 18 de octubre de 1945 algo va a traer en relación a la separación de poderes. Durante 14 meses, hasta la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, la Junta de Gobierno gobernará sola. A partir de 1946 funciona la Asamblea para cuya elección el partido de gobierno obtuvo el 78,43 por ciento de los sufragios.⁷⁷ Esta Asamblea, a pesar de la mayoría oficialista tendrá en relación al tema que nos ocupa una gran importancia, pues significará el renacimiento de la vida parlamentaria en Venezuela en términos que quizás no se habían visto desde la Convención de Valencia de 1858. El 6 de enero de 1948 se elegirá un nuevo Presidente y un nuevo Congreso. Nuevamente la mayoría alcanzada por el partido que respaldaba al Presidente Gállegos hace que el tema de la independencia del Parlamento quede de lado.⁷⁸

La época de 1948 a 1958 marca un nuevo intermedio en el camino hacia la sociedad civilista. Nuevamente el Congreso pasa a depender en forma absoluta del Poder Ejecutivo y de la voluntad del Dictador.

75. *Idem*, p. 63.

76. Wolf, Ernesto: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, p. 283-284.

77. La composición de la ANC era la siguiente: Acción Democrática: 137 diputados; Copei: 19; URD: 2; PCV: 2. cfr. Veloz Mancera, Armando: *Manual Electoral*, p. 8.

78. Acción Democrática: 28 senadores, y 83 diputados; Copei 4 y 16; URD: 1 y 4; PCV: 1 y 3; URF: 2 y 3.

B. LA SEPARACION DE PODERES EN LA CONSTITUCION DE 1961

El 23 de enero de 1961 entró en vigencia una nueva Constitución. Tal como se dijo al inicio de este trabajo, al artículo 118 del nuevo texto dice: "Cada una de las ramas del poder público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". ¿Cuáles son las funciones que deben ser desempeñadas en un Estado? Recordemos con Carré de Malberg:

- 1) Dictar normas que tengan la mayor autoridad en el orden jurídico.
- 2) Ejecutar estas normas.
- 3) Plantear, en casos de diferendos, decisiones específicas con fuerza de cosa juzgada.⁷⁹

Para referirse a la potestad del Estado venezolano nuestras constituciones han hablado, sobre todo a partir de 1901, del Poder Público. Esta noción de Poder Público, como acertadamente afirma el profesor Allan Brewer Carías, no tiene sentido orgánico.⁸⁰ El Poder Público, por tanto, como potestad estatal no existe ni ha existido en la realidad política-administrativa venezolana como un ente funcionante, orgánicamente considerada, sino como un concepto jurídico que representa las funciones del Estado venezolano. El Poder Público viene a constituir el reconocimiento del Estado como unidad. El Poder del Estado es indivisible, aun cuando pueda aceptarse el principio de la división de los poderes, porque existe un puente de unión entre los mismos que es, en un Estado democrático, el pueblo.⁸¹ Es este el sentido del artículo 4 de la Constitución, que dice: "La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público". Ahora bien, en la evolución constitucional venezolana, el Poder Público se ha distribuido en el Poder Federal o Nacional; el Poder Estatal y posteriormente —1925— el Poder Municipal y las diferentes constituciones han señalado que el Poder Federal o Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

79. "Informe de Charles Eisenmann a las jornadas de estudio en homenaje a Carré de Malberg", en *Anales de la Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Estrasburgo*, Tomo XV.

80. *Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 214.

81. Ver Jellineck, Georg: *Teoría General del Estado*, pp. 373-376.

Por estas razones, cuando la Constitución vigente habla de "las ramas del Poder Público", se puede prestar a confusión y a entender que tales ramas son el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal en vez del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. En este sentido dice el ya citado Brewer Carías: "Estas «ramas» del Poder Público que la Constitución presume múltiples, no pueden ser otras que el Poder Nacional, el Poder Estatal y el Poder Municipal, en el sentido de distribución del Poder Público en tres niveles de entidades territoriales, por lo que no parece correcto considerar que la referencia a «ramas del Poder Público» se hace pensando únicamente en la división del Poder entre Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Y ello particularmente porque para haberse referido a la división del poder, el constituyente habría tenido que referirse a algunas de las «ramas» del Poder Público en especial, tal como lo hicieron todos los textos constitucionales de 1901 a 1953. El Poder Nacional, por ejemplo (como rama del poder público), se divide en Poder Legislativo Nacional, Poder Ejecutivo Nacional y Poder Judicial, pero el Poder Público como tal, nunca podría «dividirse» en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial".⁸²

Aun cuando el antes descrito razonamiento puede considerarse asistido por la lógica y conceptualmente acertado, no creemos que sea la correcta interpretación de la norma constitucional, por las siguientes razones:

a) La exposición de motivos de la Constitución, al referirse al Título IV —del Poder Público— dice comentando el artículo 118: "Inmediatamente se hace la definición relativa a la separación de los poderes y a la revisión que el concepto clásico de Montesquieu ha recibido en el Derecho Moderno".

b) El artículo 217 de la Constitución, relativa al Consejo de la Judicatura, pauta que "en él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público". Mal puede entenderse que el constituyente quiso dar participación en el Consejo de la Judicatura a los Estados y a los Municipios. Cuando el Congreso desarrolló la norma Constitucional con la Ley Orgánica del Poder

82. *Idem*, pp. 216-217. Brewer agrega que la Corte ha admitido esta interpretación en sentencias de la Sala Político-Administrativa de 19-2-37; 6-11-37, 4-3-41 y 17-4-41.

Judicial, dio participación al Poder Ejecutivo Nacional y al Poder Legislativo Nacional.⁸³

c) La exposición de motivos aclara que el Título IV referente al Poder Público abarca tanto disposiciones generales como las que fijan específicamente la competencia del Poder Nacional tal como lo indican los artículos, 122, 126, 127, 128, 129, 130, 132 y 135 de la Constitución, así como todo el capítulo II del Título IV.

d) La Corte Suprema de Justicia, en sentencias del 12 de junio de 1968, del 18 de mayo de 1972 y del 29 de mayo de 1972, hace uso de los términos "rama ejecutiva" o "rama legislativa", al referirse al artículo 118 de la Constitución.⁸⁴

En conclusión puede afirmarse que más riguroso hubiese sido el constituyente si en vez de hablar de "Ramas del Poder Público" lo hubiese hecho de "Ramas del Poder Nacional".⁸⁵

En segundo lugar, para proseguir el comentario acerca del artículo 118, hay que recordar que las entidades estatales actúan en virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece. Estos poderes son una aptitud para actuar en un sentido o en otro. ¿Cuáles son estos poderes jurídicos? La potestad o función de legislación, de gobierno y administración y jurisdiccional.⁸⁶ Si la división de poderes se ha establecido en la forma que la doctrina clásica denomina rígida, habría coincidencia entre cada poder y cada función. Esta identificación entre actividad del órgano y función, considerada "ingenua" por Jellineck, no existe ni ha existido en ninguna Constitución.⁸⁷ Por ello, el artículo 118 de la Constitución, si bien atribuye a cada rama del Poder Público una función propia, establece la colaboración necesaria entre los órganos que las ejercen. En palabras de Brewer Carías, "el hecho de que cada uno de esos órganos nacionales tengan funciones propias, no significa que las ejerza con carácter de exclusividad, pues no sólo en su ejercicio

83. Esta observación no escapó al profesor Brewer Carías, quien califica el artículo 217 de "contradictorio y confuso". *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 217, nota N° 29.

84. Ver Brewer Carías, Allan R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 152-157.

85. Tal como dice el artículo 137 de la Constitución de 1947.

86. Ver Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 34 y 35.

87. *Teoría General del Estado*, p. 461.

algunas veces intervienen otros órganos, sino que su ejercicio se atribuye también a otros órganos".⁸⁸ La Corte Suprema de Justicia ha sido muy clara en sentencia del 18 de julio de 1963, al afirmar: "Lejos de ser absoluto, el principio de la separación de poderes, la doctrina reconoce y señala el carácter complementario de los diversos organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus atribuciones que respectivamente les señalan las leyes y realizan eventualmente actos de índole distinta a las que por su naturaleza les incumbe. La doctrina establece que la división de poderes no coincide con la división de funciones, pues corrientemente se asignan al Poder Legislativo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder Judicial funciones administrativas...".⁸⁹ Debe señalarse, además, que la colaboración de los poderes va más allá, puesto que un poder puede interferir o intervenir en la función de otro, lo que confirma el carácter complementario de los mismos.⁹⁰

La colaboración de poderes establecida en la Constitución no implica estricta igualdad entre los poderes. En el papel la Constitución venezolana da primacía al Poder Legislativo, lo que puede evidenciarse de los siguientes elementos:

- 1) El orden del articulado coloca al Parlamento como el primero de los poderes públicos.
- 2) El Poder Legislativo puede controlar al Ejecutivo.
- 3) El Parlamento nombra a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.
- 4) Muchas importantes atribuciones del Poder Ejecutivo están condicionadas a la previa autorización del Congreso.
- 5) El Congreso aprueba el Presupuesto.

Esta preeminencia fue un hecho querido por el constituyente. El doctor Rafael Caldera pudo afirmar lo siguiente: "Cuando se elaboró la Constitución vigente se hicieron algunas reformas de importancia en cuanto a la rama legislativa del Poder Público. Podría enumerar algunas: se aumentó la autoridad del Congreso

88. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 220.

89. Brewer Carías, Allan R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 151.

90. Ver Brewer Carías, Allan R.: *Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 228-231.

en cuanto a numerosos actos de la administración, se aumentaron las atribuciones privativas de ambas cámaras, se fortaleció la inmunidad parlamentaria, se alargó el tiempo de sesiones que puede llegar prácticamente a todo el año y que antes sólo ocupaba de tres a cuatro meses, se vigorizó el papel de las comisiones —que hay que vigorizarlo más—, se suprimió la exigencia de las tres discusiones para cada proyecto de Ley en cada Cámara, se institucionalizó la Comisión Delegada”.⁹¹

Lo que sí puede afirmarse, además, es que el Poder Legislativo es ejercido exclusivamente por el Parlamento, con la única excepción de la posible legislación gubernativa prevista en el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución. Esto, si se entiende que el Poder Legislativo es el poder de dictar normas de rango legal (no nos referimos a la función legislativa que abarca sin duda al poder reglamentario). Participan del Poder Legislativo los individuos o cuerpos de quienes la Constitución exige el consentimiento para la entrada en vigor de normas legales. Sólo el consentimiento constituye un elemento del acto legislativo. Cualquier otra intervención en el proceso de elaboración de la Ley, ya sea desde un punto de vista jurídico o meramente material, no confiere a su autor una participación en el Poder Legislativo. Así quedan excluidos del Poder Legislativo quienes tienen la iniciativa (art. 165 de la Constitución) y quienes intervienen en los debates pero no deciden (artículo 170 de la Constitución). Pero también se excluye al Presidente de la República, quien sólo dispone de un veto suspensivo y las normas legales pueden ser aprobadas sin su consentimiento una vez que se ha agotado su facultad de oposición al proyecto de Ley.⁹² Ni siquiera se estaría ejerciendo la facultad de impedir —*faculté d'empêcher*— prevista por Montesquieu.

Para terminar con el análisis jurídico hay que agregar que existen en el ordenamiento venezolano, órganos que no encajan dentro de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Tal sería el caso del Consejo Supremo Electoral, de la Fiscalía General de la República, de la Contraloría General de la República, del Consejo de la Judicatura. “Estos órganos —dice Brewer Carías— tienen autonomía funcional, en el sentido de que no tienen dependencia jerárquica con ninguno de los tres órganos clásicos del Estado. Su

91. “Democracia y Reforma del Estado”, Entrevista de Alfredo Peña, p. 446.

92. Ver Carré de Malberg: *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*, Tomo II.

configuración viene a romper desde el punto de vista administrativo, la trilogía de separación orgánica de poderes que recoge la Constitución, pues muy difícilmente pueden ubicarse dentro de los tres poderes clásicos".⁹³

Tal es la situación de la teoría de la División de Poderes en la Constitución de 1961 desde un punto de vista jurídico. Corresponde ahora analizar los efectos que las normas han producido en la práctica, para luego examinar la eventual superación de dicha teoría.

C. LA SEPARACION DE PODERES Y LA PRAXIS VENEZOLANA

Parece posible visualizar en Venezuela dos sistemas políticos diferentes, productos de un mismo ordenamiento jurídico-constitucional. Situación ésta no rara en el estudio de la Historia Constitucional y de Derecho Constitucional comparado.

En efecto, observamos que el principio de la colaboración entre las distintas ramas del Poder Público que hemos venido comentando, produce sistemas de gobierno diferentes según sea la correlación de fuerzas existentes en el Congreso.

Si el Partido o coalición de partidos que sustenta el Ejecutivo posee mayoría parlamentaria, nos encontramos en presencia de gobiernos fuertes, poderosos, aptos para decidir y, en consecuencia, a enfrentar los problemas del país, pero, a su vez, proclives al abuso originado por una acción no susceptible de ser controlada —*le pouvoir n'arrête pas le pouvoir*—. La existencia de partidos disciplinados lleva a que una sola voluntad, la del Presidente de la República, líder del partido de gobierno, controle tanto el Poder Legislativo, como el Poder Ejecutivo, para no hablar del Poder Judicial. Se trata, sobre todo en el caso de gobierno de un partido mayoritario de lo que Maurice Duverger ha denominado "La Monarquía Republicana". Tales fueron los gobiernos de los Presidentes Rómulo Betancourt, de marzo de 1959 a febrero de 1962; de Raúl Leoni, de 1964 a 1968, y de Carlos Andrés Pérez, de 1973 a 1979. Reuniéndose en este último caso la plenitud de las características señaladas.

Frente a estos gobiernos con plena posibilidad de decisión, nuestra corta evolución democrática evidencia períodos signados

93. *Introducción al Estudio de la Organización Administrativa Venezolana*, pp. 10-14.

por la debilidad de un Poder Ejecutivo respaldado por una minoría parlamentaria. En esa situación se encontraron los Presidentes Rómulo Betancourt de 1962 hasta comienzos de 1964; Raúl Leoni a comienzos y a final de su mandato, y Rafael Caldera durante toda su gestión.

La comparación se hace mucho más evidente entre los gobiernos de los Presidentes Caldera y Pérez, no sólo por estar más frescos en la memoria sino porque corresponden a una época en la cual ya el sistema político se encuentra de cierta forma consolidado, no es objeto de tentativas insurreccionales y el libre juego democrático es aceptado por la inmensa mayoría de los venezolanos.

El de Caldera, como muchas veces lo ha señalado el propio ex Presidente, fue el gobierno más controlado de nuestra historia. Muchas veces la mayoría opositora se ejercitó más que en función de control como instrumento para bloquear iniciativas gubernamentales. Por el contrario, la administración del Presidente Pérez, a pesar de no contar con los votos de mayoría absoluta de los venezolanos,⁹⁴ no solamente obtuvo apoyo incondicional para todos sus proyectos legislativos y presupuestarios, sino que prácticamente escapó al control parlamentario. Tanto al control presupuestario como al político.

Parece difícil asegurar que alguna de estas situaciones —poder fuerte o poder débil— pueda ser conveniente para el país, aunque cada una de ellas lleve consigo irrefutables ventajas. Es indudable que la función de gobernar, es decir, fijar las metas de la nación y escoger los medios para alcanzarlas, requiere de concentración del poder. Sobre todo en un país de fuerte tradición presidencialista como el nuestro, donde el ciudadano ve en el Jefe del Estado el factor decisivo en la toma de decisiones. Pero, por otra parte, claramente señalaba Montesquieu que la excesiva e incontrolada concentración del poder político conduce al abuso y a la corrupción.

Ahora bien, parte de estos inconvenientes de la separación de poderes están vinculados a la crisis del Estado moderno y del principio de la Separación de Poderes en forma general.

94. Carlos Andrés Pérez obtuvo el 48,69 por ciento de los votos y su partido, Acción Democrática, el 44,54 por ciento para los cuerpos deliberantes.

D. LA SEPARACION DE PODERES CUESTIONADA

Un primer factor que debe ser analizado porque trastoca la idea misma de la separación de poderes es la declinación del Parlamento.

En la democracia clásica, el Parlamento era un lugar de discusión, de intercambio de ideas y de decisiones. En la democracia moderna el pueblo detentador del poder, sólo puede ejercerlo a través de los partidos. Si en la democracia clásica los individuos se expresaban a través de sus representantes, hoy en día las masas se expresan a través de los partidos políticos. El Parlamento es el lugar de encuentro de los representantes de los partidos para dar forma legal a decisiones tomadas con anterioridad en el seno de sus directivas partidistas. Esto es valedero tanto para la función de legislación como para la de control de la administración.⁹⁵ "El Parlamento no es ya aquel ente todopoderoso, cara al país y cara al gobierno; ya no sería cierto decir que puede hacerlo todo salvo convertir a un hombre en mujer".⁹⁶ El Poder se ha trasladado al Poder Ejecutivo, más preparado a enfrentar las nuevas tareas del Estado, mejor dotado para ellas, más eficaz que el Parlamento. Por estas razones se habla del declinar o de la crisis del Parlamento, pero ¿es sólo la crisis del Parlamento? Decía hace más de 40 años Giorgio del Vecchio: "El Estado moderno está en crisis, y que esta crisis sea más o menos manifiesta, es una verdad tan repetida que podemos, desde luego, llamarla un lugar común".⁹⁷

Está en crisis el Estado liberal, y obviamente, la parte más esencial de esta construcción, es decir, la separación de poderes, también lo está.

Las instituciones del Estado liberal se adecuaban a los fines que éste perseguía. Es decir, por una parte, la garantía de un proceso económico que se lleva a cabo mediante el juego de la competencia, el *laissez faire, laissez passer*, y por la otra la existencia de lo que García de Enterría ha llamado "las leyes de la libertad", es decir, leyes cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social. "Todo el fin del Estado se concreta, pues, el Derecho, y en derecho cuyo objeto es asegurar

95. Rossano, Claudio: *Partiti e Parlamento nello Stato Contemporaneo*, pp. 71-72.

96. Renard, Georges: citado por Prelot, Marcel: en el prólogo de *Le Suffrage Politique en France*, de Charnay, Jean Paul, p. 10.

97. "La Crisi dello Stato", en *Rivista Internazionale de Filosofia de Diritto*, citado por Fraga Iribarne, Manuel: *La Crisis del Estado*, p. 333.

la coexistencia de las libertades de los súbditos", a efectos de lo cual la separación de poderes es un instrumento esencial.⁹⁸ En síntesis, la finalidad del Estado es la de preservar la libertad del individuo, tanto en lo político como en lo económico, y se entiende por libertad el que el poder no interfiera en la actividad del individuo. El Estado era, como apunta Fraga Iribarne, "una máquina cuyo objeto no era gobernar sino impedir el gobierno".⁹⁹ En palabras del marqués d'Argenson, "para gobernar mejor, hay que gobernar menos".¹⁰⁰

Había en el siglo pasado perfecta concordancia entre los fines perseguidos por el Estado y las instituciones estatales que se crearon para alcanzar tales fines. La separación de poderes basada en una determinada clasificación de las funciones del Estado responde a aquella realidad. Con el surgimiento, paulatino o violento, de un Estado que persigue otros fines se plantea el problema de la inadecuación institucional. "El Estado se transforma en el organismo fundamental de regulación y de expansión económica y social. Asegura el equilibrio de la moneda, de los precios y de los salarios. Tiende a igualar relativamente los niveles de vida individuales por una redistribución del ingreso nacional que ampute un poco la parte de los «grandes» y aumente un poco aquella de los «pequeños»... Favorece la expansión de la producción a través de planes de desarrollo que incitan a los empresarios privados a dirigir sus esfuerzos hacia tal dirección y no hacia otra, por la ordenación de las infraestructuras y el establecimiento de servicios colectivos, por el financiamiento de la investigación científica, por las inversiones públicas, por la conquista pacífica o militar de mercados, etc."¹⁰¹ Estas funciones, a diferencia de las del Estado Liberal, no pueden descansar en un reparto de la función legislación y la función ejecución. Implican decisiones rápidas, flexibles, que descansen sobre una inmensa información técnica. De allí la preponderancia del Ejecutivo y la concentración del poder en esta rama. No quiere esto decir que el Estado Liberal y el principio de la separación de poderes se encuentren absolutamente superados, sino sen-

98. "Revolución Francesa y Administración Contemporánea", p. 16 y sig., citado por Brewer Carías, Allan R.: *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, p. 103.

99. *Op. cit.* p. 63.

100. Citado por J. M. Key: *The End of Laissez Faire*, citado por Brewer Carías: *op. cit.*, p. 106.

101. Duverger, Maurice: *La Monarchie Republicaine*, p. 89.

cillamente que no se adecúan a la totalidad de las nuevas realidades. No están superados porque tutelan al ciudadano en la defensa de sus derechos y siguen constituyendo una garantía contra la arbitrariedad, pero el ciudadano de hoy no se satisface con esta garantía y quiere que el Estado le asegure el bienestar.

CONCLUSION

La pregunta que queda planteada es la siguiente: ¿Sigue estando vigente, dado lo que ya se ha dicho; el principio de la separación de poderes? ¿Bastan los correctivos que se han aportado para su adecuación a la realidad moderna o se requiere un cambio más radical?

La respuesta debe darse en dos sentidos: a) La concentración del poder en unas solas manos sigue siendo un riesgo para la libertad. En consecuencia, la necesidad de que el poder detenga al poder sigue plenamente planteada y debe recordarse que según Eisenmann esto es lo esencial del aporte del barón de Montesquieu. b) La tradicional clasificación tripartita se encuentra en vías de superación. Una nueva división del poder, basada en funciones más adaptadas a lo de hoy, debe irse estructurando. Se preserva la división para impedir la arbitrariedad, pero se constata que la función "gobierno" en el sentido más lato y la función "control" tienden a adecuarse a las tareas del Estado moderno. El gobierno gobierna y el Parlamento controla a la vez que participa y determina las grandes opciones fundamentales.¹⁰²

102. Ver Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*.

LA DIVISION DE PODERES Y LA CONSTITUCION VENEZOLANA DE 1961

MANUEL GARCÍA-PELAYO

SUMARIO: I. LOS CONDICIONAMIENTOS HISTÓRICOS DE LA
DIVISIÓN DE PODERES. II. NUEVAS PERSPECTIVAS. III. LA DIVI-
SIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961.

I. LOS CONDICIONAMIENTOS HISTORICOS DE LA DIVISION DE PODERES

La división de poderes sin ulterior especificación o en su sentido genérico, puede ser considerada como una constante de la *praxis* y de la teoría política, si bien, naturalmente, toma distintas modalidades según las distintas épocas o coyunturas.

En este sentido, tanto el pluralismo que preside la estructura del orden político en la etapa anterior a la consolidación del Estado Moderno, como el surgido posteriormente a tal consolidación —es decir, a partir del siglo XIX—, representan en sí mismos una división de poderes entre los componentes sociales o territoriales del cuerpo político. Quizá merezca la pena recordar que el sentido del pluralismo premoderno era garantizar la *libertas* de cada uno de sus componentes (estamentos y corporaciones territoriales y personales), es decir, su derecho privativo, su *lex privata* o privilegio. Y que el supuesto de que parten las teorías pluralistas surgidas en el siglo XIX en oposición al Estado centralizado, es que cada entidad social que cumple una función destinada a satisfacer necesidades legítimas de la sociedad tiene un derecho a la existencia tan originario como el del Estado mismo, y que, por consiguiente, posee a propio título las potestades exigidas para el cumplimiento de sus funciones. Así, pues, hay o debe haber una división de potestades entre el Estado y ciertas instituciones

sociales (iglesias, familia, municipio, universidades en los países anglosajones, y, más tarde los sindicatos, etc.) cuyo resultado es la garantía jurídica de una esfera de libertad para las entidades en cuestión.¹

Frecuentemente ha sido considerada como un precedente o como una forma de la división de poderes la tesis del *status mixtus* desarrollada en el mundo antiguo por Platón, Aristóteles y Polibio, más tarde recepcionada por la escolástica y siempre de algún modo presente en la historia del pensamiento y de la realidad políticas,² y que a través de la literatura política inglesa del siglo XVII en- garza con versiones más modernas del tema de la división de poderes.³

Ya más próximo a nuestro tiempo no sólo en el sentido cronológico, sino ante todo en el conceptual, se ha considerado también la idea del *balance of powers* desarrollada al hilo de las polémicas inglesas del siglo XVII como una forma de división de poderes donde ya la perspectiva orgánica cede ante la mecanicista. Y sabido es cómo Locke no sólo se ocupa extensamente del tema, sino que desarrolla una clara formulación trinitaria de carácter general y, por tanto, no referida a un país determinado, en la que distingue tres poderes desde el punto de vista analítico, aunque no desde el punto de vista organizativo, ya que dos de los poderes distinguidos (el ejecutivo y el federativo) tienen un mismo titular.

Finalmente, Montesquieu formuló su famosa teoría de la división de poderes, la cual no sólo se transformó en canónica para el Derecho Constitucional de la época liberal, sino que ha sido considerada como algo cualitativamente distinto de sus posibles antecedentes, es decir, no como eslabón de un proceso, sino como una

-
1. Este pluralismo, que si bien es sensible a la realidad social tiene todavía un acentuado matiz jurídico, fue desarrollado desde el siglo pasado por tendencias tan heterogéneas como el catolicismo político y ciertas orientaciones del laborismo británico, o como los juristas con acentuados fundamentos historicistas (ante todo Gierke) y ciertas versiones del sindicalismo revolucionario. Y sólo tangencialmente tiene que ver con el pluralismo politológico, hoy tan en boga, surgido desde una perspectiva descriptiva de la realidad política.
 2. El *status mixtus* en la dimensión socioeconómica se hace presente en formas contemporáneas de derecho constitucional (por ejemplo, en los Consejos Económicos y/o sociales"), en el derecho empresarial (manifiestamente en la cogestión, pero también en otras formas) y en instituciones del derecho laboral.
 3. Vid. K. Kluxen: "Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung", en *Festschrift für G. Kallen*. Bonn, 1957, pp. 219 y ss.

formulación esencialmente nueva y de validez universal. A tal conclusión se llega argumentando que dicha formulación se caracteriza: i) por algo que está ausente de otras ideas de la división de poderes, a saber, la asignación clara y precisa de cada función capital del Estado a un órgano específico y no simplemente a distribuir o hacer participar en el ejercicio del poder estatal a distintas fuerzas sociales o políticas; ii) por su formulación abstracta que no se limita a mostrar un estado de cosas en un país determinado, tal como era el caso de algunas formulaciones precedentes, sino a proporcionar un principio racional de validez universal; iii) por su función de servir a un fin claramente definitivo y demostrado, a saber, la garantía de la libertad, precisamente en su sentido abstracto y no como *libertas* concreta de ésta o de aquella entidad o corporación; de la libertad individual y no corporativa: de la libertad general y no privilegiada. A ello podríamos añadir todavía iv) que establece un principio racional para la división del trabajo estatal, ya que asigna cada función precisamente al órgano que por su naturaleza (individual o colectiva) es el más apropiado para cumplirla, y v) que percibe al conjunto de los poderes públicos como un sistema de *statuer y d'empêcher*, cuyo producto es, como antes hemos visto, la vigencia de la libertad. En todo caso, es lo cierto que la doctrina de Montesquieu establece algo cualitativamente nuevo, racionaliza perspectivas empíricas del problema, generaliza versiones circunstanciales y no tanto describe situaciones actuales o posibles cuanto que formula un modelo de organización de poderes surgido —como agudamente puso de manifiesto Cassirer— de una síntesis entre la observación empírica y los principios de la mecánica de Newton.

Pero que todo ello sea cierto no quiere decir que el modelo de Montesquieu sea eterno, ni que sea el único criterio válido de división de poderes, hasta el punto que cuando se menciona a ésta tienda a pensarse exclusivamente en el supradicho modelo compatible, por supuesto, con una u otra precisión, entre la que merece destacarse la de Benjamín Constant que lo adapta al constitucionalismo monárquico añadiendo un cuarto poder neutral.⁴

4. Este poder *neutre* —que pasaría a ser típico de los regímenes parlamentarios— es concebido por Constant como un regulador y sólo como un regulador del sistema político estatal, mientras que para Montesquieu la regulación se producía inmanentemente por la simple interacción de los tres poderes. Merece, quizá, la pena de citar el texto: "El poder real (entendiendo el del Jefe de Estado cualquiera que sea el título que lleve) es un poder neutro. El de los ministros es un poder activo... El poder ejecutivo, el

No puede entrar en los objetivos de este trabajo examinar las deformaciones sufridas por la doctrina de Montesquieu durante los 230 años transcurridos desde la publicación de *El Espíritu de las Leyes*, ni tampoco las numerosas críticas de que han sido objeto en cuanto a su adecuación con la realidad institucional, aun sin salirse del marco formal de los textos constitucionales, críticas en ocasiones certeras, pero en ocasiones desviadas, ya que parten de la confusión de un principio o de un modelo con un dogma, y de la distinción con la separación de poderes. Nos limitaremos a llamar la atención sobre la firme tendencia a la hipostatización de la división de poderes en el esquema de Montesquieu, a la identificación de la totalidad del problema con una de sus formulaciones. Tal tendencia hipostática era comprensible y, hasta cierto punto justificable en una época y dentro de un contexto en el que i) no sólo el Estado, sino el sistema político, en general, eran muy poco complejos si se los compara con los del tiempo presente, ya que las funciones estatales eran relativamente simples; ii) se distinguía netamente entre el Estado y la sociedad o se consideraba que los estratos sociales estaban suficientemente representados en la organización estatal, de modo que no había que hacerse problemas de poderes al margen del Estado, pero capaces de influir en las decisiones de éste. Cuando escribe Montesquieu no se habían desarrollado todavía ni el Estado federal moderno⁵ ni otras formas descentralizadoras, ni la Administración como un nuevo poder del Estado, ni la distinción entre poder constituyente y constituido, materias, todas ellas, que añaden complejidad al tema, complejidad que, sin embargo, no era tenida en cuenta ya que, como antes hemos dicho, está firmemente arraigada la hipostatización en el esquema de Montesquieu. Consecuencia de tal actitud hipostática era que si se aceptaba que la formulación clásica estaba en crisis se llegara a la consecuencia simplista de que lo que estaba en crisis era la división de poderes y se pasara a considerar a ésta como un concepto obsoleto. Sin embargo, la realidad de las cosas

poder legislativo, y el poder judicial, son tres resortes que deben cooperar, cada uno en la parte que le corresponda, al movimiento general; pero cuando estos resortes desarreglados se entrecruzan, se entrechocan y se entran, se necesita una fuerza que les ponga en un lugar. Esta fuerza no puede estar en uno de los resortes porque serviría a la destrucción de los otros. Es preciso que esté fuera, que sea neutra, de algún modo, para que su acción se aplique necesariamente en todas partes donde se necesite que sea aplicada". *Principes de Politique*, p. 1.079 de la edic. de La Pleiade.

5. Cuando Montesquieu se refiere en el Lib. IX de su obra a la *constitution federative* trata, en realidad, de la Confederación.

no es tan simple y, por consiguiente, no es extraño que se haya llamado la atención: primero, sobre el hecho de que la división de poderes sin ulterior especificación es un fenómeno y un concepto que trasciende a cualquiera de sus versiones históricas, incluida la de Montesquieu, por consiguiente, segundo, que no hay un modelo patentado, ni un dogma de la división de poderes, sino que ésta tiene en cada tiempo sus propias peculiaridades de actualización.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS

Partiendo parcial o totalmente de tales supuestos, se han desarrollado unos criterios en unos casos más restrictivos y en otros más amplios que los proporcionados por el modelo clásico.

1. En primer lugar, hay una tendencia que reduce la trinidad clásica a una dualidad. En efecto, según algunos autores, el Parlamento y el Gobierno no son fácilmente distinguibles ni en cuanto al ámbito real y efectivo de sus atribuciones —que dejan de tener la nítida diferenciación que poseían en el modelo de Montesquieu— ni en cuanto a las fuerzas políticas que representan, ya que ambos están bajo el control de los partidos, relación que no sólo se acentúa, sino que se fortalece institucionalmente en los regímenes parlamentarios, dado que los miembros del Gobierno y de la mayoría parlamentaria pertenecen necesariamente al mismo partido o coalición de partidos, en cuyas instancias superiores se asienta, quizá, la decisión última sobre las líneas políticas a seguir. Ambos, en todo caso, tienen en común ser poderes políticos frente a los que se contrapone el poder judicial, muy especialmente en su función de garantizar la constitucionalidad de las leyes y la constitucionalidad y legalidad de los actos del Gobierno. Así, pues, la división capital es la existente entre los poderes de decisión política y el poder fiscalizador de la juridicidad de tales decisiones. A nuestro juicio, esta reducción de la trinidad a la dualidad es certera (en un nivel superior de análisis) desde el punto de vista politológico, o de la teoría del Estado, pero no lo es tanto desde el riguroso punto de vista jurídico, pues cualquiera que sea el *substratum* real del Parlamento y del Gobierno, lo cierto es que se configuran constitucionalmente como instituciones distintas con competencias distintas, y lo significativo desde el punto de vista jurídico constitucional no son los poderes políticos reales, sino las competencias formales.

Otra versión dualista es la que distingue entre poderes de ordenación y poderes de control. Poder de ordenación tiene el doble sentido de crear mediante las leyes un orden objetivo para la acción, y de accionar directamente mediante actos imperativos. Tal poder es ejercido por el Parlamento y el Gobierno. El poder de control no tiene una función primordialmente ordenadora (en el sentido anteriormente definido) sino fiscalizadora de los parámetros jurídicos en los que ha de moverse el poder de ordenación. Esta distinción es, a nuestro juicio, esclarecedora, siempre que se mantengan las cosas en un nivel superior de abstracción y de generalidad, pero es insuficiente para un análisis más detallado del tema, ya que el Parlamento y el mismo Gobierno ejercen poderes de control político. Por lo demás, el sentido de las versiones dualistas es destacar al máximo la función de la judicatura en el sistema constitucional, lo que, a su vez, puede venir determinado sea por el mantenimiento de actitudes conservadoras, sea por el deseo de resaltar los valores jurídicos frente al oportunismo y pragmatismo de las decisiones de los poderes políticos del Estado.

2. Junto a las posiciones dualistas —aunque no necesariamente en contradicción con ellas— se han desarrollado distinciones analíticas más amplias y complejas del tema que nos ocupa. Mostremos, a título informativo, un par de ejemplos.

A. Werner Kägi, al hilo de la crítica de la dogmatización, mecanización y simplificación que ha sufrido la teoría de Montesquieu por obra de sus epígonos, nos dice: "la idea de la división de poderes en tanto que idea ordenadora de la comunidad libre de hombres libres es más amplia (que la formulada por Montesquieu). La trinidad clásica es ciertamente una importante forma de la división de poderes, pero no es la única ni, en modo alguno, la más importante de todos los tiempos. Cada tiempo tiene que buscar, de acuerdo con sus realidades, la forma de orden que garantice óptimamente la administración responsable del poder. Para ello es necesario liberarse de la trinidad dogmática y abrir la vía para una nueva concepción global de la pluralidad de posibilidades de dividir el orden político".⁶

Tal perspectiva global la desarrolla Kägi del siguiente modo:

a) La división clásica según las funciones capitales del Es-

6. W. Kägi: "Von der Klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaleilung", en *Festschrift für Hans Huber*. Berna, 1961.

tado la cual, naturalmente, ha de ser precisada y matizada de acuerdo a las circunstancias, pero que, en lo fundamental, conserva todavía validez.

b) Ciertas formas de *status mixtus* que, en opinión del autor, sólo tienen interés para las monarquías, pero que, a nuestro modo de ver, todavía acusan su presencia en los Consejos Económicos y/o Sociales previstos por algunas constituciones.

c) El dualismo entre el poder constituyente y el del legislador ordinario, distinción que se refiere no sólo al proceso de elaboración de la Constitución, sino que se extiende y afecta a su existencia cotidiana y que constituye la garantía de vigencia del orden constitucional.

d) La división del legislativo en dos Cámaras, siempre y cuando cada una de ellas repose sobre supuestos distintos de representación o de legitimidad.

e) La división en el seno del Ejecutivo, la cual puede tener distintas versiones, tales como el dualismo entre el Jefe del Estado y el Gobierno en los regímenes parlamentarios; el funcionamiento del principio colegial en la toma de decisiones gubernamentales; la concurrencia entre los distintos departamentos por el control intergubernamental; el dualismo entre los órganos políticos y los administrativos, etc.

f) La distribución temporal, destinada a neutralizar tendencias a la permanencia en el poder incompatibles con la democracia o, más concretamente, a asegurar la mayor coincidencia posible entre la voluntad del órgano representativo y la de los representados.

g) La división entre la mayoría y la oposición, más importante en muchos aspectos para el funcionamiento del orden constitucional que la clásica división funcional de los poderes superiores del Estado.

h) La división entre la esfera jurídica de la persona humana y la esfera jurídica del Estado, y que constituye la clave para distinguir los regímenes totalitarios de los democráticos y libres.

i) La división vertical, que contrapone el Estado federal o incluso descentralizado al Estado centralizado.

j) Kägi llama la atención sobre los significativos efectos históricos que ha tenido el dualismo de Iglesia y Estado, y en-

tiende que aunque ha disminuido indudablemente su importancia, no puede decirse que en todas partes la haya perdido del todo, ni puede desconocerse que constituye una garantía esencial y fundamental de la limitación del poder del Estado y de la distinción entre el poder temporal y espiritual.

k) La distinción entre el poder civil y el militar; la solución ideal es un sistema que garantice a las Fuerzas Armadas la necesaria autonomía funcional e impida la peligrosa independencia.

l) La división social de poderes, desconocida por las teorías jurídicas positivistas, pero que hoy ha pasado al primer plano de atención gracias a la fructífera cooperación entre la Teoría del Estado y la Politología, y que se expresa en la división entre la esfera de poder del Estado y la de los grupos privados.

m) Finalmente, la distinción entre la autoridad supranacional y la nacional, típica de nuestro tiempo dominado por las relaciones de interdependencia y las tendencias hacia la integración transnacionales.

B. La clasificación debida a W. Steffani⁷ nos parece más clara, precisa y ceñida a nuestro tiempo que la de Werner Käge. Se sustenta en cinco criterios, cuyo desarrollo no deja de plantear complejos problemas, a los que en buena parte hemos de dejar de lado en la siguiente exposición:

a) Criterio jurídico-político (horizontal) que parte de las funciones del Estado y que coincide en sus líneas básicas con la división clásica de Montesquieu, pero que nuestro autor reduce al dualismo, a que antes hemos hecho mención, distinguiendo entre poderes primariamente estructuradores (Gobierno y Parlamento) y poderes de conservación o de custodia (Judicatura y especialmente la jurisdicción constitucional). Partiendo de este criterio básico pueden desarrollarse fórmulas muy distintas y con diverso grado de complejidad.

b) Criterio temporal, que en su formulación más simple significa que los cargos o el ejercicio de las funciones están limitados en el tiempo, pero que es susceptible de distintas expresiones y combinaciones. Así, pueden establecerse plazos distintos para las

7. "Gewaltenteilung im demokratischpluralistischen Rechtsstaat", en *Politische Vierteljahresschrift*, 1962, pp. 256 y ss.

diferentes magistraturas tal como sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos: dos años para los representantes, cuatro para los senadores, cinco para el Presidente. Dentro de esta distribución temporal entra también la posibilidad real de que la oposición devenga Gobierno como resultado del acto electoral (turno de partidos), a lo que todavía se añade, en el Gobierno parlamentario, el mecanismo del voto de desconfianza y la posibilidad de disolver el Parlamento. Dentro de este criterio de distribución temporal cabe introducir otros aspectos como el estado de excepción, en el que competencias extraordinarias sólo pueden ejercerse durante un plazo limitado.

c) Criterio federativo (vertical), cuyo contenido es la división de competencias entre las entidades territoriales, y que puede tomar las siguientes modalidades: i) entidades con derechos autónomos restringidos dentro del marco establecido por las leyes y los preceptos administrativos; ii) entidades con atribuciones para establecer normas en determinadas materias y casos rigurosamente determinados; iii) entidades dotadas en alta medida de competencias estructuradoras en la esfera de la legislación y de la administración, así como de la potestad, garantizada constitucionalmente, de participar en la formación de la voluntad del Estado, es decir, en el proceso de decisión de la totalidad nacional; iv) entidades internacionales dotadas de capacidad de acción en virtud de que sus miembros le han atribuido la potestad de decisión sobre ciertas materias.

(Los tres criterios que acabamos de mencionar se refieren a lo que podríamos denominar la teoría de la división de poderes desde el punto de vista jurídico-político o jurídico-constitucional. A estos criterios, Steffani añade dos más que se refieren a la división de poderes desde una perspectiva predominantemente política).

d) Criterio decisorio: esta perspectiva es expresión de la teoría y de la praxis pluralistas y se refiere concretamente a la intervención en la toma de decisiones estatales de distintos actores, principalmente el Gobierno, el Parlamento, los Partidos, los Grupos de intereses y la Opinión Pública. Puede tomar, naturalmente, distintas formas, pero en todo caso, satisface a las condiciones de la estructura pluralista de la sociedad del presente.

e) Criterio social: se refiere a la distribución del poder entre los distintos componentes de la sociedad y constituye la infraestructura de los anteriores criterios de división de poderes.

III. LA DIVISION DE PODERES EN LA CONSTITUCION DE 1961

El objeto de las precedentes líneas no ha sido otro que el de proporcionar una información —no ciertamente exhaustiva— sobre la situación actual de la teoría de la división de poderes que nos sirva de criterio orientador para el examen de la cuestión en la Constitución venezolana de 1961. Hemos renunciado a desarrollar una crítica particularizada de las teorías expuestas o aludidas, ya que ello alargaría considerablemente los límites del presente trabajo y hasta lo desviaría de su objetivo capital. Sin embargo, en las siguientes líneas podrá percibirse, bien que con los límites que impone la necesidad de ceñirse al tema, cuáles puntos de vista de los desarrollados por los tratadistas actuales son los que consideramos como dignos de ser tomados en cuenta. Hechas estas aclaraciones, pasemos ya a examinar los criterios seguidos por el texto de la Constitución venezolana de 1961.

1. *Poder estatal y poder social*

A. En primer lugar, nos encontramos con una distinción —por lo demás común a todas las constituciones democrático-liberales— entre la esfera de acción que compete al poder del Estado y la esfera de acción reservada a los individuos o, en términos más generales, a la sociedad. Se trata de una distinción que es supuesto esencial de un orden político libre y que en el texto constitucional no solamente se encuentra enunciada y precisada en las disposiciones del Título III, sino también específicamente garantizada en preceptos como el artículo 46, que establece taxativamente la nulidad de los actos del poder público que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución, o como el artículo 49, que establece el amparo judicial de tales derechos. Ciertamente se trata de unos requisitos inherentes al Estado de Derecho. Ahora bien, en primer lugar, el Estado de Derecho —distinto del simple Estado legal— tiene como finalidad la garantía de esos derechos pertenecientes a la esfera de los individuos o de la sociedad y, en segundo lugar, es sabido que uno de los supuestos constitutivos del Estado de Derecho es la división de poderes entendida en su sentido clásico, pero ¿qué otra finalidad

tenía tal división que la garantía de la libertad? En conclusión, entendemos que la distinción de poderes entre la sociedad y el Estado es la división primaria, es el factor constitutivo de un orden político libre, factor que sirve de supuesto y de orientación a otras divisiones entre las que se cuenta la clásica división funcional.

B. Pero un poder jurídico se compone no sólo de derechos, sino también de deberes (como se patentiza en el concepto de competencia, sea de índole política, sea de índole administrativa), y en este sentido la Constitución impone deberes a los individuos, enunciados en el Cap. II del Título II, e impone deberes al Estado establecidos a lo largo del texto constitucional. Hay zonas, sin embargo, en las que la distinción entre la esfera estatal y la privada no es tan rigurosa. Así, el Cap. IV del Título IV establece el deber del Estado a ciertas prestaciones de carácter social que caen dentro del concepto desarrollado por Forsthoff de la *Daseinsvorsorge* o procura existencial o asistencia vital como una de las funciones capitales (y en modo alguno subsidiaria) del Estado de prestaciones típico de nuestro tiempo. Pero la simple lectura del texto muestra que tales deberes no son exclusivos del Estado, sino que aquí el Estado puede compartir y comparte actividades llevadas a cabo por los individuos o entidades privadas. Aplicando una calificación surgida en otro sector del Derecho constitucional, podríamos decir que no nos encontramos con deberes exclusivos, sino con deberes concurrentes. Y concurrente es también el deber de la defensa de la Constitución en caso de fuerza o de su transformación por medios anticonstitucionales, deber que no se extiende sólo a los órganos del poder público, sino, a tenor del artículo 240, a todo ciudadano.

C. Consideración especial merece lo que los economistas y juristas alemanes designan como "constitución económica", es decir, los preceptos jurídicos reguladores del sistema económico. Sabido es cómo el Estado liberal, coincidente históricamente con la época de desarrollo del alto capitalismo, partía de la distinción clara entre el orden económico al que suponía autorregulado, y el orden estatal, que se limitaba a establecer los supuestos de aquél (principalmente la propiedad privada, la libertad de contratación y la seguridad jurídica), pero sin intervenir en su funcionamiento. Sabido es también cómo el esquema ha sufrido ciertas modifica-

ciones durante la época del neocapitalismo, en el que la distribución entre el orden económico y el orden estatal dista de ser tan nítida como en otro tiempo.

No podemos detenernos en más consideraciones generales y hemos de pasar directamente al tema de la "constitución económica" que se alberga en el texto de la Constitución política venezolana. Nos parece claro que tal "constitución" responde a la idea de que lo que frecuentemente se denomina "economía social de mercado", término originariamente acuñado por los demócratas cristianos de la República Federal Alemana en 1949 y que ha sido objeto de amplios desarrollos ulteriores, tanto en el campo de la teoría como en el de las políticas económicas, despojados ya de toda vinculación específica a un partido concreto. Podemos sintetizar como rasgos capitales de la economía social de mercado el mantenimiento de la economía competitiva, pero depurada de fenómenos endógenos y exógenos que perturban su funcionamiento y de efectos disfuncionales tanto desde el punto de vista económico como del social. Así, la Constitución establece o garantiza el derecho de propiedad (arts. 99, 101 y 102), la libre iniciativa (art. 98), la libertad de actividad económica lucrativa (art. 96), fijando con ello los supuestos jurídicos de la economía competitiva. Pero como el libre desarrollo de esta forma de economía puede llegar a situaciones que constituyen su propia negación, prevé una ley destinada a impedir maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica (art. 96 *in fine*), prohíbe específicamente los monopolios y establece las necesarias cautelas por las concesiones de explotación de servicios públicos en régimen de exclusividad (art. 97). Por otra parte, el régimen económico de la República se fundamenta no sólo en la economía competitiva, sino también "en principios de justicia social que aseguran a todos una existencia digna y provechosa por la colectividad" (art. 95). Ello implica distintos mandatos para el Estado en el orden económico, mandatos que han de ir acompañados de las correspondientes potestades. Así, la propiedad tiene una función social que el Estado especificará a través de la ley (art. 99); se declara el latifundio como contrario al interés social y se le encomienda al Estado su eliminación mediante la ley (art. 105), siendo también función del Estado someter a las necesidades públicas las empresas explotadoras de ciertos recursos o servicios (art. 104).

Pero es sabido que el Estado de nuestro tiempo no sólo establece limitaciones en el ejercicio de los derechos económicos por parte de los individuos o de los entes privados, sino que toma a su cargo la promoción del desarrollo económico, es el actor más importante del sistema económico nacional y el principal cliente del mercado. Consecuentemente, sus funciones económicas no tienen —como en otros tiempos— carácter subsidiario, sino principal, directo y permanente, tanto desde el punto de vista jurídico y administrativo, como desde el punto de vista estrictamente económico y, particularmente, financiero. En este orden de cosas, la Constitución venezolana sitúa dentro de la esfera de acción del Estado tareas tales como la promoción del desarrollo (art. 95), el control de precios (art. 96), la reserva de la explotación de determinadas industrias, el desarrollo de la industria básica pesada (art. 97), la propiedad de las tierras de explotaciones mineras y de hidrocarburos (art. 103), la defensa de los recursos naturales y la cura de su explotación en beneficio colectivo (art. 106), así como la planificación y otras medidas destinadas al impulso del desarrollo del país (art. 98).⁸ A lo que todavía habría que añadir la intervención indirecta en la economía que supone la actualización de ciertos derechos sociales contenidos en el Cap. IV del Título II.

En resumen, la "constitución económica" venezolana hace posible e incluso establece los parámetros jurídicos de un sistema al que bien puede calificarse de "economía mixta". Está lejos del modelo político-económico basado en la nítida separación entre el poder de decisión económica ejercido por los empresarios y el poder de decisión política investido por los poderes públicos, pero sí parte, en cambio, de una distinción entre ambos poderes que se concretará en una u otra forma en función de las coyunturas y de la capacidad de influencia de los actores en juego. Para la institucionalización de las relaciones entre el Estado y los sectores económicos de la sociedad, la Constitución prevé en su artículo 109 unos cuerpos consultivos. Esta previsión no ha sido actua-

8. Es digno de destacarse como nota marginal que mientras que la mayoría de las intervenciones económicas del Estado han de ser objeto de una ley —lo que es perfectamente acorde con el principio de la reserva legal—, en cambio la planificación no se considera específicamente como materia de ley —tal como acaece en la mayoría de los países—, sino simplemente como de "medida" estatal que, de hecho, se lleva a cabo por vía de decreto, si bien el Presidente está obligado a incluir en el Mensaje a las Cámaras los lineamientos del plan económico y social (art. 191).

lizada, pero un cierto poder de control, un cierto derecho de veto no decisorio, un cierto derecho a estar informado y a prevenir sobre los riesgos de una política económica o, por el contrario, a animarla, es ejercido públicamente por Fedecámaras y en menor medida en virtud de razones que no procede desarrollar aquí—por la CTV (sindicatos). Pero este interesante tema, esta importante muestra de pluralismo político cae fuera de un comentario ceñido a los límites del texto constitucional.

2. *Poder constituyente y poder legislativo ordinario*

Esta distinción de poderes, que constituye el supuesto para la superlegalidad constitucional, para la construcción escalonada del orden jurídico y para el perfeccionamiento técnico del Estado de Derecho, integra dos aspectos:

a) Que en caso de colisión entre las normas legislativas ordinarias y las normas constitucionales priman estas últimas y por consiguiente, que los poderes legislativos del Parlamento están limitados por la Constitución. La custodia de la constitucionalidad de las leyes corresponde en Venezuela a la Corte Suprema de Justicia (art. 215, 3, 4, 6).

b) Que la reforma constitucional ha de llevarse a cabo por distintos poderes y/o procedimientos de los de las leyes ordinarias. En este sentido, la Constitución venezolana distingue certeramente entre la enmienda, limitada a modificaciones parciales, y la reforma de la Constitución referida a su generalidad. Común a ambas es no sólo un procedimiento más rígido que el necesario para las leyes ordinarias, rigidez que se acentúa en el caso de la reforma, sino también la participación de las Asambleas Legislativas de los Estados, a lo que se añade, en el caso de la reforma, la ratificación por referéndum, única presencia (si se hace abstracción del art. 165,5) de instituciones de democracia directa en el texto constitucional.

3. *La división horizontal*

La Constitución no incluye expresiones como "división" o "separación" de poderes (que sin duda los constituyentes sabían que eran términos discutidos y sometidos a crítica), pero sí acepta—con las matizaciones a que nos referimos en seguida—a los principios que presiden tal división, en cuanto que el artículo 118

establece que cada rama del poder público tiene sus funciones propias y colabora con las demás en la realización de los fines del Estado. ¿Cuáles son las ramas del poder público a que alude el artículo 118? La respuesta viene dada de modo indudable por el texto constitucional: el poder legislativo (Tít. V), el poder ejecutivo (Tít. VI) y el poder judicial (Tít. VII). Se trata, pues, en esencia, si no de la fórmula sí del principio de Montesquieu, pero con dos rectificaciones o, quizá más bien, matizaciones importantes. De un lado, no se parte inicialmente de la pluralidad de poderes, sino de la unidad del poder estatal, del poder público como un todo (art. 117) del que cada uno de los poderes específicos es una rama (art. 118). Si nos fuera dado emplear conceptos romanos clásicos diríamos que la unidad del *imperium* se diversifica para su actualización en distintas *potestades*. De otro lado, al revés que en el esquema de Montesquieu, no se acentúa la facultad de *empêcher*, típica de las representaciones mecanicistas, sino de la disposición a la colaboración, más coherente con la funcionalidad del Estado y con las actitudes políticas de nuestro tiempo.

a) El poder legislativo es ejercido por el Congreso dividido, a su vez, en el Senado y en la Cámara de los Diputados (art. 138), es decir, en dos Cámaras, cada una de ellas elegida con arreglo a distintos criterios de representación. Ambas son colegisladoras, pero destacando en el Senado las funciones de autorización para determinados actos del poder ejecutivo (arts. 150 y 189) y en la Cámara de los Diputados la de administrar el voto de censura a los ministros. No hay ninguna diferencia en la duración temporal de ambas Cámaras.

b) El poder ejecutivo es ejercido "por el Presidente de la República y por los demás funcionarios que determinen la Constitución y las leyes" (art. 181). El sistema establecido por la Constitución es el denominado Presidencialismo colegiado o Presidencialismo en Consejo de Ministros, considerado por algunos tratadistas —por ejemplo, Loewenstein y Steffani— como una típica aportación iberoamericana del Derecho constitucional. En efecto, si bien los ministros "son órganos directos del Presidente de la República" nombrados y removidos por éste, sin embargo: i) las más importantes de las atribuciones constitucionales del Presidente han de ser tomadas en Consejo de Ministros (art. 190); ii) sus actos han de ser refrendados por el ministro competente en razón de la materia (art. 190); iii) los ministros son responsables indi-

vidualmente por sus actos, aun cuando obren por orden expresa del Presidente, y solidariamente por las decisiones tomadas en Consejo de Ministros, salvo cuando hubieran hecho constar su voto negativo (art. 196); iv) están sometidos a voto de censura por la Cámara de Diputados, que puede conllevar su dimisión (art. 153, 2); v) con autonomía del mensaje a las Cámaras del Presidente de la República (art. 191) cada ministro estará obligado a presentar ante el mismo cuerpo una Memoria razonada y suficiente sobre la gestión de su departamento (art. 197); vi) los ministros tienen acceso y voz ante las Cámaras y sus comisiones y están sometidos a la interpelación (art. 199).

No es nuestra misión entrar en consideraciones sobre las diferencias de este sistema con el del presidencialismo pleno, cuyo prototipo han sido los Estados Unidos, ni tampoco sobre las inspiraciones recibidas de algunas instituciones o prácticas del sistema parlamentario. Pero sí lo es, en cambio, plantearnos en qué medida la Constitución venezolana establece una división del Ejecutivo, como es el caso del sistema parlamentario en el que las magistraturas de Jefe del Estado y de Jefes de Gobierno son ejercidas por personas distintas. En el caso de Venezuela no puede hablarse de tal división: las funciones de Jefe del Estado y de Jefe de Gobierno están investidas en la misma persona; su duración es la misma y los ministros no derivan su cargo de más órgano que el Presidente de la República, aunque en su destitución pueda intervenir eventualmente la Cámara de Diputados. Pero no nos parece menos cierto que dentro de la unidad del poder ejecutivo, el Consejo de Ministros puede desarrollar una indudable función de control de la política y de los actos del Presidente, función fortalecida por el sometimiento de los ministros al voto de censura y por el principio de la responsabilidad solidaria. En resumen, el poder ejecutivo no está dividido, pero sí sometido a un control interno. En qué medida este control sea más o menos efectivo es una variable dependiente de la personalidad del Presidente y de la de los ministros del Consejo.

c) El poder judicial es investido en la Corte Suprema de Justicia y en los demás tribunales. Su independencia —de los restantes poderes del Estado— queda asegurada tanto por una serie de preceptos constitucionales como por la institución del Consejo de la Judicatura. La competencia de la Corte Suprema se extiende a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos del

poder ejecutivo, de modo que su función es velar de que el poder legislativo no se desvíe de la Constitución, y el poder ejecutivo de la Constitución y de las leyes; no es, propiamente hablando, un poder activo, sino un poder custodio de los valores jurídicos, haciendo que los actos del Estado se sometan a la disciplina del Derecho, y que cada función política o administrativa sea reducible a una función jurídica.

4. *División vertical*

La Constitución define a la República como un Estado federal, pero tiene la precaución de añadir: "en términos establecidos por esta Constitución" (art. 2), términos que más bien establecen un Estado semifederal o, si se quiere, un federalismo *sui generis*, ya que los Gobernadores de los Estados son (por ahora) designados por el Presidente de la República, si bien se prevé la posibilidad de que una ley establezca su elección popular, a lo que todavía podrían añadirse otras consideraciones surgidas tanto de las disposiciones jurídicas como de la práctica constitucional y administrativa. Pero, en todo caso, es lo cierto que la Constitución de 1961 establece una división vertical de poderes con tres niveles cada uno de ellos con su propia esfera de competencias, disposición de recursos, etc.: el poder nacional, el de los Estados y el de los municipios, en cuyo detalle no es necesario entrar aquí.

5. *División temporal*

Hemos visto la importancia que las teorías contemporáneas otorgan a la división temporal de poderes y es ahora el momento de hacer notar que la Constitución venezolana es de las pocas, si no la única, que convierte consciente y expresamente este criterio en uno de los principios fundamentales de gobierno, como lo muestra patentemente el texto del artículo 3: "El Gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y *alternativo*". Los períodos constitucionales de nivel nacional son fijados en cinco años; los estatales y municipales no serán menores de dos, ni mayores de cinco (artículo 135). No se prevén términos de duración distintos para los poderes legislativo y ejecutivo, ni tampoco de una mayor duración del mandato de senador con respecto al diputado, y tanto el Procurador de la República, como el Fiscal General y el Contralor son designados en cada período constitucional. Solamente los magistrados

de la Corte Suprema son elegidos para un período de nueve años y se renuevan por terceras partes cada tres. Pero sin duda lo más significativo de la Constitución venezolana en cuanto al tema que estamos examinando es que nadie podrá ser reelegido para Presidente de la República hasta que hayan transcurrido al menos diez años desde la expiración de su mandato.

Para terminar, interesa advertir que en el presente trabajo nos hemos limitado al texto de la Constitución venezolana de 1961, texto que es tan sólo una parte —si bien la fundamental— del sistema constitucional. Este sistema está, a su vez, compuesto: i) del subsistema normativo constitucional que incluye no sólo a la Constitución, sino también las leyes de desarrollo de sus preceptos e instituciones, los reglamentos de las Cámaras, la jurisprudencia constitucional, las convenciones constitucionales, etc., y ii) del subsistema político constitucional compuesto por las relaciones entre sujetos y actores constitucionales, tales como el Gobierno, el Parlamento, la Administración, los Partidos, las Organizaciones de intereses, etc. Es claro que vistas las cosas más allá de la consideración hermenéutica del texto de la Constitución de 1961, se habrían ampliado los criterios de división de poderes que presiden el sistema constitucional venezolano. Pero tal tarea rebasaría los límites que se ha impuesto este trabajo.

LA CARRERA ADMINISTRATIVA

LA CARRERA ADMINISTRATIVA

ARMIDA QUINTANA MATOS

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. I. PRIMERA PARTE. 2. Base Constitucional. 3. La Ley de Carrera Administrativa, importancia de su promulgación. 4. Conceptos fundamentales. 4.1. El Principio del Estatuto General. 4.2. La naturaleza jurídica de la relación de empleo público. 4.3. Ambito de aplicación de la Ley. 4.4. Las categorías de los funcionarios públicos. 4.5 El personal no funcionario de la administración. Problemática. 4. 6. La gestión de la función pública. II. SEGUNDA PARTE. 5. La Carrera Administrativa. 5.1. *El ingreso* a la Carrera Administrativa. 5.2. *El ascenso*. 5.2.1. El régimen de derechos. 5.2.1.1. Régimen común y general. 5.2.1.2. Régimen especial de derechos de los funcionarios de carrera. 5.2.1.3. El régimen de derechos de los funcionarios de las disposiciones transitorias. 5.3. *El Traslado*. Las situaciones administrativas. 5.3.1. La Comisión de Servicios. 5.3.2. El Permiso Especial. 5.3.3. El Traslado. 5.3.4. Los Permisos o Licencias. 5.3.5. La Disponibilidad. 5.4. *La Suspensión*. 5.4.1. La Responsabilidad Penal y Civil. 5.4.2. La Responsabilidad Disciplinaria. 5.4.3. Los deberes de los funcionarios públicos. 5.4.4. Las Sanciones y el Procedimiento Disciplinario. 5.5. Las incompatibilidades de los Funcionarios Públicos. 5.6. *El Retiro* del Servicio.

“Esta adopción de la Ley de Carrera Administrativa viene a representar un paso trascendental dentro de la estructura del Estado venezolano. Es uno de esos hechos que dividen etapas en el desarrollo de la vida de los pueblos y de las instituciones”.

Presidente RAFAEL CALDERA

Rueda de Prensa, 3-9-1970

1. INTRODUCCION

La afirmación que antecede no ha logrado aún hoy penetrar la conciencia de los principales destinatarios del texto que regula la carrera administrativa en Venezuela desde el 4 de septiembre de mil novecientos setenta: los funcionarios públicos, quienes en su mayoría desconocen el alcance y significado de su normativa y la protección que la misma representa para ellos, este comportamiento origina día a día la aparición de problemas relacionados con la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, reveladores, no de serias dificultades interpretativas sobre su contenido, sino de una elemental falta de información acerca de las previsiones que lo conforman. La circunstancia anotada ha fundado nuestra sostenida preocupación por hacer conocer la Ley, cuyo texto incuestionablemente ha marcado una etapa en el ámbito jurídico venezolano, al tratar mediante mecanismos adecuados de proteger al servidor público y contener asimismo el abuso de la autoridad administrativa, que, aún hoy, aparece como vestigio de vicios característicos de la realidad histórica venezolana, los cuales han compartido por igual los gobiernos *de facto* y los gobiernos de derecho.¹ No quiere decir ello que con su promulgación han sido resueltos todos los problemas derivados de la especialísima relación jurídica que surge entre la Administración y el particular que ingresa a prestarle servicios, pero la Ley que rige la Carrera Administrativa constituye, en sí misma, el hito inicial de la regulación jurídica de la función pública venezolana, del cual partirá toda empresa o empeño a ser realizado dentro del proceso de mejoramiento o perfeccionamiento de ésta.

Resulta indudable que el marco de referencia que nos brinda el título de este artículo puede constituir la base de una enjundiosa obra destinada al tratamiento analítico de la carrera administrativa y, por ende, del régimen jurídico de la función pública venezolana; sin embargo, la amplitud y heterogeneidad de la materia, así como la preexistencia de limitaciones, propias y ajenas, nos llevarán a examinar el tema partiendo de la guía que ofrece el dispositivo constitucional para desarrollar la "carrera administrativa" sobre las pautas que su texto va indicando, dándole un enfoque eminentemente pragmático que permita conocer los problemas esenciales de la función pública venezolana y las estructuras que la conforman.

1. A. Oropeza, *La Nueva Constitución de 1961*, p. 372, 1971.

I. PRIMERA PARTE

2. BASE CONSTITUCIONAL

La norma contemplada en el artículo 122 de la Constitución, expresa el mandato a través del cual corresponde al legislador establecer la "carrera administrativa mediante las normas de *ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional*". Su antecedente más remoto es la previsión constitucional de 1947 que ordenaba dictar un estatuto destinado a regir las relaciones del Estado con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerían las normas de ingreso a la Administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro...² ya que en los textos de constituciones anteriores apenas se incluían disposiciones dispersas, consagratorias, sobre todo, de deberes y prohibiciones para los funcionarios públicos.³ En la Exposición de Motivos de la Carta de 1961 no se hace mención especial sobre la incorporación de esta importante previsión, limitándose a expresar que "la mayor parte de los artículos de este capítulo son la repetición de normas ya establecidas en el Derecho Constitucional Venezolano",⁴ en efecto, es sólo a partir de 1947 cuando se agrupan en un solo capítulo "las normas que antes se hallaban diseminadas bajo rubros diferentes de las normas generales y que presiden el funcionamiento del Poder Público..." y "...entre esas normas se incluyó la que impone al Estado el deber de dictar un estatuto que regule sus relaciones con empleados y funcionarios públicos".⁵ La disposición de 1961 es mucho más precisa que la de 1947 por cuanto especifica el ámbito de aplicación del cuerpo legal a ser dictado por el legislador ordinario: el funcionariado de la *Administración Pública Nacional*, aclarando, de este modo, que las previsiones del texto legal sólo se dirigirían, en respeto al principio de distribución de competencias⁶ a los servidores de los organismos que en nuestro país ejercen, dentro de la rama Ejecutiva del Poder Nacional, funcio-

2. C. 1947. Art. 90. "Cap. II del Poder Público y su Ejercicio". Título IV. De la Soberanía y del Poder Público.

3. C. 1936 (Arts. 43, 45, 48, 52). C. 1931 (Arts. 44, 46, 49, 53). C. 1929 (Arts. 44, 46, 49, 53).

4. "Exposición de Motivos de la Constitución de 1961", p. 78. *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 37.

5. Ambrosio Oropeza, *op. cit.*, p. 372. Caracas, 1971.

6. C. Art. 117.

nes administrativas con carácter preponderante. Los servidores de la Administración Pública Nacional se separan así de quienes prestan servicio a las otras ramas del Poder Público Nacional, estatal o municipal, para los cuales se prevén estatutos especiales.⁷

3. LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA. IMPORTANCIA DE SU PROMULGACION

La aparición de la Ley destinada a amparar a empleados y funcionarios de la Administración Pública Nacional provoca, inicialmente, serios inconvenientes y confusiones prácticos y jurídicos, originados por una parte, en la resistencia de los encargados de administrar personal para someterse a normas novedosas, reguladoras desde ese momento de la actividad administrativa en el área de la función pública, acostumbrados como estaban a actuar sólo por órdenes del mandatario de turno, y, por otra parte, en la propia concepción del texto legal como Ley-cuadro, sujeta a posterior desenvolvimiento y desarrollo mediante normas de carácter reglamentario que aún hoy, están siendo dictadas.⁸

La relevancia de la nueva Ley reside en que por vez primera en Venezuela se indica a los funcionarios, empleados o servidores públicos, cuáles son los deberes y responsabilidades que les atañen, y cuáles los derechos, recursos y garantías que les asisten, unificando, de este modo, materias que trataban diversos textos legales,⁹ a la par que se señala a la Administración la esfera de su

7. Existen diversas leyes estatales y ordenanzas de carrera administrativa, cuyo texto copia casi literalmente el de la Ley nacional.

8. Desde que aparece la Ley: Sep. de 1970 hasta el presente (1978), han sido promulgados: 1) El Reglamento sobre las Atribuciones del Director Ejecutivo de la Oficina Central de Personal - G. O. 29.438 del 11-2-71. 2) El Reglamento sobre la Bonificación de Fin de Año. G. O. 29.488 del 20-4-71. 3) El Reglamento sobre el Directorio de la Oficina Central de Personal. G. O. 29.438 del 11-2-71. 4) El Reglamento sobre las Juntas de Avenimiento. G. O. 29.540 del 21-6-71. 5) El Reglamento sobre los Sindicatos de Funcionarios Públicos. G. O. 29.497 del 30-4-71. 6) El Reglamento sobre Cargos de Alto Nivel y de Confianza a los efectos del ordinal 3º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa. G. O. 30.438 del 2-7-74. 7) El Reglamento de Reingreso de los Funcionarios Públicos Nacionales a la Carrera Administrativa. G. O. 30.877 del 22-12-75. 8) El Reglamento sobre el Régimen Disciplinario para los Funcionarios Públicos Nacionales. G. O., Extraordinaria, 1885 del 1-7-76. 9) El Reglamento sobre Retiro y Pago de Prestaciones Sociales a los Funcionarios Públicos de Carrera. G. O. 31.021 del 13-7-76. 10) Reglamento Parcial sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneraciones. G. O., Extraordinaria, 1950, 14-6-73.

9. Ley de Pensiones (1928). Ley sobre Responsabilidad de los Funcionarios o Empleados Públicos (1912); Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (1961); Estatuto Orgánico de Ministerios (1950).

competencia y las reglas que habrán de regir su actuación, delimitando para ambos los campos específicos dentro de los cuales operarán como sujetos de la relación de empleo público.

Por lo demás, la Ley no se quedó en el establecimiento de derechos, deberes, situaciones y responsabilidades de los servidores públicos, sino que sentó las premisas sobre las cuales, y así se está haciendo, se desarrollaría el Sistema de Administración de Personal, para configurar así un instrumento técnico-jurídico¹⁰ que rige en Venezuela la función pública y el sistema de administración de personal que consagra además instrumentos eficaces de defensa del funcionario público frente al actuar administrativo, caracterizado en el pasado por notas de arbitrariedad e injusticia.

La Ley venezolana, siguiendo las pautas constitucionales, contiene en su articulado los puntos más importantes resumidos en la "Guía para Establecer un Estatuto de Personal en las Administraciones Civiles del Estado", elaborado por el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (1951), de acuerdo con el cual debían incluirse en un texto de tal naturaleza:

1. Las necesidades de personal y determinación de los empleos necesarios: creación de empleos públicos, clasificación, determinación de sus características, sueldos y condiciones de acceso.

2. Las condiciones de acceso a los empleos públicos generales: nacionalidad, moralidad, aptitud física, sexo, determinación del nivel y de la naturaleza de la calificación profesional exigida, métodos de selección.

3. Las obligaciones impuestas a los funcionarios: profesionales, políticas: derivadas de su condición de funcionario público.

4. La protección del funcionario y organización de las carrera: contraataques de los particulares y acciones judiciales; responsabilidad frente a terceros y frente a la administración; régimen disciplinario; incremento de haberes; ascenso jerárquico.

5. Las ventajas concedidas a los titulares de empleos públicos: sistema de remuneración, seguridad por riesgo profesional, licencias, jubilación.

6. La aplicación del régimen estatutario: constitución de un organismo de centralización y coordinación del personal, simplificación de la gestión de personal.

10. A. Brewer-Carías, *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*. CAP. Caracas, 1971 (pp. 3-4).

4. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

A pesar de las limitaciones que nos hemos impuesto para el análisis de una materia tan prolija como la que nos ocupa, es forzoso, o más aún, indispensable, tratar someramente ciertos puntos de carácter general que inspiran, a nuestro juicio, los criterios interpretativos y de aplicación de la Ley, antes de examinar las áreas de la "carrera administrativa" que concibió el dispositivo constitucional y cuyo desenvolvimiento marcará la trascendencia del principio establecido por la Carta Fundamental.

4.1. *El Principio del Estatuto General*

La redacción dada al texto constitucional induce a considerar que la intención del constituyente fue la de establecer el principio del estatuto general y uniforme, contentivo de un conjunto de normas dirigido a regular el ingreso, ascenso, suspensión, traslado y retiro... de todos los individuos que ingresaren a la categoría de funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública Nacional, sin precisión de casos especiales. Este estatuto, articulado en la Ley de Carrera Administrativa, configura la verdadera médula del sistema para operar en la práctica como norma de aplicación supletoria en los supuestos de ciertos organismos cuyos servidores pueden llegar a requerir tratamiento *especial*. Lo difícil resultará, en definitiva, destacar los elementos conformadores de la "especialidad" o "particularidad" de estos funcionarios públicos para no caer en el extremo de la proliferación injustificada de ordenaciones casuísticas casi siempre desacordes. En efecto, será necesario plantear situaciones de carácter muy especial que exigirán regulación tan particularizada. De allí que ante la vigencia de ciertos estatutos "especiales"¹¹ sea prudente preguntar: ¿en qué se distinguen los integrantes del Personal del Instituto Autónomo "Fondo de Inversiones de Venezuela"¹² de los servidores

11. En el Proyecto de Ley del Instituto Postal Telegráfico tuvimos oportunidad de observar el establecimiento de un estatuto propio, *por vía reglamentaria*.

12. La Ley que crea el Fondo de Inversiones de Venezuela, establecía en su primera redacción (G. O. N° 30.430) Art. 37: "La Asamblea General dictará el Estatuto de Personal de los Funcionarios y empleados del Fondo en el cual se establecerá: a) El régimen de carrera mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro y demás que se consideren pertinentes...". El dispositivo fue reformado posteriormente: (G. O. N° 30.636 del 11-2-75) así: Art. 37: El Presidente de la República en Consejo de Ministros dictará el estatuto de personal de los funcionarios y empleados del Fondo en el cual se establecerá: a) "El Sistema de Administración de Personal...", etc. En nuestra opinión la reforma se debió a que se estaba

del "Instituto Nacional de Cooperación Educativa", o del "Instituto Nacional del Menor", ¿es que acaso no integran ellos también la Administración Pública Nacional?, por lo demás, ¿no se rompe así el principio de la igualdad entre iguales, creando soluciones distintas para casos semejantes en violación a la norma del artículo 1º de la Ley de Carrera Administrativa?, los empleados del Fondo de Inversiones no configuran un "sector concreto y particular" ni han sido excluidos de la Ley, todos son funcionarios públicos que ocupan cargos clasificados dentro del Sistema General de Clasificación previsto por ella. Por último, ¿no se olvida acaso la existencia de un órgano *central* de personal que elabora, desarrolla y organiza el Sistema de Administración de Personal o es que se va a sectorializar también la gestión de la función pública y la administración de personal?

El estatuto general y uniforme de rango legal, combina las ventajas de la claridad e igualdad de los regímenes de deberes, derechos y responsabilidades, así como la estabilidad de sus situaciones y garantías. Al respecto ha señalado la *Corte Suprema de Justicia*: "No es menos cierto que al sancionar dicha Ley, el propósito del legislador fue establecer un sistema amplio y *uniforme* de administración de personal, aplicable en principio, a todos los funcionarios públicos a nivel nacional, con las excepciones establecidas en forma *expresa y taxativa* en el artículo 5º *ejusdem*". (Sentencia 29-10-73).

4.2. *La Naturaleza Jurídica de la Relación de Empleo Público*

Sin entrar a efectuar el análisis de las diversas concepciones que se han formulado a través de la evolución de la función pública, para explicar o justificar la naturaleza de la relación jurídica que surge entre la Administración y el particular que ingresa a su servicio,¹³ es necesario establecer, *a priori*, partiendo del propio articulado de la Ley, que en nuestro ordenamiento ha sido acogida la llamada por la doctrina: "Tesis Estatutaria" de la relación de empleo público, conforme a la cual el vínculo que se origina entre

incurriendo en una inconstitucionalidad al delegar en un órgano colectivo del Instituto materia que constitucionalmente sólo debe desarrollar el legislador, y que éste, a su vez, ha atribuido a las máximas autoridades administrativas y directivas de los entes que conforman la Administración Pública Nacional.

13. Teoría del Contrato de Derecho Privado; Teoría Política; Teoría basada en la distinción entre funcionario de autoridad y funcionario de gestión; Teoría del Contrato de Derecho Público y Teoría Bilateral. (*Vid.* J. A. García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. II, p. 443).

el funcionario y la Administración tiene carácter unilateral en virtud de estar predeterminado por el Estado a través de las leyes y los reglamentos. En consecuencia, el funcionario venezolano ingresa al servicio de la Administración Pública para colocarse en una situación impersonal, general, objetiva, de carácter permanente, que sólo será modificada mediante actos generales (ley o reglamento) y que no puede estar sujeta a acuerdos individuales. De allí que el Estado fije unilateralmente las condiciones y el funcionario tenga frente a él los derechos y obligaciones descritos en la ley y en los reglamentos que rigen su *status* jurídico, derechos y deberes que subsistirán hasta tanto no sean modificadas las normas que los prevén. Puede afirmarse, por consiguiente, que el "Estatuto" del funcionario público es el conjunto de deberes y derechos que éste tiene ante la Administración y que en nuestro ordenamiento está consagrado en la Ley de Carrera Administrativa en ejecución del mandato constitucional contenido en el artículo 122 que dice: "*La Ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional...*".

La admisión de la tesis estatutaria impide el libre juego de la voluntad de las partes en la formación, desarrollo y terminación de la relación de empleo público, pues todas las fases por las que pasa están ya *debidamente reguladas por una norma jurídica*, de allí surge la imposibilidad de aceptar que el funcionario público pueda celebrar contratos individuales o colectivos en cuyas cláusulas, él, por una parte, y la Administración, por la otra, pudieran negociar las condiciones del establecimiento, desarrollo y terminación de la relación.¹⁴ Ello significaría que el Estado estaría olvidando las normas reguladoras del estatuto del empleado, las cuales prevén entre otros aspectos: todo lo relativo al ingreso, clasificación, remuneraciones, derechos, deberes, responsabilidades y garantías. De lo anterior deriva, igualmente, la naturaleza tan especial de los sindicatos de funcionarios públicos a los cuales se niega la posibilidad de celebrar contratos colectivos de trabajo en representación de sus afiliados y la de recurrir a la huelga como medio de presión para la defensa de los intereses y derechos de éstos.¹⁵

14. Toda la doctrina administrativa apoya el criterio expuesto *supra*. (Vid. Doctrina Administrativa de la Consultoría Jurídica de la Oficina Central de personal, 1975, pp. 202-211 y 260).

15. Este criterio fue sostenido por la Sala Político-Administrativa de la Corte

La naturaleza unilateral de la relación de empleo público lleva a concluir:

1. Que el funcionario tiene respecto de la Administración, *los derechos y deberes descritos en las leyes y reglamentos que regulan su estatuto.*

2. Que tales derechos y deberes subsisten, por tanto, en cuanto no se modifiquen las normas que los establecen, con lo cual se niega la existencia de derechos adquiridos para los funcionarios públicos, pues éstos no podrán oponerse a las variaciones que el Estado realice a ese ordenamiento, mediante la actuación de los órganos competentes (Congreso, Poder Ejecutivo),¹⁶ la idea de "adquirido" es una cualidad especial que se une a algunos derechos con el objeto de defenderlos contra modificaciones del estatuto bajo el cual un funcionario ha ingresado al servicio de un ente público.¹⁷

3. El régimen establecido con carácter general en las leyes y reglamentos no puede ser alterado singularmente por la Administración en perjuicio o ventaja de algunos empleados, en virtud del principio de legalidad y de inderogabilidad singular de los reglamentos, y

4. Que si la Administración desconoce la situación descrita en el estatuto del funcionario, sus actos podrán ser impugnados por ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Suprema de Justicia (en decisión de 3-5-77), que sirvió para terminar con los alegatos de agrupaciones gremiales, sindicatos y empleados empeñados en celebrar "convenios o contratos de trabajo" con la Administración. En efecto, sostuvo el máximo Tribunal: "la relación jurídica existente entre el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y los médicos, odontólogos, farmacéuticos y bioanalistas que le prestan sus servicios *no es*, pues, una relación contractual, sino de carácter estatutario. Como los demás funcionarios públicos nacionales, los profesionales se encuentran con respecto al ente para el cual prestan sus servicios, en una situación jurídica objetiva e impersonal, que el Estado puede modificar según lo requiere el interés de la colectividad; y a falta de leyes que regulen especialmente su relación de empleo público, están sometidos a las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa".

16. Esta afirmación aparece atemperada por la reforma de la Ley de Carrera Administrativa en 1975, que otorgó al funcionario de carrera el derecho al pago de prestaciones sociales, por cualquier causa de retiro de la Administración Pública, a la vez que lo concibió como base para el reconocimiento del derecho a solicitar, sobre el monto de las prestaciones, créditos, avales o fianzas del INAVI (Art. 27, Ley), en tal virtud este derecho adquiere perfiles similares al derecho de los trabajadores, regidos por la ley laboral, destacando, de este modo, la idea de "titularidad" que implica que el mismo ha ingresado al patrimonio del funcionario, por consiguiente, ¿cómo podría modificarse en el futuro, salvo para ser mejorado?
17. J. A. García Trevijano, *op. cit.*, Tomo III, Vol. I, p. 457.

4.3. *Ámbito de Aplicación de la Ley*

El ámbito subjetivo-institucional de aplicación de la Ley de Carrera Administrativa se delimita a través del análisis de tres de sus disposiciones,¹⁸ cuyos textos llevan a señalar que están sujetos a su normativa: *Todos los funcionarios del Ejecutivo y de los organismos autónomos,¹⁹ es decir, de los órganos administrativos del Poder Público Nacional, cuya finalidad esencial es la satisfacción de necesidades colectivas, a través de la ejecución de actos administrativos u operaciones materiales.* La observación de que se trata de los órganos administrativos destinados a llenar necesidades colectivas, basta para excluir del régimen consagrado en la Ley a quienes integran el personal de las ramas Judicial y Legislativa del Poder Público Nacional²⁰ los cuales en modo alguno forman parte de lo que la propia Ley configura como Administración Pública Nacional.²¹ No obstante, la Ley exceptúa tam-

18. Art. 1º, Art. 5º, Art. 6º.

19. Institutos Autónomos sujetos a la Ley de Carrera Administrativa: Caja de Trabajo Penitenciario. Círculo de las Fuerzas Armadas. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT). Instituto Nacional del Menor. Corporación de Desarrollo de la Región Centro-Occidental (CORPO-OCCIDENTE). Corporación de Desarrollo de la Región Nor-Oriental (CORPORIENTE). Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA). Corporación de los Andes (CORPOANDES). Corporación de Mercadeo Agrícola. Corporación Venezolana de Fomento (CVF). Corporación Venezolana de Guayana (CVG). Corporación de Turismo (CORPOTURISMO). Corporación de la Pequeña y Mediana Industria (CORPO-INDUSTRIA). Diques y Astilleros Nacionales (DAN). Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía. Instituto Agrario Nacional (IAN). Instituto Autónomo Administración Ferrocarriles del Estado (IAAFE). Instituto Autónomo Hospital Universitario de Caracas. Instituto de Comercio Exterior (ICE). Instituto de Oficiales de las Fuerzas Armadas en Situación de Disponibilidad y Retiro (OFIDIRE). Instituto de Previsión y Asistencia Social de las Fuerzas Armadas (IPSFA). Instituto Nacional de Canalizaciones. Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE). Consejo Nacional de la Cultura (CONAC). Instituto Nacional de Deportes (IND). Instituto Nacional de Higiene (INH). Instituto Nacional de Hipódromos, (INH). Instituto Nacional de Nutrición (INN). Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS). Instituto Nacional para Capacitación y Recreación de los Trabajadores (INCRET). Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC). Patronato Nacional de Ancianos e Inválidos. Instituto de Crédito Agrícola y Pecuário (ICAP). Fondo de Desarrollo Urbano. Instituto Nacional de Parques (INP). Instituto Nacional de Puertos (INP). Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI). Instituto Nacional de Bibliotecas. Se exceptúan tan sólo el Fondo de Inversiones de Venezuela y el Instituto Postal Telegráfico, pues éstos, como dijimos, han regulado por norma especial el régimen de personal.

20. Ley Orgánica Poder Judicial (Arts. 15, 16, 91 y ss.). Reglamento Interno del Personal del Congreso de la República. (Reglamento 23-12-70).

bién de su régimen a los empleados de ciertos órganos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, fundándose, para ello, en la preexistencia de regímenes legales especiales o en la peculiar naturaleza de las funciones que desempeñan, entre ellos se cuenta a quienes están "amparados" por la Ley de Personal del Servicio Exterior y la Ley Orgánica del Servicio Consular.²² En este caso, dada la interpretación restrictiva que debe darse a toda excepción, es necesario verificar si se les da o no el "amparo", de que habla la norma del artículo 5º), numeral 2º), habida cuenta de la presencia en el Ministerio de Relaciones Exteriores de un personal en "Comisión" y "Técnico o Auxiliar", que no forma parte del personal de carrera al cual protegen ambas leyes. De ello deriva nuestra posición, valedera para este caso y otros similares, de que los funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional no protegidos por disposiciones expresas de textos legales especiales, se rigen, en definitiva, por las previsiones de la Ley de Carrera Administrativa. La excepción que hace la Ley de los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales está condicionada a que éstos se hallen en "Servicio activo" y la referida a los que integran los Cuerpos de Seguridad del Estado²³ se concreta a aquellos funcionarios que desempeñen *funciones de policía*, esto es, las que se dirigen a asegurar, a través de la coacción y de la limitación de la libertad de los individuos, el cumplimiento del ordenamiento jurídico²⁴ vigente. De allí que la excepción que trata el ordinal 4º, no puede extenderse a otros servidores y produjo, incluso, la inaplicación de un Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional, mediante el cual se pretendía considerar como integrantes de un Cuerpo de Seguridad, y, por ende, excluidos de la Ley de Carrera Administrativa a los empleados del Ministe-

21. "Se observa al efecto que la limitación del Ordinal 3º del artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa alude a los «funcionarios del Poder Judicial», por tratarse de una norma de excepción, limitativa de derechos en el presente caso, su interpretación debe hacerse en sentido restringido. En este último orden de ideas el «Tribunal» está constituido por el juez o los jueces, el Secretario y el Alguacil, esto es, por los sujetos que al actuar expresan la voluntad del órgano jurisdiccional. De allí que en sentido estricto, los escribientes o amanuenses no forman parte del Poder Judicial, sino que son elementos instrumentales del órgano, puestos a su disposición por el Ministerio de Justicia, órgano administrativo del cual dependen" (Sentencia T.C.A., 18-2-74).

22. Ministerio de Relaciones Exteriores.

23. Ministerio de la Defensa. Ministerio de Relaciones Interiores.

24. T.C.A. Sentencia 12-5-72.

rio de la Defensa.²⁵ Las otras excepciones se refieren a *funcionarios del Ministerio Público*²⁶ y del Consejo Supremo Electoral;²⁷ así como a aquellos que ejercen funciones directivas, académicas, docentes y de investigación de las Universidades Nacionales.²⁸ En cuanto al personal administrativo que sirve a éstas, la problemática planteada en torno a ello fue resuelta con la promulgación de un Reglamento especial,²⁹ fundándose en normas expresas de la Ley de Universidades, que acuerdan al Consejo Universitario la facultad de dictar, conforme a las pautas señaladas por el Consejo Nacional de Universidades, el régimen de seguros, escalafón, jubilaciones, pensiones, despido, así como todo lo relacionado con la asistencia y previsión social de los miembros del personal universitario y con su organización.³⁰ La excepción final que hace la Ley en la norma de su artículo 5º, ordinal 6º, quizá no debió estamparse allí por cuanto los sujetos de la misma no son, en realidad, funcionarios públicos, sino personas encargadas de efectuar labores en las cuales predomina el elemento manual o físico sobre el intelectual y cuyo régimen específico está consagrado en la Ley del Trabajo.³¹

El análisis efectuado para delimitar el campo de aplicación subjetivo de la Ley de 1970 y la conclusión de que ésta se dirige a todos los "funcionarios públicos" que sirven a las instituciones referidas en el artículo 6º de la misma, nos permite elaborar una definición genérica de lo que puede entenderse por "funcionario público" dentro del régimen que ella crea; de esta manera, "fun-

25. T.C.A. Sentencia 21-2-74. "Los empleados al servicio del Ministerio de la Defensa no están excluidos de la Ley de Carrera Administrativa ya que están en el supuesto de la regla general del artículo primero de dicho texto... No puede el Ejecutivo por vía de Reglamento ampliar las excepciones consagradas en el artículo 5º de la Ley de Carrera Administrativa, estableciendo nuevas categorías fuera del ámbito de aplicación de dicha norma. Razón por la cual este Tribunal en vista de la ilegalidad del Reglamento de Administración de Personal para los Empleados Civiles del Ministerio de la Defensa y sus Dependencias, lo declara inaplicable al caso presente".

26. Ley Orgánica del Ministerio Público (8-9-70).

27. Ley Orgánica del Sufragio y Estatuto de Personal (29-4-74).

28. Ley de Universidades (G. O. Extraordinaria, 1429, del 8-9-70).

29. Con ello se acogió en términos generales el criterio sustentado por el Tribunal de la Carrera Administrativa en Sentencia del 5-2-73, acerca del predominio de la Ley de Universidades sobre la Ley de Carrera Administrativa.

30. Ley de Universidades. Art. 26, Ord. 18, y 186.

31. L.T., Arts. 1º, 5º y 6º.

cionario público" es la persona que ingresa a la Administración Pública Nacional, mediante nombramiento, para desempeñar una actividad permanente en la cual predomina el esfuerzo intelectual sobre el físico, una vez que ha cumplido con los extremos previstos en el artículo 34 de la Ley: ser venezolano, tener buena conducta, llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo, no estar sujeto a interdicción civil y cumplir cualquier otro requisito que establezca la Constitución y las Leyes.³²

4.4. *Las Categorías de Funcionarios Públicos*

4.4.1. La Ley, dirigida a *todos* los funcionarios públicos que sirven a la Administración Pública Nacional,³³ configuró dos grandes categorías de funcionarios a los cuales otorga un tratamiento diferente, en función de la dedicación de su vida profesional, que algunos de ellos ofrecen al servicio del Estado, ingresando por los niveles más bajos, pasando por el escalafón y egresando conforme a las previsiones que ella contempla en materia de retiro. Estas dos grandes categorías son las de los *funcionarios de carrera*, a quienes se reconoce la mayor y la mejor protección y los *funcionarios de libre nombramiento y remoción*.³⁴ Es necesario hacer énfasis en que ambas clases de funcionarios son *reguladas y protegidas por la Ley*, una en mayor grado que la otra, para descartar de una vez por todas la confusión de quienes piensan que el funcionario de libre nombramiento y remoción no está sujeto a las disposiciones de este cuerpo normativo.

Tal vez la gran diferencia entre uno y otro radica en que el segundo carece del derecho a la estabilidad, del cual nacen todos los demás derechos que, en régimen especial, se reconocen al funcionario de carrera.

4.4.2. La Ley establece en su artículo 3º, el concepto del "funcionario de carrera" señalando que éste es el que "en virtud de nombramiento ha ingresado a la carrera administrativa, conforme se determina en los artículos 34 y siguientes y desempeña servicios de carácter permanente". Partiendo de este *concepto legal* podemos determinar cuáles son, en nuestro régimen, *los elementos caracterizadores del funcionario de carrera*, así:

32. V.O.C.P. *Dictámenes C. Jurídica*, p. 132. Caracas, 1974.

33. Con las excepciones que señalamos. Art. 5º, L.C.A.

34. L.C.A., Art. 2º.

- 1) Ingreso a través del procedimiento del concurso, si ha cumplido los requisitos básicos.³⁵
- 2) Mediante nombramiento.³⁶
- 3) Para desempeñar funciones de carácter permanente,³⁷ y
- 4) Previo juramento y toma de posesión.³⁸

La relación de empleo público se consolida mediante el cumplimiento de una serie de requisitos, más o menos complejos, que constituyen un elemento diferenciador entre el funcionario de carrera y el que no es, pues a éste le suelen ser ajenas tales formalidades. De allí que para adquirir tal cualidad sea necesario:

1) Que *el funcionario haya ingresado a la administración pública conforme al procedimiento que la Ley prevé*. Deben separarse:

a) Los requisitos básicos para adquirir el *status* de funcionario (señalados fundamentalmente en el artículo 34 *ejusdem*), y b) el régimen de concursos.³⁹

a) *Los requisitos básicos*

a.1.). Ser venezolano, debe observarse que la Ley no habla de nacionalidad originaria y no puede ser de otro modo, puesto que conforme con la Constitución "son aptos para ejercer cargos públicos, los venezolanos mayores de 21 años que sepan leer y escribir y tengan las condiciones de aptitud que para el ejercicio de determinadas funciones exijan las leyes",⁴⁰ y, desde luego, entre esas condiciones de aptitud no puede incluirse la nacionalidad por nacimiento, por ello cualquier texto legal que consagrara tal previsión estaría forzosamente viciado de inconstitucionalidad.

Cuestión diferente es la exigencia de la nacionalidad venezolana pura y simple (bien originaria, bien por naturalización), puesto que si bien la Constitución (artículo 45), reconoce la igualdad de derechos entre venezolanos y extranjeros, expresa también que los de éstos podrán ser restringidos por ella misma y por las leyes, de allí que sea lógico concluir que una de las limitaciones

35. L.C.A., Art. 34.

36. L.C.A., Arts. 3º y 36.

37. L.C.A., Art. 3º.

38. L.C.A., Arts 38 y 39.

39. L.C.A., Art. 35.

40. Art. 112.

que la Ley puede establecer para el extranjero es la de exigir la nacionalidad venezolana para ingresar a la administración pública, fundada precisamente en que el ejercicio de un cargo público es un derecho político, privativo de los venezolanos (artículo 45, C.). Por consiguiente, las leyes pueden y deben establecer el requisito de la nacionalidad venezolana no sólo para el ejercicio de funciones políticas o judiciales sino para las de índole administrativa. Si a veces se reconoce que pueden haber existido extranjeros que han desempeñado funciones públicas con un concepto de responsabilidad y de respeto a la Constitución y a la Nación, no superado por los nacionales, tales consideraciones no deben constituir o fundar una regla. El fundamento jurídico y político de la nacionalidad para ejercer cargos en la administración pública es incuestionable.⁴¹

a.2.) Tener buena conducta, requisito que se traduce en la presentación del certificado de antecedentes penales y en la circunstancia de no haber sido destituido de cargos anteriores, en cualquiera de los niveles del Poder Público.

a.3.) Llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo, esto es, cumplir con los extremos que la clasificación y descripción del cargo exigen, de acuerdo con las especificaciones oficiales de la clase.

a.4.) No estar sujeto a interdicción civil.

a.5.) Las demás que establezcan la Constitución y las leyes.

b) *El Concurso*

Es este el aspecto o requisito que diferencia y mejor define al funcionario de carrera, es decir, su ingreso no sólo a la Administración Pública Nacional, cumpliendo los extremos del artículo 34 de la Ley, *sino a la carrera administrativa*, esto es, a la serie de clases de cargos dentro de la cual va a desenvolver su vida profesional pasando de un nivel a otro, mediante un sistema de concursos que tendrá por base el mérito del aspirante y al cual accederán todos los que llenen los requisitos básicos para servir a la Administración Pública Nacional.

El régimen de concurso constituye la columna vertebral de la carrera administrativa, pues sobre él se va a efectuar la selec-

41. Ley de Extranjeros. Art. 30. O.C.P., *op. cit.*, pp. 83-169.

ción de los mejores capacitados para el desempeño de funciones públicas, mediante la evaluación de la idoneidad técnica y científica del aspirante en los aspectos que se relacionen directamente con el desempeño o ejercicio del cargo de que se trate. La selección opera sobre el principio de igualdad, dado que los concursos son abiertos para toda persona que reúna los requisitos *básicos y específicos de la clase de cargo* para la cual se concursa.

La evaluación de los requisitos, esto es, la valoración y comprobación de la capacidad e inteligencia del aspirante puede, en principio, basarse en "credenciales", cuando la prueba se efectúa sobre elementos preconstituidos, o hacerse por "examen" cuando la comprobación versa sobre pruebas orales, escritas o prácticas; indiscutiblemente que el que reseñamos en segundo término reúne elementos de objetividad y justicia que lo hacen prevalecer sobre el primero, sin embargo hasta el presente (1978), el sistema de concursos para ingresar a la carrera administrativa *carece de instrumentación en nuestro país*.⁴²

La selección que trata la Ley no tiene como finalidad inmediata proveer las vacantes existentes en la Administración Pública Nacional, sino llenar el "Registro de Elegibles para Ingresos" que debe llevar el Organo Central del Sistema de Administración de Personal. Esta afirmación tiene su base en la norma contenida en el artículo 36 de la Ley, la cual establece el procedimiento que debe cumplir la autoridad administrativa para "nombrar". Al producirse una vacante en los cargos de nivel inferior del organismo,⁴³ éste solicitará de la Oficina Central de Personal una "certificación" de candidatos elegibles, integrada por los tres nombres de las personas que *ocupen los tres primeros lugares del registro*, a los cuales éstos han accedido, indudablemente, por el procedimiento del concurso; obtenida la certificación y nombrado uno de los que la forman, la Oficina Central de Personal expedirá un certificado que acreditará su condición de funcionario de carrera, si supera el período de prueba concebido para calificar, en la prác-

42. Sólo se ha dictado una Circular (2207, marzo, 1972), que contempla un método elemental de selección, que hoy, en apariencia, ha sido olvidada por los organismos que debían aplicarla, a la par que muchos de ellos tienen métodos particulares de selección, fundados en las áreas específicas de competencia que les acuerda la legislación vigente.

43. Los cargos de nivel medio y superior se proveen por movimientos de ascenso (artículo 19, Ley de Carrera Administrativa y Circular 2207 de marzo, 1972).

tica, las aptitudes y condiciones del empleado ⁴⁴ y convertir de este modo, el nombramiento en definitivo.

La Ley, previsivamente, contempló la posibilidad de que no existieran candidatos elegibles y facultó a la autoridad administrativa para nombrar una persona no inscrita en el registro, *posibilidad que ha permitido a la Administración hacer casi todos los nombramientos a partir de la vigencia de la Ley* y en la cual ahondaremos más adelante.⁴⁵

2) *Mediante nombramiento*

La autoridad administrativa nombra a las personas que han cumplido los extremos precedentes; en efecto, una vez que adopta la decisión de proveer la vacante, la autoridad competente deberá sujetar toda su actuación a las reglas que le impone la Ley de Carrera ⁴⁶ para el *nombramiento del funcionario*.

A nuestro juicio no existe para la Administración obligación de proveer la vacante producida, pues en este aspecto opera la discrecionalidad administrativa que le permitirá juzgar atendiendo a las necesidades del servicio si la llena o no; lo que ocurre es que en el momento en que adopte tal decisión, la Administración estará obligada a *adecuar su actuación* a las normas que a tales fines contiene la Ley.

El acto administrativo a través del cual el candidato elegible se incorpora a la organización, obteniendo el empleo, es el nombramiento; el aspirante ingresa en virtud de un acto, condición que le coloca en una situación jurídica general preexistente ⁴⁷ y es desde este momento en el que "nacen para ambos (administración y funcionario) derechos y potestades y obligaciones y sumisiones, que constituyen precisamente el contenido de la relación jurídica de servicio".⁴⁸

El nombramiento tiene vigencia desde el momento en que se produce, puesto que la aceptación del mismo está implícita en la instancia o solicitud que formula el interesado en ocupar determinado destino público y ya ha quedado cumplido, además, el

44. Ley de Carrera Administrativa. Art. 37.

45. Ley de Carrera Administrativa. Art. 36, Parágrafo 2º.

46. Ley de Carrera Administrativa. Art. 36.

47. A. Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 7.

48. J. A. García Trevijano, *op. cit.*, pp. 626 y ss., Tomo III, Vol. II.

procedimiento previo de selección. Las dificultades surgen con motivo del cumplimiento de trámites ante la Oficina Central de Personal que retardan a veces la formalización del nombramiento. Estimamos que la solución para este caso es la de considerar efectivo el nombramiento desde el momento en que se tomó posesión del cargo. Por ello se ha incluido en el formulario elaborado a tales efectos (FP-06-020), unas casillas que hacen referencia a "fecha de preparación" y a "fecha de vigencia".⁴⁹

La Constitución acuerda al Ejecutivo la atribución de nombrar y remover a los servidores de la Administración Pública Nacional⁵⁰ y la Ley de Carrera Administrativa desarrolló el dispositivo al establecer que los nombramientos de los funcionarios públicos que ella regula *los hace el Presidente de la República, los Ministros del Despacho Ejecutivo y las máximas autoridades directivas y administrativas* de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional.⁵¹

La Ley estableció varias clases de nombramiento que pueden clasificarse en: nombramientos ordinarios, provisionales, e interinos o de urgencia. Formulamos ya ciertas consideraciones sobre el nombramiento ordinario, para emitir al cual, la administración adecúa su actuación a las normas que rigen el acceso a los empleos públicos; requisitos básicos, procedimiento de selección, registro de elegibles.⁵² Por lo que respecta al nombramiento provisional hablábamos de que a través del mismo se ha facilitado para la Administración la posibilidad de ingresar personal a su servicio cuando le resulta casi imposible cumplir las pautas legales acerca de selección, registros de elegibles, etc.; el nombramiento provisional opera en el supuesto de que se requiera personal para cubrir vacantes de ingreso (o ascenso) y no existan elegibles en los

49. Este supuesto está condicionado por su "temporalidad", de otro modo entraríamos en el campo de los "funcionarios de hecho" que a la luz de las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa carece de justificación.

50. Art. 190, Ord. 18.

51. Arts. 6º y 36. Ley de Carrera Administrativa. Esta facultad, por lo que se refiere a los Ministros, es pasible de ser delegada de acuerdo a lo dispuesto por el Ord. 25, del artículo 20, de la novedosa Ley Orgánica de la Administración Central que expresa: "Delegar *atribuciones* en el Director General del Ministerio o en los Directores Generales y en éstos y otros funcionarios, la firma de documentos, conforme a lo que establezca el Reglamento. La resolución que contenga estas delegaciones será publicada en la *Gaceta Oficial*".

52. Ley de Carrera Administrativa. Art. 36, Aparte Unico y Parágrafo 1º.

registros, en cuyo caso puede procederse a nombrar a una persona no inscrita en ellos.

La Ley condiciona esta posibilidad al exigir que se haga constar su carácter provisional en el correspondiente movimiento de personal, y a que se ratifique o revoque, según sea el caso, en un plazo no mayor de seis meses, previa administración de un examen al funcionario nombrado con carácter provisional. Este examen se realiza a efectos de que si supera esa prueba, el empleado deberá ser catalogado como funcionario de "carrera" o, retirado del servicio, en caso contrario, para que el cargo sea provisto mediante terna que suministrará la Oficina Central de Personal, la cual, se supone, ha podido incorporar en dicho plazo algunos elegibles al registro.

La experiencia ha demostrado, al igual que en el caso de las pruebas de selección, que la Administración aún no está preparada para seguir estas pautas legales. Rara vez se ha procedido a examinar al empleado "Provisional", produciéndose la situación de que éste permanece en este estado en los cuadros administrativos hasta el momento en que una decisión de la autoridad administrativa lo obliga a solicitar su calificación o, en último extremo, a defender la situación jurídica subjetiva lesionada. La administración alega, en ocasiones, que el empleado no es idóneo para ocupar el cargo; en tal hipótesis hemos estimado que la permanencia del funcionario durante todo ese tiempo significa que hay un reconocimiento implícito de su capacidad para ejercer las funciones propias del destino que ocupa, por lo que, admitir lo contrario, llevaría a aceptar el alegato de la propia torpeza por la Administración, la cual, evidentemente viola con ello, las normas que rigen su actuación, hechas precisamente para evitar este tipo de inconvenientes. En este caso, el funcionario goza de estabilidad y por ende sólo podrá ser retirado por las causas previstas en la Ley, surgiendo para él todos los derechos que ésta reconoce a los funcionarios de carrera.⁵³

El nombramiento "interino o de urgencia" carece de significación en nuestro régimen, puesto que el mismo envuelve toda una tramitación, bastante lenta, que supera con creces el lapso por el cual ha sido estipulado. La Ley habla de que "en casos de extrema urgencia y para evitar interrupciones o deficiencias en la

53. Ley de Carrera Administrativa. Art. 53.

marcha de los servicios públicos, la vacante podrá ser cubierta interinamente por un plazo no mayor de treinta días, mientras se realiza la tramitación correspondiente ante la Oficina Central de Personal", el supuesto puede solucionarse a través de otros mecanismos que la Ley prevé (la comisión de servicio), de allí su inoperancia y escasa utilización.⁵⁴

Resumiendo, la facultad de nombrar y, por ende, de remover debe ejercerse:

2.1. De conformidad con la Ley, esto es, que exista legalmente la función o empleo de que se trata.

2.2. Con observancia de las formas, la cual puede ser: reglada o discrecional. Es reglada cuando las disposiciones que se aplican para nombrar se fundan en garantías constitucionales (artículo 122), o legales, relativas a la idoneidad o aptitud en su doble aspecto: profesional y moral.

Cuando la facultad de nombrar está reglada por ley (artículo 36 de la Ley de Carrera Administrativa), el órgano o autoridad que nombra debe hacerlo después de cumplidos los requisitos o reglas vigentes (artículos 34, 35 y 36 de la Ley de Carrera Administrativa); tanto los concursos como la comprobación de condiciones legales o de inexistencia de inhabilidades o prohibiciones, cuando se trata de nombrar, constituyen un imperativo legal cuya observancia vicia el acto de la autoridad que nombra, o en su caso, remueve (cumplimiento de los procedimientos disciplinarios, intervención de las Juntas de Avenimiento, etc.).

En lo que respecta a la facultad de remover, la autoridad puede ejercerla, según la Ley venezolana, de manera reglada para los funcionarios de carrera, o discrecional (libremente) pero no arbitraria, para los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

3) *Carácter permanente de las funciones*

Es ésta una exigencia expresa de la Ley. Debe entenderse que la misma implica que los servicios no se presten de manera eventual, sino que el funcionario se encontrará constante y regularmente ligado a la Administración durante toda su vida profesional. La "permanencia" aparece aquí como nota de constancia

54. Ley de Carrera Administrativa. Art. 36, Parágrafo 3°.

y *estabilidad*, corolario lógico de la carrera administrativa, para oponerse a la eventualidad o precariedad que caracteriza otro tipo de vinculaciones con la administración pública y que han sido excluidas del ámbito de regulación de la Ley.

4) *Previo juramento y toma de posesión*

La Ley recoge disposiciones preexistentes en la materia,⁵⁵ de acuerdo con las cuales ningún empleado público puede entrar en ejercicio de sus funciones sin prestar antes juramento de sostener y defender la Constitución y Leyes de la República y de cumplir fiel y exactamente los deberes de su empleo. Este requisito, obligatorio conforme a la Ley, antecede, como se desprende de la disposición comentada, a la toma de posesión, por lo menos en el ámbito formal. En la práctica hemos observado que el funcionario, la mayoría de las veces, toma posesión antes de juramentarse en virtud de que la dinámica administrativa ha llevado a incluir la fórmula sacramental del juramento como un aparte del documento (FP-06-020), mediante el cual se tramita su nombramiento y que firma el empleado una vez que ha sido aprobado por la Oficina Central de Personal. La ceremonia de juramentación ha quedado para los cargos ubicados en los niveles superiores de la jerarquía administrativa. La toma de posesión corona el procedimiento de investidura del funcionario "con finalidad no sólo de dotar de eficacia la condición del funcionario, sino de dar perfección y validez a un conjunto de actos enlazados, todos los cuales, unidos, permiten que surja la relación de servicio profesional...". El efecto fundamental de la toma de posesión es el de que "la relación de servicio se entiende constituida y se adquiere igualmente la condición de funcionario. Nace igualmente la relación orgánica y el funcionario puede ya actuar las competencias de la unidad que recubre".⁵⁶ La no toma de posesión implicaría, desde luego, la revocatoria de la aceptación implícita del nombramiento, a la cual hemos hecho alusión anteriormente. Hemos descompuesto y comentado *los elementos caracterizadores del concepto legal del funcionario de carrera*, queda ahora indicar la existencia de un concepto jurisprudencial del mismo, elaborado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, según la cual:

55. Ley de Juramento, agosto, 1945.

56. J. A. García Trevijano, *op. cit.*, pp. 588-589.

"A juicio de esta Corte ninguna de las dos posiciones extremas, interpreta correctamente la razón, el espíritu y el propósito del legislador que en 1970 quiso, mediante la Ley de Carrera Administrativa, establecer un estatuto que progresivamente crease un régimen de estabilidad y protección para los funcionarios públicos. El legislador no quiso, sin embargo, amparar de una vez a todos los funcionarios que, para el momento de la promulgación de la misma, estuviesen prestando servicio a la administración pública; quizás porque pensó que no todos ellos tuvieran capacidad y méritos por igual para gozar en el futuro de las mismas condiciones y ventajas de la estabilidad y de los derechos que la ley consagra para quienes ella misma denominó «funcionarios de carrera» y definió como «aquellos que en virtud de nombramiento han ingresado a la carrera administrativa, conforme se determina en el artículo 33 y siguientes y desempeñan servicios de carácter permanente (artículo 3º de la Ley de Carrera Administrativa).

"Desde luego que esta plenitud de derechos debía conferirse y se confirió a quienes después de promulgada dicha ley ingresaran al *servicio de la administración pública, llenando los requisitos mínimos previstos en el artículo 33 ejusdem, mediante el sistema de concurso, nombramiento y juramentación* descritos en los artículos 35, 37 y 38 de la misma ley, todos los cuales integran el Capítulo I del Título IV. En esto el legislador no vaciló ni tenía por qué hacerlo, y así lo dispuso, expresamente en el artículo 3º *ejusdem*.

"Pero, de otra parte, el legislador no fue tan claro en cuanto al estatuto o régimen aplicable al funcionario que estaba prestando servicios a la administración en el momento mismo de la promulgación de la Ley. Cabría preguntarse en qué situación legal los colocó. Es decir, si los excluyó a todos por igual de los beneficios de la ley, sin considerar los años de servicio que tenían en la administración pública, con lo que dicha ley no se aplicaría más que a los nuevos empleados; o los amparó a todos por igual, sin hacer distinciones por razón de su antigüedad, capacidad o méritos.

"En concepto de este Supremo Tribunal el legislador no hizo, con los funcionarios en servicio, ni una cosa ni la otra; optó por una solución intermedia, más lógica y más justa, y a ese fin incluyó, en el texto legal, el Título VII, formado por disposiciones transitorias, las cuales determinan la forma de incorporarse a la carrera los funcionarios en servicio y el régimen legal que les es aplicable, en función de antigüedad, capacidad y méritos.

"En efecto, por una parte, y a objeto de determinar su capacidad, sus méritos y el cumplimiento de los requisitos mínimos (exigidos a todos los funcionarios de carrera en el artículo 33 de la Ley) dispuso la celebración de los exámenes correspondientes (artículo 67, *ejusdem*), para dichos funcionarios en servicio.

"Por la otra, tomó en cuenta la antigüedad en la forma siguiente:

"1º Los funcionarios o empleados que tengan un año o menos en la administración pública, deberán someterse al régimen de concurso como si estuvieran ingresando a la Administración, para tener derecho a la Carrera (artículo 66, *ejusdem*).

"2º Los que tengan más de un año y menos de 10, tendrán derecho a presentar los citados exámenes (2 ó 4 según tengan menos o más de 5 años de servicio), y en caso de resultar reprobados pueden ser retirados de la función pública, con pago de prestaciones sociales o solicitar que se les traslade a un cargo inferior, «para el cual si reúne los requisitos exigidos, en cuyo caso y previa aprobación de los exámenes correspondientes, se le declare funcionario de carrera» (artículo 67 y párrafo primero del artículo 68 *ejusdem*).

"3º Pero si el empleado ordinario o en servicio tuviera más de diez (10) años en la función pública y cumpliera los requisitos mínimos establecidos en el artículo 33 de la Ley, se le exime del examen de admisión, debe ser declarado por la Administración funcionario de Carrera y sólo presentará examen a los fines de su «capacitación y correcta ubicación, sin que ésta pueda conllevar en ningún caso desmejoramiento de su remuneración» (Párrafo Segundo del artículo 68 *ejusdem*).

"De modo que en resumen *frente a la Ley de Carrera Administrativa sólo son funcionarios de carrera:*

"1º Los nuevos funcionarios, o sea, los que ingresen a la administración pública después de promulgada la Ley y lo hagan por el régimen de concurso previsto en el artículo 34 *ejusdem*.

"2º Los funcionarios en servicio que cumpliendo los requisitos mínimos previstos en el artículo 33, tengan más de diez (10) años en la administración pública (párrafo segundo del artículo 68); y finalmente:

"3º Los funcionarios en servicio que teniendo más de un (1) año en la administración pública y menos de diez (10) aprueben los exámenes previstos en el artículo 66 *ejusdem*.

"En consecuencia, que quienes tengan menos de diez (10) años de servicio en la administración y no hayan presentado los exámenes correspondientes no son funcionarios de carrera, sino simplemente *funcionarios públicos ordinarios*. Y esto es, a juicio de este Alto Tribunal, el caso del recurrente, quien sólo había cumplido 8 años de servicio público para el momento de su destitución y no llegó a presentar el correspondiente examen de calificación; no siendo funcionario de carrera, no gozaba de estabilidad que, a éstos, solamente a éstos, atribuye el artículo 17 de la Ley de Carrera Administrativa".⁵⁷

57. Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sent. 2-8-72. G. O., 22-8-72. Este último criterio fue modificado con posterioridad en Sentencia del 8-8-73.

4.4.3. Al contrario del funcionario de carrera que es definido por el propio cuerpo legal, *el funcionario de libre nombramiento y remoción*, cuya designación y separación del cargo quedan al libre arbitrio de la autoridad administrativa, aparece particularizado a través de la enumeración de los cargos que pueden ocupar en un momento determinado, y que hace el artículo 4º de la Ley, en tres numerales:

"1º Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales.

"2º Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, los Directores Generales, los Directores, Consultores Jurídicos y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales.

"3º Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros".⁵⁸

De la lectura de esta disposición se evidencia que la Ley dejó abierta una salida para considerar como de libre nombramiento y remoción cargos no enumerados por ella, siempre y cuando fuesen de "similar jerarquía" a los que menciona en los ordinales 1º y 2º. Ahora bien, la problemática que plantea el artículo no deriva de estos supuestos, sino que aparece centrada en el numeral 3º, mediante el cual se consideran "funcionarios de libre nombramiento

58. "La Ley con terminología impropia dice: que «se consideran de libre nombramiento y remoción los siguientes...», y pasa a enumerar ciertas categorías de funcionarios, pero en realidad lo que enumera no es, y no podría, un determinado tipo de funcionarios, sino determinados tipos de cargos. De allí que para establecer cuáles son los funcionarios de libre nombramiento y remoción, con criterios sistemáticos, debe considerarse que son aquellos nombrados y removidos discrecionalmente por las autoridades competentes para el desempeño de determinados cargos. Estos cargos son los indicados en los ordinales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, los cuales por el hecho de haber sido expresamente señalados por la Ley, se podrían llamar de «calificación legal» y, los que sean declarados por el Presidente mediante Decreto, previa aprobación del Consejo de Ministros, como excluidos de la Carrera Administrativa por ser de alto nivel, de confianza u obedecer tal calificativo a la índole de las funciones que le corresponda desempeñar a su titular" (T.C.A., Sent. 17-11-72).

y remoción" los que *ocupen ciertos cargos que el Presidente de la República, por Decreto y en Consejo de Ministros, excluya de la "carrera administrativa", en atención a que por la índole de sus funciones se consideren cargos de alto nivel o de confianza*,⁵⁹ y que originó la promulgación de un famoso Decreto conocido como el "Decreto 211". En dicho texto el Presidente excluyó de la carrera administrativa una serie de clases de cargos, clasificados y no clasificados, con lo que provocó serias repercusiones en el ámbito jurídico de la función pública, al originar una demanda por ilegalidad ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa (06-08-74), y la desaplicación reiterada del Decreto por el Tribunal de la Carrera Administrativa, también por razones de ilegalidad. Los argumentos que fundamentaron la solicitud de nulidad del "211" ante la Suprema Corte pueden concretarse así:

1) El Decreto 211, con su terminología confusa e imprecisa, sustraía de los beneficios de la carrera administrativa a una parte importante del funcionariado, como es el personal profesional y técnico e incluso a los empleados que ocupaban los rangos inferiores de la jerarquía administrativa.

2) "El párrafo único del artículo 39 de la Ley de Carrera Administrativa exige que las «denominaciones de clases de cargos, así como su ordenación, y la indicación de aquellos que sean de carrera», sean aprobados por el Presidente de la República mediante Decreto. Las denominaciones aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales. En virtud de esa disposición, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1310, de fecha 6 de junio de 1973, que contiene el «Reglamento Parcial Sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y Remuneraciones». Los artículos 2° y 18 imponen a los organismos públicos la obligación de ajustarse a las especificaciones oficiales de las clases de cargos certificadas por la Oficina Central de Personal y que hayan sido incorporadas al Manual Descriptivo de Clases de Cargos. Sólo se excluyen de esta obligación los funcionarios de libre nombramiento y remoción señalados en los ordinales 1° y 2° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa. Pero no así los funcionarios de libre nombramiento y remoción que ocupen cargos de alto nivel o de confianza (ord. 3 del artículo 4° *ejusdem*). El Decreto que califique

59. Decreto 211 del 2-7-74.

a los funcionarios de alto nivel o de confianza debe utilizar las denominaciones de clases de cargo aprobadas por el decreto N° 1310, de fecha 6 de junio de 1973”.

“Como el decreto N° 211, de fecha 2 de julio de 1974, *no utilizó las denominaciones de clases de cargo*, aprobadas por el decreto N° 1310, de fecha 6 de junio de 1973, que por mandato de la ley son de uso obligatorio, violó el parágrafo único del artículo 39 de la Ley de Carrera Administrativa y, en consecuencia, está viciado de nulidad”.

3) Se solicitó la nulidad de la letra A del artículo único del decreto N° 211, de fecha 2 de julio de 1974, porque violaba el ordinal 3° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa en dos sentidos: a) porque extendía el concepto de funcionario de alto nivel a funcionario medio de la administración pública nacional, y b) porque no expresaba las razones para considerar como de alto nivel los cargos enumerados en la letra A de dicho artículo único. Asimismo, violaba el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución porque *alteraba el espíritu, propósito y razón de la Ley de Carrera Administrativa*.

4) “En la letra B del artículo único del decreto N° 211 se consideran funcionarios de confianza los que ejerzan las funciones allí enumeradas. El Ejecutivo Nacional, con una interpretación *sui generis*, considera como de confianza a funcionarios que no lo son”.

“Si en el caso de los funcionarios de alto nivel el Ejecutivo Nacional enumera los cargos sin indicar la índole de las funciones, en el caso de los funcionarios de confianza, el Ejecutivo Nacional procedió al revés. Enuncia las funciones que, por su índole, deban considerarse como de confianza, pero no indica los cargos”.

“La Ley de Carrera Administrativa señala una orientación muy clara. Siempre se refiere a cargos concretos: Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los Directores Generales, los Directores, los Consultores Jurídicos y los demás funcionarios públicos de similar jerarquía... Cuando la ley faculta al Ejecutivo Nacional para excluir de la carrera administrativa a ciertos funcionarios dice: «Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la

índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la Carrera Administrativa». Cuando la Ley dice «los demás funcionarios» ha querido individualizar. Y el decreto que los excluye ha debido nombrar la clase de cargos o los cargos”.

“La indeterminación a que conduce la enunciación de funciones produce una extensión desmedida de los funcionarios de confianza. Por ejemplo, entre las actividades de fiscalización o inspección se comprenden las siguientes series de cargos: Serie de Inspección, Fiscalización y Liquidación de Rentas; Serie de Inspección Administrativa; Serie de Inspección de Relaciones con el Seguro Social; Serie de Ventas y Fiscalización Comercial; Serie de Inspección de Seguros Comerciales, Serie de Inspección y Avalúos de Inmuebles; Serie de Inspección y Control de Maquinarias; Serie de Inspección de Derivados de Hidrocarburos”.

5) “En la letra B, numeral 2, se combinan los cargos con las funciones, pero nuevamente se incurre en una imprecisión cuando se dice: «los cargos cuyos titulares ejerzan la Jefatura o sean responsables de las unidades de» . . . Todos los funcionarios de una unidad tienen responsabilidad en la unidad. En esa enumeración se pueden afectar las siguientes clases de cargos: Series de Manejo de Caja; Series de Cobranza y Recaudación; Series de Administración de Almacén; Series de Compras”.

6) “Igual observación se hizo a la letra C del artículo único. Allí se declara de confianza los cargos comprendidos en «las dependencias al servicio directo de la Presidencia». Se pregunta si ¿aquí quedaba comprendida la Secretaría General de la Presidencia, la Oficina Central de Coordinación y Planificación, la Consultoría Jurídica de la Presidencia, la Oficina Central de Información, entre otras? Y ¿qué es «el despacho de los funcionarios a que se refieren los ordinales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa?»”.

7) “Si a la numerosa lista de clases de cargos y de serie de cargos, se suman los considerados de alto nivel y los que dependen directamente de la Presidencia de la República y del despacho de los Ministros y de los Directores, se verá que lo que *ha debido ser una excepción, se ha convertido en regla. Obviamente el sistema de mérito, requerido para el ingreso, ha sido suplantado por el sistema de compadrazgo mediante un decreto que altera el espíritu, propósito y razón de la ley*”.

8) "Se solicitó la nulidad de las letras B y C del artículo único del Decreto N° 211, de fecha 2 de julio de 1974, porque no usa la especificación de cargos que ordena la ley y no excluye los cargos de confianza teniendo en cuenta la clase de cargos y la función que ejercen. Asimismo se viola el ordinal 3° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa, porque se usa de una facultad legal para alcanzar fines no previstos por la Ley, como es convertir en la regla lo que debe ser la excepción, que son los funcionarios de confianza. En consecuencia, se violó también el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución porque altera el espíritu, propósito y razón de la Ley de Carrera Administrativa".⁶⁰

La decisión de la Corte se produjo en fecha 10-8-78, poniendo fin a la controversia al declarar sin lugar la demanda de nulidad contra el Decreto 211. Al respecto sostuvo:

"La Ley de Carrera Administrativa, en su artículo 2°, divide los funcionarios públicos en dos categorías, a saber: funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción. Según el artículo 3° *ejusdem* son funcionarios de carrera «aquellos que, en virtud de nombramiento, han ingresado a la carrera administrativa conforme se determina en los artículos 34 y siguientes, y

60. El Ejecutivo Nacional por órgano de la O.C.P. (Oficio 4751 del 6-11-75) sostuvo que: "1° La ilegalidad del Decreto 211 no existe, pues la facultad que el artículo 4°, ordinal 3°, de la Ley de Carrera Administrativa, atribuye al Presidente *no puede estar supeditada a las previsiones de las denominaciones de clases de cargos a que se refiere el artículo 40 de la Ley*".

2° La expresión "las denominaciones aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales" contenida en el citado artículo 40 *es un requisito aplicable sólo a los actos de ejecución del decreto mediante el cual se aprueban denominaciones de cargos*. El Decreto 211 no puede considerarse como un acto de ejecución del Decreto 1310, de fecha 14 de junio de 1973, tal y como lo hemos demostrado.

3° Los Decretos 211 y 1310 antes que excluirse, como parecen sostener los demandantes, así como la sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa de fecha 3 de octubre de 1975, se complementan. La labor de interpretación debe consistir en examinar la clasificación de cargos contenidos no sólo en el artículo 18 del Decreto 1310, sino también en el Decreto N° 1700 del 11-3-74, y determinar qué cargos entran dentro de los supuestos del Decreto 211, cuyos titulares serán funcionarios de alto nivel o de confianza, y por lo tanto, excluidos del régimen de estabilidad previsto en la Ley de Carrera Administrativa.

4° El propio Decreto N° 1310, del 14 de junio de 1973, en su artículo 18, establece la no vinculación del Decreto 211 con el artículo 40, parágrafo único, de la Ley de Carrera Administrativa, pues en dicho Decreto 1310 Art. 18, se deja a salvo la facultad del Presidente para convertir los cargos clasificados de carrera como de libre nombramiento y remoción con base en el alto nivel, y la confianza de las funciones que ejerzan. (Subrayados nuestros).

desempeñan servicios de carácter permanente». Por último, el artículo 4º de la misma Ley, cuya infracción denuncian los demandantes, define a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, agrupándolos en tres categorías. Según el ordinal 1º del artículo 4º, son funcionarios de libre nombramiento y remoción: «los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales».

A la simple lectura del ordinal transcrito se advierte que el mismo contiene, en primer lugar, una numeración enunciativa (es decir, no limitativa) de cargos del más alto nivel dentro de la Administración Pública, cuyos titulares, al entrar en el ejercicio de los mismos, adquieren, *ipso facto*, la condición de funcionarios de libre nombramiento y remoción, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Sin embargo, como ya se ha expresado, la enumeración de cargos contenida en el ordinal 1º antes transcrito no es, ni puede ser, limitativa o taxativa, sino enunciativa, dejando así abierta la posibilidad de que sean asimilados a la misma condición de funcionarios del más alto nivel jerárquico dentro de la Administración Pública Nacional, quienes ocupen cargos de similar jerarquía que sean creados en el futuro, o que por cualquier razón no hayan sido mencionados en el referido ordinal 1º, y cuya designación corresponda al Presidente de la República.

El ordinal 2º del mismo artículo 4º señala otras categorías de cargos públicos que, si bien no corresponden al más alto nivel dentro de la Administración Pública Nacional, tienen dentro de ella un rango suficientemente elevado, por lo que sus titulares han de participar en las funciones de gobierno o en gestiones de alta confidencialidad. Razón por la cual los titulares de dichos cargos tienen la condición de funcionarios de alto nivel o de confianza, y son, por tanto, de libre nombramiento y remoción. También en este caso la enumeración de cargos es simplemente enunciativa, o sea, que además de los allí indicados, pueden también ser considerados como funcionarios de libre nombramiento quienes desempeñen funciones "de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales".

El ordinal 3º del varias veces citado artículo 4º, que según los accionantes ha sido violado por el decreto N° 211, es del tenor siguiente: "los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante decreto, excluya de la carrera administrativa previa aprobación por el Consejo de Ministros".

Consideró acertadamente el Legislador que en éste, como en muchos casos, no debe tratarse de enumerar taxativamente todos los casos en los cuales ha de aplicarse la norma de que se trata, pues con ellos se correría el riesgo de incluir en el texto legal una numeración excesivamente prolija, sin incluir la posibilidad de incurrir en omisiones, bien por error explicable o por tratarse de cargos nuevos lo cual acarrearía la necesidad permanente de hacer reformas sucesivas del texto legal.

Por lo demás, una de las características esenciales de la ley material es la generalidad, pues no se legisla para casos particulares o individuales. Por tanto, se justifica plenamente que el Legislador, en los tres ordinales del referido artículo 4º, se haya limitado a mencionar enunciativamente, aquellos cargos que a su juicio deben ser calificados como de libre nombramiento y remoción, en atención a su nivel jerárquico dentro de la Administración Pública Nacional, dejando al Poder Ejecutivo, la posibilidad de ampliar esa calificación extendiéndola, mediante decretos, a otros cargos que, por la índole de las funciones correspondientes a los respectivos titulares, deban ser también considerados como "de alto nivel o de confianza".

Como es fácil observar, en el referido ordinal 3º incluyó el Legislador, para la calificación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, aparte del nivel jerárquico contemplado en los ordinales 1º y 2º, un nuevo elemento, como es el de la confidencialidad de la función. Y es que en la Administración Pública, como en el ámbito de la empresa privada, la protección que, dentro de determinadas condiciones, debe otorgar la ley a los asalariados para la conservación de sus cargos, está necesariamente limitada por las atribuciones que incumben a quienes tienen sobre sí la responsabilidad de dirigir la actividad en la cual actúa el trabajador, y velar por su eficiencia. Este criterio, que para el campo de las actividades privadas fue acogido en los artículos 15 y 17

del Reglamento de la Ley del Trabajo promulgado el 31 de diciembre de 1973, tiene igual validez para la Administración Pública.

El ordinal 3º no contiene enumeración de cargos concretos, sino que hace referencia a "cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones el Presidente de la República, mediante decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación del Consejo de Ministros".

Tal como está redactado el precepto contenido en el ordinal 3º que se analiza, no especifica si, al hacer uso de la facultad allí establecida, el Presidente de la República debe mencionar los cargos exceptuados en forma genérica como lo hizo en la letra A del Decreto N° 211, o indicando las funciones inherentes al cargo, tal como aparece en la letra B del mencionado decreto, o, en fin, señalando un sector determinado de la Administración, que fue el procedimiento adoptado por la letra C del mismo Decreto N° 211.

Considera la Corte, que al no haber establecido el Legislador un procedimiento determinado para hacer la indicación de los cargos que han de ser excluidos de la carrera administrativa, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del referido artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, dejó al Presidente de la República en libertad de hacer esa indicación en la forma que estime más adecuada, según las circunstancias, tal como lo hizo en el tantas veces aludido Decreto N° 211.

Cierto es que este sistema deja abierta la posibilidad para que se incurra en error al aplicar a casos concretos la norma general; mas esa posibilidad, inevitable dentro del sistema democrático, conlleva, dentro del mismo sistema, el medio para subsanar el error, mediante la acción que corresponde a cada ciudadano que se sienta lesionado en sus derechos, para atacar por la vía jurisdiccional correspondiente al acto ilegal que le causa el daño, y obtener adecuada reparación, si la misma es procedente.

Con referencia al párrafo único del artículo 40 de la Ley de Carrera Administrativa, cuya infracción también ha sido denunciada, se observa lo siguiente:

Aun cuando en el libelo de la demanda se alega la infracción del artículo 39 de la Ley de Carrera Administrativa, la denuncia corresponde al artículo 40 de la ley vigente, la cual fue promul-

gada con posterioridad a la presentación del libelo. Por tanto, se hará referencia en lo sucesivo al artículo 40 de la Ley, cuyo párrafo único dice así: "Las denominaciones de clases de cargos, así como su ordenación y la indicación de aquellos que sean de carrera, serán aprobadas por el Presidente de la República mediante decreto. Las denominaciones aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales, sin perjuicio del uso de la terminología que se adopte para designar en la respectiva jerarquía los cargos de jefatura de carácter supervisorio".

Como se ve, el párrafo transcrito consta de dos partes, la primera de las cuales establece la obligatoriedad de que sean aprobadas por el Presidente de la República, mediante decreto, tanto las denominaciones con que se designe las clases de cargos, como su ordenación y su calificación como cargos de carrera, para todos los fines de la Ley en referencia. En la segunda parte del mismo párrafo se establece que las denominaciones que, conforme a la primera parte, sean aprobadas por el Presidente de la República mediante decreto, serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales; sin embargo, esta obligación no es de carácter absoluto, puesto que a renglón seguido deja a salvo la posibilidad de usar "la terminología que se adopte para designar la respectiva jerarquía de los cargos de jefatura o de carácter supervisorio".

Esta flexibilidad del precepto es razonable, pues en la práctica los requerimientos de la actividad administrativa hacen surgir en los diversos sectores de la Administración, actividades específicas que, para su designación, requieren a veces una terminología especial, que luego se generaliza y se consagra por el uso y la costumbre. Por ello se explica que el Legislador, con acertada previsión, dejase abierta la posibilidad de que esa terminología sea mantenida "en cada jerarquía"; de modo que, para la calificación de cada cargo como de carrera, deberá atenderse más a la función inherente al cargo, que a la denominación atribuida al mismo.

Se explica la exigencia de esa denominación en la Ley de Presupuesto, por el carácter especialísimo de la misma, que como se sabe no tiene la generalidad común a las leyes propiamente dichas, ya que su objeto es establecer las partidas destinadas, en el respectivo año fiscal, a las erogaciones de la Administración Pública

Nacional, y entre ellas los sueldos correspondientes a los diferentes cargos. Es natural que, para ese fin, deba usarse en la Ley de Presupuesto la denominación aprobada para cada posición a la cual corresponde el sueldo respectivo; y por análogas razones se explica la exigencia de que se usen también las denominaciones aprobadas, en aquellos actos y documentos oficiales en los cuales se haga referencia a determinadas posiciones dentro de la Administración Pública. No ocurre lo mismo, como se ha expresado anteriormente, respecto a leyes materiales, ya se trate de leyes propiamente dichas sancionadas por el Congreso Nacional o de Reglamentos dictados por el Ejecutivo Nacional en uso de la atribución prevista en el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución, pues en tales casos las normas contenidas en esos instrumentos deben tener el carácter general que es atributo de las leyes materiales.

Por tales razones, el Decreto N° 211, no solamente no tenía que usar las denominaciones de clases establecidas en el Decreto N° 1310 o aprobadas en otra forma por el Presidente de la República, pues ni siquiera tenía que mencionar individualmente los cargos que debían quedar excluidos de la Carrera Administrativa. Como acertadamente afirma el ciudadano Procurador General de la República en su informe: "cuando el ordinal 3° del artículo 4° de la Ley de Carrera Administrativa faculta al Presidente de la República para excluir de la carrera algunos cargos de alto nivel o de confianza, no le exige determinar esos cargos en forma singular. . . , pues el decreto respectivo habría tenido, en tal caso, que caer en una enumeración casuística y detallista que no puede haber estado en la intención del Legislador por innecesaria, ya que para los efectos perseguidos por la norma legal últimamente citada basta una enumeración genérica, con tal que contenga los elementos identificadores imprescindibles para que el intérprete pueda establecer con razonable precisión cuáles son los cargos singulares excluidos de la carrera".

El Decreto N° 211 reúne, pues, los elementos necesarios para alcanzar su objetivo como ley material que es, toda vez que contiene las indicaciones necesarias para que, al aplicarlo a casos concretos, se pueda determinar si éstos son o no cargos de carrera.

Cierto es que en la práctica, como ya se ha dicho, puede alguien incurrir en ilegalidad al aplicar dicho decreto a un cargo específico, que, atendiendo a la índole de las funciones inherentes

al mismo, no debe ser calificado como de alto nivel ni de confianza; pero en tal caso la ilegalidad no estaría en el Decreto N° 211, sino en la interpretación que del mismo se hiciera para aplicarlo al caso específico de que se trate. La validez jurídica de este criterio la ponen en evidencia los propios reclamantes en su escrito de promoción de pruebas de fecha 6 de marzo de 1975 (folio 25 del expediente), donde expresan lo siguiente: "Con el fin de demostrar la forma en que ciertos Ministerios e Institutos Autónomos han venido interpretando y aplicando el Decreto N° 211, afectando a numerosos empleados y funcionarios públicos de las escalas más bajas de la jerarquía administrativa, a título de muestreo, consignó 66 oficios de destitución. Entre esos oficios merece destacarse la aplicación arbitraria, e ilegal que ha venido haciendo el Gobernador del Estado Carabobo, pues el referido Decreto N° 211, sólo es aplicable a los funcionarios y empleados públicos nacionales y en ningún caso a funcionarios y empleados estatales". Como se ve por lo antes transcrito, los propios demandantes ubican la ilegalidad, no en el Decreto N° 211, sino en la aplicación inadecuada e impropia que, según afirman, han hecho del mismo determinados funcionarios; ilegalidad que podía ser alegada aun en el caso en que el Decreto fuera inobjetable jurídicamente de acuerdo con el criterio sustentado por los impugnantes.

Considera la Corte, por tanto, que el hecho de no haberse usado las denominaciones de clases de cargos aprobadas por el Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto N° 1310, de fecha 6 de junio de 1973, en el Decreto N° 211 de fecha 2 de junio de 1974, no vicia a este último decreto de ilegalidad, y así lo declara.

En lo que concierne a la Sección B, relativa a los cargos de confianza, la simple lectura de su texto permite advertir que el mismo fue elaborado teniendo en cuenta, precisamente, las funciones inherentes a cada uno de los cargos a que dicha sección se refiere. En efecto, el encabezamiento del párrafo único de dicha sección dice textualmente: "Los cargos cuyas funciones comprenden principalmente actividades de..."; y a continuación enumera una serie de funciones tales como: fiscalización, inspección, avalúo, etc., que por su naturaleza, comunican a quienes las ejercen la condición de funcionario de confianza.

Luego, el encabezamiento del párrafo 2 de la misma sección B, dice: "Los cargos cuyos titulares ejerzan la jefatura o sean

responsables de unidades de"; y seguidamente se mencionan actividades como las de compra, suministro y almacenamiento, habilitaduría, caja, tesorería, etc., etc., que por ser también altamente confidenciales determinan la condición de empleados de confianza para quienes las realizan.

En cuanto a la sección C del mismo decreto su texto es el siguiente: "Se declaran, igualmente, de confianza, los cargos comprendidos en: 1) las dependencias al servicio directo de la Presidencia de la República; 2) el despacho de los funcionarios a que se refieren los ordinales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa".

Se advierte que al redactar dicha sección C se consideró que, tratándose del Presidente de la República y de los funcionarios del más alto nivel dentro de la Administración Pública Nacional, como son los mencionados en los ordinales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, por su elevada jerarquía y por la alta trascendencia de las funciones de sus cargos, todas las personas que prestan servicios en sus respectivos despachos, cualquiera que sea la índole de sus actividades, deben ser consideradas como de confianza. Criterio éste que la Corte admite como ajustado a la realidad, pues dentro de las circunstancias señaladas, todo el personal que presta servicios en los despachos de los funcionarios en cuestión, por razones de alto interés nacional y aun por seguridad pública, tiene que estar investido del más alto grado de confidencialidad.

En consecuencia estima la Corte, y así lo declara, que las secciones B y C del Decreto N: 211, no infringen el párrafo único del artículo 40 de la Ley de Carrera Administrativa.

Ni tampoco violan ni tergiversan dichas secciones el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, sino que, al contrario, reglamentan adecuadamente dicho ordinal, pues no es cierto que conviertan en regla lo que debe ser la excepción. En verdad, en la clasificación establecida por el artículo 2º de la Ley mencionada, no existe regla ni excepción sino una diferenciación entre los funcionarios de carrera y los de libre nombramiento y remoción, categorías éstas que, como ya se ha dicho, aparecen definidas en los artículos 3º y 4º de la misma Ley. Cada una de esas categorías de funcionarios se rige por un estatuto, establecido por la propia Ley y sus reglamentos. Y es el artículo 5º de la

misma Ley el que establece las excepciones, o sea, las categorías de funcionarios no sometidos a las disposiciones de la misma.

No es cierto, por tanto, que el Decreto N° 211, incurra en desviación de poder por usar una facultad legal para alcanzar fines no previstos por la ley, ni que el mismo convierta en regla lo que debe ser la excepción.

Como se ha expresado anteriormente, se puede incurrir en ilegalidad por aplicar fuera de su recto sentido o de sus justos límites, lo definido por el Decreto N° 211, en sus secciones A, B y C, al calificar como funcionarios de confianza a quienes en realidad tengan la condición de funcionario de carrera. En tal eventualidad se trataría de un acto ilegal, por incorrecta aplicación del propio Decreto N° 211; mas ello, si bien podría dar lugar a una acción judicial por parte de quien resultare perjudicado por dicho acto ilegal, no puede ser base para impugnar por ilegalidad el propio Decreto 211, cuya supuesta violación sería en el supuesto dado, el fundamento jurídico de la acción de ilegalidad.

*Infracción del ordinal 10 del artículo 190
de la Constitución Nacional*

Alegan los demandantes que el Decreto N° 211 de 2 de julio de 1974, viola también el ordinal 10 del artículo 190 de la Constitución Nacional, "porque altera el espíritu, propósito y razón de la Ley de Carrera Administrativa". Ahora bien, mediante el análisis que, en los capítulos precedentes de este fallo, ha hecho la Sala acerca de las diversas denuncias sobre infracciones de la Ley de Carrera Administrativa por parte del Decreto N° 211, se ha puesto en evidencia que dicho decreto no contiene tales infracciones, pues al contrario, reglamenta en parte las disposiciones de la mencionada ley, dentro de la facultad reglamentaria que al Presidente de la República confiere la Constitución Nacional en el ordinal 10 de su artículo 190. Por tanto, el mencionado decreto no infringe el citado precepto constitucional, y así se declara.

"Por las razones que anteceden la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara sin lugar la demanda de nulidad de las letras A, B y C del Decreto N° 211 de fecha 2 de julio de 1974".

4.5. *El Personal no Funcionario de la Administración. Problemática*

Con anterioridad se enumeraron los elementos caracterizadores del funcionario de carrera y se citaban entre ellos, siguiendo el texto legal, el "nombramiento" y el desempeño de funciones de carácter "permanente". Las notas referidas sirven para excluir de modo absoluto, a nuestro juicio, del régimen establecido en la Ley del 70, a las personas que prestan servicios en calidad de "contratados". Debe señalarse aquí que el acto administrativo del "nombramiento" da origen a la relación de empleo público que vincula al funcionario con el Estado (concretamente con la Administración Pública Nacional), la cual está preestablecida en la Ley y sus reglamentos por acto unilateral de aquél. No quiere significar esto que el particular que acepta el nombramiento y adquiere así la cualidad de funcionario público carece de derechos, sino que los mismos surgen, precisamente, del texto que regula su ingreso, permanencia y retiro de la Administración y no de un contrato especialmente otorgado. Por ello la relación jurídico-pública de empleo se ha identificado a través de las características de unilateralidad, objetividad, impersonalidad y generalidad. La investidura del cargo en el funcionario es unilateral y obra exclusiva del Estado, *de manera que las condiciones en las cuales aquél va a desempeñar su labor, las obligaciones que le atañen y la remuneración, no se fijan de mutuo acuerdo, no se negocian previamente, como ocurre en el caso de la suscripción de un contrato en el cual cada cláusula contiene las condiciones o requisitos, derechos y deberes que las partes se fijan mutuamente.* La diferencia anotada explica la razón de ser de la disposición contenida en el artículo 18 de la Ley de Carrera Administrativa, cuando concede al empleado el derecho de ser informado, al incorporarse al cargo, por su superior inmediato, sobre los fines de la organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y en especial de su dependencia jerárquica, y de las *atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben*, puesto que sobre tal materia no ha habido convenimiento alguno entre las partes de la relación.

Por otra parte, la nota de permanencia, da idea, como hemos afirmado, de que las funciones a ejercer por el empleado tienen duración, son estables y él las ejerce hasta tanto *no cese en el ejercicio del cargo por alguna de las causas que la Ley prevé para ello.* De allí que la Administración recurra a la figura del "con-

tratado" cuando se plantea la necesidad de servirse, ocasionalmente, de los conocimientos especializados o técnicos de personas extrañas a ella, para resolver o estudiar asuntos altamente calificados, o bien por la excepcional calidad del contratista cuya especialidad no es corriente en el mercado.

Por consiguiente, cuando la Administración en ejercicio de la atribución que le confiere el ordenamiento vigente, contrata los servicios de profesionales o técnicos extraños a ella para la ejecución de una obra o trabajo por tiempo determinado, el régimen aplicable al "contratado", deriva del propio convenio, el cual reviste las características de lo que la doctrina y ciertas legislaciones han denominado "contratos administrativos", sujetos a un régimen exorbitante del derecho común, en virtud de las especiales prerrogativas de que goza, implícita o expresamente, la Administración frente al particular. Contratación que está ligada directamente al interés público y es realizada en virtud de la gestión pública que las autoridades administrativas tienen otorgada a través de la Constitución y Leyes de la República.

El problema que plantean los "Contratados" de la Administración Pública, no es fácil de resolver; en efecto, en muchas ocasiones, aquella se vale de la facultad que se le otorga para incorporar a sus cuadros *ordinarios*, personas en calidad de contratados que en realidad van a ejercer funciones similares a la de los empleados de nómina fija. La situación se agrava al encontrar en casi todos estos contratos una cláusula de prórroga automática que vincula al prestador de servicios, de por vida, con la Administración, sin observar que en tal condición él no queda amparado por norma alguna, salvo lo que prevean las cláusulas contractuales. Por ello muchas legislaciones han consagrado en los estatutos del personal a su servicio, disposiciones dirigidas a "clarificar" el *status* del personal contratado, haciendo especial hincapié en la "temporalidad" de sus servicios y en las circunstancias excepcionales que deben privar para la asunción del mismo por parte del organismo, sobre todo en la carencia de empleados de planta que lleven a cabo las tareas ordinarias de la dependencia.

En doctrina se ha hablado de "funcionarios contractuales" para diferenciarlos, por una parte, de los técnicos o profesionales que temporalmente sirven a la Administración o ejecutan un trabajo u obra determinada y, de la otra, de los trabajadores regidos por la legislación laboral. Entre nosotros se ha destacado siempre

que, los "contratados" de la Administración no pueden estar protegidos por la Ley del Trabajo en virtud de la exclusión que hace su artículo 6º de los "empleados...", es decir, de quienes ejecutan labores donde predomina el esfuerzo intelectual sobre el manual o físico. Sin embargo, se aduce frente a éstos que los "contratados" no son precisamente empleados (carecen de nombramiento), sino prestadores de un servicio y que en calidad de tales deben estar protegidos por la legislación laboral. En tal sentido se ha pronunciado la Corte de Casación Laboral en varias oportunidades (Ver Sentencia 13-3-73).

Cabe observar, que en los Proyectos de 1960 y 1965 de la Ley de Carrera Administrativa se excluía expresamente de su aplicación... "b) las personas contratadas para efectuar estudios, labores científicas o profesionales por tiempo determinado (1960, artículo 3º, ordinal 11), y "la presente ley no se aplica a los empleados que realizan labores ocasionales o a tiempo parcial o a las personas contratadas para efectuar trabajos, estudios o labores de carácter científico, técnico o profesional por tiempo determinado (artículo 3º, ordinal 6º, 1965). Estas disposiciones fueron eliminadas del texto aprobado en 1970, de manera que hasta tanto se dicten las normas que regulen el *status* del personal contratado, quedará a la autoridad administrativa competente apreciar cada caso en particular y analizar si el "contratado" asume o no funciones similares a la de los otros empleados a su servicio, para otorgarles determinados derechos o beneficios de los que disfrutaban aquellos. Como comentario final debemos indicar que, por circular N° 18, de febrero de 1974, el Ejecutivo Nacional sometió a reglas especiales la contratación de personas naturales a fin de limitar en algo los abusos que venían cometiendo en este campo.⁶¹

61. El T.C.A. contra lo previsto en la Ley de Carrera Administrativa ha sostenido que funcionario público es "toda persona que ejerza funciones públicas en una entidad pública. Para obtener esta cualidad es *indeferente el procedimiento usado para ingresar* a la función pública: el nombramiento, la elección, el sorteo, el *contrato*". Sentencia sobre el juicio: Juan A. Méndez Angulo *vs.* INOS (1975).

Al contrario, la C.S.J., en Sala Político-Administrativa asentó en decisión del (13-3-73): "Ahora bien, consta del expediente que el actor ingresó a la administración pública *no mediante concurso, sino mediante un contrato por tiempo determinado*, el cual a su vencimiento, continuó por tiempo indeterminado..., por último, consta que no le fue expedido el correspondiente certificado de funcionario de carrera, por cuanto no cumplió los *requisitos previstos por la Ley de Carrera Administrativa para su incorporación a la Administración*". (Subrayado nuestro).

4.6. *La Gestión de la Función Pública*

En numerosos países en desarrollo, está aún por crearse un servicio civil nacional y homogéneo, que responda a los criterios reconocidos de una administración moderna. Para llegar a esto es necesario previamente superar numerosos obstáculos y operar, como ya se ha dicho, diversas reformas. No se puede contar siempre con una sólida organización de la gestión a nivel de los departamentos y las administraciones, y conviene, por otro lado, hacer esfuerzos especiales en el plano de la gestión general. Además, los medios disponibles son limitados y es preciso combatir en diversos frentes para construir una administración que escape lo más posible a las servidumbres del subdesarrollo. La tarea que ha de acometerse y las circunstancias en las cuales es necesario trabajar dan a la centralización de la gestión interna y general del servicio civil un carácter imperativo, al mismo tiempo que le confieren un matiz particular. *Si, como ocurre frecuentemente, se adopta un estatuto general del servicio civil, la misión del órgano central no consiste únicamente en vigilar su aplicación, sino en implantar sus principios y hacer que se respeten.* Por la fuerza de las cosas, y mucho más directamente que en los países de vieja tradición administrativa, ese mismo órgano central se ve abocado a intervenir en la gestión interna o a controlarla. Sus responsabilidades en la búsqueda de las soluciones más adaptadas a las circunstancias son sin comparación más pesadas y difíciles de asumir. De donde resulta que incluso si la organización creada es vecina o pariente de las existentes en los países de vieja tradición administrativa, el parecido es puramente formal, ya que el funcionamiento es diferente.

La vinculación a los servicios del Jefe del Estado o del Gobierno se explica en parte *por consideraciones prácticas, técnicas y políticas*.⁶² En el plano práctico, como la función pública suele ser competencia del Jefe del Estado o del Gobierno, es normal que los servicios centrales estén vinculados a él lo más directamente posible, incluso cuando se crea una unidad administrativa especial. Sin embargo, como veremos más adelante, las formas de vinculación directa pueden encontrarse superadas cuando el organismo central de servicio civil asume, con respecto a un número bastante importante de funcionarios administrativos, tareas impor-

62. Con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica de la Administración Central, la Oficina Central de Personal ha quedado incorporada, directamente, a la Presidencia de la República (Art. 45).

tantes y diversas que requieren una estructura administrativa desarrollada. En el plano técnico, la vinculación al Jefe del Estado o del Gobierno contribuye ciertamente a *proporcionar al organismo central la autoridad indispensable para una acción supradepartamental que, en varios casos, puede chocar con la autoridad ministerial*. Dado además el papel cada vez más preponderante que desempeña el Jefe del Estado o del Gobierno en la política y la administración, es técnicamente deseable que el órgano que se ocupa del servicio civil esté muy próximo a la fuente del poder.

En el plano político, por lo menos en algunos países, la centralización de la gestión del servicio en beneficio de un servicio central vinculado directamente al Jefe del Estado o del Gobierno puede responder a preocupaciones de oportunidad. Entre las razones que parecen justificar más frecuentemente el movimiento, hay que mencionar la desconfianza del Jefe del Estado (y del partido político del que aquél es al mismo tiempo emanación y cabeza) frente a unos funcionarios que pueden constituir una minoría inquieta; la desconfianza del poder político frente al poder administrativo cuya importancia es primordial, aunque sólo sea por la existencia de la política del desarrollo; y la desconfianza del Jefe del Estado frente a una gestión eventual a nivel ministerial por temor del nepotismo, de la constitución de una clientela personal, de la inobservancia de las leyes y los reglamentos de la función pública, del despilfarro financiero, etc. Hay que convenir en que todas estas razones pueden explicar —y explican a veces de manera principal— la voluntad de la más alta autoridad política de *encargarse lo más personalmente posible de la gestión directa del servicio civil*.⁶³

La Ley de Carrera Administrativa venezolana, organiza por vez primera en Venezuela, en forma racional y sistemática, *la estructuración de los organismos encargados de la gestión de la función pública*, a los cuales se atribuyen funciones específicas, e igualmente regula diferentes mecanismos de control de esa gestión, tanto de tipo administrativo como jurisdiccional.⁶⁴

Los principios generales que han inspirado la creación de esta serie de órganos gestores de la función pública y la confor-

63. "Organos Centrales de Servicio Civil en los países en Desarrollo". O.N.U., 1970.

64. Josefina Calcaño. *La Organización de la Función Pública en Venezuela*. (CAP, 1973).

mación de un sistema completo de administración de personal, obedecen a dos criterios fundamentales, a saber:

A. *El establecimiento de una política global o de conjunto de la función pública.* Con la creación de un órgano central de rango legal, el legislador patrio persigue la finalidad de dar un *tratamiento uniforme y coherente* a todos los aspectos y materias relacionados con la gestión del personal al servicio de la Administración Pública, poniendo así coto a las políticas de personal, diversas y contradictorias, que existían hasta el momento en la función pública venezolana.

B. *Nueva concepción del papel del funcionario público en las instituciones administrativas.* La Ley de Carrera Administrativa ha concebido la *participación efectiva* de los empleados públicos en los nuevos organismos encargados de la gestión y control de todo lo relativo a la función pública, con lo cual se reconoce el rol importante que el funcionario público ha de jugar en la organización de los servicios públicos y en la solución de los problemas que les conciernen. Esta participación no ha sido concebida en un plano individual, sino que se ha confiado a las organizaciones sindicales.

Las máximas autoridades de la función pública: el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y las autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos, se apoyan en su gestión en el órgano eje del sistema: la Oficina Central de Personal y en las respectivas Oficinas Sectoriales de Personal, existentes a nivel de cada organización.

4.6.1. La Oficina Central de Personal es el órgano ejecutivo creado por la Ley de Carrera Administrativa, encargado de la elaboración, organización, desarrollo y supervisión del Sistema de Administración de Personal para los Funcionarios de la Administración Pública Nacional.

En tal sentido y tomando en consideración la necesidad de estructurar en forma racional el conjunto de sistemas, normas y procedimientos que aseguren el cumplimiento de los objetivos del Programa de Desarrollo Económico y Social del país, es competencia de la Oficina Central de Personal el diseño de la estrategia general, que en materia de Administración de Personal debe aplicarse en todos los Organismos de la Administración Pública Nacional, así como el cabal cumplimiento de las prioridades establecidas en

la Ley de Carrera Administrativa, abocándose para ello a la creación de complejos programas, tales como: el diseño de planes, sistemas y procedimientos relacionados con el estudio e implantación de normas sobre Reclutamiento y Selección, Clasificación y Remuneración, Adiestramiento, Seguridad y Bienestar Social, Evaluación y Calificación de Servicios, Concursos, etc., que aseguren una correcta aplicación del Sistema de Administración de Personal en los Organismos de la Administración Pública Nacional.

El artículo 10 de la Ley de Carrera Administrativa, establece las atribuciones de la Oficina Central de Personal:

1. Elaborar y organizar el Sistema de Administración de Personal y supervisar su aplicación y desarrollo. A tal fin elaborará normas y procedimientos relativos a la Clasificación de Cargos, Remuneraciones, Reclutamiento, Selección y Empleo, Adiestramiento, Becas, Viáticos, Calificación y Evaluación de Servicios, Ascensos, Traslados, Licencias, Permisos, Régimen de Sanciones, Registro de Personal y de Elegibles, así como cualesquiera otros planes, normas y procedimientos inherentes al Sistema;

2. Vigilar el cumplimiento de la Ley de Carrera Administrativa y de sus Reglamentos, así como de las normas y procedimientos indicados en el numeral anterior, y evaluar permanentemente los resultados de su aplicación;

3. Prestar asesoría y asistencia técnica a todos los Organismos a cuyos funcionarios se aplica la Ley de Carrera Administrativa, en la organización del Sistema de Administración de Personal así como a los otros poderes públicos, cuando le sea solicitada;

4. Evacuar las consultas que le formulen los diversos Organismos Públicos, en relación con la administración de personal y la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos;

5. Llevar y mantener al día el Censo Nacional de Funcionarios Públicos, conforme a las normas que se determinen en los Reglamentos;

6. Solicitar de todos los Organismos de la Administración Pública Nacional las informaciones que en materia de administración de personal, pueda necesitar para el cabal desempeño de sus atribuciones;

7. Vigilar porque la creación de los cargos de carrera responda a necesidades reales de los servicios, a cuyo fin deberá establecer los mecanismos de coordinación necesarios con las correspondientes oficinas de organización;

8. Participar, conjuntamente con los órganos a quienes compete, en la preparación de las normas destinadas a regir la administración de personal en los Organismos Nacionales cuyo personal no esté sujeto a la Ley de Carrera Administrativa;

9. Convocar y reunir, conforme a instrucciones del Presidente de la República, a los Jefes de las Oficinas de Personal, a fin de considerar las cuestiones relacionadas con la administración de personal en sus respectivas dependencias y formular las observaciones que estime pertinentes;

10. Presentar al Presidente de la República un Informe Anual contentivo de las actividades desarrolladas por la misma;

11. Preparar con el asesoramiento de su Directorio los Proyectos de Reglamentos de la Ley de Carrera Administrativa;

12. Prestar al Directorio las facilidades necesarias, para el cabal cumplimiento de sus funciones;

13. Crear, dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Adiestramiento de Funcionarios Públicos;

14. Las demás que le señalen la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos, y las que otras Leyes puedan atribuirle.

4.6.2. Por lo que se refiere a las *Oficinas de Personal*, su rango administrativo varía de un organismo a otro, aun cuando se ubican siempre en el *staff* que apoya la actuación del jerarca. En la mayoría de los casos repiten, a su nivel, la organización estructural de la Oficina Central. Sus atribuciones son:

1. Dirigir en el seno del organismo respectivo la aplicación y mejora de las normas y de los procedimientos que en materia de administración de personal señale la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos;

2. Realizar los cursos de adiestramiento;

3. Realizar en el organismo respectivo, los exámenes que se requieran para la incorporación a la carrera administrativa o para ascender dentro de la misma;

4. Proponer ante la máxima autoridad administrativa del organismo respectivo, los nombramientos de ingreso o de ascenso, retiros y demás movimientos de personal;

5. Cuidar de que se elaboren debidamente los expedientes en caso de hechos que dieren lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley;

6. Enviar periódicamente a la Oficina Central de Personal una relación detallada de los movimientos de personal, así como todas las informaciones que ésta les solicite en materia de administración de personal en el organismo respectivo;

7. Prestar a las Juntas de Avenimiento las facilidades que éstas requieran para el cabal cumplimiento de sus funciones;

8. Actuar como órgano regular entre el organismo respectivo y la Oficina Central de Personal;

9. Los demás que establezcan la Ley y el Reglamento.

II. SEGUNDA PARTE

5. *La Carrera Administrativa*

El texto de la norma constitucional evidencia la intención de sus redactores de formular una enumeración general de las diferentes áreas que podría abarcar la carrera administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, en efecto, se habla de "ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro", aspectos que luego se enmarcarán dentro de cada uno de los grandes temas de la Ley. De este modo, el *ingreso* lleva a pensar en el sistema de Administración de Personal del cual es uno de los subsistemas y con ello a tratar el reclutamiento, la selección, la clasificación de cargos, la remuneración, la calificación de los servicios y el adiestramiento, el *ascenso* al examen del régimen de derechos de los funcionarios públicos; el *traslado* a las diferentes situaciones administrativas en que pueden encontrarse los servidores de la Administración Pública Nacional, la *suspensión* enlaza con el régimen de responsabilidad disciplinaria que la Ley concretó en su articulado y el *retiro* hace referencia a la finalización de la relación de empleo público, sus causas y consecuencias. Por consiguiente y de conformidad con el esquema que nos hemos trazado, trataremos de desenvolver en el orden en que están consagrados, los aspectos contenidos en el

artículo 122 de la Carta Fundamental, dentro del marco conceptual en el cual están inmersos.

Cabe señalar, antes, que una de las características más importantes de la Ley de Carrera Administrativa venezolana es la mixtura que hace de los dos grandes sistemas de la función pública vigentes en el mundo de nuestros días. La Ley regula ampliamente, *de una parte, el estatuto* del funcionario público que ya se ha definido como el conjunto de obligaciones, derechos, situaciones y responsabilidades que a éste incumben, así como la carrera administrativa: concebida como el sistema de promoción durante el servicio activo del empleado⁶⁵ y, *de otra parte, el régimen* de administración de personal dirigido a reglamentar las fases a través de las cuales se produce la incorporación del personal a los cargos existentes en la administración mediante la aplicación de los sistemas de reclutamiento, selección, clasificación y remuneraciones, etc., que llevarán al aspirante a ocupar, específicamente, el cargo para cuyo desempeño ha sido considerado apto, configurando el sistema de estructura abierta en el cual no hay "carrera" sino "empleo", pues aquélla supone todo un mecanismo de selección, formación, ascenso, promoción y retiro, mientras que éste se funda en fórmulas contractuales, cuya base es el establecimiento de ciertas categorías de empleos comunes con niveles similares de retribución, con las tareas que implican y las cualificaciones que exigen.

La Ley de 1970 puede afirmarse, siguiendo a un eminente administrativista,⁶⁶ consagra, en fin, un sistema de carrera, flexible y adaptable, organizado y dirigido por el Ejecutivo, formado y perfeccionado por numerosas instituciones y políticamente comprometido en la tarea de modernización y desarrollo de la administración venezolana.

5.1. *El Ingreso a la Carrera Administrativa*

Hemos rozado algunos aspectos de este tema al comentar los "elementos caracterizadores" del funcionario de carrera conforme a los términos de la Ley, cuando expresamos que aun hoy el Ingreso a la Administración Pública Nacional, presenta serias deficiencias en virtud de no estar implementado el sistema de concur-

65. Sistema de Función Pública de Estructura Cerrada.

66. *La Fonction Publique dans Le Monde François Gazier, IIAP, Paris, 1972.* Síntesis Bibliográfica. *Revista Documentación Administrativa*, N: 150, 1972, p. 177.

sos, que constituye la base fundamental para hacer "carrera" en la administración. La inexistencia del régimen de concursos plantea una grave interrogante acerca de quién es "funcionario de carrera", una vez que se promulga la Ley, dejando aparte, por supuesto, a los funcionarios del "régimen transitorio" para quienes se estableció una regulación especial.

A nuestro juicio, la falla sólo puede achacarse a la Administración, de allí que nos pronunciemos siempre en favor del funcionario, en el sentido de que si a éste no se le administra un concurso para su ingreso al servicio, su permanencia en el ejercicio del cargo le conferirá la "idoneidad" suficiente para ser considerado como funcionario de "carrera", en el momento en que el reconocimiento de tal cualidad le sea necesaria para la defensa y protección de los derechos que la Ley le reconoce.

Las dificultades anotadas no escaparon a la consideración del legislador, quien previó la salida del nombramiento "provisional", a que se ha hecho referencia con anterioridad.⁶⁷ La disposición legal es sumamente clara: cuando no existieren candidatos elegibles debidamente registrados, la Administración ocurrirá a una designación provisional, sujeta a ratificación o revocación posterior (6 meses), si practicado el examen correspondiente (que deberá versar a nuestro juicio sobre las condiciones necesarias para desempeñar y ejercer las atribuciones inherentes al cargo), el empleado lo superar o no. Resulta obvio señalar que si el funcionario pasa la prueba, se hará acreedor al certificado de carrera que lo acredite como tal y su nombramiento adquirirá fuerza definitiva.

En nuestro paso por diferentes organismos administrativos hemos observado, cómo en la mayoría de los casos, la Administración olvida cumplir los extremos que la norma legal señala. En efecto, podemos afirmar que gran parte de los ingresos a partir de 1970, se han hecho por la vía "provisional", sin expresar tal requisito en el respectivo movimiento de personal y sin practicar, con posterioridad, las pruebas que la Ley ha establecido; por ello estimamos que el funcionario que ingresa "irregularmente",

67. "Cuando formulada la solicitud no existieren candidatos elegibles debidamente registrados, se podrá nombrar a una persona no inscrita en el registro, pero en el nombramiento se hará constar su carácter provisional. Este nombramiento deberá ser ratificado o revocado en un plazo no mayor de seis (6) meses, previo el examen correspondiente. Si el examen practicado no fuere satisfactorio el cargo será previsto mediante terna suministrada por la Oficina Central de Personal" (L.C.A., Art. 36, Parágrafo Segundo).

por fallas atribuibles a la Administración y permanece por más de seis (6) meses en el desempeño del cargo, es acreedor a la calificación de "funcionario de carrera" y al reconocimiento, por ende, de todas las prerrogativas y derechos que tal cualidad hace nacer para él.

En la práctica se ha dado también la circunstancia de que ciertos organismos implementen sus propios regímenes de concurso, en cuyo caso hemos opinado que si éstos son idóneos, pueden sustituir o suplantar los concursos "ideales" previstos en la Ley. En consecuencia, si realizado el proceso de selección, el aspirante supera las "pruebas" que el propio organismo administra, aquél se hace acreedor pasado el "período de prueba", a su calificación como "funcionario de carrera". Estas son soluciones surgidas de lo que podríamos llamar un "estado de necesidad" en la Administración Pública, dentro de la cual no se ha dado aún cumplimiento a las previsiones dispuestas por el legislador para ordenar la carrera administrativa en nuestro país. Tal vez, de las observaciones que hagamos en el examen de los temas a que se contrae el dispositivo constitucional, resulte, en definitiva, una enumeración o señalamiento de las fallas e inconvenientes que plantea la aplicación de la Ley de 1970 y que pueden fundamentar, en el futuro, una reforma de la misma. No obstante lo anterior, pueden hacerse ciertos comentarios sobre las pautas "ideales" concebidas por el legislador en la materia. En este orden de ideas, se dispuso que el "ingreso" a la carrera administrativa debe hacerse mediante "concursos", a los cuales se les dará la mayor publicidad posible,⁶⁸ y que estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en la Ley,⁶⁹ así como los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La selección se efectúa mediante la evaluación de los aspectos que se relacionan directamente con el desempeño del cargo, y los resultados se deben comunicar a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta días (!).

Debe señalarse que según este sistema los "seleccionados" no entran de inmediato a cubrir las vacantes existentes en los organismos públicos, sino a llenar, por orden de calificaciones, el Registro de Elegibles para Ingresos. En este ámbito ha quedado comprobado que cuando la Administración, a través del órgano cen-

68. Art. 35, L.C.A.

69. Art. 34, L.C.A.

tral del sistema, practica una selección siguiendo en lo posible estas pautas, lo hace para cubrir de "urgencia" y directamente las vacantes existentes. Puede decirse, sin lugar a dudas, que en raras ocasiones un organismo público encontrará respuesta en la Oficina Central de Personal para cubrir las vacantes de "cargos genéricos" que dentro de él se produzcan, y cuyo Registro de Elegibles lleva aquélla; por ello se deberá recurrir al reclutamiento directo y a la administración de las pruebas de aptitud que el cargo requiera. Así se evidencia, una vez más, la ineficacia de previsiones dictadas sin atender a las reales características y exigencias de una administración que, como la venezolana, asume la satisfacción de nuevas y mayores necesidades surgidas del acelerado cambio que nuestro desarrollo económico y social plantea día a día.

La concepción "ideal" de la Ley, apenas ha sido desenvuelta mediante una Circular que se dictó casi dos años después de la promulgación de aquélla,⁷⁰ en cuyo texto aparecían esquematizadas las bases conforme a las cuales se "ingresa" a la Administración Pública Nacional, a la par que se pretendía cumplir con las previsiones legales que regulaban los requisitos necesarios para incorporarse a la carrera administrativa.⁷¹ Según sus términos el Sistema Nacional de Ingreso a la Administración Pública responde a las siguientes características:

1. Es elaborado por la Oficina Central de Personal, la cual supervisará y vigilará igualmente su funcionamiento.

2. Comprende la agrupación de las clases de cargos en dos categorías: Clases de Cargo Genéricas, y Clases de Cargos Específicas o de uso preferente en algunos organismos.

Se entiende por Clases de Cargos Genéricas, aquellas referidas a ocupaciones de *carácter administrativo y técnico, así como también a las funciones auxiliares y de apoyo que se realizan en todos los organismos públicos, siendo por lo tanto comunes a todos ellos.*

Se entiende por clases de *cargos específicas*, aquellas referidas a *ocupaciones de carácter técnico que son características del organismo o del sector en razón de los objetivos propios del mismo.*

3. La Oficina Central de Personal *realizará los concursos* para reclutar y seleccionar a aquellos aspirantes a ingresar en algunas de

70. Circular 2207 del 15-3-72.

71. L.C.A. Artículos 6º, 19, 34, 35, 36, 37, 38 y 39.

las *Clases de Cargos Genéricas* de la Administración Pública Nacional.

Este proceso se llevará a cabo en dos etapas:

- a) La primera, para cubrir las vacantes que se produzcan en el área metropolitana y en las clases de cargos genéricas de mayor movilidad;
- b) La segunda se desarrollará posteriormente, para cubrir las vacantes en clases de cargos genéricas de menor movilidad y en las vacantes que se produzcan en el interior del país.

4. *Los Organismos de la Administración Pública Nacional* deberán desarrollar, con el asesoramiento de la Oficina Central de Personal, los instrumentos de *selección para aquellas clases de cargos específicas que se requieran en el organismo* o grupos de organismos, para lo cual deberá tomarse en consideración el ordenamiento administrativo de los organismos nacionales, elaborado por la Oficina Central de Personal.

5. Es responsabilidad de las Oficinas de Personal de los Organismos, *velar porque las vacantes existentes sean llenadas prioritariamente mediante movimientos internos de ascenso.*

6. Transitoriamente hasta tanto se dicte el Reglamento de Ascensos dentro de la Administración Pública Nacional, para efectuar los movimientos internos de ascensos deberá respetarse el siguiente orden de prioridades:

- a) Funcionarios que ocupen cargos clasificados dentro de la misma serie que el cargo vacante y en jerarquía inmediata inferior, de conformidad con lo establecido en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos.
- b) Funcionarios que ocupen cargos de jerarquía inmediatamente inferior a la del cargo vacante, en series afines de conformidad con lo establecido en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos.
- c) Funcionarios que ocupen cargos clasificados dentro de la misma serie que el cargo vacante, en jerarquías menores a la mencionada en el punto (a) que antecede, siempre que llenen los requisitos establecidos en el manual antes mencionado.

7. Todas las normas señaladas en esta Circular *tienen carácter provisional hasta tanto se establezca la reglamentación respectiva*.⁷² En igualdad de condiciones se dará preferencia a los empleados de la Unidad Administrativa en la cual está vacante el cargo.

A. *Selección para Clases de Cargos Específicas*

- a) Los concursos para la selección del personal correspondientes a clases *de cargos específicas, serán realizados en las Oficinas de Personal* de cada Organismo, de conformidad con las normas que al efecto establecerá la Oficina Central de Personal, y aplicando procedimientos aprobados por dicha Oficina.

Estos concursos se desarrollarán igualmente con el asesoramiento de la Oficina Central de Personal.

- b) La administración de los candidatos que resulten elegibles para ocupar las clases de cargos específicas del organismo o grupos de organismos, será llevado a cabo por la Oficina Central de Personal en coordinación con los organismos que han realizado dicha selección. En tal sentido, *las personas que resulten elegibles serán incorporadas al Registro de Elegibles de la Dirección de Registro y Control de la Oficina Central de Personal, desde donde se suministrarán las ternas que sean debidamente solicitadas por los organismos públicos*.⁷³
- c) El desarrollo del programa para aquellas clases de cargos específicas de cada organismo o sector deberá cumplirse igualmente en dos etapas:
- c.1. Para los cargos de mayor movilidad correspondientes al área metropolitana.
 - c.2. Para los cargos de menor movilidad y para los correspondientes al interior del país.
- d) La Oficina Central de Personal, a través de la Dirección de Implantación e Inspección, *iniciará de inmediato la*

72. Hasta hoy (1979), no ha sido dictada.

73. Absolutamente inoperante. El organismo que administra el concurso lo hace para cubrir sus propias vacantes.

*coordinación necesaria para establecer los programas e instrumentos de selección y concursos para las clases de cargos específicas, correspondientes a los organismos incluidos en la ordenación administrativa mencionada anteriormente.*⁷⁴

B. *Selección para Clases de Cargos Genéricas*

En cumplimiento de este programa, a partir del 31 de marzo de 1972, toda vacante que ocurriere en los organismos de la Administración Pública Nacional y cuyo título de clase de cargo esté incluido en el Anexo "B" de la presente Circular para el área metropolitana, será objeto del siguiente procedimiento para ser cubierta:

- a) *Cuando existan Candidatos Elegibles para ascensos en el Organismo*
 - a.1. Al producirse la vacante y la decisión de cubrir el cargo, si el Supervisor inmediato considera procedente el ascenso de algún funcionario de la unidad organizativa donde se produzca la vacante, lo postulará a través de los canales regulares ante la Oficina de Personal del Organismo.
 - a.2. Si la Oficina de Personal del Organismo considera que dicha postulación satisface los requisitos mínimos establecidos para el cargo, procederá a realizar los trámites necesarios para su nombramiento.
 - a.3. Si la Oficina de Personal considera improcedente la postulación para ascenso, deberá determinar si existen en el organismo otros funcionarios aptos para llenar la vacante, en cuyo caso procederá a través de los canales regulares, a presentarlos ante el Supervisor inmediato para que éste determine el que considere más adecuado para llenar la vacante.
 - a.4. Si el candidato postulado por la Oficina de Personal del Organismo satisficiera todos los requisitos, se procederá a efectuar el nombramiento.

74. La O.C.P. carece de recursos para llevar a cabo esta tarea.

- b) *Cuando no existan candidatos elegibles para ascensos en el Organismo*
 - b.1. En caso de no existir candidatos para ascensos, la Oficina de Personal del Organismo procederá a solicitar a la Oficina Central de Personal, siguiendo el procedimiento de Solicitud de Personal y Certificación de Elegibles, la certificación de los tres candidatos que ocupan los primeros lugares para la respectiva clase de cargos en el Registro de Elegibles de la referida Oficina.
 - b.2. Si la Oficina Central de Personal tuviere candidatos elegibles para constituir la terna la enviará al organismo respectivo, el cual deberá escoger en el lapso de 10 días hábiles un candidato de la terna enviada.

C. *Período de Prueba*

- a) El período de prueba al que se refiere el artículo 37 de la Ley de Carrera Administrativa constituye la última etapa del proceso selectivo. Durante este período la persona deberá comprobar su capacidad, disciplina y adaptabilidad al trabajo.
- b) A todo candidato que haya sido seleccionado deberá determinársele el período de prueba y hacerlo constar por escrito, en el respectivo FP-06-020.
- c) Es responsabilidad del Supervisor inmediato evaluar continuamente la actuación del funcionario en período de prueba y una vez llegado a una conclusión definitiva al respecto, comunicarla por escrito.
- d) El período de prueba será de seis (6) meses en todos los casos. El organismo podrá decidir el retiro del funcionario antes del vencimiento del lapso de prueba, si la evaluación del Supervisor en el período contemplado ha sido suficiente para determinar que el funcionario no alcanza los límites satisfactorios de eficiencia.
- e) Para los efectos del cómputo de dicho período, éste se considerará interrumpido por la cesación transitoria del

trabajo debido a enfermedad del candidato o cualquier otra causa que implique suspensión de la relación de trabajo, siempre y cuando para el momento de dicha suspensión no haya hecho su evaluación definitiva el supervisor respectivo.

D. *Nombramientos con carácter provisional*

- a) Cuando no existan en la Oficina Central de Personal Registros de Elegibles para determinadas Clases de Cargos, se aplicará lo dispuesto en el Parágrafo Segundo del Artículo 36 de la Ley de Carrera Administrativa.
- b) Para que puedan procesarse los movimientos correspondientes, la Oficina de Personal del Organismo deberá obtener de la Oficina Central de Personal constancia de la no disponibilidad de candidatos y anexar copia de la misma al formulario FP-06-020 mediante el cual se provee provisionalmente el cargo.

E. *Nombramiento con Carácter Interino*

Si por razones del servicio es necesario cubrir de urgencia la vacante que ocurriera, podrá designarse a la persona en forma interina por el período de treinta (30) días, hasta tanto se realizan los trámites necesarios, de acuerdo a lo previsto en el Parágrafo Tercero del Artículo 36 de la Ley de Carrera Administrativa.

F. *Cargos de Libre Nombramiento y Remoción*

Si la vacante a ser cubierta correspondiera a un cargo que, en opinión del Organismo, es un cargo de libre nombramiento y remoción, el Jefe de Personal de dicho Organismo deberá dirigirse a la Dirección de Registro y Control de la Oficina Central de Personal donde se le dictarán instrucciones sobre el particular.⁷⁵

El Sistema de Ingreso (Reclutamiento y Selección), constituye el escalafón inicial del gran Sistema de Administración de Personal concebido por el legislador, y toca como parte de un todo

75. Dada la discrecionalidad implícita en la designación de funcionarios de libre nombramiento y remoción, su nombramiento sólo puede sujetarse a lo que decida la máxima autoridad administrativa. ¿Cuáles serían, entonces, esas instrucciones?

que es, los otros subsistemas: de clasificación de cargos, de remuneraciones,⁷⁶ de calificación de los servicios y de adiestramiento.⁷⁷ Las notas esenciales de los mismos, a las cuales apenas podemos hacer referencia, dada la complejidad que su tratamiento específico revestiría, pueden concretarse así: a) *El Sistema de Clasificación de Cargos*, basado en el agrupamiento de éstos en clases definidas descritas de acuerdo con una "especificación oficial" que incluye: la denominación de la clase, a la que se le asigna un código para su mejor identificación; la descripción de las atribuciones y deberes que son inherentes a la clase; los requisitos mínimos exigidos para su desempeño y cualquier otro que pueda señalar el reglamento respectivo. b) *El Sistema de Remuneraciones*, comprensivo de los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias, o de otra índole, que perciba el empleado público por sus servicios; se establece mediante escalas generales de sueldos, divididas en grados correspondientes a cada cargo, con montos mínimos, intermedios y máximos. c) *El Sistema de la Calificación de los Servicios*, constituido por el conjunto de normas y procedimientos dirigidos a evaluar y calificar la eficiencia y conducta de los funcionarios públicos, base fundamental para reconocer a éstos: ascensos, aumentos de sueldo, licencias y otros beneficios,⁷⁸ y d) *El Sistema de Adiestramiento* cuya finalidad esencial es el mejoramiento técnico, profesional, moral y cultural del servidor público, está a cargo de la Oficina Central de Personal y de las Oficinas Sectoriales de Personal de cada organismo.⁷⁹

5.2. *El Ascenso*

El desarrollo de este tema, así como el del "traslado" y la "suspensión", nos llevará a incursionar en el "Estatuto del Funcionario Público", conformado por los derechos, situaciones, deberes y responsabilidades que la Ley señala específicamente al servidor público y que aparece como uno de los aspectos más importantes del texto legal que comentamos.

76. Regulados por los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 de la L.C.A. y por el Reglamento Parcial sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneraciones (G. O., Extraordinaria, N° 1590, de 14-6-73).

77. Aun por desarrollar cuando existe para el último un Proyecto de Reglamento elaborado por la O.C.P.

78. Arts. 45 y 46 L.C.A.

79. Arts. 47 al 49 L.C.A.

5.2.1. *El Régimen de Derechos*

Los derechos de los funcionarios públicos pueden catalogarse de la siguiente manera: *vinculados al ejercicio mismo del cargo*: información, remuneración, permisos o licencias, jubilación, vacaciones, sindicalización y bonificación de fin de año y *proprios de la carrera administrativa*: estabilidad, ascenso, pago de prestaciones sociales, y obtención de créditos para vivienda. Los mismos aparecen claramente definidos dentro de la normativa legal y el análisis de ésta permite establecer la existencia de tres regímenes diferentes, en función de la categoría de servidor público de que se trate, de allí que se habla de *un régimen "común y general" de derechos para todos los funcionarios públicos; de un régimen "especial" de derechos para el funcionario de "carrera" y, por último, de un "régimen transitorio" de derechos*, para los funcionarios que servían a la administración en el momento en que se promulgó la Ley.

5.2.1.1. Dentro del régimen *común y general* se encuentran el derecho a la información; a la remuneración; al descanso; a la bonificación de fin de año; a la jubilación; a la obtención de permisos o licencias y a la sindicalización. El derecho del empleado *a ser informado*, se concreta en la facultad de poder exigir del superior inmediato información sobre los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y, en especial, de su dependencia jerárquica y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben.⁸⁰ El derecho a la *remuneración*,⁸¹ aparece como la retribución económica debida al funcionario por el cumplimiento de las labores propias del cargo que desempeña, y sirve de eje para la estructuración del sistema de remuneraciones que configura la Ley, uno de cuyos elementos: el sueldo mensual del empleado, constituye el concepto básico para calcular todos los derechos de éste con contenido económico.⁸²

5.2.1.1.1. El derecho al *descanso*, semanal y anual, concretado este último en las vacaciones, opera sobre la antigüedad del funcionario y la Ley lo ha concebido sobre la base del cumplimiento de quinquenios de servicio, reconociendo: *para el primer*

80. Art. 18 L.C.A.

81. Art. 24 L.C.A.

82. Reglamento Parcial sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneraciones (Art. 23).

quinquenio: quince (15) días hábiles, con una remuneración adicional, comúnmente llamada "bono vacacional" de tres (3) días de sueldo; *para el segundo quinquenio*: dieciocho (18) días hábiles, con una remuneración adicional de tres (3) días de sueldo; *para el tercer quinquenio*: veintiún (21) días hábiles, con una remuneración adicional de cuatro (4) días de sueldo, y a partir *del décimo sexto año de servicio*: veinticinco (25) días hábiles, con una remuneración adicional de cinco (5) días de sueldo.⁸³ La reglamentación de este derecho ha señalado las pautas sobre su cálculo, antigüedad, oportunidad para tomarlas, irrenunciabilidad, prórroga, pago de la remuneración sustitutiva en caso de retiro sin haber disfrutado las vacaciones, y régimen especial concedido a ciertas categorías de servidores públicos (p. ej.: los maestros que, conforme a la Ley de Educación, disfrutan de cuarenta y cinco (45) días continuos de vacaciones).

Cabe hacer aquí referencia al concepto de *antigüedad* que contempla el artículo 2º del Reglamento de Vacaciones ("para determinar la duración del período de vacaciones y el monto de la remuneración, se tomará en cuenta, *el tiempo de servicio prestado por el funcionario en cualquier organismo público nacional, estatal o municipal*"), el cual ha resultado el más acorde con el desarrollado por el propio texto legal.⁸⁴ Dicho concepto ha sido desvirtuado por el Ejecutivo Nacional al reglamentar derechos cuya carga "económica" resulta considerable a la Administración Pública, planteando una polémica que hoy se resuelve jurisdiccionalmente para cada caso en particular. Establece la Ley de Carrera Administrativa: "cuando ingrese a la carrera quien haya estado con anterioridad al servicio de un organismo público, el tiempo transcurrido en los cargos anteriores será considerado a los efectos de la antigüedad en el servicio"; evidentemente, el legislador fue muy amplio al definir la "antigüedad" del servidor público, incluyendo en el cómputo el servicio prestado en cargos anteriores para cualquier organismo público, sin diferenciar las ramas del poder público a las cuales podían pertenecer dichos organismos, ni exigir condición de "ininterrumpibilidad", ello permite al funcionario público "acumular" a los efectos de su antigüedad y para el reconocimiento de ciertos derechos, los servicios prestados a la rama municipal, estatal o nacional del poder pú-

83. L.C.A. Art. 20 y Reglamento de Vacaciones de Funcionarios Públicos Nacionales (G. O., N° 29.477, del 1-4-71).

84. L.C.A., Art. 51 (Parágrafo Unico).

blico, con solución de continuidad o sin ella. La onerosidad implícita en este concepto, ha fundado el criterio del Ejecutivo Nacional para "limitar" la antigüedad del funcionario en cuanto al reconocimiento de alguno de sus derechos, entre ellos: el pago de prestaciones sociales y la jubilación. No obstante la justa preocupación que ha motivado la interpretación del Ejecutivo, la distinción que ha hecho viola el dispositivo legal, contrariando el principio de hermenéutica según el cual donde el legislador no distingue no le toca al intérprete hacerlo, por ello, el problema ha llegado a conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes y ha sido resuelto, desde luego, desfavoreciendo la tesis de la Administración. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso, al conocer en segunda instancia de las decisiones del Tribunal creado por la Ley de Carrera Administrativa, estimó que: "del análisis del artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa se desprende, que a los fines de la antigüedad, la ley considera computable *todos los años* prestados por el funcionario al servicio de un organismo público, no distinguiendo el legislador entre el *servicio prestado a la Administración y servicio prestado a cualquier otro ente público nacional, estatal o municipal*. . . Así, cuando la norma reglamentaria modifica lo dispuesto en la Ley, bien sea limitándola o rectificándola, y en virtud de tal norma reglamentaria la Administración dicta un acto administrativo singular, se hace evidente la ilegalidad de tal actuación. . .".⁸⁵

5.2.1.1.2. El derecho a la *bonificación de fin de año*, constituye la consagración de una costumbre o práctica administrativa que llevaba a conferir una bonificación anual a los servidores públicos, comúnmente denominada "aguinaldo". La Ley y el Reglamento respectivo señalan las pautas fundamentales de este derecho, reconociéndolo por servicios efectivamente prestados, en función de lapsos servidos dentro de cada ejercicio fiscal, de esta manera: más de tres (3) meses de servicio hasta seis: cinco (5) días de sueldo; por más de seis (6) meses de servicio hasta nueve (9): diez (10) días de sueldo; y por más de nueve (9) meses de servicio: quince (15) días de sueldo.⁸⁶

85. Sentencia del 27-4-78. Falta esperar, en consecuencia, que el Ejecutivo reforme el texto reglamentario y acoja la tesis "legal" sobre el concepto de antigüedad.

86. El Ejecutivo Nacional "graciosamente" ha aumentado a veintidós días y medio de sueldo la bonificación de fin de año, mediante la emisión de Decretos especiales. Si bien la Ley se limitó a reconocer un máximo de quince (15) días, resulta obvio que, para el futuro, será un extremo difícil volver

5.2.1.1.3. El derecho a la *jubilación*, fundado en condiciones concurrentes de edad y años de servicio, plantea en la actualidad uno de los problemas más interesantes surgidos a raíz de la aparición de la Ley en 1970. En efecto, la entrada en vigor en 1966 de la Ley del Seguro Social, aplicable a los funcionarios públicos una vez que transcurriera un lapso indispensable para cumplir con la cotizaciones mínimas exigidas por dicha Ley para reconocer el derecho a la pensión de vejez, obligó al Ejecutivo a aprobar en Consejo de Ministros (1966), un texto "reglamentario" de carácter "transitorio" que cubriría el vacío legislativo así originado y cuya vigencia cesaría, al decir de su artículo 1º, en el momento en que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales iniciara el otorgamiento de pensiones con base a la Ley del Seguro Social. El Reglamento se aplicó desde 1967 y siguió rigiendo, aun promulgada la Ley de Carrera Administrativa, por disposición de la Secretaría General de la Presidencia de la República,⁸⁷ por cuanto sólo en 1972 se cumpliría el lapso establecido en la Ley del Seguro Social.⁸⁸ La médula del problema reside en que, hoy día, habiéndose cumplido dicho lapso, llenas las cotizaciones necesarias y otorgándose ya las pensiones por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a los empleados públicos, el Reglamento de Jubilaciones y Pensiones sigue vigente, no obstante plantear serios problemas su legalidad. El texto nombrado fue aprobado en Consejo de Ministros del 15 de noviembre de 1966, para regir en *Ministerios, Institutos Autónomos y Empresas del Estado por Resolución Interna de cada Despacho*. La anotada circunstancia origina la severa crítica acerca de la eficacia de este instrumento, pues como acto de carácter general destinado a regular el derecho a la jubilación del conglomerado de funcionarios públicos que sirven a la Administración Pública Nacional, requería, desde luego, llenar ciertos extremos para adquirir validez y eficacia. Este "Reglamento" entre otras cosas, no es dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria que le acuerda el ordinal 10, del artículo 190 de la Constitución, pues lo adoptan por Resolución Interna los organismos administrativos; no es pu-

a los límites legales, aun cuando, en modo alguno, pueda pretenderse que tal concesión constituye "derecho adquirido" de los funcionarios públicos.

87. Secretaría General de la Presidencia de la República. Circular N° 046 del 21-10-71. "1º) Se mantiene en vigor el régimen de pensiones de los funcionarios públicos, en las condiciones establecidas en las normas que hayan regido hasta la presente fecha..."

88. Art. 88 L.S.S.

blicado, sino por algunos despachos ministeriales; trata materia que la Carta Fundamental reserva a la Ley,⁸⁹ y tiene establecido dentro de su propio articulado un plazo cierto de vigencia "hasta tanto el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales inicie el otorgamiento de pensiones con base a la Ley del Seguro Social", condición que ha quedado cumplida. Las notas señaladas han originado múltiples ataques contra el mencionado texto reglamentario que, sin embargo, en ausencia de previsiones expresas, continúa rigiendo⁹⁰ la materia, a pesar de que contempla disposiciones que violan la Ley de 1970,⁹¹ y que el tratamiento que da al derecho de jubilación y los montos que establece para las pensiones, han sido rebasados por el vertiginoso desarrollo económico-social de Venezuela. En tal sentido, tuvimos oportunidad de participar en la redacción y defender la implantación de un novedoso texto reglamentario⁹² que mejorara y protegiera realmente al funcionario público en el ejercicio de su derecho a la jubilación, frente a tesis sostenidas por otros sectores de opinión⁹³ que sólo estiman posible la regulación de este derecho por texto de jerarquía legal. Nos fundamos en las siguientes razones:

1. En el primer proyecto (1960) de la Ley de Carrera Administrativa que fue enviado a las Cámaras Legislativas, se destinaba todo un capítulo al tratamiento de la Seguridad Social del Empleado Público (artículos 52-53 y siguientes) la cual estaría a cargo de un instituto autónomo denominado "Fondo de Seguridad Social", cuya finalidad era la de "otorgar protección al empleado contra los riesgos de enfermedad, invalidez y muerte..., e igualmente en caso de vejez... se han señalado para el derecho a la pensión de vejez las edades mínimas de 60 y 55 años para empleados y empleadas, respectivamente, por apreciarse que solamente a

89. C. Art. 136, numeral 24: "Es de la competencia del Poder Nacional: La Legislación reglamentaria de... la previsión y seguridad sociales...".

90. El Tribunal de la Carrera Administrativa ha admitido la vigencia de este texto reconociéndolo como costumbre administrativa *praeter legem*, hasta tanto se dicte la Ley que, según opinión de éste debe regular el derecho a la jubilación.

91. En efecto, la jubilación de "oficio" que prevé su artículo 4º y la limitación que hace del concepto de antigüedad (sólo lapsos servidos en la Administración Pública Nacional) en su Art. 2º, Parágrafo Único, justificarían sobradamente cualquier demanda de anulación.

92. El Proyecto de la Oficina Central de Personal (1975) espera aún su promulgación.

93. El Tribunal de la Carrera Administrativa y la Procuraduría General de la República.

partir de tales edades es sensible el decrecimiento de las facultades y la mengua de la eficiencia en el servicio" (Exposición de Motivos del Proyecto de enero de 1960).

En fecha 19-11-65, la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados presentó un informe sobre dicho Proyecto a los efectos de su primera discusión, entre cuyos párrafos se lee: "...en el Proyecto de Ley de Seguridad Social introducido a las Cámaras se prevé como extensivo a los empleados públicos, con el cual se elimina la posibilidad de establecer discriminaciones entre los trabajadores del sector público y los del sector privado para los fines de la cobertura de riesgos personales y de familia, poniéndose en vigencia, además, la idea de la unificación administrativa para los mismos fines y propósitos... Esta razón indujo a la Comisión a consignar en el Proyecto solamente el derecho que tienen los trabajadores a la seguridad social y el deber del Estado a suministrarla, estableciendo que la misma se regirá por Ley Especial. Todo lo relativo a la creación, estructura y administración del Fondo de Seguridad Social del Empleado Público ha sido suprimido del Proyecto". El artículo a que se refiere el informe era el 1º y decía en su Parágrafo Primero: "El Sistema de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos será objeto de una Ley Especial". Por otra parte, en su artículo 57 el Proyecto prevía el retiro de los funcionarios de carrera: "2º Por jubilación, según la Ley".

Posteriormente, en informe emanado el 13-11-69, la misma Comisión expresaba en relación al Parágrafo citado lo siguiente: "La Comisión considera que debe ser eliminado el Parágrafo Primero de este artículo por ser innecesario en razón de que la Ley a que dicho Parágrafo (*sic*) está en vigencia". En el articulado quedaba no obstante como causal de retiro: "La jubilación según la Ley" (Art. 43, Ord. 2º).

Finalmente, en el Proyecto que presentara la Comisión de Administración Pública el 13-11-69 a consideración de las Cámaras, se incluían dos disposiciones cuyo tenor era el siguiente:

Artículo 22: "Los funcionarios públicos tendrán derecho a obtener el beneficio de la jubilación por límite de edad y años de servicios, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los Reglamentos de esta Ley".

Artículo 84: "Mientras se aplica a los empleados públicos la prestación de vejez prevista en la Ley del Seguro Social Obli-

gatorio, las jubilaciones de los funcionarios públicos continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes”.

Respecto a las disposiciones citadas la Comisión de Asuntos Sociales de la Cámara de Diputados en informe fechado el 29-6-70, opinaba, en relación al primero, el 22: “La Comisión por propia iniciativa resolvió mejorar la redacción del artículo y en consecuencia, propone el siguiente texto: «Los funcionarios públicos tendrán derecho a obtener el beneficio de la jubilación por límite de edad y años de servicio, de conformidad con la Ley»; y en relación al 84, expresó: «La Comisión consideró innecesario este artículo en el texto de la Ley y acordó su eliminación» (Ver Diario de Debates de la Cámara de Diputados, N° 45, del 7-7-70). Con pocos días de antelación, en la oportunidad de discutirse la Ley en la Cámara de Diputados (Diario de Debates, N° 34, del 8-6-70), el Diputado H. A. Pujol había opinado en relación al artículo 84, anteriormente citado, lo siguiente: ...«Aquí lo que se está diciendo, es que mientras el Seguro Social comience a otorgar las jubilaciones de conformidad con la Ley continuará en vigencia la reglamentación existente y que el Ejecutivo la va a continuar aplicando en la forma como la ha estado aplicando hasta ahora. No hay nada que indique aquí que tiene que modificarse el esquema vigente».

“...Esta materia... no tiene por qué ser incluida en el texto de la Ley de Carrera Administrativa, y si se excluye, a juicio nuestro, a la Ley de Carrera Administrativa no le pasa nada”.

2. Los antecedentes citados fundan suficientemente a nuestro juicio, la tesis de que el Ejecutivo Nacional *puede regular por la vía reglamentaria* la materia de la jubilación de los funcionarios públicos, atendiendo, por una parte, al mandato constitucional conforme con el cual los funcionarios públicos deben ser incorporados al sistema de Seguridad Social vigente en el país (artículos 122 y 94), y por otra parte, desarrollando la disposición contenida en el artículo 95 de la Ley del Seguro Social conforme con cuyo texto: “Las personas naturales o jurídicas que tengan en vigencia Sistemas de Pensiones para su personal, quedan facultadas para descontar, de las jubilaciones que otorguen, el monto de la pensión que corresponda al beneficiario en el régimen del Seguro Social”, *norma que implica* desde luego, el *reconocimiento de los sistemas de jubilación preexistentes*, entre los cuales obviamente está el de los funcionarios públicos, y cuyo pago *podrá* pasarse

también al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales en la forma y condiciones que determine el Ejecutivo cuando lo considere conveniente (artículo 94, *ejusdem*).

3. El reconocimiento de este Sistema preexistente y la incorporación, por mandato constitucional, de los funcionarios públicos al único Sistema de Seguridad Social que rige en el país supone, desde luego, en relación a la jubilación que el contenido económico de este derecho (la pensión) se "compatibilice" con la pensión que, a su vez, otorga la Ley del Seguro Social, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 95 de esta Ley y evitar cualquier violación a las prohibiciones contenidas en el artículo 33 de la Ley de Carrera Administrativa, que declara "incompatibles" el goce simultáneo de una pensión con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público, o con otra pensión a la cual sea acreedor el funcionario, salvo las excepciones que la propia norma contempla, y las normas que indirectamente fijan las incompatibilidades en la Ley del Seguro Social (artículo 48 Ley, y artículo 164 Reglamento).

4. De manera que si bien el Legislador otorgó a los funcionarios públicos, dentro del régimen general y común de derechos, el de la jubilación por límite de edad y años de servicio, tuvo en mientes, sin embargo, la existencia de una "Ley" anterior, como ha quedado demostrado, que al estatuir, entre otras, la pensión de vejez (con finalidad idéntica a la de la pensión de jubilación, ya que no con igual naturaleza) para los funcionarios públicos de acuerdo con lo previsto en su artículo 4º, provocaba, a la vez que la incorporación de éstos al régimen de seguridad social vigente en el país, una posible incompatibilidad entre el disfrute de ambas pensiones, en cuya virtud, el otorgamiento de la jubilación debía hacerse de "conformidad con la Ley", que no es otra que la del Seguro Social. En otras palabras, el Legislador de la Carrera reconoció a los funcionarios públicos el derecho a la jubilación, como derecho independiente y de naturaleza diferente (al que ostenta el beneficiario de una pensión de vejez que ha mutualizado dicho riesgo a través de toda su vida profesional), pero otorgó aquél haciéndolo conforme a la Ley (del Seguro), que estatuye la pensión de vejez con igual cometido: satisfacción decorosa de las necesidades del beneficiario una vez que éste ejerce su derecho a la obtención de la pensión y se retira del servicio, y que prohíbe la percepción de más de una pensión como regla

general, dejando al reglamento (artículo 48, Ley del Seguro Social) la posibilidad de establecer los casos en que los beneficiarios puedan percibir más de una pensión y el método de cálculo de ellas para que sean compatibles.

5. De allí que el Ejecutivo al reglamentar este derecho pueda establecer límites diferentes de edad y de servicio para el otorgamiento de la pensión que él envuelve, la cual una vez que el jubilado alcance la edad que la Ley del Seguro prevé y el número de cotizaciones, si no lo tiene, deberá ajustar a los fines de evitar la incompatibilidad en el disfrute de ambas, éste y no otro, es el fundamento de las previsiones contenidas en los artículos 94 y 95 de la Ley del Seguro ya citado, a los cuales se ha dado desarrollo en el proyecto presentado por la Oficina Central de Personal, conjuntamente con el artículo 22 de la Ley de Carrera Administrativa. De manera que en virtud de los dispositivos citados, el Legislador tuvo en mientes: 1) evitar la incompatibilidad entre pensiones de jubilación recibidas por los trabajadores (funcionarios públicos) de sus patronos (Administración Pública Nacional) y las que la Ley acuerda, y 2) que en un futuro esas pensiones que perciben los servidores públicos pasan a ser pagadas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, además de la de vejez cuyo pago le corresponde hacer, directamente, a fin de unificar todo el sistema.

6. La tesis anotada involucra el rechazo de la posición de quienes sustentan que la referencia del artículo 22 de la Ley de Carrera a "la Ley" hace necesaria una Ley de Jubilaciones, y, desde luego, la de quienes piensan que es necesario reformar la Ley de Carrera Administrativa para cambiar esta palabra por la de "reglamento", referencia que en la discusión de la Ley en el Congreso fue eliminada como se deriva del informe de la Comisión de Asuntos Sociales de julio de 1970.

5.2.1.1.4. El derecho a la *sindicalización*, aparece consagrado con carácter novedoso en la Ley y faculta a cualquier funcionario público para "organizarse sindicalmente para la defensa y protección de los derechos" que la Ley y sus Reglamentos les reconocen. No cabe, ni es nuestra intención, corroborar aquí todo lo que se ha dicho acerca del carácter singular de la sindicalización de los funcionarios públicos, baste establecer el criterio de que la propia Ley determinó los límites del derecho de sindicali-

zación a "la defensa y protección de los demás derechos que ella y sus reglamentos" confieren al servidor público, con lo cual se rechaza, *ope legis*, que los sindicatos de funcionarios públicos puedan defender y promover acciones, al igual que los sindicatos laborales, dirigidas a reivindicar la contratación colectiva y la huelga como instrumentos para la obtención de mejoras sociales o económicas para sus afiliados. A ello se oponen: la naturaleza estatutaria de la relación de empleo público a la cual hemos hecho alusión, *supra*, y la circunstancia de que en nuestro ordenamiento jurídico la huelga en la función pública aparece tipificada como delito que origina la aplicación de sanciones penales y disciplinarias.⁹⁴

La aseveración antedicha es compartida por la mayoría de los estudiosos del Derecho Administrativo venezolano, aun cuando ha sido moderada, en su alcance, por la interpretación que, la Procuraduría General de la República y el Tribunal de la Carrera Administrativa han realizado⁹⁵ sobre el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa y algunos dispositivos contemplados en las leyes o Decretos de creación de ciertos entes autónomos, los cuales reconocen a los trabajadores o empleados a su servicio "los beneficios de la Ley del Trabajo". En tal virtud y dado que el dispositivo contenido en el artículo 26 de la Ley de 1970, "deja a salvo los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por ley a sus funcionarios", se ha entendido que en estos organismos es factible y válida la celebración de contratos colectivos. Con ello se produce, a nuestro modo de ver, una situación de injusticia dentro del universo del funcionariado público en virtud de las mayores ventajas que algunos de ellos obtienen, circunstancialmente, por encontrarse al servicio de determinados institutos autónomos; así, por ejemplo, si bien la Ley de Carrera

94. L.C.A. Art. 62, Ord. 4º y Código Penal, Art. 209.

95. P.G.R. Doctrina, 1973, pp. 353 y ss.
T.C.A. Sentencia del 19-2-73. "De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico vigente, los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional, no pueden negociar colectivamente con ésta, salvo el caso de los Institutos Autónomos cuyo decreto los autorice expresamente y dejando a salvo también las imposibilidades técnicas, financieras y económicas que apuntamos... los Sindicatos de Funcionarios Públicos de la Administración Pública Nacional no pueden negociar colectivamente en representación de sus afiliados con la Administración Pública Nacional, pues tienen limitadas sus actuaciones a las prescripciones de la Ley de Carrera Administrativa". Falta conocer aún la opinión del máximo Tribunal de la República sobre la materia. Aun cuando la sentencia de mayo de 1978 ya citada constituye en sí misma un avance de la tesis que predomina en la materia.

Administrativa reconoce al empleado que tenga más de dieciséis años de servicios: el lapso máximo de 25 días hábiles de vacaciones; cualquier contrato colectivo consagra para quien ingrese, *por vez primera*, treinta días. De allí que es necesario hacer una reflexión acerca del innegable beneficio que representa la contratación colectiva⁹⁶ y de la penetración que este planteamiento tiene en los funcionarios públicos, para tratar de buscar soluciones que, sin forzar la legislación vigente, resuelvan las exigencias de quienes, apenas ahora, obtienen ciertas ventajas y protección del Estado.

5.2.1.1.5. El derecho a obtener permisos y licencias,⁹⁷ ha sido tratado dentro del régimen jurídico de la función pública venezolana como una de las "situaciones administrativas" que puede afectar al servidor público; por lo cual será objeto de comentario posterior.⁹⁸

5.2.1.2. Dentro del *régimen especial de derechos de los funcionarios de carrera*, el legislador incluyó: el derecho a la estabilidad; el derecho al ascenso; el derecho al pago de indemnización por causa de retiro y el derecho a obtener créditos, avales o fianzas del Instituto Nacional de la Vivienda.⁹⁹

5.2.1.2.1. *El derecho a la estabilidad*, definido como el principio en mérito del cual se garantiza al trabajador la conservación del empleo durante toda su vida laboral y a no ser despedido sino por causa justificada",¹⁰⁰ tiene su origen en el Derecho Administrativo donde opera como mecanismo normalizador de las relaciones entre ente público y funcionario, a fin de sustraer a éste de las variaciones de la vida política.¹⁰¹ Este derecho constituye en sí mismo la sustancia de la "carrera administrativa", es la base de los demás derechos que se reconocen al empleado y su respeto supone la conservación y desarrollo de la carrera. Erróneamente, tal vez porque se traduce en contraprestación económica, el servidor público otorga mayor importancia a la obtención de prestaciones sociales cuando es retirado del servicio, sin caer en la

96. Día a día esta es la tendencia que mayores adeptos logra aun a niveles internacionales (O.I.T.).

97. L.C.A. Art. 25.

98. Reglamento sobre las Situaciones Administrativas de los Funcionarios Públicos (18-11-75).

99. Artículos 17, 19, 26 y 27, L.C.A.

100. Dictámenes O.C.P., *op. cit.*, p. 128.

101. Rafael Caldera, *D. del Trabajo*, p. 419. Edit. El Ateneo, 1960, Argentina.

cuenta que el pago de éstas ha sido consagrado como instrumento mitigador de las serias consecuencias que encierra la pérdida de la estabilidad.

Del texto legal deriva que la separación del funcionario de la Administración sólo puede originarse en virtud de una de las causales que ella contempla en su articulado: renuncia, debidamente aceptada, reducción de personal, jubilación, invalidez, destitución y remoción sin posibilidad de reubicación.¹⁰² Con motivo de la polémica originada entre los jueces del Tribunal de la Carrera Administrativa sobre la extensión del derecho a la estabilidad, a los funcionarios que, estando al servicio de la Administración no se habían incorporado aún a la Carrera,¹⁰³ la Corte Suprema sostuvo... "al comparar estos dos instrumentos legales ¹⁰⁴ la Corte observa que ambos consagran la estabilidad del funcionario y autorizan su despido sólo por causales muy semejantes enumeradas en el artículo 17 del Reglamento y en el artículo 52 de la Ley. La diferencia fundamental entre los dos es que, frente al despido, el primero sólo autoriza el recurso jerárquico de gracia por ante el Ministro, en tanto que el segundo crea el recurso contencioso-administrativo por ante el Tribunal de la Carrera Administrativa, que es el que da verdadero sentido y contenido a la estabilidad del funcionario público".¹⁵ De lo anterior resulta por consiguiente, que el funcionario público, en términos genéricos, goza del derecho a permanecer en ejercicio del cargo que desempeña hasta tanto no se produzca una de las causas que pueden originar su salida del servicio y que, dado este supuesto, tiene derecho a recurrir ante el órgano jurisdiccional competente para defender cualesquiera de los derechos que considere lesiona-

102. Artículos 51 y 53. L.C.A. y Reglamento sobre Retiro y Pago de Prestaciones.

103. Sentencia del T.C.A. en el caso de Amable Socorro vs. M. de Agricultura y Cría del 29-2-72. En ella se enfocó el problema de los funcionarios del "régimen transitorio", esto es, los que estaban al servicio de la Administración para la fecha de entrada en vigencia de la Ley.

104. La Corte se refiere al Decreto 394, antecedente reglamentario de la Ley y que regulaba diversos aspectos de la relación de empleo público, aunque de modo rudimentario. Su denominación común es "394" aun cuando se titulaba "Reglamento de Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional" (14-11-1960).

105. C.S.J. Sentencia 2-8-1972. Este criterio fue ampliado y aclarado en decisiones posteriores: "La sala ha establecido en constante jurisprudencia que en esta ocasión reitera que, «no puede negársele la protección jurisdiccional que la Ley le otorga a todos los funcionarios públicos y aun a los que sin serlo aspiren a ingresar a la carrera alegando que no era funcionario de carrera, puesto que la Ley no exige este requisito para ejercer el recurso»". Sentencias del 30-7-73 y del 10-10-74, entre otras.

dos por disposición o resolución del órgano administrativo,¹⁰⁶ entre ellos, desde luego, su derecho a la estabilidad, aun si se tratare de un empleado que no ha sido calificado como de "carrera" pero que tampoco puede incluirse dentro de los de libre nombramiento y remoción.¹⁰⁷

5.2.1.2.2. *El ascenso.* Integrado dentro del capítulo que trata el régimen de derechos de los funcionarios públicos, constituye derecho "especial", atinente a la categoría de los funcionarios de carrera, configurándose a través suyo la promoción o avance del funcionario que hace "carrera administrativa" y la operabilidad del sistema de clasificación de cargos concebido por la Ley. El ascenso patentiza el desarrollo de la carrera y presenta distintas modalidades en su tratamiento, de este modo: a) *puede referirse a un aumento de sueldo*, que en nuestro régimen se produce mediante el otorgamiento de compensaciones por antigüedad o servicio eficiente y se concreta en el pase del funcionario dentro del mismo

106. L.C.A. Art. 73.

107. T.C.A. Sentencia del 29-2-72: "La Ley no previó en su texto originario sino la existencia de dos categorías de funcionarios: los de carrera, constituida por aquellos que hacen del ejercicio de la función pública su carrera profesional y que ingresan a ella mediante los concursos, que le dan mayor fuerza a su investidura, y los de libre nombramiento y remoción. Con la primera categoría se quiso profesionalizar el desempeño del cargo público y darle una situación resaltante dentro de las actividades laborales que el hombre ejerce en la sociedad; pero al mismo tiempo la Ley se enfrentó con la existencia de otros funcionarios que sólo por razones contingentes prestan su servicio a la Administración Pública, bien por la naturaleza del cargo (cargo de libre nombramiento y remoción) o bien por la cualidad misma de la función (cargo de confianza), y por ello previó la figura antes mencionada, del funcionario de libre nombramiento y remoción. Ahora bien, a estas dos categorías centrales dentro de la cual la Ley quiso que encajaran todos los funcionarios al servicio de la Administración, salvo los expresamente excluidos, en base a que se rigen por un estatuto propio (excepciones del artículo 5 *ejusdem*), es necesario agregar las situaciones transitorias de los que, no siendo funcionarios de libre nombramiento y remoción, tampoco han ingresado al servicio de la Administración mediante concurso que es la vía de ingreso de los funcionarios de carrera. Para tales empleados, a los que llamaremos en razón de la ubicación de su reglamentación, funcionarios del régimen transitorio, la Ley ha establecido los sistemas que han de seguir para que ingresen en el régimen de los funcionarios de carrera. Ahora bien, tales funcionarios no están sometidos a un régimen de libre nombramiento y remoción, sino que se rigen por la Ley de Carrera Administrativa en todo aquello que no les haya sido excluido expresamente y, no existe exclusión en lo que toca a la motivación que la Administración deba hacer de su retiro (tal como se evidencia del artículo 52 *ejusdem*), ni en lo que toca a la limitación de su legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo ante este Tribunal. En efecto, el ordinal 1º del artículo 72 *ejusdem*, señala que es competencia del Tribunal «conocer y decidir de las reclamaciones de los funcionarios o aspirantes a ingresar en la Carrera Administrativa, cuando consideren lesionados sus derechos por disposiciones o resoluciones de los organismos a cuyos funcionarios se apli-

grado de la escala de sueldos, del monto mínimo a un monto intermedio y hasta máximo.¹⁰⁸ Tales aumentos se perciben cada dos años de servicios ininterrumpidos si el empleado se ha desempeñado en forma eficiente y existe disponibilidad presupuestaria; si el funcionario posee méritos relevantes o ha aprobado cursos de capacitación y adiestramiento, existe la posibilidad de que se le reconozca el pago de compensaciones por lapsos menores que, nunca, podrán ser inferiores a seis (6) meses. En caso de que el empleado se halle devengando un sueldo inicial con compensaciones que iguallen la tarifa máxima prevista en el grado asignado a la clase de cargo que ejerce, no podrá percibir incremento alguno de sueldo salvo que sea promovido de un grado a otro.¹⁰⁹ b) *La promoción de una clase de cargo a otra*, dentro de la serie de clases de cargo.¹¹⁰ Hay que advertir que nuestro sistema de clasificación de cargos se estructura en: 1) *clases* de cargos, 2) *series* de clases de cargos, 3) *grupos* ocupacionales, y 4) *ramas o familias* ocupacionales. La *clase de cargos* está configurada por aquellos cargos lo suficientemente similares entre sí en cuanto al objeto de la prestación de servicio, nivel de complejidad y dificultad de los deberes y responsabilidades inherentes a sus funciones, como para asignarles a cada uno el mismo título o denominación e igual

que la presente Ley». La norma transitoria al mismo tiempo que señala la competencia de este Tribunal de la Carrera Administrativa, indica que el legitimado activo para actuar es cualquier funcionario que sea titular de un derecho subjetivo que haya sido lesionado por los órganos de la Administración a los cuales la misma se aplica.

"Atendiendo a los anteriores argumentos y por cuanto el recurrente era funcionario público sometido al imperio de la Ley de Carrera Administrativa, debe concluir que estaba legitimado para interponer el recurso que la Ley establece. En base a tales consideraciones se estiman inoperantes las pruebas promovidas por la Procuraduría General de la República, que tratan de desvirtuar que, por cuanto el recurrente no había obtenido el certificado que, de acuerdo con la Ley debe expedir la Oficina Central de Personal, el mismo no es funcionario de carrera, y no podría por ello ejercer el recurso ante este Tribunal. Las razones de la legitimidad del recurrente ya han sido demostradas y por lo que toca al certificado (al cual alude entre otros, el parágrafo primero del artículo 35 de la Ley), cabe señalar que el mismo no posee en forma alguna valor constitutivo, sino meramente declarativo y de efectos probatorios".

108. ESCALA GENERAL DE SUELDOS MENSUALES

Grado	1	2	3	4	5	6	7
11	1.410	1.480	1.550	1.630	1.710	1.800	1.900
12	1.550	1.630	1.710	1.800	1.900	2.000	2.100

109. Art. 24. Reglamento Parcial sobre Sistemas de Clasificación de Cargos...

110. Art. 19. L.C.A.

nivel de sueldos; para ocuparlos se exige a los aspirantes idénticos requisitos de educación, experiencia y conocimientos específicos de habilidades y destrezas. Cuando el nivel de complejidad y responsabilidad varía en cargos de igual naturaleza, se constituye la *serie*, cuyo conglomerado forma el grupo ocupacional. Los ramos o familias ocupacionales, comprenden los grupos ocupacionales que guardan entre sí una remota afinidad ocupacional. Gráficamente podemos representar el sistema así:

A. *Clase de Cargo:*

Secretario I

B. *Serie de Clases de Cargo:*

Secretario III

Secretario II

Secretario I

C. *Grupo:*

Secretario III

Secretario II Serie

Secretario I

Oficinista IV

Oficinista III

Oficinista II Serie Grupo Ocupacional

Oficinista I

Mecanógrafo IV

Mecanógrafo III

Mecanógrafo II Serie

Mecanógrafo I

D. *Rama o Familia:*

1. Grupo de Adiestramiento General

Ramo o

2. Grupo de Planificación y
Organización

Familia de

3. Grupo de Personal

Administración
y Gerencia

4. Grupo de Relaciones Públicas
y Divulgación

El ascenso, concebido como la promoción de un grado a otro dentro de la misma serie; o de una serie a otra, dentro de un grupo ocupacional; o de un grupo ocupacional a otro en el mismo ramo o familia, exige: 1º Llenar los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo de que se trate, 2º Cumplir un riguroso orden de méritos, de acuerdo con el resultado de los exámenes que se realicen a los aspirantes, y 3º Estimación previa de la evaluación de eficiencia del empleado y de los cursos de capacitación o adiestramiento que éste haya cumplido. Como se puede observar, en él se conjugan los tres grandes subsistemas: de clasificación, de calificación de los servicios y de adiestramiento.

El procedimiento para ascender está previsto rudimentariamente en la Circular 2207 que hemos comentado, *supra*, y requiere, desde luego, ser desarrollado a cabalidad, no sólo en beneficio del funcionario, sino de la propia administración. Si el régimen de ascensos funcionara según las pautas fijadas por la Ley, debería existir en cada organismo público un Registro de Elegibles para ascensos que cubriría todas las posibilidades a presentarse y que envolvería, asimismo, un sistema previo de selección y evaluación a verificarse por la Oficina de Personal del mismo, de modo que sólo en el caso de no existir inscritos elegibles en dicho Registro, se recurriría a la Oficina Central de Personal para solicitar candidatos en los Registros de Elegibles para Ascenso de la Administración Pública Nacional y, supletoriamente, en el Registro de Elegibles para Ingresos que esta dependencia debe llevar. La limitación que, a juicio de cierto sector, impuso el Decreto 211 al derecho al ascenso en virtud de calificar como de "libre nombramiento y remoción" los cargos tope de ciertas series de clases de cargos, se ve atemperada por la extraordinaria movilidad del Sistema de Clasificación, y su interrelación con la calificación y el adiestramiento, al permitir las transferencias de unas series a otras y de éstas a grupos, siempre y cuando se llenen los extremos legales exigidos. Cabe observar que el derecho al ascenso está restringido, en nuestra opinión, de una parte, por la decisión de la autoridad competente para proveer la vacante,¹¹¹ y de otra, por la misma naturaleza del cargo, si éste es de libre nom-

111. Tomada la decisión, la autoridad administrativa deberá someterse a lo previsto en los artículos 19 y 36 de la L.C.A. y en la Circular 2207 de marzo de 1972.

bramamiento y remoción,¹¹² el funcionario carecerá de derecho a aspirar a él.

5.2.1.2.3. *El derecho al pago de indemnización por causa de retiro*¹¹³ operaba originalmente¹¹⁴ en dos supuestos, el primero consagrado en el artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa, reconocía al funcionario de carrera, retirado del servicio a raíz de una *reducción de personal*, el pago de las prestaciones sociales "que contempla la Ley del Trabajo, o las que puedan corresponderle según la Ley respectiva, si esta última le fuere más favorable". La norma terminaba dejando a salvo "los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por ley a sus funcionarios, quienes sólo percibirán el beneficio que más les favorezca".

El segundo de los supuestos estaba determinado por normas de carácter subalterno o secundario, contenidas en el "Reglamento relativo al régimen de Permiso Especial a los Funcionarios de la Administración Pública Nacional que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción y de representación popular y al pago de indemnizaciones por causa de remoción", el cual fue derogado por el "Reglamento sobre el régimen de permiso especial y pago de indemnizaciones".¹¹⁵

El régimen previsto en la Ley de 1970, fue modificado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que se le confirieron a través de la Ley Orgánica que lo autorizó en fecha 31-5-74 (G. O., N° 30.412), para dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera.¹¹⁶

A través del texto reformativo se confiere a los "funcionarios de carrera el derecho a percibir como indemnización al renunciar, o ser retirados de sus cargos, conforme a lo previsto en el artículo 52 de esta Ley,¹¹⁷ las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía que contempla la Ley del Trabajo, o las que

112. Conforme al Art. 4° de la L.C.A. y Decreto 211 del 2-7-74.

113. Arts. 26, 51 y 53, L.C.A.

114. Hasta que la Ley de C. A. es reformada en 1975.

115. Decreto 119 del 28-5-74. G. O. del 2-7-74.

116. La reforma original se hace por Decreto 858 del 15-4-75 (publicado en G. O., N° 1734, Extraordinaria, del 25-4-75), el cual es revisado posteriormente para incluir otro dispositivo (el Art. 27) y aclarar el del Art. 26 ya reformado (G. O. N° 1745, Extraordinaria, del 23-5-75).

117. Que pasó a ser 53.

puedan corresponderle según la ley especial si esta última les fuera más favorable. Las prestaciones sociales... serán pagadas al funcionario al finalizar la relación de empleo público con cargo a la partida establecida al efecto en el Presupuesto de Gastos del Ministerio de Hacienda. Agotada dicha partida para el pago de las prestaciones no canceladas, deberá seguirse el procedimiento de "Acreencias no Prescritas". La presente Ley deja a salvo los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por ley a sus funcionarios. En todo caso el empleado sólo podrá percibir el beneficio que más le favorezca".¹¹⁸

El fundamento de la reforma y los supuestos en que se origina el derecho al pago de las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía, nos llevan a afirmar que este derecho opera en la práctica como un auténtico derecho *adquirido*, del funcionario de carrera. En efecto, el artículo 1º, numeral 9º de la Ley Orgánica sobre Medidas Extraordinarias, tomado como base jurídica para realizar la reforma, se refiere expresamente a: "Consagrar como *derechos adquiridos de los Trabajadores* la prestación de antigüedad y el auxilio de cesantía y determinar las condiciones y términos financieros en que los patronos deberán cancelarlas".

Para quienes interpreten restrictivamente esta disposición aparece evidente que la misma hacía referencia a los "trabajadores" regulados por la Ley laboral, pues tal adjetivo ha calificado siempre a las personas que desempeñan labores intelectuales o físicas dentro de una especial relación de trabajo que rige la Ley mencionada, de cuyo texto se excluye siempre a los empleados públicos; por lo demás, tradicionalmente es a estos trabajadores a quienes se ha reconocido el pago de prestaciones sociales por concepto de antigüedad y auxilio de cesantía, de allí que la Ley de Carrera al consagrar la novedosa norma del pago de prestaciones sociales al funcionario de carrera tomara como referencia lo dispuesto por la Ley del Trabajo. No obstante, dado el laudable propósito que encierra el reconocimiento del derecho a tales prestaciones para el funcionario público de carrera, la mayoría de las veces totalmente desasistido, hubiera resultado incongruente atacar la juridicidad de la reforma, en cuya virtud puede establecerse que a partir de mayo de 1975, el funcionario de carrera que renuncie, se le aplique una reducción de personal, sea jubilado, quede inválido, o se le destituya, tendrá derecho al pago de las prestaciones sociales por con-

118. Art. 26, L.C.A.

cepto de antigüedad y auxilio de cesantía. Estos supuestos fueron complementados a través de la norma reglamentaria que incluyó los otros casos en que se produce el retiro del servicio o, en otras palabras, la ruptura de la relación de servicio que vincula al funcionario con la Administración y que se refieren a la situación de "permiso especial" del funcionario de carrera, en ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción, o de representación popular. En tales supuestos, el funcionario removido del cargo o que haya cesado de ejercer tal representación, tiene derecho a solicitar su reubicación, de modo que sólo de no ser ésta posible procede su separación del servicio y surgirá para él el derecho al pago de las prestaciones sociales.¹¹⁹

Basamos nuestra apreciación de que este derecho ostenta la cualidad de "adquirido", en primer lugar como dijimos, por la misma norma que sirve de base para su consagración,¹²⁰ y en segundo término, porque éste *ingresa al patrimonio del funcionario de carrera*, por el solo hecho de gozar éste de tal calificación, procediendo su reconocimiento en supuestos que, como el de la destitución, es a todas luces injustificable, para operar igual que en la Ley del Trabajo, cuando se trata de un despido justificado.

La "titularidad" del derecho se aprecia además: 1º porque él sirve de base para el reconocimiento de otro de los derechos específicos de la categoría y cuyo ejercicio se produce *mientras el empleado se encuentra dentro de la Administración* y le permite solicitar del Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI), créditos, avales o fianzas *hasta por el ochenta por ciento (80%) del monto de las prestaciones que para la fecha de la respectiva operación le correspondan*,¹²¹ y 2º porque se transmite a los herederos del funcionario que fallezca en servicio, conforme a las normas sobre sucesión previstas en nuestra legislación civil.¹²² En consecuencia, si como se aprecia de las normas citadas el funcionario de carrera, por serlo, es titular del derecho al pago de las prestaciones sociales, debemos concluir en que las normas de carácter reglamentario

119. Reglamento sobre Retiro y Pago de Prestaciones (G. O., N° 31.021, del 13-7-76) y Reglamento sobre las Situaciones Administrativas de los Funcionarios Públicos (G. O., N° 30.849, del 18-11-75).

120. Art. 1º, numeral 9º, de la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para...".

121. Art. 27, L.C.A.

122. Arts. 84 de la L.C.A. y 822 y siguientes del Código Civil.

que lo desenvuelven, están dirigidas a regular la concreción de tal derecho, esto es, *su pago efectivo*, previo cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos.

Los casos en que procede la tramitación del *pago* de estas prestaciones son los siguientes:

a) *Por renuncia*, que se notifica al director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa a nivel similar, con quince (15) días de anticipación, por lo menos, a la fecha efectiva de su vigencia. El funcionario debe permanecer en ejercicio del cargo, hasta tanto reciba la notificación de la aceptación de su renuncia por la máxima autoridad del organismo.

Si el funcionario abandonare sus labores, antes de recibir esta notificación, puede llegar a ser responsable disciplinariamente y ser castigado con la destitución que le impedirá su reingreso a la Administración Pública por un lapso de cinco (5) años.¹²³

Una vez aceptada la renuncia, la Oficina de Personal del organismo procederá a tramitar el pago de las prestaciones sociales.¹²⁴

b) *Por reducción de personal*, aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras; reajustes presupuestarios; modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa.¹²⁵ De acuerdo con estas normas el funcionario de carrera removido de su cargo por reducción de personal:

1) Pasa a disponibilidad por el período de un mes, cuyo cumplimiento es insoslayable.

2) Percibe durante dicho mes el sueldo personal y todos los complementos que le correspondan.

3) Puede prestar servicios durante dicho lapso si así le es requerido por la máxima autoridad del organismo de que se trate.

4) Tiene derecho a ser reubicado en un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, si reuniere requisitos, a cuyos fines, tanto la Oficina de Personal del organismo como la Oficina Central de Personal deben tomar las medidas necesarias.

123. Reglamento sobre Reingreso de los Funcionarios Públicos Nacionales a la Carrera Administrativa (Art. 8º). G. O., N° 30.877, del 22-12-75.

124. Art. 13. Reglamento sobre Retiro y Pago de Prestaciones Sociales (julio, 1976).

125. Arts. 26 y 53, Ord. 2º de la Ley de Carrera Administrativa.

5) El cargo que ocupaba no puede ser provisto durante el resto del ejercicio fiscal, dentro del cual se produjo la remoción.

6) Una vez vencido el mes de disponibilidad sin hallarle reubicación, podrá retirarse de la Administración Pública Nacional, con el pago de las prestaciones sociales a que se refiere el artículo 26 de la Ley, a saber: antigüedad y auxilio de cesantía; y

7) Deberá incorporarse al registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.¹²⁶

Como puede observarse, el retiro, esto es, la terminación de la relación de empleo que vincula al funcionario con la administración, sólo procede en última instancia y no puede ser de otro modo porque el legislador al instaurar la carrera administrativa mediante la cual el funcionario, una vez nombrado, pasará en principio toda su vida profesional al servicio del Estado, persigue fundamentalmente la permanencia de éste dentro de los cuadros administrativos, hasta que el hecho natural de la edad (jubilación), o de la muerte lo desvincule del servicio, si es que no se produce alguna otra de las causas que lo originan, como son la renuncia escrita debidamente aceptada, la invalidez y la destitución. De allí que antes del retiro deben cumplirse necesariamente la disponibilidad y las gestiones de reubicación, y que al producirse aquél se confiera al retirado un pago por concepto de prestaciones sociales que persiguen una finalidad de justicia social, por cuanto, destinadas como están a cubrir los riesgos que envuelve el desempleo, se configuran como instituciones de previsión o asistencia a favor del empleado público.¹²⁷

c) *Por cese en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción, o de representación popular si la reubicación en un cargo de carrera no fuere posible.*¹²⁸

En el supuesto de la remoción, al igual que en la reducción de personal que obedece a causas de índole diferente, el funcionario de *carrera*:

126. Arts. 14 al 22 del Reglamento de julio de 1976.

127. Armida Quintana. "Los Funcionarios de Carrera y el Derecho a Percibir Indemnizaciones por Causa de Retiro de la Administración Pública Nacional". *Revista de Control Fiscal*, N° 76, pp. 79-96. C.G.R., enero-febrero-marzo, 1975.

128. Reglamento sobre Retiro... Arts. 1°, 18, 19, 20, 21 y 22.

1º Es separado del cargo de libre nombramiento y remoción, el cual ejerce en situación de "permiso especial", conforme a la norma legal.¹²⁹

2º Pasa a situación de disponibilidad por un mes durante el cual percibe su sueldo personal y todos los complementos que le correspondan.

3º Tiene derecho a ser reubicado en un cargo de carrera de similar o superior (si reúne requisitos) jerarquía, al que ocupaba para el momento de su designación al cargo de libre nombramiento y remoción, a cuyos fines el organismo se encarga de realizar las diligencias necesarias.

4º Si no es posible reubicarlo se le retira del servicio con el pago de las prestaciones sociales: antigüedad y auxilio de cesantía y se le incorpora al registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.

En el caso del cese de la representación popular, el funcionario debe solicitar, dentro del mes siguiente a la terminación de dicho ejercicio, y por ante el organismo al cual había prestado servicios, su reincorporación a la carrera administrativa. En el lapso de un mes, el cual suponemos se inicia a partir del recibo de la solicitud del funcionario, la Oficina de Personal respectiva y la Oficina Central de Personal tomarán las medidas necesarias para la reubicación del empleado,¹³⁰ si la misma no fuere posible en dicho plazo, éste será retirado del servicio y se iniciarán los trámites para el pago de las prestaciones.¹³¹

Cabe observar aquí la contradicción surgida entre las disposiciones contenidas en el Reglamento sobre las Situaciones Administrativas... y el de Retiro y Pago de Prestaciones..., a raíz de la reforma, a todas luces ilegal, que sufrió este último en julio de 1976. En efecto, siguiendo en parte la Ley de Carrera, la antigüedad del funcionario que basaba el cálculo de las prestaciones sociales, fue definida en la primera versión del Reglamento de Retiro,¹³² como la resultante de "computar los lapsos de servicios prestados a tiempo completo por el funcionario, en forma *ininterrumpida o no*, en cualquier organismo de la *Administración Pública Na-*

129. Art. 51, L.C.A.

130. Reglamento sobre las Situaciones Administrativas... Arts. 30 y 31.

131. Reglamento sobre Retiro... Art. 21.

132. G. O., N° 30.906, del 28-1-76.

cional".¹³³ Decimos que seguía parcialmente a la Ley porque en ésta el término "antigüedad" se configura de modo mucho más amplio, como analizamos al referirnos al Derecho de Vacaciones y abarca los lapsos servidos no sólo en la Administración Pública Nacional sino en cualquier organismo público nacional, estatal o municipal, concepto que ha sido despejado y ratificado a través de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de la Carrera Administrativa y de la Corte Primera de lo Contencioso y que permite al empleado obtener, particularmente, al recurrir y hasta tanto se reforme el Reglamento, el pago total de sus prestaciones con base a los servicios prestados ininterrumpidamente o no en cualesquiera de dichos organismos.

Ahora bien, cuando se reforma el Reglamento en julio de 1976, se incurre en un vicio "tradicional" de nuestras reformas legales y reglamentarias cual es el de no revisar textos que contemplan materias conexas. Por ello, la regulación prevista en el Reglamento sobre las Situaciones Administrativas que originaba el pago de prestaciones sociales para el funcionario que hubiese cesado en un cargo de representación popular y solicitase su reubicación sin lograrlo, resulta imposible a la luz de la reforma de julio de 1976, en virtud de la "ininterrumpibilidad" que caracteriza a la "antigüedad" definida por el artículo 4º, pues éste computa a tales efectos: "el tiempo de servicio ininterrumpido prestado en cualquier organismo Público Nacional, siempre que su incorporación a la Administración Pública Nacional *no interrumpa* la prestación de sus servicios". Es obvio que hay "interrupción" en el supuesto del cese en el cargo de representación popular, puesto que una vez terminado el ejercicio de éste, dentro del mes siguiente, el empleado que está fuera de la Administración y del cuerpo deliberante manifestará al organismo su deseo de reincorporarse, y éste, a su vez, en otro mes, tratará de reubicarle. Recurrir a la ficción para decir que no existe interrupción en este caso iría en contradicción y violentaría la situación del funcionario público de carrera que ve interrumpida su antigüedad en el servicio, a veces, por una diferencia de un (1) día. La contradicción y falta de revisión que señalamos se extiende igualmente al propio texto del Reglamento sobre Retiro que establece, para este caso, que el pago de prestaciones a estos funcionarios "se calculará sobre los servicios efectivamente prestados a la *Administración Pública Nacional* en forma ininterrumpida

133. Art. 4º, Reglamento del 28-1-76.

y en base a la remuneración que percibieron en el último cargo desempeñado en ella". Los ejecutores de la reforma de julio de 1976, se limitaron a copiar el aparte único del artículo 21 de la versión de enero del mismo año y agregaron la palabra mágica: "ininterrumpida", sin pensar en las consecuencias y olvidando que ellos mismos habían agregado al artículo 4º del Reglamento el numeral 7º que comentamos, y que nos lleva a interrogar si no consideraron que el Congreso es un Organismo Público Nacional y que los lapsos servidos en él, en cargos de representación popular, debían computarse para este supuesto. El problema queda sin resolverse, porque, como dijimos, hay interrupción entre el momento en que se cesa en dichos cargos y el momento en que definitivamente no se puede reubicar al funcionario. En nuestra opinión, a la luz del análisis que hemos hecho, es improcedente, repetimos, el pago de prestaciones a estos funcionarios.

En conclusión, la apertura y extensión que se quiso atribuir a la reforma de la Ley en 1975, quedaron casi en letra muerta ante las limitantes establecidas por vía reglamentaria.¹³⁴

d) *Por jubilación o invalidez*; procede la tramitación del pago de prestaciones una vez que el pago de la pensión se hace efectivo y origina el retiro del funcionario¹³⁵ y el de la segunda, desde el momento en que se produzca la declaratoria de invalidez, según lo previsto en la legislación social.¹³⁶

e) *Por destitución*, se inicia el trámite una vez que se ha notificado al empleado la aplicación de la máxima sanción disciplinaria.¹³⁷

¿Cuáles funcionarios tienen derecho al pago de las indemnizaciones por causa de retiro conforme a la normativa vigente?

La pregunta plantea aparentemente una contradicción, habida cuenta de que a través de este estudio hemos afirmado que este derecho es exclusivo del funcionario de carrera; no obstante, la misma tiene su razón de ser. En efecto, si, como decíamos, la Ley extendió su mayor protección al funcionario de carrera, al cual de-

134. Hay funcionarios que han visto cercenada su antigüedad hasta por lapsos de 18 ó 20 años por "interrupciones" que, en ocasiones, escapaban a su propia voluntad.

135. Art. 23. Reglamento sobre Retiro...

136. Art. 24. Reglamento sobre Retiro...

137. L.C.A., Art. 53, Ord. 4º y Reglamentos sobre el Régimen Disciplinario y sobre Retiro y Pago de Prestaciones Sociales.

fine en el artículo 3º, no podemos olvidar que para la fecha de su entrada en vigencia, servía a la Administración Pública un conglomerado de funcionarios que, desde luego, no había ingresado a ella cumpliendo los extremos que su normativa fijaba, de allí que el legislador ante el hecho cumplido de la existencia de esa multitud de empleados tuvo que integrar en el texto legal algunas disposiciones, de carácter transitorio, que regularían la situación de los mismos. Tales normas son las contempladas en los artículos 67, 68 y 69, conforme a los cuales, los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional para el 4 de septiembre de 1970, serían objeto de evaluación a través de la práctica de exámenes, para comprobar si prestaban servicios en forma satisfactoria y reunían los requisitos mínimos previstos en el sistema de clasificación de cargos, si así lo hacían y tenían más de un año en el desempeño del cargo, la Oficina Central de Personal estaba obligada a expedirles un Certificado mediante el cual se les declararía "funcionario de carrera". La Ley ampliaba el derecho del funcionario de ser examinado nuevamente, en caso de ser reprobado, atendiendo a los años de servicio; de esta manera, el funcionario que tuviese entre uno y cinco años, podría ser examinado por dos veces; en caso de ser reprobado en el segundo examen, el funcionario sería retirado de la Administración con derecho al pago de las prestaciones y a ser incorporado al registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reuniera.

El funcionario podía optar, además, a que se le trasladara a un cargo para el cual sí reunía los requisitos exigidos, en cuyo caso, y previa aprobación de los exámenes correspondientes, sería declarado funcionario de carrera.¹³⁸ Si el funcionario tenía más de un año pero menos de diez años, el derecho a ser examinado se ampliaba a cuatro oportunidades, de manera que si era reprobado en la última, se le retiraba de la administración con pago de prestaciones y se le incorporaba al registro de elegibles.¹³⁹

La última situación que plantea la Ley es la del funcionario con diez años cumplidos o más de servicios en cuyo caso el tiempo opera como mecanismo calificador y el funcionario se considera de carrera, sin necesidad de evaluación alguna, quedando obligado tan sólo a presentar exámenes a los efectos de "su capacitación y de su correcta ubicación, sin que ésta pueda conllevar en ningún

138. Art. 68, L.C.A.

139. Art. 69, L.C.A.

caso desmejoramiento de su remuneración".¹⁴⁰ Las disposiciones que comentamos dieron lugar a que tanto en los Reglamentos anteriores sobre pago de prestaciones como en el de julio de 1976, se incluyera un artículo de acuerdo con el cual "las normas de esta sección serán aplicables a todos los funcionarios públicos que, sin haber sido declarados de carrera, estén sometidos al proceso (evaluación) previsto en los artículos 67, 68 y 69 de la Ley de Carrera Administrativa".¹⁴¹

Cabe destacar, sin embargo, dos situaciones:

A) El funcionario con uno a cinco, o de uno a diez años (sin cumplir) de servicios que se rige por las disposiciones transitorias.

1. *Debe ser evaluado*, a objeto de verificar si desempeña satisfactoriamente el cargo y si reúne los requisitos mínimos previstos en el sistema de clasificación de cargos, para ser declarado funcionario de carrera, teniendo derecho (además de optar a ser trasladado a otro cargo) *al pago de prestaciones sociales*, si es reprobado por dos o cuatro veces en los exámenes correspondientes, esto es, que se le pagan prestaciones aun cuando no se le *llegue a declarar funcionario de carrera*, en cuyo caso, se procede a retirarlo, y se le incorpora al Registro de Elegibles.

2. *Si va a ser separado del servicio por reducción de personal*, y no ha sido sometido al proceso previsto en las transitorias, debe ser evaluado *previamente a su retiro*, en cuyo caso: a) de ser *declarado funcionario de carrera*, pasa a disponibilidad, gana el sueldo y los complementos, se le busca reubicación, y si ésta no es posible se le retira con pago de prestaciones e incorporación al registro de elegibles y, b) si es reprobado, se le pagan igualmente las prestaciones y se le incorpora al registro de elegibles, pero no se cumplen las otras fases del proceso de retiro.

3. Si es removido de un cargo de libre nombramiento y remoción, conforme con el Reglamento y no ha sido sometido al proceso previsto en las transitorias, debe ser evaluado *previamente a su retiro*, en cuyo caso se producen por igual los supuestos tratados en el punto anterior.

B) En caso de que el empleado tenga diez años cumplidos o más de servicios, es funcionario de carrera, aun cuando no se le

140. Art. 69. L.C.A. (Parágrafo Segundo).

141. Art. 22. Reglamento de julio de 1976.

haya otorgado el Certificado,¹⁴² no requiere evaluación, salvo para su capacitación y correcta ubicación, y goza automáticamente de los derechos que la Ley otorga a la categoría, de manera que si va a ser retirado por reducción de personal o por haber sido removido de un cargo de libre nombramiento y remoción, pasa a *disponibilidad*, gana el sueldo personal y los complementos que le correspondan, se le busca reubicación y si ésta no es posible se le retira con pago de prestaciones e incorporación al registro de elegibles.

Merece destacarse para cerrar este punto que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 2 de agosto de 1972,¹⁴³ sostuvo lo siguiente: "sin embargo, de aquí no puede inferirse... que los empleados ordinarios están total y absolutamente desamparados por la Ley de Carrera Administrativa y que ésta sólo protege a los funcionarios de carrera, al contrario, la Corte juzga que dicha Ley protege también a aquellos, pero dentro de un régimen legal de protección más limitado. Tampoco debe interpretarse esta decisión como una que deja absolutamente en las manos de la *Administración decidir cómo y cuándo se realizarán los exámenes previstos en el artículo 66 ejusdem, y ya que ello significa que con no realizarlos, la Administración podría negar indefinidamente su incorporación a la carrera a los funcionarios ordinarios que tenían más de uno y menos de diez años de servicio para el momento de la Ley (1970). A juicio de esta Corte, por el contrario, los expresados empleados públicos que así lo deseen tienen derecho a exigir dichos exámenes, a los fines de gozar de todos los beneficios que la Ley contempla para los funcionarios de carrera, y los mismos deben serles practicados por la Administración en un tiempo prudencial*". (Subrayados nuestros).

Tratado ya el tema de los funcionarios regidos por las disposiciones transitorias de la Ley, "funcionarios del régimen transitorio", nos queda por examinar, el de aquellos funcionarios que ingresaron después del 4 de septiembre de 1970, sin llenar los requisitos que la Ley determina en sus artículos 34, 35 y siguientes,

142. Sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa del 28-2-73. "Los funcionarios con más de 10 años de servicio, por el hecho de no haber sido llamados por la Oficina Central de Personal a cumplir con los extremos pautados en... no puede dar lugar a que queden impedidos de *gozar de todas las prerrogativas* que a los funcionarios de carrera otorga la Ley...". En igual sentido sentencia de 10 de mayo de 1973.

143. Amable Socorro *vs.* Ministerio de Agricultura y Cría (G. O. del 22-8-72), y Sentencias del Tribunal de la Carrera Administrativa del 28-3-73 y 19-10-73.

esto es, que no ingresaron *mediante el régimen de concurso*. Sobre este punto repetimos que la obligación de celebrar concursos corre a cargo de la Administración, a quien compete, igualmente, la comprobación de los requisitos establecidos en el artículo 34 *ejusdem*; de manera que la "irregularidad" del ingreso del funcionario es imputable solamente a ella. ¿Puede, entonces, la Administración alegar su propia falta y retirar de su servicio a los empleados que entraron en esta forma a partir del 4 de septiembre de 1970? La respuesta es, desde luego, negativa, por cuanto en nuestro criterio a la misma sólo le quedará, para proceder al retiro de estos servidores:

- a) Ratificar o revocar el nombramiento en un plazo de seis meses, siempre y cuando se haya hecho constar su carácter provisional y si practicado el examen al empleado, éste no fuere satisfactorio.¹⁴⁴
- b) Aplicar por *vía analógica* en un plazo de 6 meses (período de prueba), el proceso de evaluación implantado para los funcionarios del régimen transitorio, conforme con el cual, de resultar reprobados los funcionarios, podrán ser retirados de la Administración *sin pago de prestación alguna*. En el caso de ser aprobados, los funcionarios serán declarados de carrera mediante el otorgamiento de un certificado que acredite tal carácter y gozarán de todos los derechos inherentes a la categoría,¹⁴⁵ en cuya virtud de ser retirados por reducción de personal o removidos de un cargo de libre nombramiento y remoción, le sería aplicable el régimen de pago de indemnizaciones a que hemos aludido.

Concluyendo este punto podemos afirmar que: 1º son funcionarios de carrera y, por ende, gozan del derecho a ser indemnizados en los casos de retiro previstos por el artículo 53, de la Ley, y el artículo 1º del Reglamento sobre Retiro y Pago de Prestaciones:

1. Los funcionarios ya declarados "de carrera", por la Oficina Central de Personal, mediante la entrega del correspondiente certificado (artículos 67, 68 y 69).

144. Art. 36. L.C.A. Parágrafo Segundo.

145. Art. 35, Parágrafo Primero y 66 de la Ley de Carrera Administrativa.

2. Los funcionarios con uno a cinco años, o con uno hasta menos de diez años de servicio, que sean evaluados *satisfactoriamente* por la Oficina Central de Personal, *antes de ser retirados*, y a los cuales se les hará entrega de su certificado. (Artículos 67, 68 y 69, Parágrafo Primero).

3. Los funcionarios que tengan 10 o más años de servicios, aun cuando no posean el certificado que los declare como tales (artículo 69, Parágrafo Segundo).

4. Los funcionarios que ingresaron después del 4 de septiembre de 1970 irregularmente a la administración, cuyo nombramiento provisional fue convalidado posteriormente *dentro de un plazo de seis (6) meses*, por la misma, al ser aprobados en el respectivo proceso de evaluación, y se les otorgó su certificado. (Artículo 36, Parágrafo Segundo).

5. Los funcionarios que ingresaron después del 4 de septiembre de 1970, irregularmente a la administración, a los cuales, pasados seis (6) meses, se les aplicó analógicamente el proceso previsto en las disposiciones transitorias y lo culminaron satisfactoriamente (artículos 36 y 67).

6. Los funcionarios que ingresaron irregularmente a la Administración y que ejercen en condiciones de idoneidad y eficiencia las labores que les son encomendadas y a los cuales, al retirarse, la Oficina Central de Personal les comprueba el cumplimiento de los requisitos necesarios para ser funcionarios de carrera, al tramitarles el pago de prestaciones. Hoy día, en principio, al retirarse un empleado del servicio debe enviarse su expediente a la Oficina Central de Personal, a fin de que al aprobar o negar el pago de prestaciones, reconozca implícitamente la cualidad de aquél como funcionario de carrera. En caso de negarle esta condición quedará abierta para él la vía jurisdiccional.

7. Por supuesto, los futuros funcionarios que ingresen a través del sistema de concursos (artículo 35).

Gozan asimismo, de este derecho, los funcionarios que para el 4 de septiembre de 1970 estaban al servicio de la Administración y sean reprobados por dos o cuatro veces en las pruebas de evaluación que les practique la Oficina Central de Personal (artículos 67, 68 y 69, Parágrafo Primero), y los herederos del funcionario

fallecido en servicio (artículo 84, Ley de Carrera Administrativa).^{145 bis}

La Ley de Carrera Administrativa cita en su artículo 26 a la Ley del Trabajo en cuanto a las prestaciones que han de pagarse a los funcionarios de carrera que renuncien o sean retirados o "las que puedan corresponderle según la Ley especial, si esta última les fuere más favorable". Dado que hasta ahora, no existe en nuestro ordenamiento esa Ley más favorable, salvo en algunos casos en que por ley especial se reconoce; por ejemplo: el pago del preaviso además de la antigüedad y el auxilio de cesantía (Ley del Instituto de Crédito Agrícola y Pecuário), las prestaciones sociales que se deben cancelar a los funcionarios públicos en caso de ser retirados del servicio de la Administración Pública Nacional, son las previstas en la Ley del Trabajo: antigüedad y auxilio de cesantía.

Debemos hacer una consideración de carácter previo para advertir que, en nuestra opinión, la fundamentación que la Ley de Carrera Administrativa hace en la Ley del Trabajo, es tan sólo a fines indicativos, de guía, con el objeto de precisar cuáles son las indemnizaciones a ser pagadas a los funcionarios de carrera, puesto que en el sector público habrá que atender siempre a las modalidades propias de la relación que vincula al funcionario con la administración que, desde luego, es siempre el Estado, como único patrono; a diferencia de la diversidad de empresas que actúan en el campo laboral, cada una de las cuales se rige por un estatuto particular y conforme con modalidades propias a la actividad que desarrollan. De allí que sea perfectamente concebible que el pago de prestaciones de los trabajadores sujetos a la Ley laboral ocurra cada vez que uno de ellos vea terminar su relación con la empresa para la cual trabaja, de donde se origina, lógicamente, la definición de antigüedad propia de este campo, como la permanencia de una misma empresa colaborando a su actividad productiva. Concepto que puede aplicarse a la hipótesis de finalización de la relación de empleo público, pues "la permanencia en la misma empresa", será desde luego la dedicación que de su vida profesional hace el servidor público al Estado, al cual no puede con-

145-bis. El derecho en principio "exclusivo" del funcionario de carrera, ha sido extendido a través de Decreto a varias categorías de funcionarios muchos de ellos excluidos de la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa, entre ellos: docentes, jueces, personal del servicio exterior, personal del régimen penitenciario y miembros de cuerpos de seguridad.

cebirse, en modo alguno, como una serie de compartimientos estancos sino como un todo dirigido, en definitiva, a lograr cometidos de interés general. Por ello la razón de ser del aparte único del artículo 51, mediante cuya consagración el legislador ha querido que, a los efectos del cálculo de la antigüedad del funcionario, se le computen todos los lapsos de servicio prestados en cargos anteriores para "cualquier organismo público" que en nuestro criterio debe ser referido a cualesquiera de las ramas del Poder Público.¹⁴⁶ De esta peculiar característica de la relación que se desarrolla en el campo laboral deriva, desde luego, que la Ley del Trabajo hable para efectuar el cómputo de la antigüedad de lapsos de servicio ininterrumpidos,¹⁴⁷ criterio cuya aplicación en el campo de la función pública hemos rechazado con base al dispositivo contenido en el tantas veces citado artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa. Sobre este mismo punto de vista nos parece justo que el Reglamento de julio de 1976, no compute para el cálculo del monto de las prestaciones los lapsos de servicio prestados por el empleado en aquellos organismos de los cuales hubiere percibido el pago de prestaciones sociales por concepto de terminación de la relación de empleo público.¹⁴⁸

Sin embargo, si bien los lapsos servidos por el funcionario no surtirán efecto para un pago futuro de prestaciones, sí deben tomarse en cuenta en los otros casos en que la Ley otorga derechos a los funcionarios con base a la antigüedad en el servicio, a saber: vacaciones y jubilación.

Hechas las consideraciones anteriores pasamos a analizar cuáles son las prestaciones sociales que corresponden a los funcionarios públicos de carrera que renuncien o sean retirados del servicio de la Administración Pública Nacional los cuales, como hemos asentado, se pagan igualmente a los funcionarios del régimen transitorio que sean reprobados en los exámenes a que son sometidos para ser declarados funcionarios de carrera. Tales prestaciones son: la antigüedad y el auxilio de cesantía.

La antigüedad puede definirse, dijimos, como "la permanencia en una misma empresa colaborando a su actividad productiva", trasladado el concepto al sector público sería, entonces, "la permanencia del funcionario al servicio del Estado colaborando en la

146. Artículos 117 y 118 de la Constitución.

147. Artículos 28, 37 y 39.

148. Reglamento del 13-7-76, Art. 7.

consecución de los cometidos que son propios a éste". La indemnización por antigüedad obedece a razones de justicia social y sólo es debida por el patrono al trabajador; en realidad ella deriva del reconocimiento que a éste se hace por los servicios que prestó a la empresa durante su permanencia en ella y tiene como objetivo cumplir una función de previsión contra los riesgos del desempleo. Ya hemos formulado algunas consideraciones sobre la misma, las cuales sintetizaremos a continuación:

En virtud de que la fundamentación que hace la Ley de Carrera Administrativa en la Ley del Trabajo, es, como hemos afirmado a fines indicativos¹⁴⁹ y dada la especial naturaleza de la relación que surge entre el empleado y el ente público, desechamos la aplicación en el sector público de la estimación que el legislador laboral hizo acerca de que los lapsos de servicio deben ser ininterrumpidos. Ello en razón de que el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa prevé genéricamente que cualquier lapso de servicio prestado por el funcionario es computable a los efectos del cálculo de su antigüedad; por otra parte, la prestación de los servicios puede haber sido hecha a cualesquiera organismos públicos sean nacionales, estatales o municipales, tal y como lo señaló el artículo 2º del Reglamento sobre Vacaciones de los Funcionarios Públicos Nacionales (abril, 1971). Por ello no aceptamos, dado el precedente anotado, que el Reglamento haya establecido un concepto tan restringido sobre la "antigüedad" del funcionario público.

El "auxilio de cesantía" se configura como una indemnización por despido, que persigue, además de una finalidad de previsión social, "el estímulo de la permanencia del trabajador en la empresa" y constituye una recompensa por su colaboración duradera.¹⁵⁰

La antigüedad da derecho al funcionario para recibir, por cada año o fracción superior a ocho meses, la mitad del sueldo devengado por el funcionario en el último mes de servicios prestados. Cuando tocamos el tema del derecho a la remuneración establecimos una diferencia entre ésta, concebida como el conjunto de

149. Sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa, 19-2-73.

150. Rafael Caldera, *op. cit.*, p. 411.

asignaciones pecuniarias o de cualquier otra índole que reciba el empleado por sus servicios y el sueldo, definido a través de normas reglamentarias, como el resultante de sumar la tarifa básica inicial, que consagra la Escala General de Sueldos vigente para cada cargo, y las compensaciones, pasos intermedios y máximos, que por antigüedad y servicio eficiente se reconozcan al funcionario. Este último concepto configura la base o el contenido de los derechos que se traducen en beneficios económicos para el empleado, de allí que un funcionario de carrera al ser retirado del servicio verá calculadas sus prestaciones sociales sobre la tarifa inicial más las compensaciones que se le hayan otorgado así:

Grado	1	2	3	4	etc.
	S.B.I.				
19	3.100	3.250	3.400		

Un Zootecnista III: Cargo ubicado en el grado 19, al cual se le hayan reconocido 2 pasos en la escala, tendrá como sueldo mensual: 3.400 bolívares, el cual dividido entre treinta, dará el monto de su sueldo diario para calcular sus prestaciones. Este mismo sueldo sirve para computar su bono vacacional, su jubilación, y su bonificación de fin de año.¹⁵¹

En virtud de que la norma establece que es el sueldo correspondiente al último cargo desempeñado, se reconoce que el funcionario en situación de "permiso especial", removido de un cargo de libre nombramiento y remoción, verá calculadas sus prestaciones sobre el sueldo que tenía asignado éste y que debe entenderse como el que *aparece en la respectiva partida presupuestaria*, puesto que la mayoría de estos cargos escapan a la clasificación.¹⁵² En consecuencia, estimamos que sólo pueden incluirse a los efectos del cálculo del sueldo mensual, las asignaciones permanentes que perciba el funcionario por conceptos similares a las "compensaciones" del empleado de carrera. Así se excluirían las "primas de transporte", "viáticos permanentes", etc., que también se reconocen a los funcionarios de carrera y que la reglamentación vigente no considera "parte del sueldo" a los efectos del cálculo de los derechos con contenido económico.¹⁵³

151. Reglamento Parcial sobre Sistemas de Clasificación... Art. 29.

152. Salvo el caso de los que considere así el Decreto 211 que, en su mayor parte, son clasificados.

153. Reglamento Parcial sobre Sistemas de Clasificación... Art. 42.

Por lo que se refiere a la cesantía su reconocimiento se hace en función de lapsos servidos así:

- a) Después de un tiempo de servicio no menor de tres meses, ni mayor de seis, con el equivalente a cinco días de sueldo;
- b) Después de un tiempo de servicio mayor de seis meses, pero menor de un año, con el equivalente de diez días de sueldo, y
- c) Después de un tiempo de servicio mayor de un año, con el equivalente a quince días de sueldo, por cada año o fracción mayor de ocho meses.

Antes del 1-5-75 el auxilio de cesantía no podía exceder del salario de ocho meses (16 años de servicio), pero a partir de este momento, al igual que en el campo de la legislación laboral, se agrega el que se vaya causando, sin limitación alguna.

El pago, una vez tramitado con los documentos necesarios por el organismo respectivo ante la Oficina Central de Personal,¹⁵⁴ lo hace el Ministerio de Hacienda. Cabe advertir que el aparte primero del artículo 26 de la Ley de Carrera Administrativa incluido en la reforma de 1975, quedó *derogado* por disposiciones expresas de la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario¹⁵⁵ que establece la constitución de un fondo, a ser incrementado anualmente, contra el cual se pagarán las prestaciones sociales de empleados y obreros al servicio del Poder Nacional y de los Institutos Autónomos, en los cuales el aporte fiscal sea *predominante* en relación al total de sus ingresos presupuestarios. El fondo se deposita en el Banco Central de Venezuela y es administrado por el Ministerio de Hacienda.

5.2.1.2.4. *El derecho a solicitar créditos, avales o fianzas del Instituto Nacional de la Vivienda con garantía sobre las prestaciones sociales que puedan corresponderle*

Este derecho está limitado: a) Por la discrecionalidad que la norma confiere al Instituto para acordar o no los créditos, avales o fianzas. b) Por el monto de las prestaciones sociales para el

154. Art. 26 al 30 del Regl. sobre Retiro.

155. L.O.R.P. Art. 72.

momento de la operación. c) Porque sólo se acuerda para la adquisición o mejora de la vivienda del funcionario.¹⁵⁶

5.2.1.3. El *régimen de derechos de los funcionarios de las disposiciones transitorias*, se haya concretado en el derecho a ingresar a la carrera administrativa, previo el cumplimiento de requisitos mínimos y superación de los exámenes correspondientes y en el derecho a obtener el pago de prestaciones sociales, si son reprobados en los exámenes que les fueren administrados para el ingreso a la carrera.¹⁵⁷

5.3. *El Traslado. Las situaciones administrativas*

Lo normal en la función pública es que el empleado se encuentre en *situación de actividad*, esto es, prestando personalmente sus servicios con la eficiencia requerida para el ejercicio de las funciones atinentes al cargo que se le ha asignado dentro del respectivo órgano administrativo,¹⁵⁸ y en ejercicio pleno de los derechos, prerrogativas, deberes y responsabilidades inherentes a su condición. No obstante, esta situación de "servicio activo" puede sufrir modificaciones circunstanciales que, sin romper la relación de servicio, colocarán al funcionario en diferente posición. Tales modificaciones configuran las "situaciones administrativas" del funcionario público.¹⁵⁹

Las "situaciones administrativas" a que se contrae la normativa legal¹⁶⁰ son, además de la de servicio activo, la comisión de servicios: el permiso especial, el traslado, los permisos o licencias, y la responsabilidad.

5.3.1. *La Comisión de Servicios*, aparece definida por el texto reglamentario como el cometido o misión especial que, cir-

156. El derecho aún está por implementarse y se hace nugatorio frente a los precios que hoy día se exigen en Venezuela por la vivienda.

157. El tema ha sido ampliamente tratado con motivo del desarrollo de los derechos de los funcionarios de carrera.

158. L.C.A. Art. 50.

159. Es necesario observar que las "situaciones administrativas" están referidas en la Ley de 1970, al funcionario de carrera, son propias a la cualidad de tal, pues involucran esa especial permanencia que surge entre éste y la administración, corolario lógico del derecho a la estabilidad. Sin embargo, el título del Reglamento fue genérico: "Situaciones administrativas de los funcionarios públicos", para abarcar el supuesto de los "permisos y licencias", referidos tanto al servidor de carrera como al libre nombramiento y remoción.

160. L.C.A. Arts. 25, 50, 51, 52 y 54 y Reglamento del 18-11-1975.

cunstanacialmente, se ordena a un funcionario, para que la desempeñe en la misma o diferente localidad, en otro cargo de su propio organismo o de otro despacho de la Administración Pública Nacional.¹⁶¹ La Comisión de Servicios se confiere al empleado que reúne los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del cargo, cuyo ejercicio asumirá temporalmente y sólo da lugar al pago de viáticos, conforme al reglamento respectivo, en virtud de que el sueldo permanece inalterado. Su consagración ha puesto fin, al menos en el plano teórico, al pago de diferencias de sueldo. En efecto, según lo previsto en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional,¹⁶² se ha venido reconociendo a los empleados que desempeñen interinamente un cargo, el pago total del sueldo que a éste pudiera corresponder, salvo que el funcionario se encargare del empleo en virtud de sus atribuciones o por *Comisión del Ejecutivo Nacional*. A nuestro juicio el supuesto de pago de diferencia de sueldo, sólo operará, en consecuencia, para los cargos de libre nombramiento y remoción comprendidos en los dos primeros ordinales del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, a menos que el interino lo ejerza "en virtud de sus atribuciones" *en cuyo caso sería también improcedente*, v. gr., el supuesto de un Adjunto o Subdirector.

Para los *cargos de carrera*, la Administración debe utilizar la "Comisión de Servicios", en el entendido de que si incumple alguno cualesquiera de los requisitos que para el otorgamiento de ésta exige la legislación vigente, no podrá hablarse de "Comisión de Servicios", dando lugar a que se produzca la hipótesis del artículo 116 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

La Comisión de Servicios requiere el cumplimiento de ciertos extremos para configurarse como tal, entre ellos mencionamos: la autoridad competente para conferirla, su duración; su carácter circunstancial; su ordenación formal mediante oficio que especificará: el objetivo de la misma, el cargo a ejercerse, su ubicación; el funcionario supervisor, el señalamiento de si habrá o no suspensión de las funciones del cargo del cual se es titular y la evaluación del empleado si la misión va más allá de los seis meses.¹⁶³

161. Reglamento Art. 3º.

162. Art. 116.

163. Art. 10. *Reglamento sobre Situaciones Administrativas*.

Destaca la regulación que el reglamentista hizo sobre las comisiones de servicios conferidas para ejercer vacantes absolutas, cuya duración limitó a tres meses, a fin de acabar con las "encargadurías eternas", que tan a menudo se dan dentro de nuestra Administración; de este modo, el dispositivo obliga a "proveer el cargo" conforme a las normas que al efecto existen.¹⁶⁴ En este aspecto sería deseable que la Administración acatara regularmente esta disposición, pues, aún hoy se plantean situaciones irregulares.

5.3.2. *El Permiso Especial*, la situación se produce por el pase de un funcionario en ejercicio de un cargo de carrera a otro de libre nombramiento y remoción, o de representación popular. La norma legal expresa que "gozarán de permiso especial los funcionarios de carrera que hayan sido elegidos para cargos de representación popular o designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción".¹⁶⁵ La situación se produce *ope legis*, deriva directamente de la Ley y no requiere declaración administrativa especial, si ésta llegare a producirse será a efectos comprobatorios únicamente.

Esta figura es sumamente importante porque, por una parte, permite la utilización de servidores con experiencia y méritos relevantes en cargos de alta jerarquía, y por la otra, se les conserva en la carrera administrativa, facilitándoles el mantenimiento de los derechos y prerrogativas que la Ley les reconoce en su condición de funcionarios de carrera. El inicio del permiso especial se verifica en el momento en el cual el funcionario toma posesión del nuevo cargo y dura hasta la oportunidad en que sea reubicado, o en último caso, retirado del servicio. Si se tratare de cargos de representación popular, el permiso especial se entiende concedido a partir de la fecha de la incorporación del funcionario al cuerpo del cual va a formar parte y se extiende por el tiempo durante el cual ostente su investidura.

Dado que el funcionario en "permiso especial" se encuentra por ficción legal en "servicio activo", lo ideal sería, al igual que para otras de las situaciones administrativas que regula la Ley, que se le hiciera reserva del cargo que venía ocupando, en el sentido de que éste no pudiera proveerse sino, tal vez, interinamente y que las remuneraciones correspondientes al mismo se congelaran pre-

164. Art. 9 del mismo texto.

165. Art. 51. L.C.A.

supuestariamente. Sin embargo, es difícil, en el estado actual de nuestra función pública que tal supuesto pueda plantearse, de allí que el reglamentista atendiendo a estas especiales circunstancias, consagró otras figuras para extender la protección que la Ley acuerda al funcionario que se halle en esta situación. Así, ante el hecho real de que no se "reserva" o "congela" el cargo para el funcionario que pasa a situación de permiso especial, estableció que el funcionario de carrera, en permiso especial, que fuere removido del cargo de libre nombramiento y remoción pasará a "disponibilidad" por el término de un mes, lapso en el cual tanto la Oficina de Personal del organismo como la Oficina Central de Personal gestionará su reubicación en un cargo de carrera de similar jerarquía al que desempeñaba, antes de ejercer el cargo de libre nombramiento y remoción, o, a uno superior, si reúne los requisitos mínimos exigidos. Por lo que respecta al funcionario de carrera que ejerce un cargo de representación popular, se le da la posibilidad de comunicar, dentro del mes siguiente al cese de sus funciones, al organismo para el cual prestaba funciones con antelación, que desea reincorporarse a la carrera administrativa y la Oficina de Personal respectiva y la Oficina Central de Personal deberán realizar también gestiones tendientes a su reubicación. Si tal reubicación no fuere posible en los dos supuestos que analizamos, se producirá *el retiro* del servicio del funcionario, pero se les reconocerá el pago de prestaciones sociales,¹⁶⁶ aun cuando para el caso del que ejerció el cargo de representación popular, se nos plantean serias dudas como ya señalamos.

5.3.3. *El Traslado*, envuelve la movilización del empleado de carrera, por razones de servicio, de un cargo a otro de igual clase y remuneración, en una misma localidad, o a otra. A diferencia de la temporalidad de la Comisión de Servicio y de que ésta pueda darse para igual o superior clase de cargo, el traslado por razones de servicio tiene carácter permanente y sólo se efectúa, como se anotó, para *cargos de igual clase y grado*. Esta limitación legal tiene por finalidad conservar la carrera del funcionario, impidiendo que éste sea pasado a un cargo inferior o de menor remuneración y ella basa también el requerimiento de que para traslados a diferente localidad exista, con carácter previo, el común acuerdo entre Administración y empleado,¹⁶⁷ salvo que medien las

166. Art. 28 al 31 del Reglamento.

167. Art. 52. L.C.A.

"razones de servicio" previstas en el texto reglamentario. En consecuencia, la Administración debe justificar, para cada caso, las "razones de servicio" que hacen necesaria la transferencia del empleado. En el primer supuesto: dentro de la misma localidad, existirán motivos de conveniencia u oportunidad que basarán la decisión administrativa y que podrán explicarse para cada caso en particular, dada la circunstancia de que la razón o "conveniencia del servicio es un concepto *standard* e indeterminado que no puede ser comprobado de una manera rígida sino valorado de una forma elástica; pero una medida de traslado forzoso por la Administración Pública puede encerrar una desviación del poder cuando lo que se persiga no sea la conveniencia del servicio, objetivamente considerado".¹⁶⁸

Por lo que se refiere al traslado forzoso de una localidad a otra,¹⁶⁹ la Administración debe atender a la situación familiar del funcionario y a "razones de servicio" expresamente establecidas por la norma reglamentaria,¹⁷⁰ a saber: 1) Cuando en la localidad respectiva no hubiere el personal calificado necesario. 2) Cuando hubiere urgencia de cubrir vacantes que comprometan al funcionamiento del servicio. 3) Cuando la experiencia y especiales condiciones profesionales del funcionario hagan necesaria la prestación de sus servicios en determinada localidad o región, y 4) Cuando el Ejecutivo Nacional acuerde el traslado de dependencias administrativas. Resulta obvio que las "razones de servicio" anotadas hacen nugatorio "el común acuerdo" a que hace mención la norma legal. La consecuencia más importante del tratamiento dado a esta situación administrativa opera cuando el funcionario se niega a aceptar el traslado forzoso, en cuyo caso puede configurarse una insubordinación que originará la destitución del funcionario y su ulterior retiro del servicio.¹⁷¹ Tal circunstancia

168. J. A. García-Trevijano, *op. cit.*, p. 641, tomo III, vol. II.

169. El término "localidad" se refiere al concepto del domicilio acotado en nuestra legislación civil: lugar del asiento principal de los negocios e intereses de una persona.

170. Art. 13. Reglamento.

171. La insubordinación es causal de destitución según lo previsto en el ordinal 2º del artículo 62 de la Ley. En esta materia ha sostenido la Corte Suprema: La Corte no comparte íntegramente este criterio, porque aunque Coche y Boleíta, están situados, respectivamente, en el Distrito Federal y el Estado Miranda, son barrios de una misma "localidad", es decir, de una misma población, conforme al significado que el legislador atribuye a este término en diversos instrumentos legales y, de manera particular en el artículo 51 de la Ley de Carrera Administrativa. La Ley exige mutuo acuerdo entre la administración

no debe producirse si la Administración ajusta su actuación a las normas jurídicas vigentes y no hace uso del "traslado" para "sancionar" al empleado, como ocurre en muchos de los casos, o para salir de empleados "problema".

El traslado a diferente localidad envuelve, el pago de ciertos gastos¹⁷² a cargo del organismo que lo acuerda.

5.3.4. *Los Permisos o Licencias*, aparecen definidos como autorizaciones que otorga la Administración a sus funcionarios, para no concurrir a sus labores por tiempo determinado, siempre que medien causas justificadas.¹⁷³ Se configuran en dos grandes

y el empleado sólo cuando éste sea trasladado a otra localidad en razón de que el traslado conlleva *en tal caso cambio de residencia o de domicilio*, con todas las graves consecuencias que ese hecho entraña para el funcionario y para su esposa, hijos y demás personas que de él dependen. No puede equipararse este caso al del funcionario que después del traslado, siga prestando sus servicios dentro de los límites territoriales de la población en que resida, aunque en un sitio o lugar diferente a aquél en que lo hacía antes de ordenarse su transferencia. Esto puede ocasionarle más molestias o mayores gastos que lo que antes tenía yendo a su trabajo o regresando de él a su hogar, pero no justifica su negativa a prestar sus servicios en el lugar que se le haya asignado, especialmente si el traslado es temporal y responde a necesidades del servicio.

Es evidente que en situaciones como la que se ventila en este juicio lo más conforme con los principios de una sana administración, es que el funcionario acate la orden de traslado y reclame una compensación si el cambio le ocasiona gastos de traslado y alimentación que antes no tenía.

Probado como está en autos que el recurrente no acató la orden de traslado ni inicialmente ni cuando le fue ratificada posteriormente, no hay duda en cuanto a la calificación que su conducta amerita. Por definición, en el campo del Derecho Administrativo, *incurre en insubordinación* el empleado que no cumple o no acata las órdenes o instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirigen o supervisan la actividad del servicio correspondiente. En otras palabras, la insubordinación consiste en la infracción consciente y voluntaria del deber de obediencia consagrada en el ordinal 2º del artículo 27 de la Ley de Carrera Administrativa; y es una de las faltas sancionadas con la pena de destitución en conformidad con el ordinal 2º del artículo 61 *ejusdem*. (Sentencia del 13-3-75).

172. Reglamento. Art. 15. "Cuando el traslado se produzca de una localidad a otra el organismo sufragará al funcionario, previa comprobación, los gastos que se originen por concepto de:

"1º Pasajes por vía terrestre o su equivalente, tanto del funcionario, como de su cónyuge y descendientes menores de 18 años o mayores incapacitados, bajo su inmediata dependencia.

"2º Flete por servicios de transporte terrestre de los efectos personales, enseres y demás artículos del hogar, hasta por cinco mil kilos de carga, y

"3º Una bonificación equivalente a un mes de sueldo, para gastos de instalación en la nueva residencia, siempre que el traslado no se debiere a iniciativa, o solicitud del propio funcionario.

"El organismo obligado al pago será el organismo de origen, salvo que el traslado se hubiere producido a solicitud del organismo de destino".

173. Reglamento. Arts. 16 al 27.

categorías: de concesión obligatoria, que son siempre remunerados; y de concesión potestativa que pueden remunerarse o no. Para su otorgamiento se establece una serie de requisitos referidos a la autoridad que los concede,¹⁷⁴ formularios especiales, y documentos justificativos de la solicitud, los cuales sólo pueden obviarse en casos de urgencia quedando obligado el empleado a cumplir dichas formalidades al reincorporarse al servicio. Si el permiso o licencia fuere solicitado por motivos falsos, basado en documentos o comprobantes falsificados o alterados, o fuere utilizado para finalidad distinta de aquella para la cual fue otorgado, el empleado quedará sujeto a la aplicación de las correspondientes sanciones disciplinarias.

5.3.5. *La Disponibilidad*, fue consagrada en la Ley para un caso muy específico que opera en el caso de que medie como causal de retiro del servicio: la reducción de personal,¹⁷⁵ y posteriormente ha sido extendida a los supuestos en que el funcionario de carrera, en permiso especial, fuere removido del cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando. Su establecimiento sirve como instrumento "protector" de la estabilidad del funcionario al permitir que durante su vigencia (treinta días), las autoridades competentes realicen las gestiones necesarias para reubicar al empleado en otro cargo de similar o superior jerarquía al cargo de carrera que ocupaba antes de aplicarse la medida de reducción o antes de ejercer el cargo de libre nombramiento, impidiendo, de esta manera, su salida del servicio y, por ende, protegiendo la conservación de la carrera.

Durante la disponibilidad el funcionario tiene derecho a percibir su sueldo personal y *cualquier otro complemento* que pueda

174. Art. 20. La concesión de permisos corresponderá:

- a) Al superior inmediato, cuando la duración no exceda de un día.
- b) Al funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección, departamento o unidad administrativa de nivel similar, cuando la duración sea superior a un día y no exceda de tres días.
- c) Al jefe de división o de la unidad administrativa de nivel similar, cuando la duración sea superior a tres días y no exceda de diez días.
- d) Al director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar, cuando la duración sea superior a diez días.

Para el otorgamiento de permisos que excedan de treinta días, el director consultará con la máxima autoridad del organismo o con el funcionario a quien éste designe para conocer tales situaciones.

175. Art. 53. Ord. 2º. L.C.A.

corresponderle. La norma reglamentaria habla de "sueldo personal y las compensaciones por servicio eficiente y antigüedad" pero, a nuestro juicio, *el funcionario sigue devengando las remuneraciones a que el ejercicio del cargo le hizo acreedor, pues aún no ha sido retirado, existiendo, incluso, la posibilidad de que sea llamado a prestar servicio, si la máxima autoridad administrativa lo cree necesario.*

El lapso de disponibilidad es de ineludible cumplimiento, de allí que la norma reglamentaria ha establecido, en detalle, su necesaria notificación por oficio dirigido al funcionario, indicativo de las fechas de inicio y finalización del mismo, así como la obligación, durante su vigencia, de la Oficina de Personal del organismo y de la Oficina Central de Personal de realizar las diligencias necesarias para reubicar al funcionario.¹⁷⁶ Si la disponibilidad vence sin que haya sido posible reubicar al empleado, este será retirado del servicio y tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales que le acuerda la Ley y a ser inscrito en el Registro de Elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.

5.4. *La Suspensión*

Se enmarca dentro de las sanciones disciplinarias que la Ley ha consagrado para castigar la violación, por el funcionario, de los deberes profesionales que ella misma prevé,¹⁷⁷ dentro del tema más amplio del régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

El régimen disciplinario de los funcionarios públicos debe ser estudiado en íntima conexión con las obligaciones (deberes, en sentido positivo, y prohibiciones, en sentido negativo) que la Ley impone a aquellos en el ejercicio de sus funciones y que se encuentran determinados en sus artículos 28 y 29. En efecto, la falta o infracción disciplinaria se configura como la violación de las obligaciones impuestas a los funcionarios, en virtud de la relación de empleo público que los une a la Administración. Al respecto debe observarse que si bien algunos de los derechos de los funcionarios se hallaban regulados dispersamente en nuestro orde-

176. La reubicación, como se dijo, puede hacerse en cargos de igual o superior jerarquía, si el empleado reúne requisitos. Para cargos de nivel inferior se requiere el acuerdo por escrito del funcionario, y se entiende que es temporal mientras se produce la vacante adecuada (Art. 35, Regl.). Lamentablemente la "reubicación" difícilmente se logra, traduciéndose la disponibilidad en un lapso de espera de treinta días para retirar al funcionario del servicio.

177. Arts. 28 y 29. L.C.A.

namiento jurídico, es sólo a raíz de la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa que el tratamiento de los deberes a cargo de los servidores públicos se hace de modo consistente y uniforme, "sin plantearse la distinción entre las diversas categorías de funcionarios",¹⁷⁸ la cual cobra relevancia en relación a los derechos que su normativa confiere a aquellos como ha quedado expuesto. Este tratamiento igualitario nos lleva a sostener que tanto el funcionario de libre nombramiento y remoción como el de carrera, están sujetos a dicha responsabilidad y nada obsta para que a los primeros se les sancione de diverso modo, o aún más: se les retire de los cuadros administrativos, no por la vía discrecional de la remoción, sino mediante la aplicación de una sanción de destitución que como tal es causal de separación de la Administración Pública, conforme lo prevén los artículos 53, ordinal 4º, y 62 de la Ley. En este mismo orden de ideas, nada impide al funcionario de libre nombramiento y remoción ocurrir ante el tribunal para atacar el acto de destitución que lesionó sus derechos.¹⁷⁹

Finalmente queremos mencionar que la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación legal sobre procedimientos administrativos,¹⁸⁰ contribuyó a agravar la situación, puesto que sobre la materia de procedimiento disciplinario apenas existían, antes de 1970, algunas disposiciones contenidas en el Reglamento de "Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional" del 14 de noviembre de 1960, ignoradas la mayoría de las veces.¹⁸¹ Incluso, a raíz de la promulgación de la Ley, tal situación no mejoró puesto que las autoridades administrativas no conocían, *ni conocen aún en muchos casos*, la manera correcta de instaurar el proceso disciplinario. Esta fue la razón de que la Oficina Central de Personal dictara una circular contenitiva de normas "internas" relativas al procedimiento disciplinario,

178. Allan Brewer-C., *op. cit.*, p. 58.

179. "La posibilidad de ser recurrente no está en el hecho de ser funcionario de carrera, ya que recurrente puede serlo válidamente un funcionario de libre nombramiento y remoción, que como bien se sabe por su misma naturaleza no está amparado por la estabilidad. La cualidad procesal no tiene nada que ver con la estabilidad, sino con la condición de funcionario sometido a la Ley de Carrera Administrativa...". Sentencia Tribunal de Carrera del 28 de marzo de 1974.

180. Existe un Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos presentado ante el Congreso de la República, que espera ser discutido.

181. Reglamento 394 del 14-11-1960. Arts. 16, 17 y 18.

las cuales alcanzaron rango de reglamento ejecutivo en fecha posterior (8 de febrero de 1974).

La Ley en su Título VI¹⁸² consagra la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria que toca a los funcionarios públicos por los "delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones", las cuales no excluyen la responsabilidad que pudiere corresponderles por efecto de leyes especiales¹⁸³ o de su condición de ciudadanos.

Las dos primeras clases de responsabilidad a que alude la Ley pueden afectar igualmente al funcionario en cuanto a persona humana, aun cuando en el plano en que nos hallamos, las tres tienen como premisa fundamental su condición de servidor público. Todas se influyen entre sí y guardan íntima conexión, de modo que cualquier actuación del funcionario puede engendrarlas, aun cuando ésta se configure originalmente como actividad sujeta a una responsabilidad determinada. A pesar de que nos concretaremos al análisis del régimen disciplinario de los funcionarios, creemos conveniente reseñar algunas notas sobre las diversas responsabilidades que origina la actuación de éstos.

5.4.1. *La responsabilidad penal y civil*

Surge de la comisión u omisión de actos que la legislación penal califica como delitos o faltas, y que el Código Penal detalla en los Capítulos I, II, III y IV del Título III, dedicado a "los delitos contra la cosa pública", entre los cuales aparecen enumerados: el peculado, la concusión, la corrupción de funcionarios; los abusos de autoridad y las *infracciones de los deberes de los funcionarios públicos*. Entre estos últimos merece nuestra atención el dispositivo contenido en el artículo 209 *ejusdem*, que consagra como "delito",¹⁸⁴ el abandono indebido de las funciones, por funcionarios en grupos de tres o más, sobre el cual se ha basado el criterio de que la "huelga" es improcedente para el personal al

182. Artículo 55.

183. Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (artículos 139 y ss.), y Ley de Responsabilidad de los Funcionarios o Empleados Públicos, entre otras.

184. Código Penal. Art. 209: "Los funcionarios públicos que en número de tres o más y previo acuerdo, abandonen indebidamente sus funciones, serán castigados con multa de doscientos a mil bolívares y con suspensión del empleo por tiempo de uno a dos años. Con la misma pena será castigado todo funcionario público que abandone sus funciones para impedir el despacho de algún asunto o para ocasionar cualquier otro perjuicio al servicio público".

servicio del sector público y debe ser calificada como ilegal. Se plantea así una confrontación entre la afirmación genérica que hace el texto constitucional en su artículo 92:

“Los trabajadores tienen el derecho a la huelga, dentro de las condiciones que fije la Ley. En los servicios públicos este derecho se ejerce en los casos que aquélla determine”, y la supervivencia de sanciones penales correspondientes a situaciones criminosas previstas por un Código Penal inspirado en ideologías y en principios que contrastan con aquellos que informan hoy el vigente sistema constitucional.¹⁸⁵

La naturaleza de este trabajo nos impide extendernos sobre el tema, no obstante, creemos necesario observar que en nuestro país hay defensores y opositores del derecho a la huelga. Los primeros interpretan que la disposición contenida en el artículo 92, consagra definitivamente en nuestro ordenamiento el derecho de huelga no sólo para la clase obrera (a la que se le otorgó a partir de la carta de 1947), sino para los empleados del Estado o de las empresas privadas ocupados en servicios públicos, si bien condicionado a las previsiones de la Ley Ordinaria. El hecho de que la Ley a que se refiere la norma no haya sido dictada aún, no lo entorpece, ya que esa Ley “puede solamente determinar los casos en que es admisible... pero mientras ella no los determine no habrá limitación para la huelga en los servicios públicos”.¹⁸⁶ De manera que según esta tesis el derecho existe puesto que se basa en una disposición de rango constitucional y la Ley sólo servirá para circunscribirlo y limitarlo. La opinión comentada haya apoyo en el aparte final del artículo 50 de la misma Constitución, según el cual “la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” cuando se refiere al amparo de los derechos individuales. La salida al grave problema que originaría el ejercicio de este derecho en los servicios públicos, se encuentra, al menos provisionalmente mientras se dicta la “Ley”

185. La afirmación la hace T. Sala Franco en su estudio, “La Libertad Sindical y los Empleados Públicos” (ver estudio del D. Italiano), Sevilla, 1972. Cuando comenta la previsión contemplada en el artículo 40 de la Constitución italiana que se redacta por medio de una fórmula parecida al texto constitucional venezolano: “Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano” (El derecho de huelga se ejercita en el ámbito de la ley que lo regula).

186. Ambrosio Oropeza. *La Nueva Constitución de 1961*, p. 297. Caracas, 1971.

que menciona la Constitución, en la Ley del Trabajo vigente que otorga al Ejecutivo la posibilidad de "proveer a la reanudación de las faenas en la forma que exijan los intereses generales, previo decreto especial que indique los fundamentos de la medida".¹⁸⁷

Por su parte, los detractores de la admisibilidad del derecho de huelga para los servidores públicos basan su criterio en:

1º) La prevalencia del interés público general sobre el privado.

2º) En la propia ubicación del artículo 92 en el Capítulo IV (Título III) de la Carta Fundamental que trata de los "Derechos Sociales", mientras que las normas relacionadas con el funcionamiento público se encuentran en el Capítulo I "Disposiciones Generales" del Título IV que trata del Poder Público; y,

3º) La naturaleza estatutaria, unilateral, inherente a la relación de empleo público, conforme a la cual "entre el empleado y la Administración no hay acuerdo previo de voluntades", ésta crea el empleo, le señala sueldo y atribuciones y nombra al funcionario aun sin previa consulta; la investidura del cargo en el funcionario es unilateral y obra exclusiva del Estado.¹⁸⁸

La relación de empleo o función pública está predeterminada en las leyes y reglamentos. "La huelga en tal situación vendría a ser un acto de rebelión contra el Estado, la voluntad general que se expresa en el Estado y en los actos legítimamente emanados de sus órganos...".¹⁸⁹

Cabe señalar que el concepto que el Código Penal consagra sobre "funcionarios públicos" está formulado en sentido lato, puesto que califica como tales a cualquier persona que ejerza funciones públicas, sea como titular de un órgano, o como particular. La función pública se protege de modo objetivo, sin atender a la condición subjetiva de la persona que ejerce la función.¹⁹⁰ No es necesario aclarar que la noción que asienta la Ley penal no es la misma del Derecho Administrativo; en consecuencia, la responsabilidad penal de los "funcionarios públicos" de que habla la Ley

187. L.T. Art. 237.

188. E. Sarria. *Derecho Administrativo*, p. 129.

189. T. Sala Franco, *op. cit.*, p. 89.

190. Código Penal. Art. 236.

de Carrera Administrativa será la de los funcionarios que están sujetos a su aplicación. Esto es: los funcionarios de "libre nombramiento y remoción", de carrera, y los funcionarios del "régimen transitorio".¹⁹¹

Existe una Ley que *desde 1912* regula la responsabilidad de los empleados públicos por los "delitos comunes" que cometen en el ejercicio de sus funciones, y no es otra que la "Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos" del 7 de junio de 1912, que remite en materia de procedimiento a las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal.¹⁹² Dentro de su normativa, además de prever disposiciones especiales sobre la responsabilidad de las más altas autoridades de la República, señala la que atañe a los empleados nacionales en general, por "traición a la Patria"; por infracción de la Constitución y de las leyes; por abuso de autoridad y por cualquier otro delito o falta en el ejercicio de sus funciones. Consagra igualmente una previsión que podemos estimar como el primer antecedente de lo que hoy conocemos como responsabilidad disciplinaria, puesto que la establece en función de la relación jerárquica. De este modo prevé en su artículo 13 que "los empleados *subalternos*, en las faltas leves que cometieren en el desempeño de sus respectivos empleos, serán juzgados por sus *superiores jerárquicos*"; y aclara que debe "entenderse por empleados subalternos, el dependiente de cualquier asamblea, oficina o tribunal de organización legítima"; las infracciones las castiga

191. Ley de Carrera Administrativa. Artículos 2º, 3º, 4º, 67, 68 y 69. Tribunal de Carrera Administrativa. Sentencia del 6 de febrero de 1973: "El Tribunal ha sostenido, conforme lo pauta la Ley de Carrera Administrativa que existen las siguientes categorías de funcionarios: 1º) Los de libre nombramiento y remoción...; 2º) Los funcionarios de carrera originarios que desde su nombramiento tienen tal categoría por haber ingresado al servicio de la administración, mediante los sistemas establecidos para ellos por la Ley. Dichos funcionarios no existen (aún) en el sistema venezolano, por cuanto los mecanismos reglamentarios y administrativos necesarios para su existencia, no han sido creados por la administración. 3º) Funcionarios de carrera derivados, que adquieren tal carácter, por tener en la administración más de 10 años o que teniendo más de uno han superado las pruebas de evaluación, y 4º) Los que están actualmente al servicio de la administración, desempeñan cargos de carrera, pero sujetos a la condición de presentar exámenes cuando la administración así lo requiera a fin de determinar la debida idoneidad para el cargo y para suplir el hecho de que no ingresaron llenando los extremos requeridos en la Ley...".

192. Ley de Responsabilidad de los Empleados Públicos. Artículo 9º: "La Corte Federal y de Casación conocerá de las acusaciones propuestas contra dichos funcionarios, por los delitos anteriormente enumerados, siguiendo el procedimiento señalado por el Código de Enjuiciamiento Criminal".

con multas que no podrán exceder, en ningún caso, del sueldo mensual del empleado. El enjuiciamiento de esos empleados quedaba a cargo de la Corte Federal y de Casación, cuando no estuviera atribuido por ley a otros tribunales. La Corte, por su parte, quedaba facultada: 1) Para imponer a los enjuiciados las penas que por los delitos o faltas que cometieren señalen los códigos y leyes nacionales, o de los Estados; y 2) En caso de que la falta no tuviere señalada sanción alguna, podría imponer, de acuerdo con la gravedad del hecho, las de multa, confinamiento, suspensión, hasta por seis meses, y destitución. Obsérvese la confusión que existe en el régimen consagrado en esta Ley, por una parte, sanciona las faltas leves de los funcionarios en consideración a la potestad disciplinaria que corresponde a los superiores jerárquicos inmediatos (artículo 13), por la otra, deja a un órgano jurisdiccional la aplicación discrecional de penas de carácter netamente disciplinario. Difiere así notablemente de la legislación vigente, la cual en materia de régimen disciplinario dejó muy poco campo a la oportunidad o discrecionalidad administrativa, ya que en lo que toca a la destitución, que es la pena más grave que puede imponerse al funcionario, señaló con carácter taxativo las infracciones que dan lugar a ella, dejando sólo en materia de sanciones menores: amonestación verbal y escrita, una puerta abierta a esa discrecionalidad.¹⁹³ La responsabilidad civil de la Administración y de los funcionarios a su servicio se rige hoy día por los principios generales de derecho común consagrados en nuestro Código Civil; la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional contempla en su texto¹⁹⁴ normas dirigidas a regular la responsabilidad civil que atañe a una categoría especial de funcionarios públicos: los empleados de Hacienda; de allí la expresión que utilizan los artículos 28, 29 y 59 de la Ley de Carrera Administrativa: "sin perjuicio de los deberes que impongan las leyes y reglamentos especiales...". "Independientemente de las sanciones previstas en otras leyes, aplicables a los funcionarios públicos...".

5.4.2. *La responsabilidad disciplinaria*

De acuerdo con la opinión de un eminente administrativista,¹⁹⁵ el funcionario público está sujeto a dos supremacías frente

193. *Vid.*, L.C.A. Artículos 59 y 60.

194. Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, art. 139.

195. *Vid.*, J. A. García Trevijano, *op. cit.*, tomo III, vol. II, p. 964.

a la Administración; en la primera, la general, ésta se coloca en una posición de potestad frente a todos los particulares, es decir, hace valer sus decisiones aun en contra de la voluntad de éstos, en esta posición no hay relación especial que vincule al particular-funcionario con la Administración; por el contrario, la supremacía especial origina unas relaciones especiales de poder que derivan de una vinculación más concreta entre el particular-funcionario y la Administración. En consecuencia, el funcionario público se somete a las dos clases de supremacía actuando, en ciertos casos, en su condición de tal. La última de las supremacías se manifiesta a través de los siguientes aspectos: a) Por la posibilidad de que la Administración dicte normas internas que afecten a la buena marcha del servicio; b) Por la posibilidad de actuar mediante órdenes; c) Por la posibilidad de vigilar la marcha del servicio o función que se desarrolla, y d) Por último, mediante la potestad disciplinaria que ejerce sobre las personas que están sometidas a ella a través de una especial relación de poder.¹⁹⁶

Ahora bien, la falta disciplinaria derivará siempre, dentro de la relación de supremacía especial que vincula al funcionario con la administración, de una infracción a las obligaciones que la Ley o el Reglamento imponen a sus servidores, (reglas del servicio) y que son, desde luego, diferentes de los otros deberes que como ciudadano (supremacía general) corresponden al funcionario público. La Ley de Carrera Administrativa del 4 de septiembre de 1970, consagró expresamente en su normativa, *cuáles son los deberes* que pesan sobre el funcionario público y los tuteló y protegió, de allí que de las disposiciones que tratan los deberes profesionales, las sanciones y las infracciones que originan, se aprecia la consagración, en su texto, de los principios que integran la "legalidad disciplinaria".

- a) *Nullum crimen sine lege*: no hay falta disciplinaria si no está prevista en norma legal expresa, salvo las menciones que hacen los artículos 59 y 60 en sus últimos ordinales.
- b) *Nulla poena sine lege*: consecuencia del anterior, significa que no hay sanción si no está establecida en norma legal, la Ley de Carrera Administrativa cumple a cabalidad con

196. Vid., J. A. García Trevijano, *op. cit.*, tomo I, p. 457.

el mismo al indicar, *correlativamente*, las infracciones y las penas que las castigan.

- c) *Non bis in idem*: éste afecta a las sanciones disciplinarias entre sí y fue consagrado en el artículo 5º del Reglamento de 1974, y significa que un mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez disciplinariamente.
- d) *Indubio pro reo*: no se puede sancionar por simples presunciones, la infracción debe estar comprobada fehacientemente a través de las fases que cumple el procedimiento disciplinario.

5.4.3. *Los deberes de los funcionarios públicos*

De la condición de funcionario surge una serie de derechos y deberes que integran el contenido de la relación jurídica que le vincula con la Administración. Tales deberes se ofrecen hacia adentro y hacia afuera de la relación, es decir, no se concretan en el mero ejercicio de la específica función, sino que van más allá, siguen, diríamos, en cierta forma, al titular de la función donde quiera que se encuentre, obligándole en todo caso y circunstancias a mantener una posición especial derivada del *status* funcional.¹⁹⁷ La Ley de Carrera indicó específicamente el grupo de deberes que, sin excluir los que consagran otras leyes, atañen particularmente al funcionario en su condición de tal y cuyo desconocimiento o violación por parte de éste originará su responsabilidad disciplinaria, convirtiéndole en sujeto pasible de sanción.

El conjunto de deberes que contempló la Ley puede agruparse en función de ciertos elementos referenciales: la fidelidad; el cargo que se desempeña y la organización jerárquica dentro de la cual el empleado se integra. Resulta evidente que no está entre nuestros propósitos el agotamiento del tema de la responsabilidad disciplinaria del servidor público, pues ésta por sí sola sería tarea propia de una monografía; es por ello que en el aspecto de los deberes nos limitaremos a establecer cuáles son y las consecuencias que traduce su acatamiento o infracción.¹⁹⁸

197. Vid., M. Montero P., *Régimen Disciplinario en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado*. Madrid, 1965, p. 16.

198. Para un comentario más amplio nos remitimos al trabajo de A. Brewer-Carías que ya hemos citado, pp. 55-71.

A. *Deber general de fidelidad*

Consagrado en la Constitución: los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.¹⁹⁹ De él derivan:

A.1. *El deber de guardar neutralidad política frente al Estado*

A.1.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa: cuando prohíbe al empleado público: realizar propaganda o coacción política con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones, así como en dicha oportunidad ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político.²⁰⁰

A.1.2. Su violación tipifica la causal de: realizar campaña o propaganda de tipo político o proselitista en los lugares de trabajo, así como solicitar o recibir dinero u otros bienes para fines políticos en los mismos lugares de trabajo²⁰¹ y da origen a:

A.1.3. La sanción de *Amonestación por Escrito* ²⁰²

A.2. *El deber de abstenerse de recibir honores de gobiernos extranjeros*

A.2.1. Consagrado en la Constitución: "Ningún funcionario o empleado público podrá aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros, sin que preceda la correspondiente autorización del Senado",²⁰³ y en la Ley de Carrera Administrativa: "Se prohíbe a los funcionarios públicos: aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización del Senado".²⁰⁴

A.2.2. Su violación tipifica la causal de *destitución*: El desacato a las prohibiciones previstas en los ordinales 1º, 3º y 4º del artículo 29 de esta Ley.²⁰⁵

199. Constitución. Art. 122. L.C.A., Art. 28, numeral 8º, 38 y 39.

200. L.C.A. Art. 29, numeral 2º.

201. L.C.A. Art. 60, numeral 5º.

202. L.C.A. Art. 58, numeral 2º, y 60.

203. C. Art. 125.

204. L.C.A. Art. 29, ordinal 4º.

205. L.C.A. Art. 62, ordinal 9º.

A.3. *Deber de velar por los intereses de la Administración*

A.3.1. Consagrado en la Constitución: "Nadie que esté al servicio de la República... y demás, personas jurídicas de derecho público podrá celebrar contrato alguno en ellos, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro, salvo las excepciones que establezcan las leyes";²⁰⁶ y en la Ley de Carrera Administrativa que prohíbe a los funcionarios: celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otro, con la República, los Estados, los municipios y demás personas jurídicas de derecho público, salvo las excepciones que establezcan las leyes, y auspiciar gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República o que soliciten o exploten concesiones administrativas, o que sean proveedoras o contratistas de la misma.²⁰⁷

A.3.2. Su desacato tipifica causal de destitución.²⁰⁸

206. C. Art. 124. Este dispositivo constituye una de las bases para rechazar la contratación colectiva en nuestro ordenamiento y ha sido desarrollado en la novedosa Ley Orgánica de la Administración Central de 28-12-1976, al establecer:

Artículo 63: Nadie que esté al servicio de la República podrá negociar o celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otra, salvo las excepciones que establezcan las leyes. La prohibición establecida en este artículo alcanza a quienes hubieren estado al servicio de la República hasta un año antes de la fecha en que se pretenda negociar o celebrar el contrato.

Se exceptúan de la prohibición contemplada en este artículo, los contratos que tuvieren por objeto la compra, construcción, refacción o arrendamiento de vivienda para uso de las personas mencionadas o de su familia; los convenios relativos a la enajenación de bienes por causa de utilidad pública; los contratos para la utilización de servicios públicos; los contratos de adhesión y cualquier otro contrato en el que la persona del negociador o contratante no pueda influir en el otorgamiento y condiciones de la contratación.

Artículo 64: Sin perjuicio de que se demuestre la interposición de personas en otros casos, se considerarán personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona respecto de la cual obre la prohibición. Se considerarán igualmente personas interpuestas, las sociedades civiles, mercantiles o de hecho y las comunidades, en las cuales quien esté al servicio de la República, haya tenido hasta un año antes de la negociación o celebración del contrato, o haya adquirido dentro del año siguiente a las mismas, el treinta por ciento (30%), por lo menos, de los intereses, acciones o cuotas de participación, según el caso, salvo que las hubieren por herencia.

Artículo 65: Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto en los artículos anteriores serán nulos, de nulidad absoluta, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los infractores y las indemnizaciones a que pudiere haber lugar conforme a la Ley.

207. L.C.A. Art. 29, numerales 1º y 3º.

208. L.C.A. Art. 62, ord. 9º.

A.4. *Deber de velar por el patrimonio del Estado*

A.4.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa: Artículo 30: "Los funcionarios públicos deberán inhibirse del conocimiento de los asuntos en los cuales personalmente, o a través de terceros, tuvieren interés directo, o bien existiere éste por parte de su cónyuge o de sus familiares, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y en la obligación de: vigilar, conservar y salvaguardar los documentos, bienes e intereses de la administración confiados a su guarda, uso o administración."²⁰⁹

A.4.2. Su violación tipifica las causales:

A.4.2.1. Conducta descuidada en el manejo de los expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina; que origina una *Amonestación Verbal*.²¹⁰

A.4.2.2. Perjuicio material causado por *negligencia manifiesta* a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución, que da lugar a una *Amonestación Escrita*,²¹¹ y

A.4.2.3. Perjuicio material *grave* causado *intencionalmente* o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República, que se castiga con *la Destitución*.²¹²

A.5. *El deber de mejorar los servicios*

A.5.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa, obliga al empleado a poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la conservación del patrimonio nacional o el mejoramiento de los servicios.²¹³

A.5.2. Su violación puede originar una sanción de amonestación verbal, escrita o de destitución, si envolviera un perjuicio material grave o una insubordinación, falta de probidad o acto lesivo al buen nombre de la República o del organismo,²¹⁴ dependerá, en todo caso, del supuesto de hecho de que se trate.

209. L.C.A. Art. 28, numeral 5º.

210. L.C.A. Art. 59, numeral 4º.

211. L.C.A. Art. 60, numeral 3º.

212. L.C.A. Art. 62, numeral 3º.

213. L.C.A. Art. 28, numeral 7º.

214. L.C.A. Arts. 59, numeral 4º; 60, numeral 3º, y 62, numeral 3º.

B. *Deberes inherentes al cargo*

B.1. *El deber de desempeño personal del cargo y de prestar los servicios en forma permanente y continua*

B.1.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa: el funcionario público está obligado a prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida para el cumplimiento de las tareas que tengan encomendadas, conforme a las modalidades que determinen los reglamentos.²¹⁵

B.1.2. Su violación puede tipificar las causales de:

1º Negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo;

2º Falta de atención debida al público, y

3º Incumplimiento del horario de trabajo, y dar origen a una amonestación verbal;²¹⁶ de: inasistencia injustificada al trabajo durante dos días hábiles en el término de seis (6) meses, o de tres (3), en el término de un año; y dar lugar a una amonestación escrita,²¹⁷ o de: abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles en el curso de un mes, que se sanciona con la *destitución*.²¹⁸

B.2. *El deber de prestar los servicios con dedicación total consagrado en la Constitución*

Artículo 123: "Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales que determine la Ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo implica la renuncia del primero, salvo los casos previstos en el artículo 141 o cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal", y en la Ley de Carrera Administrativa: Artículo 31: "El ejercicio de un destino público remunerado es incompatible con el desempeño de cualquier cargo, profesión o actividades que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario.

215. Art. 28. L.C.A., numeral 1º.

216. L.C.A. Art. 59, numerales 1º, 2º y 3º.

217. L.C.A. Art. 60, numeral 4º.

218. L.C.A. Art. 62, numeral 4º, Código Penal. Art. 209. Nos remitimos a lo dicho sobre la huelga de funcionarios.

"El ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios, o electorales declarado por la Ley, compatible con el ejercicio de un destino público remunerado, se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes a éste, en conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley". Da origen al régimen de incompatibilidades que desarrollamos al final de este trabajo.

B.3. *El deber de prestar los servicios con la diligencia debida y de adiestrarse adecuadamente*

B.3.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa como la obligación del empleado de atender regularmente las actividades de adiestramiento y perfeccionamiento destinados a mejorar su capacitación.²¹⁹

B.3.2. Su violación puede originar una amonestación verbal, escrita o hasta una destitución, si envolviera la desobediencia de una orden.²²⁰

B.4. *El deber de guardar secreto*

B.4.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa: como la obligación del funcionario público de: guardar la reserva y secreto que requieran los aspectos relacionados con su trabajo.²²¹

B.4.2. Su violación tipifica la causal de: revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos, de los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario, que origina la *destitución*.²²²

C. *Deberes relacionados con la organización en que se integra el funcionario*

C.1. *Los deberes de obediencia y respeto*

C.1.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa, como la obligación de acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirijan o supervisen la actividad

219. L.C.A. Art. 28, numeral 6°.

220. L.C.A. Arts. 59, numerales 1° y 5°; 60, numeral 7°, y 62, numeral 2°.

221. L.C.A. Art. 28, numeral 4°.

222. L.C.A. Art. 62, numeral 7°.

del servicio correspondiente, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñen,²²³ y de guardar en todo momento una conducta decorosa y observar en sus relaciones con sus subordinados y con el público, toda la consideración y cortesía debidas.

C.1.2. Su violación tipifica la causal de falta de consideración y respeto debidos a los superiores, subalternos o compañeros, debidamente comprobado, que origina una amonestación por escrito,²²⁴ o una insubordinación o falta de probidad, o acto lesivo al buen nombre del organismo, que se castiga con la destitución.²²⁵

En relación al deber de obediencia ha dicho la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia:

“El deber de obediencia es de tal modo inherente a la función pública que sin él resulta difícil concebir la administración estatal, ya que ésta supone un orden jerárquico que se caracteriza precisamente por la subordinación que existe entre unos funcionarios que ordenan y otros que ejecutan las órdenes recibidas, sin dilación ni discusión. No habría unidad de dirección ni coordinación en la Administración Pública si los inferiores no acataran y cumplieran oportuna y estrictamente las órdenes e instrucciones de sus inmediatos superiores en la línea de comando del respectivo servicio. De esa necesaria dependencia nace el poder disciplinario en virtud del cual unos funcionarios pueden imponer sanciones a aquellos que, debiendo hacerlo no acaten sus órdenes o instrucciones o dejen de cumplir algunas de sus obligaciones que la Ley les impone. Tal importancia se atribuye en nuestra legislación al deber de obediencia, que el Código Penal declara que no es punible quien «obra en virtud de obediencia legítima y debida». La Constitución vigente establece, sin embargo, que es nulo todo acto del Poder Público que viole o menoscabe alguno de los derechos que ella garantiza y, seguidamente añade «que los funcionarios o empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes».

223. L.C.A. Art. 28, numerales 2º y 3º.

224. L.C.A. Art. 60, numeral 2º.

225. L.C.A. Art. 62, numeral 2º.

"La advertencia que se hace a los servidores del Estado en dicha norma constitucional, es un reconocimiento tácito del llamado derecho de examen, o sea, de la facultad que la doctrina atribuye a los empleados subalternos de revisar y desobedecer en ciertos casos, las órdenes e instrucciones de sus superiores. Ese derecho aparece también implícitamente reconocido en el ordinal 2º del artículo 28, de la Ley de Carrera Administrativa, al tenor del cual los funcionarios públicos están obligados a acatar «las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos que dirijan o supervisen la actividad del servicio correspondiente, de conformidad con las especificaciones del cargo que desempeñen».

"De esas dos disposiciones puede deducirse, en principio, que el deber de obediencia no obliga a los funcionarios públicos cuando la ejecución de la orden recibida comprometa su propia responsabilidad, conforme a la citada norma constitucional, o constituya un abuso de autoridad o extralimitación de funciones, bien porque la orden emane de quien no tiene competencia para hacerlo o porque su ejecución no corresponda según las especificaciones del cargo que desempeña, al funcionario a quien va dirigida. En dichos casos es indispensable que la orden sea manifiestamente inconstitucional o constituya en sí misma o en su ejecución una evidente extralimitación de atribuciones, pues, de no ser así, debe ser inmediatamente obedecida.

"Estas son las limitaciones que, conforme a nuestra legislación y a la doctrina más admitida, sirven de marco al principio de la obediencia legítima y debida en el campo del derecho administrativo. Pero la Corte considera que ellas no constituyen las únicas limitaciones a dicho principio, pues, los alcances del deber de obediencia varían de acuerdo con los servicios, la jerarquía de los funcionarios y hasta de las circunstancias históricas prevalecientes en un momento dado en cada país.

"Sería incompatible con la marcha normal de la Administración Pública que en base a un estricto legalismo o a un concepto exagerado del derecho de examen, se hiciera depender la ejecución de todas las órdenes o instrucciones que los funcionarios públicos reciban de sus superiores, del juicio que

cada uno de ellos tenga respecto a la legalidad, conveniencia o utilidad de los actos de éstos. Pero hay que tener también presente que los empleados subalternos no son meros autómatas ni instrumentos ciegos de quienes dirijan o supervisen su trabajo, sino seres humanos dotados de personalidad y discernimiento, cuya dignidad y derechos fundamentales no deben ser sacrificados siempre en aras de un riguroso y extremado concepto de la disciplina y el orden". (Sentencia del 13-3-75).

C.2. *El deber de observar buena conducta*

C.2.1. Consagrado en la Ley de Carrera Administrativa: como la obligación de guardar en todo momento una conducta decorosa, puede castigarse con una *amonestación escrita o con la destitución* si revistiere gravedad,²²⁶ y se tipificaren las causales de:

1) Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del organismo respectivo o de la República;

2) Condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República, y

3) Solicitar y recibir dinero, o cualquier otro beneficio material valiéndose de su condición de funcionario público. Por supuesto que el cuadro que antecede no puede verse bajo un criterio restringido, en virtud de que al tratar de juzgar la actuación humana, habrá que ponderar muchos factores para verificar la existencia de la conducta infractora y proceder, si fuere el caso, a aplicar la sanción que corresponda. Sobre todo si se atiende a la circunstancia de que muchas causales se concretan a partir de criterios subjetivos al referirse a conceptos de carácter moral o ético (probidad, injuria, insubordinación o acto lesivo), los cuales imponen a la autoridad que ejerce la potestad disciplinaria una extrema prudencia en su manejo y administración.

5.4.4. *Las sanciones y el procedimiento disciplinario.* El procedimiento disciplinario está regulado por los siguientes principios: 1º) El de elaboración del expediente (artículos 19, 21, 26. Reglamento). 2º) El principio del contradictorio: nadie puede ser

226. L.C.A. Arts. 60, numeral 7º, y 62, numerales 2º y 5º.

juzgado sin haber sido oído (artículos 19, 21, 28. Reglamento). 3º) La acumulación de todos los documentos, elementos de juicio y medios de prueba con los cuales se pueda obtener la certeza de los hechos y circunstancias que tipifican la infracción (artículos 26, 28 del Reglamento).

En el Reglamento sobre el Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos se detalla en su Capítulo III, el procedimiento a seguir para aplicar cada tipo de sanción, insistiéndose sobre todo en el caso de la destitución, que a su vez ha sido complementado por la Oficina Central de Personal con la publicación de las "Instrucciones para la Tramitación de Destituciones".²²⁷ Analizaremos seguidamente cada tipo de sanción y el procedimiento fijado para su aplicación, de esta manera:

5.4.4.1. *Amonestación verbal*

1.1. *Concepto*: represión que hace el Superior inmediato, en el lugar del trabajo, personal y privadamente, al funcionario infractor (artículo 8º Reglamento).

1.2. *Causas*:

1º) Negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

2º) Falta de atención debida al público.

3º) Incumplimiento del horario de trabajo.

4º) Conducta descuidada en el manejo de los expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina, y

5º) Cualesquiera otras faltas que no ameriten conforme a la Ley, una sanción mayor (artículo 59 Ley de Carrera Administrativa).

1.3. *Autoridad competente para imponerla*

El superior inmediato.

1.4. *Procedimiento*

Conocido el hecho se oye al funcionario y se decide sobre si la responsabilidad del mismo da lugar o no a la represión verbal.

227. Septiembre, 1974.

Si esta se efectúa, se comunica por escrito a la Oficina de Personal del Organismo, con indicación de la fecha en que se impuso, así como de los hechos y las causales que la justificaron. Copia de esta comunicación se entrega al empleado amonestado. (Artículos 19, 20 Reglamento).

5.4.4.2. *Amonestación escrita*

2.1. *Concepto:* Reprensión extendida por escrito que se hace al infractor por el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento (artículo 9º Reglamento).

2.2. *Causas:*

1º) Haber sido objeto de tres amonestaciones verbales en un año;

2º) Falta de consideración y respeto debidos a los superiores, subalternos o compañeros, debidamente comprobado;

3º) Perjuicio material causado por negligencia manifiesta a los bienes de la República, siempre que la gravedad del perjuicio no amerite su destitución;

4º) Inasistencia injustificada al trabajo durante dos días hábiles en el término de seis (6) meses o de tres (3) en el término de un año;

5º) Realizar campaña o propaganda de tipo político o proselitista en los lugares de trabajo, así como solicitar o recibir dinero u otros bienes para fines políticos en los mismos lugares de trabajo;

6º) Recomendar a personas determinadas para ser nombradas o atendidas o para que obtengan ventajas o beneficios en la carrera administrativa; y

7º) Cualesquiera otras faltas o circunstancias que no estuvieren sancionadas con amonestación verbal, o con la suspensión sin goce de sueldo o la destitución.

2.3. *Autoridad competente para imponerla*

La amonestación escrita la hace el funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento al cual pertenezca el empleado.

2.4. *Procedimiento*

El funcionario competente, conocidos los hechos, los participará verbalmente al empleado presuntamente responsable, al cual deberá oír. Realizada esta fase, elaborará un informe contentivo de una relación sucinta de los hechos y de las conclusiones a que ha llegado. Comprobada la responsabilidad del infractor aplicará la sanción si lo considera procedente, y enviará copia a la Oficina de Personal del organismo, la cual lo participará a la Oficina Central de Personal (artículos 21 y 22 Reglamento). En caso de que la investigación que origina el conocimiento de los hechos que pueden motivar la aplicación de una amonestación escrita sea llevada por el superior inmediato, éste pasará los recaudos al funcionario de mayor jerarquía dentro del servicio, sección o departamento. Si de la investigación hecha por el superior inmediato resulta que los hechos merecen la destitución, la participación se hará al Director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar al de la dirección.

La procedencia de la aplicación de las sanciones, aún comprobada la responsabilidad del funcionario, dependerá de los antecedentes del empleado, la naturaleza de la falta, la gravedad de los perjuicios causados y las demás circunstancias relativas al caso.

5.4.4.3. *La suspensión*

3.1. *Concepto:* A nuestro juicio la suspensión no se configura verdaderamente como una sanción sino que constituye más bien un medio de actuar, un instrumento de la administración cuando requiere el alejamiento de determinado funcionario para llevar a cabo una investigación administrativa o judicial. La idea que exponemos ha tenido acogida en el Reglamento sobre el Régimen del Personal Civil del Ministerio de la Defensa, cuando en su artículo 27 excluyó de las sanciones disciplinarias a la de suspensión.

No obstante, el artículo 58 (ordinal 3º) de la Ley, consagra la suspensión del cargo, con o sin goce de sueldo, como una de las sanciones disciplinarias a las cuales están sujetos los funcionarios públicos en razón del desempeño de sus cargos o por el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, dicha norma legal debe ser analizada y aplicada en concordancia con el artículo 61 *ejusdem*, el cual dispone:

"Cuando para realizar una investigación judicial o administrativa fuere conveniente, a los fines de la misma, suspender algún empleado del ejercicio de sus funciones, *la suspensión será con goce de sueldo* y durará el tiempo estrictamente necesario para practicar tal investigación (subrayado nuestro). Si contra el empleado se dictare auto de detención se le suspenderá del cargo sin goce de sueldo".

En la Ley de Carrera Administrativa, *el único caso en el cual procede la suspensión del cargo sin goce de sueldo, es cuando algún Tribunal de la República haya dictado auto de detención contra el funcionario público*. Este supuesto fue ampliado por vía reglamentaria al reformarse, en agosto de 1976, el Reglamento sobre el Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos Nacionales, para incluir un artículo²²⁸ que expresa: "El funcionario a quien corresponde hacer el nombramiento, podrá aplicar la sanción disciplinaria de suspensión *sin goce de sueldo* a los empleados o funcionarios que abandonen el cumplimiento de sus deberes, ya sea de su propia iniciativa o impulsados por asociaciones, sindicatos o cualesquiera otra organización semejante, cuando en su concepto tal falta no amerite la destitución. Dicha sanción se mantendrá en vigencia hasta que el funcionario se reintegre normalmente al cumplimiento de sus deberes".²²⁹ La administración debe saber aplicar esta sanción, pues la misma se dirige a obtener resultados inmediatos, de modo que de prorrogarse el abandono, debe paralizarse su aplicación para que opere la causal de destitución consagrada en el ordinal 4º) del artículo 62 de la Ley: por abandono de las funciones.

Con respecto a la medida disciplinaria de *suspensión del cargo sin goce de sueldo*, el Tribunal de Carrera Administrativa ha concluido que "se trata de un caso específico, en el cual no hay posibilidad de ejercicio de la discrecionalidad administrativa; el acto disciplinario es en tal hipótesis, estrictamente vinculado, esto es, sólo procede *cuando el auto de detención ha sido dictado*". En el mismo fallo el tribunal sostiene que, en cambio "*la suspensión con goce de sueldo* sí presenta carácter discrecional porque *se permite a la*

228. Artículo 19.

229. La implementación de este artículo dio origen al Instructivo 35 de la Presidencia de la República que resultaba a todas luces innecesario ante la efectiva vigencia del texto reglamentario.

administración apreciar la procedencia de la medida, cuando se realice el supuesto de una investigación judicial o administrativa'. (Sentencia del Tribunal de Carrera Administrativa. 21-06-72).

3.2. *Causas*

Conveniencia de alejar al funcionario que presuntamente hubiere incurrido en falta, a fin de realizar una investigación judicial o administrativa; si se ha dictado auto de detención contra un funcionario, o cuando se abandonan las labores por propia voluntad o a instancia de asociaciones, sindicatos, etc.

3.3. *Autoridad competente para acordarla*

El director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar al de la dirección, ratificada por la máxima autoridad administrativa del organismo.

3.4. *Procedimiento*

Tomada la medida por el funcionario competente, la oficina de personal del organismo la notifica al funcionario afectado. Es con goce de sueldo y dura hasta por 60 días continuos, prorrogables por diez días más.

La duración de la investigación que se juzgue conveniente practicar debe estar limitada al tiempo estrictamente necesario para el total esclarecimiento de los hechos que se averiguan. Sería violatorio del espíritu del legislador que un funcionario público, sobre el cual recaen sospechas de la comisión de graves irregularidades, disfrute durante largos meses de su remuneración sin prestación de servicios, a causa de la prolongación indefinida de una averiguación de tipo administrativo.

Deben pues, conciliarse los intereses de la Administración y los del funcionario público. En consecuencia, la imposición de la sanción disciplinaria de suspensión del cargo sin goce de sueldo, cuando no medie un auto de detención contra el funcionario, o se trate del supuesto reglamentario, debe rechazarse, ya que es ilegal y perjudica a éste. Y a su vez, la suspensión del funcionario, con goce de sueldo, para practicar una investigación de tipo administrativo debe reducirse al tiempo estrictamente necesario.

Es por ello que el Reglamento (artículo 14) prevé que si el lapso de la investigación vence sin que se hubiere dictado ninguna

resolución, el funcionario debe ser reintegrado al cargo, pudiendo conferírsele una Comisión de Servicio (temporal) en otra oficina del propio organismo, si su regreso a la dependencia en la cual trabaja se considera incompatible con las exigencias propias de la sustanciación de la investigación que se tramita. La suspensión con goce de sueldo finaliza, además de lo previsto con antelación por: revocación de la medida, sobreseimiento, absolución o imposición de una sanción al funcionario.

La suspensión sin goce de sueldo procede: 1º) Cuando se ha dictado auto de detención contra el empleado, de modo que cuando aquél sea revocado, deberá reintegrarse al servicio una vez que obtenga su libertad. En este caso, la máxima autoridad del organismo podrá aplicar la sanción por el hecho que se le imputa si de él surge una conducta que merece sanción en el orden administrativo, y 2º) Cuando existe abandono de labores y se quiere perseguir el efecto inmediato de la reincorporación del (o de los) funcionarios(s).²³⁰

230. La Corte Suprema de Justicia sostiene un criterio que no compartimos, en cuanto a la posibilidad de aplicar la suspensión sin goce de sueldo como sustitutivo de la sanción más grave de destitución. En nuestra opinión, dado el carácter "legalista" del régimen disciplinario consagrado en la Ley de Carrera, tal interpretación desborda los límites de la competencia del Órgano Jurisdiccional para suplantar el ejercicio de la potestad disciplinaria que sólo corresponde a la autoridad señalada por el texto legal. Dice la Corte que: "el ejercicio de la potestad disciplinaria en el campo de la administración pública debe ser predominante correctivo a fin de promover el mejoramiento constante del servicio, con el menor detrimento de éste y de quienes lo integran. Por tal motivo la pena de destitución, que entraña un rompimiento definitivo de la relación existente entre una persona y la Administración Pública, no debe ser impuesta sino en casos de faltas muy graves, o cuando la aplicación progresiva de sanciones menos severas, evidencien la ineficacia de éstas para lograr el propósito de corregir a aquel a quien se hubiese impuesto. Habrá casos en los cuales un hecho aislado será suficiente para justificar la destitución del funcionario a quien se impute; pero cuando se piensa en la multiplicidad y variedad de contenidos reales que pueden albergar conceptos tan generales como "falta de probidad", "insubordinación", "conducta inmoral en el trabajo", "actos lesivos a los intereses del servicio de la República", se advierte la necesidad de adecuar la sanción establecida por la Ley a la falta realmente cometida, para no convertir la administración de justicia en una simple operación mecánica, desprovista de los atributos que dan a la misión del juez su sentido ético y su verdadera dimensión humana. Ciertamente la destitución es la pena que señala la Ley de la materia para sancionar a quienes incurran en alguna de las faltas previstas en su artículo 61, pero ello no significa que sea la única sanción aplicable en tales casos. La suspensión sin goce de sueldo, cuya aplicación no está subordinada por la Ley a causales específicas, podría ser impuesta a quienes incurran en alguna de las faltas previstas en el citado artículo 61, cuando la destitución resulte excesiva en relación con los hechos que se imputen al empleado. Esta alternativa permitiría al superior jerárquico que ejerza el po-

5.4.4.4. *La destitución*

Es la máxima sanción disciplinaria y su aplicación envuelve el retiro del funcionario del servicio (artículo 58, ordinal 4º), y además una inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, pues de acuerdo con el reglamento de reingreso a la Carrera Administrativa el funcionario que egrese de la administración pública nacional por destitución, sólo podrá reingresar a ella una vez que hayan transcurrido cinco (5) años.

4.1. *Concepto*

Consiste en la separación definitiva del funcionario de la Administración Pública Nacional, por decisión de la máxima autoridad administrativa del organismo respectivo (artículo 10 del Reglamento).

4.2. *Autoridad competente para acordarla*

El funcionario que hizo el nombramiento, o por órgano del cual se hizo éste, es decir, las autoridades que mencionan los artículos 36 y 6º, de la Ley, en cada caso.

der disciplinario al igual que a los tribunales de lo contencioso-administrativo, conciliar el rigorismo de la Ley con las exigencias de la equidad. El artículo 61, ya varias veces citado, pareciera no dejar alternativa entre la destitución y otra de las sanciones establecidas en la Ley, ya que, por otra parte, la omisión de las causales de suspensión sin goce de sueldo, crea incertidumbre en el intérprete acerca de los casos en los cuales es aplicable esa sanción.

Por ello el tribunal de Carrera Administrativa y, en particular, esta Corte, están obligados a llenar este manifiesto vacío legislativo al decidir casos concretos, a fin de que la *Administración pueda con base en la jurisprudencia establecida*, aplicar la suspensión sin sueldo a aquellas faltas que sin ser lo bastante graves para ameritar la destitución del funcionario, deban ser castigadas con una sanción más grave que la amonestación verbal o escrita. (Subrayados nuestros). (Decisión 4-08-73).

Y en marzo de 1975: "Aunque las normas que regulan la imposición de las penas en la Ley de Carrera Administrativa, son extremadamente rígidas por la estrecha vinculación que establecen entre ciertas sanciones y determinadas faltas, la Corte considera que es cuando menos aventurado suponer que el legislador, deliberadamente, haya tenido la intención de arrebatar a los órganos disciplinarios de la Administración Pública y a los jueces de lo contencioso-administrativo, la potestad de adecuar la pena a la gravedad de la falta.

"En efecto, si bien la Administración aplicó la sanción que según la letra de la Ley corresponde en abstracto, a la falta cometida, es evidente que la pena impuesta resulta extremadamente severa si se tiene en cuenta que la negativa del recurrente a obedecer la orden de traslado se fundó en una interpretación equivocada aunque racionalmente posible, del artículo 51 de la Ley a que tantas veces se ha hecho referencia.

"Consta de autos que el reclamante creyó desde un principio que estaba en su derecho al desobedecer la orden, y de que sus inmediatos superiores

4.3. *Causas*

1º) Haber sido objeto de tres amonestaciones escritas en un año;

2º) Falta de probidad, vicios de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o acto lesivo al buen nombre o a los intereses del organismo respectivo o de la República;

3º) Perjuicio material grave causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio de la República;

4º) Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles en el curso de un mes;

5º) Condena penal que implique privación de libertad, o auto de culpabilidad administrativa de la Contraloría General de la República;

6º) Solicitar y recibir dinero, o cualquier otro beneficio material valiéndose de su condición de funcionario público;

no procuraron hacerle comprender el riesgo a que se exponía, ni su propia disposición a considerar y discutir las razones que tenía para no aceptar un cambio en su sitio de trabajo.

"En tales circunstancias estima la Corte que la sanción aplicable debe ser la suspensión sin goce de sueldo por no más de seis meses y no la destitución, que por ser la pena más severa, sólo debe aplicarse a los casos de insubordinación de carácter grave, pero no a las más leves transgresiones del deber de obediencia, ni a aquellos en que alguna circunstancia concurrente atenúe la responsabilidad del funcionario. En otros países se ha cuestionado la competencia de los tribunales para reducir o aumentar las sanciones impuestas por la Administración, invocando al efecto el principio de la separación de los poderes, como uno de los dogmas del derecho constitucional que aún subsisten, no obstante la obligada colaboración entre las distintas ramas del Poder Público que exigen las complejas y cambiantes realidades del mundo contemporáneo.

"Entre nosotros la competencia de los órganos de lo contencioso-administrativo y, en particular la de la Corte, está definida en los artículos 206 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal. Según esta última disposición, la Corte puede «confirmar, revocar o reformar la decisión impugnada o reponer el procedimiento». No obstante la amplitud de la competencia, que le atribuye dicha norma, la Corte se limita a anular los actos administrativos al declarar con lugar el recurso contencioso-administrativo de anulación, a menos que el acto impugnado imponga una pena que aunque sea legalmente procedente resulte excesiva, caso en el cual considera que el control jurisdiccional que ejerce sobre los actos de la Administración debe extenderse mediante el ejercicio del poder de reformar la decisión recurrida, a fin de adecuar la pena a la gravedad de la falta cometida. En tales casos no sólo está en juego el principio de la legalidad administrativa sino también el deber de obediencia a las leyes que trata de asegurar el legislador mediante las penas administrativas. El exceso o abuso de poder en que haya podido incurrir la Administración en tales casos no justifica que se deje impune a quien haya infringido la Ley, bien sea burlando sus mandatos o prohibiciones o desobedeciendo las órdenes de las autoridades en ejercicio de sus atribuciones". (Subrayados nuestros).

7º) Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos, de los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario;

8º) Tener participación por sí o por interpuestas personas, en firmas o sociedades que tengan relaciones con la respectiva dependencia, cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña, salvo que el funcionario haya hecho conocer por escrito esta circunstancia para que se le releve del conocimiento o tramitación del asunto en cuestión;

9º) El desacato a las prohibiciones previstas en los ordinales 1º, 3º y 4º del artículo 29 de la Ley.

4.4. *Procedimiento*

Presenta determinadas fases de estricto cumplimiento, requeridas por la Ley y necesarias para la iniciación y prosecución de la investigación y subsiguiente enjuiciamiento del transgresor.

Los artículos 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 del Reglamento indican las etapas del proceso a seguir de modo inexorable, so pena de que su inobservancia acarree la nulidad de las actuaciones. Esas fases son las siguientes:

1º Conocidos los hechos susceptibles de sanción, el director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa de nivel similar, ordena a la Oficina de Personal la realización de la correspondiente investigación (artículo 25 Reglamento), con esa orden comienza el procedimiento para la destitución del funcionario incurso en falta. La Oficina de Personal cuenta con un lapso de 30 días hábiles, prorrogable por una sola vez, si fuere necesario, para sustanciar el expediente relativo a la averiguación.

2º Iniciada la averiguación, la Oficina de Personal formará un expediente, encabezándolo con la orden de apertura que se hubiese dictado. Este expediente, conforme al artículo 27 del Reglamento, deberá estar foliado en letras y números, y en él constarán todas las actuaciones pertinentes que al efecto realice aquella. Esas actuaciones constituyen los elementos de prueba idóneos, capaces y pertinentes al esclarecimiento del hecho investigado y las mismas están referidas a: las declaraciones del sujeto o funcionario objeto de la investigación; declaraciones de testigos si los hu-

biere; documentos relacionados con el caso y demostrativos o que coadyuven al esclarecimiento del hecho, y en fin a todos aquellos elementos de prueba legales y suficientes que permitan la constatación de tal hecho y las circunstancias que lo califiquen.

3º Realizada la sustanciación del expediente en el término o plazo señalado (artículo 28 del Reglamento), la Oficina de Personal o el funcionario encargado al efecto, notificará al investigado sobre los cargos correspondientes. De modo que si de la averiguación hecha, existen elementos suficientes a juicio de la Oficina de Personal que permitan la formulación de cargos, se procederá en consecuencia, indicándose la causal de destitución por la cual se adelanta la averiguación en contra del funcionario. Este, luego de la notificación que se le hiciere, dará contestación a los cargos que le han sido formulados dentro del plazo de tres (3) días a partir de su notificación, si hubiere lugar a ello, más el término de distancia, en caso de ser procedente.

4º En esa oportunidad o etapa del proceso, se configura, como así lo trata el artículo 29 del Reglamento, el derecho del funcionario a la defensa con el descargo que hace de las imputaciones en su contra. Por ese medio, el funcionario, expondrá las razones o alegatos que creyere pertinentes a su defensa, consignando escrito o a través de una declaración de la cual se dejará constancia escrita.

El funcionario investigado podrá producir los documentos en que apoye sus razones o alegaciones hechas y podrá, asimismo, solicitar de la Oficina de Personal se practique las diligencias que al efecto indique, con la misma finalidad de demostrar los alegatos que hubiere hecho en su contestación de cargos.

Las diligencias que se soliciten, podrán ser admitidas o no, y por lo tanto, la práctica de las mismas estará sujeta al criterio de la Oficina de Personal que se encarga de la averiguación.

En nuestro criterio debe observarse especial cuidado respecto a estas diligencias cuya práctica fuere solicitada, ya que si se niegan habrá que tomar en cuenta que la negativa es producto o efecto de la impertinencia o ilegalidad de lo que por medio de esas diligencias se trata de probar. Nótese que ellas son medios de pruebas que aporta el funcionario investigado para demostrar sus excepciones o alegatos, de allí la recomendación que sobre

este punto se hace. Mas, sin embargo, estas diligencias deberán estar encaminadas a probar lo alegado en la contestación de los cargos.

5º Contestados los cargos, o precluida la oportunidad para ello, se continuará con la investigación con el fin de obtener un mejor resultado sobre la misma (artículo 30). Si el funcionario investigado no compareciere una vez emplazado, o se negare a informar sobre los hechos cuya averiguación se adelanta, se dejará constancia de ello en el expediente.

Esta investigación, en todo caso está sujeta al término que establece para ella el artículo 26 del Reglamento: 30 días hábiles prorrogable por una sola vez.

6º Ya en la etapa de finalización del procedimiento (artículo 31), concluida la investigación, o si hubiere transcurrido el lapso que prevé el artículo 26, la Oficina de Personal que tramitó la sustanciación del expediente, lo remitirá al funcionario a quien corresponda decidir, de conformidad con el párrafo único del artículo 62 de la Ley de Carrera Administrativa (máxima autoridad).

Este párrafo único expresa que la destitución la hará el funcionario o a quien corresponda hacer el nombramiento, o por órgano del cual se hizo éste, previo estudio del expediente elaborado por la respectiva Oficina de Personal.²³¹

En general, este funcionario no solamente es a quien corresponde hacer la destitución, sino que también tiene la facultad decisoria sobre la procedencia o no de la misma. La decisión deberá dictarla dentro de los diez días hábiles siguientes, contados a partir desde la fecha en que recibió el expediente, y la misma será hecha en forma razonada, debiendo comunicársele por escrito al interesado, indicándose los hechos y la causal o causales en que se fundamenta la decisión.

El procedimiento que pauta el Reglamento sobre el Régimen Disciplinario para los Funcionarios Públicos Nacionales, es de estricto cumplimiento y ha sido desarrollado, paso a paso, por las "Instrucciones para la Tramitación de Destituciones", dictadas por la Oficina Central de Personal con la finalidad de evitar la aplicación ilegal de una sanción de tal gravedad, que será luego objeto de revisión por parte de los órganos jurisdiccionales competentes.

231. O.C.P. *Dictámenes de la Consultoría Jurídica*, pp. 284 - 285.

5.5. *Las incompatibilidades de los funcionarios públicos*

El tema de las "incompatibilidades" de los funcionarios públicos es de vieja data en nuestro ordenamiento constitucional. Ya en 1830, aparece un dispositivo conforme al cual: "el ejercicio de cualquiera otra función pública es incompatible, durante las sesiones con las de representante y senador",²³² la norma incluida en el Capítulo de las Disposiciones Comunes a ambas Cámaras, aparece en 1864, incorporada también para los empleados del Ejecutivo Nacional en las "Disposiciones Complementarias"²³³ y se va perfeccionando en los textos subsiguientes,²³⁴ en 1904 se incluye por vez primera una excepción: la de "los empleados en la enseñanza pública"²³⁵ desaparece en el Estatuto Constitucional Provisorio de abril de 1914, para ser incluida nuevamente en junio del mismo año (artículo 122) que incorpora la excepción de los cargos académicos y hospitalarios.

En 1925, se agrega la excepción relativa a los "jueces accidentales"²³⁶ y la norma se ubica por vez primera en el Título IV: "De la Soberanía y del Poder Público", para 1936 se excluyen las "Suplencias mientras el suplente no reemplace al principal, y respecto de empleos de academias, hospitales, juzgados accidentales o institutos de enseñanza, o beneficencia".²³⁷

En 1947 la disposición aparece redactada tal y como se consagra en 1961, aun cuando se complementa con otra disposición especialmente referida a los concejales. La primera exceptúa de la prohibición el ejercicio de cargos "accidentales, académicos, electorales, docentes, asistenciales y edilicios", la segunda no trata ni los electorales, ni los edilicios.²³⁸

232. C. del 24-9-1830. Art. 82.

233. C. de 1864. Art. 113. "Ningún individuo podrá desempeñar más de un destino de nombramiento del Congreso o del Ejecutivo Nacional".

234. La de 1881 da origen a una curiosa Ley de 13-5-1882, por la que se fija la inteligencia y sanción penal de los artículos 37 y 41, sobre la incompatibilidad que existe en el ejercicio de cualquier cargo público con las funciones de senador y diputado al Congreso.

235. C. 1904. Art. 121.

236. C. 1925. Art. 46.

237. C. 1936. Art. 46.

238. C. 1947. Arts. 91 y 116. Resultaba innecesario tal exclusión porque la primera decía en términos generales: "Nadie podrá desempeñar..." por ello es eliminada en 1961, a fin de "evitar su repetición innecesaria en diversos capítulos de la Constitución. Se hace allí una sola excepción, referente al artículo que autoriza a los senadores y diputados a aceptar los cargos de Ministro, Gobernador o Jefe de Misión Diplomática".

En 1961 el dispositivo se concreta en el artículo 123 que expresa: "Nadie podrá desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales que determine la Ley. La aceptación de un segundo destino que no sea de los exceptuados en este artículo, implica la renuncia del primero salvo los casos previstos en el artículo 141 o cuando se trate de suplentes mientras no reemplacen definitivamente al principal".

La disposición reunió en un solo texto los renglones que la evolución constitucional había ido incorporando a la materia de las "incompatibilidades" para abarcar de este modo las que puedan afectar a cualesquiera funcionarios públicos que sirvan al Estado; obsérvese en efecto la redacción tan amplia que se ha dado al dispositivo. Sin embargo, en el contexto que estamos examinando sólo entraremos e desarrollar las incompatibilidades referidas a los funcionarios que regula la Ley de Carrera Administrativa en ejecución, desde luego, del principio constitucional. La Ley en el capítulo destinado a este tema abarcó la prohibición de ejercer varios cargos y cobrar varias remuneraciones, pero extendió innovadoramente la regulación al tocar el aspecto de la incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo y el de una actividad, o profesión que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario,²³⁹ así como la que surge del goce simultáneo de dos o más pensiones, o de una pensión con el sueldo proveniente de un cargo público.²⁴⁰

Las excepciones, cuya regulación dejó al Reglamento, son las mismas que consagra la Constitución en la norma que citamos: cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios o electorales, con una ampliación en materia de pensiones al referirse a las que disfrutaban los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales por concepto de disponibilidad y retiro.

El fundamento de las incompatibilidades que afectan a los funcionarios públicos está en consideraciones de carácter jurídico-económico y ético; entre las primeras hallamos involucrado el cumplimiento de uno de los deberes consagrados en el texto legal: la dedicación exclusiva al cargo, la cual debe "constituir el principio y el remedio preventivo de toda posibilidad de abuso" de las potestades inherentes al ejercicio de poderes públicos. "La dedicación

239. L.C.A. Art. 31.

240. L.C.A. Art. 33.

debida a la función pública excluye, en buenos principios de organización, la posibilidad de dedicación a otros empleos públicos o privados; de actuaciones encaminadas a la gestión, en sus diversas modalidades, de modo directo o indirecto, de asuntos o intereses ajenos al servicio público cuando no opuestos al mismo, máxime cuando la causa de las oportunidades para el ejercicio de estos empleos, adviene, precisamente en muchos casos, por la condición de autoridad que concurre en el titular de los mismos”.²⁴¹

La incompatibilidad referida al ejercicio simultáneo de los cargos públicos, o de uno de éstos con una actividad o profesión privada, deriva fundamentalmente de que las labores a desempeñar por el funcionario se verán obstaculizadas o menoscabadas por el ejercicio del otro cargo o de la otra actividad, esta consideración ha basado las prohibiciones que contienen ciertas leyes especiales a fin de que el ejercicio de determinadas profesiones sea restringido a los profesionales que ocupen cargos públicos.²⁴²

El régimen previsto en la Ley distingue varias clases así como la extensión de las incompatibilidades, de esta manera:

1. Incompatibilidad entre un cargo público remunerado, y:
 - 1.1. Otro cargo.
 - 1.2. Profesión, o
 - 1.3. Actividad, que menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del cargo.

Salvo: Cargos

- 2.1. Académicos.
- 2.2. Accidentales.
- 2.3. Asistenciales.
- 2.4. Docentes.
- 2.5. Edilicios o electorales.

2. Incompatibilidad entre pensión con:

- 2.1. Otra pensión, o
- 2.2. Sueldo proveniente de un cargo público.

241. E. Serrano Guirado: *Las Incompatibilidades de Autoridades y Funcionarios*. Madrid, 1956, pp. 32 - 33.

242. Ley de Abogados. Art. 12 y Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y Profesiones Afines. Art. 13.

Salvo con:

4.1. Cargos:

Académicos.

Asistenciales.

Docentes o cualquier otro que sin menoscabo de la función determine el Ejecutivo Nacional.

4.2. Pensiones de retiro y disponibilidad percibidas por los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Resulta obvio que la incompatibilidad surgida entre el ejercicio de un cargo con otro, o con una actividad o profesión privada, quedará resuelta por la opción del funcionario por uno u otro. La salida la da la propia Ley al establecer, al igual que lo hizo la Carta Fundamental, "que la aceptación de un nuevo destino incompatible con el que se ejerce implica la renuncia del anterior".²⁴³ Este supuesto ha dado origen a la renuncia tácita que no envuelve la ruptura de la relación de servicio, permaneciendo, por ende, el funcionario, dentro de la Carrera Administrativa, sin interrupción de su antigüedad:²⁴⁴ desde luego que el funcionario en acuerdo con la Administración debe lograr que su pase de un organismo a otro se suceda sin solución de continuidad, pues de otro modo le tocará defender jurisdiccionalmente sus derechos, dado el criterio del Ejecutivo sobre la necesaria "ininterrumpibilidad" de los servicios para el cómputo de la antigüedad.

Las incompatibilidades entre sueldo proveniente del ejercicio de un cargo público y una pensión, o entre dos o más pensiones, nacen de la naturaleza propia de estas retribuciones, que operan como instituciones de previsión dirigidas a proporcionar sustento adecuado al funcionario retirado del servicio activo, esta característica impide, ya casi desde un punto de vista moral, que las pensiones puedan configurarse como beneficios económicos susceptibles de ser aumentados a través de la percepción de más de una pensión, o de un sueldo derivado del ejercicio de un cargo público.

La prohibición de percibir dos pensiones simultáneas ha originado una seria polémica sobre la naturaleza de la jubilación

243. L.C.A. Art. 32.

244. En este caso, dado que no se rompe la relación de servicio no hay lugar al pago de prestaciones sociales. Comúnmente la Administración tramita el movimiento de personal (FP-06-020), observando: "Renuncia tácita" según el artículo 32 de la L.C.A.

que consagra la Ley y la pensión de vejez que regula la Ley del Seguro Social. El Ejecutivo ha sostenido la incompatibilidad entre ambas²⁴⁵ a la par que el Tribunal de la Carrera Administrativa la ha rechazado al sostener: "El problema jurídico que el recurso plantea es, en consecuencia, el de la determinación del ámbito de la incompatibilidad establecida en el artículo 32 de la Ley de Carrera Administrativa respecto al disfrute simultáneo de un sueldo proveniente de un cargo público y de una pensión, y el punto específico objeto del pronunciamiento jurisdiccional requerido es, el de si la pensión de vejez que le fuera otorgado al recurrente por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, cae en el supuesto de la mencionada incompatibilidad.

Existen en nuestro medio jurídico dos posiciones respecto a la cuestión: la que establece que no exista incompatibilidad, pues la cotización que se paga al Seguro Social para obtener la pensión es la causa de la contraprestación que a través de ella se percibe, con lo cual existe un derecho adquirido del asegurado a percibirla una vez que se den los supuestos establecidos en la Ley y, una obligación del Instituto a otorgarla, por lo cual, en caso de negativa, podría dicho organismo ser demandado ante los tribunales competentes; la otra posición se funda en negar la naturaleza de contraprestación a la pensión, considerando que la cotización tiene el valor de una imposición fiscal, de naturaleza contributiva, la cual va a ingresar a los fondos con los cuales se cubren los servicios

245. El criterio sostenido por el Procurador General de la República fue resumido por el Tribunal en decisión del 30-3-75, así: "considera la Procuraduría General de la República que, la finalidad perseguida por la norma que establece la incompatibilidad del disfrute de una pensión y un cargo público, ha sido la de evitar la acumulación de varias remuneraciones fijas provenientes del erario, para un mismo empleado. A juicio del representante de la República, el artículo 32 de la Ley de Carrera Administrativa, consagratorio de la mencionada incompatibilidad es una proyección legislativa del artículo 123 de la Constitución, cuyo espíritu es el de impedir que un mismo sujeto perciba remuneraciones fijas o permanentes derivadas de los fondos públicos. En el caso específico indica el Procurador que la pensión de vejez es un beneficio legal que otorga el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales a aquellas personas que hayan satisfecho los requisitos exigidos por la Ley, esto es: edad y número de cotizaciones pagadas, y consiste en una prestación en dinero de cumplimiento periódico con carácter vitalicio, que ha de ser congruente con las necesidades de digna subsistencia del beneficiario. Tiene dicha pensión, la característica de ser una previsión de la incapacidad natural para el trabajo, que sufren las personas con el advenimiento de la vejez, tendiendo a proporcionar un sustento económico al funcionario que desee o deba retirarse de la vida activa.

"Con dicha institución se persigue igualmente el servir de coadyuvante normal para la renovación paulatina de los cuadros de personal de la Administración y para abrir fuentes de empleo a los jóvenes que se incorporan

que el organismo presta a los asociados. Esta tesis se refuerza con la consideración de que los fondos del ente no están constituidos solamente con los aportes de patronos y trabajadores, sino también con aportes del Estado dirigidos al sostenimiento del aparato administrativo del mismo; la falta de autofinanciamiento del organismo por parte de los interesados, impide que se le dé valor devolutivo a las prestaciones que él mismo otorga a los beneficiarios. Es indudable que la pensión de vejez descansa en una presunción de que al llegar a los límites de edad indicados en la Ley, el trabajador se encuentra incapacitado para el trabajo, pero se trata no de una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, ya que la edad cronológica no coincide necesariamente con la edad biológica por lo cual el asegurado considerado como legalmente viejo puede estar apto para trabajar.

La ley venezolana no establece como condición para el disfrute de la pensión de vejez la cesación de la actividad laboral, y, por otra parte, se reputa por parte de los partidarios de la coexistencia de las percepciones que: la pensión de vejez es manifiestamente insuficiente, ya que no alcanza a las cifras mínimas indicadas por los estudios actuariales para el mantenimiento de un nivel de vida decoroso.

El régimen de incompatibilidades de la Constitución Nacional desarrollado por la Ley de Carrera Administrativa, en relación a los funcionarios públicos contiene varios supuestos, los cuales poseen distinto fundamento.

a la vida activa del país. De lo anterior deduce que, dicha institución presupone el retiro de todos aquellos sujetos, que se hagan beneficiarios de la pensión, ya que, si permaneciesen en algún cargo, después de estar disfrutando de la misma, quedaría desnaturalizada, por cuanto no es su finalidad, la de proporcionar un ingreso adicional al funcionario, sino la base económica para la cobertura de sus necesidades vitales. Indica así que: «A esto no se opone la circunstancia de que, por lo general, el monto de la pensión de vejez sea inferior al sueldo devengado por el funcionario, debido a que puede presumirse que con la mayor edad y con el cese de las responsabilidades que implica la relación de empleo, las necesidades económicas de una persona disminuyen sensiblemente». Concluye, en consecuencia, el representante de la República afirmando que la pensión del Seguro Social es una erogación permanente que proviene de los fondos de un instituto público y que tiene por objeto otorgar a un funcionario o empleado que se retira del servicio, una prestación en dinero sustitutiva del sueldo destinada a su manutención y por ello, cae en el supuesto de las pensiones que, de acuerdo al artículo 32 de la Ley de Carrera Administrativa, son incompatibles con la percepción de un salario por el ejercicio de un cargo público. Contradice así el Procurador el alegato del recurrente de que la pensión de vejez es una contraprestación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, como asegurador, a las prestaciones o «cotizaciones» pagadas al mismo por el asegurado, razón por la cual la pensión constituye un derecho adquirido

En relación a tales fundamentos o finalidades perseguidos por la norma, podemos mencionar los siguientes: la que se inspira en obtener un mayor rendimiento del trabajo del funcionario impidiéndole por ello el desempeño de varias actividades en cuyo ejercicio disminuya el rendimiento eficiente requerido para el desempeño del cargo; la que se inspira en la ordenación del mercado de trabajo tratando así de evitar el llamado monopolio profesional; la que tiende a impedir la acumulación de poderes públicos (contrastantes o no) en una misma persona; y, finalmente, la que tiende a evitar que un mismo funcionario obtenga varias remuneraciones fijas, provenientes de un mismo origen.

Indudablemente que la evolución del derecho de previsión social es en el sentido de unificar los sistemas del —seguro y la jubilación—, y es evidente que a través de ella, los textos legislativos, tratan de limar las notas más contrastantes de ambas instituciones, en forma tal de lograr lo que podría considerarse como el resultado más conveniente que es la intauración de un régimen único.

En el curso del señalado proceso de transformación de las instituciones, el sistema de previsión social ha de acercarse cada vez más, en lo que toca a la pensión de vejez, a una cobertura más amplia de las necesidades del pensionado, atendiendo en forma realista el *status* económico del sujeto. La incompatibilidad entre

por el beneficiario que no puede ser desconocido por el Estado. Por el contrario, considera que no puede hablarse de que sea una contraprestación del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales en relación al beneficiario, por cuanto no existe un contrato de seguro de por medio que autorice a interpretar que se trata de una relación bilateral entre un asegurador y un asegurado, como sucede en el campo de los seguros privados. La pensión de vejez es un beneficio previsto en la Ley, cuyo otorgamiento y disfrute dependen exclusivamente del cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, o sea, una cierta edad y el pago de una cantidad de contribuciones periódicas llamadas cotizaciones, a los fines del otorgamiento. Este carácter se evidencia de la naturaleza de las «cotizaciones» y de la naturaleza pública de los fondos manejados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales. Señala así el representante de la República que, es acogible la posición de la doctrina que señala que las prestaciones debidas por los patronos y trabajadores sometidos al Seguro Social Obligatorio tienen el carácter de contribuciones especiales de derecho público o parafiscales, ya que son verdaderos tributos establecidos en la Ley del Seguro Social, cuya recaudación ingresa directamente en el patrimonio del Instituto y que, tienen por finalidad proveer al financiamiento de las actividades específicas que desarrolla dicho Instituto, en beneficio de los —trabajadores y de los patronos—. Incluso destaca que, conjuntamente con los aportes o cotizaciones de patronos y trabajadores, el Instituto recibe un aporte o subvención fija del Fisco Nacional destinada a sufragar los gastos de administración que ocasione su actividad”.

suelo y prestación providencial será absoluta cuando se produzca la fusión de los sistemas en el sentido antes indicado; pero hasta tanto la misma no llegue a realizarse habrá que atender a la diferencia existente.

Señalada la anterior diferencia es obvio que, cuando la Ley de Carrera Administrativa establece la incompatibilidad entre un sueldo proveniente de un cargo público y una pensión, está aludiendo, en lo que toca a las pensiones que se originan por la edad que es el supuesto que nos ocupa, a la pensión de jubilación, ya que la misma le será pagada al funcionario, como antes se señaló como un salario diferido, cuando ya no se encuentre al servicio activo del organismo porque ha ingresado en los límites de edad y años de antigüedad que la misma establece. Aquí está clara la incompatibilidad: porque la acumulación de percepciones sería absurda tratándose de fondos provenientes del mismo origen, y por otra parte, no tendría sentido que un sujeto fuese "jubilado", esto es, considerado no apto para el servicio de la Administración y al mismo tiempo se encontrase en el desempeño de un destino público.

Distinta es la situación de la pensión de vejez, a través de la cual el asegurado recoge el fruto de lo que le ha sido descontado de su remuneración durante varios años. Aquí no puede darse incompatibilidad alguna entre la percepción periódica de las sumas que le son adeudadas y la remuneración proveniente de un destino público. No existe incompatibilidad lógica entre un sueldo y el disfrute de una suma que por un sistema de seguridad social constituye la capitalización de sus ahorros durante un largo período de su vida.

De lo anterior se concluye que, la interpretación correcta de la norma del artículo 32 de la Ley de Carrera Administrativa, respecto al ámbito de la incompatibilidad entre el disfrute de un sueldo proveniente de un cargo público y una pensión, es la que el término pensión alude a las que se perciben por concepto de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Ley, y no a las derivadas del pago de cotizaciones establecida en la Ley del Seguro Social. (Sentencia del 30-3-75).

5.6. *El retiro del servicio*

El retiro envuelve la separación del funcionario del servicio y, por ende, la *finalización o ruptura de la relación de empleo público*.

El retiro del servicio puede obedecer a hechos jurídicos ajenos a la voluntad humana o independientes de ella; a actos voluntarios y constitutivos de la Administración y a la voluntad del funcionario aunque intervenga también el órgano administrativo.²⁴⁶

Entre los hechos jurídicos se encuentran: la muerte del funcionario, la condena penal y la edad.

Las causas que originan la desvinculación del empleado por voluntad de la Administración se concretan en las causales que establece la Ley sobre reducción de personal, destitución y remoción de un cargo de libre nombramiento y remoción; mientras que la voluntad del funcionario aparece concretada en la renuncia que obliga a actuar a la Administración a los fines de su aceptación. El acto de renuncia no rompe por sí mismo la relación de servicio ni es un acto completo, pues sus efectos se producen sólo a partir del momento de la aceptación por la Administración que ésta puede retardar bien por razones de servicio que exigen la no interrupción de éste, bien porque está pendiente un procedimiento disciplinario contra el empleado.

En el desarrollo de este tema hemos abundado ya acerca de las causales de extinción de la relación funcionarial, previstas en la Ley: renuncia, jubilación, invalidez, destitución, imposibilidad de reubicar, en casos de remoción de funcionarios de carrera en ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción, o de un funcionario de carrera que cese en el ejercicio de un cargo de representación popular.

De allí que para concluir sólo nos queda reseñar que tal vez la consecuencia más importante que deriva de la ruptura de la relación de servicio, por una de las causas indicadas, es la posibilidad de "reingreso" que se abre para el funcionario de carrera.

El derecho al reingreso, esto es, el derecho a solicitar la inclusión en un Registro de Elegibles para cargos cuyos requisitos se reúnan, a fines de volver a la carrera, está condicionado por la causal que originó el retiro del servidor público. De esta manera, el funcionario a quien se le ha aplicado una reducción de personal o se le ha removido, tiene derecho a solicitar de inmediato su inscripción en el Registro de Elegibles para Reingresos; el que ha sido destituido sólo cinco años después de la aplicación de la sanción, si la destitución ha sido objeto de recurso por ante los tribu-

246. J.A. García Trevijano, *op. cit.*, tomo III, vol. II, p. 763.

nales competentes, la solicitud de reingreso sólo podrá hacerse después que se haya puesto fin al juicio, siempre y cuando hubieren transcurrido los cinco años a que hace mención el dispositivo reglamentario.²⁴⁷

Si el retiro se debe a renuncia, la solicitud para reingreso sólo será procedente una vez que se hayan cumplido seis meses de la aceptación de esta.²⁴⁸

Con esta figura, cierra el legislador el conjunto de medidas destinadas a instrumentar la carrera administrativa del funcionario público dentro de la Administración Pública Nacional, permitiéndole la posibilidad de proseguirla en el futuro al reconocer el derecho a solicitar el reingreso a la misma, el cual opera, al igual que el ingreso y el ascenso, no directamente para cubrir vacantes sino para llenar los Registros de Elegibles para cargos cuyos requisitos reúne el aspirante.

El cuadro se completa con las garantías administrativas y jurisdiccionales que la Ley reconoce al funcionario público para defender los derechos, intereses y situaciones que a través de toda su normativa le ha conferido. Dichas garantías se reflejan en el plano administrativo en la instancia de conciliación ante la Junta de Arreglo que aparece como requisito *sine qua non* para ocurrir a la vía jurisdiccional²⁴⁹ y, por supuesto, en los recursos de reconsideración y jerárquico.

Por lo que se refiere al campo de lo contencioso, la Ley creó con carácter especial el Tribunal de la Carrera Administrativa, cuya competencia específica se dirige a conocer de los recursos que el aspirante a ingresar a la carrera o el funcionario público intenten contra los actos, decisiones u omisiones de los órganos administrativos a los cuales sirven, que lesionen, o, de algún modo, perjudiquen sus derechos, intereses o situaciones.²⁵⁰

247. Como se observa la destitución envuelve administrativamente una inhabilitación temporal para el ejercicio de cargos públicos.

248. Art. 8º, Reglamento sobre Reingreso.

249. L.C.A. Art. 14 y siguientes.

250. Los recursos que se ejercen ante el Tribunal son: el de anulación, el de plena jurisdicción y el de interpretación.

BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

RICARDO HERNÁNDEZ IBARRAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PREOCUPACIÓN SOBRE EL ARGUMENTO EN VENEZUELA. III. APARICIÓN DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA. IV. EL CONTENIDO BÁSICO DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA. V. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCION

El funcionario público —o el agente público, para utilizar una expresión más elástica— es evidentemente el verdadero protagonista de la actividad administrativa, en cuanto que ésta necesita para realizarse y cumplir sus variados fines de la actuación de aquél. En efecto, cuando se habla de administrar no se hace otra cosa que aludir con dicho vocablo a la idea de realizar o cumplir por medio de hombres una cierta y determinada acción en beneficio e interés de otros hombres. De allí que bien podemos afirmar que hoy en día constituye un lugar común en el lenguaje de la ciencia de la administración y del Derecho Administrativo el decir que cualquier administración pública que examinemos, no importa el lugar o la época en que se le ubique, vale poco más o menos, en realidad, lo que valgan los seres humanos que están a su servicio y le dan vida. Es por ello que un autor francés ha dicho muy acertadamente que "si la administración ha funcionado bien o mal (o no ha funcionado), si ella se revela con sus fuerzas y sus flaquezas, es porque detrás de la fachada anónima y fría del edificio administrativo hay unos agentes, hombres o mujeres, que obran, administran, deciden".¹ La evolución ocurrida a lo largo de muchos años ha servido, por supuesto, para sacar a estos seres humanos

1. Piquemal, Marcel: *Le fonctionnaire. Droits et garanties*. Paris. Editions Berger-Levrault, 1973, p. 15.

del más completo anonimato. En el rescate de la dignidad que es inherente a la condición humana es innegable que han sido los propios agentes públicos quienes han desempeñado un papel de primer orden. En efecto, en el transcurso de muchas décadas ellos han conquistado tesoneramente en la inmensa mayoría de los países del mundo su libertad y su dignidad gracias a su mismo comportamiento individual y colectivo y a sus luchas sindicales, al mismo tiempo que han sabido permanecer fieles y leales a sus deberes como servidores del Estado y no han dejado declinar siquiera un instante su más pura y genuina idea de lo que es el interés general.

El resultado natural y lógico de la evolución antes aludida no se hizo esperar: La introducción del uso cada vez más generalizado de la expresión *función pública* como fórmula hasta cierto punto sustitutiva de la de *funcionario público*. Cuando se habla de *función pública* nos encontramos frente a una expresión reciente, la cual hace poco más o menos treinta años no era utilizada. Como bien dice el autor francés François Gazier, para ese entonces "se hablaba de funcionarios, inclusive de funcionarios públicos, se describía la situación de los funcionarios y especialmente su régimen jurídico, pero no se utilizaban los dos vocablos reunidos: función pública. Esta noción ha sido empleada no se sabe por quién, ni cómo, ni por qué, pero ella apareció espontáneamente y su uso se ha generalizado rápidamente como una abstracción cómoda que sirve para designar a la vez a los funcionarios y todo lo que a éstos se refiere. Por otra parte, ella se explica ciertamente por una contaminación de la expresión «civil service». Los ingleses habían desarrollado ya la noción de «civil service» para designar al conjunto de sus funcionarios públicos y de su régimen; era cómoda y en la lengua francesa se ha querido tener una noción un poco análoga".²

Posteriormente, la noción de la cual nos ocupamos se hubo de difundir, como lo advierte el autor antes citado, con bastante amplitud por el mundo y en muchos países son empleados en la actualidad estos términos de "función pública", sea en francés, sea mediante traducción literal, para designar al conjunto de personas que prestan sus servicios al Estado. Pero también hay que reconocer que son muchos los países en los cuales la nombrada expresión no es utilizada y en su lugar se habla de "personal de los

2. Gazier, François: *La fonction publique dans le monde*. Paris. Editions Cujas, 1972, p. 13.

servicios públicos" y de "administración de personal".³ Sin embargo, a pesar de la circunstancia últimamente anotada, no resulta nada difícil admitir que sea que se hable de "función pública", de "administración de personal", "servicio civil" o de "carrera administrativa" sustancialmente se tiende a aludir con tales expresiones a la misma idea, a enunciar la misma cosa, esto es, no se pretende con ellas referirse simple y llanamente al complejo de funcionarios, sino por el contrario ir más allá de eso y comprender también a todo cuanto tenga alguna relación con la gestión, la organización y la reglamentación del personal al servicio de las diversas administraciones públicas.

La importancia de la función pública se halla en completo auge en el mundo actual. Esa es una realidad incontestable. Su crecimiento obviamente está en relación directa con el incremento de los cometidos estatales. Las profundas transformaciones políticas, sociales y económicas que se han operado y continúan operándose en todos los países del mundo contemporáneo no han hecho otra cosa que determinar la asunción, por parte del Estado, de tareas cada vez más numerosas, diversas y complicadas, cuyo ejercicio hace algunos siglos estaba fuera de su radio de acción. En efecto, como lo señala Allan-Randolph Brewer-Carías, no olvidemos que "la característica fundamental del proceso de transformación de la estructura económica del Estado de Derecho ha sido la progresiva intervención del mismo en la vida económica y social, lo que ha producido el cambio de un Estado Abstencionista Liberal-Burgués de Derecho a un Estado Intervencionista Democrático y Social de Derecho, es decir, de un Estado inactivo y pasivo, a un Estado activo, con un papel definido de conformación y de configuración de la realidad económica y social".⁴ El crecimiento de las tareas que han de ser cumplidas por el Estado se ha reflejado, naturalmente, en el número de los funcionarios, el cual ha experimentado una innegable expansión. Además, la exigencia de la eficacia administrativa ha determinado la necesidad de un adecuado sistema de carrera, necesidad ésta que prácticamente se ha hecho sentir a nivel universal, atrayendo sobre sí la más diversa preocupación del constituyente y del legislador desde los comienzos mismos del presente siglo.

3. *Ibidem*.

4. Brewer-Carías, Allan-Randolph: *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*. Madrid. Editorial Tecnos, 1975, pp. 595-596.

II. LA PREOCUPACION SOBRE EL ARGUMENTO EN VENEZUELA

A nivel constitucional, el interés originario por regular tan importante materia aflora con fuerza prácticamente en la Constitución Nacional promulgada el 5 de julio de 1947. En efecto, en dicho texto constitucional se insertó una norma, la contenida en el artículo 90, cuyo texto era el siguiente: "El Estado dictará un estatuto que rijan sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro". El artículo en referencia formaba parte del Capítulo II, denominado "Del Poder Público y su ejercicio", el cual pertenecía al Título IV, intitulado "De la Soberanía y del Poder Público", de la citada Constitución.

Posteriormente, en la Constitución promulgada el 15 de abril de 1953, la norma a la cual nos referimos desaparece. Y es en la Carta Magna que nos rige desde el 23 de enero de 1961 cuando tan importantísimo precedente vuelve a aparecer, habiendo sido acogido expresamente en el artículo 122, que textualmente dice así: "La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social". En el decurso de las primeras décadas del presente siglo, se había venido dejando sentir como una necesidad inaplazable, el que hubiese un mandato del constituyente al legislador ordinario con referencia a la llamada carrera administrativa, ya que la historia político-constitucional de nuestro país estaba signada, desde la misma centuria pasada, con las características propias de lo que ha sido denominado en la doctrina el *spoils system*, tan en boga en los Estados Unidos durante el siglo XIX, y el cual consistía, como es bien sabido, en la repartición de los diversos cargos de la administración pública, a título de recompensa, entre los adeptos del grupo político ganador. En este orden de ideas, podemos perfectamente desarrollar la idea central manejada por Ambrosio Oropeza, según la cual las circunstancias de hecho que debieron haber privado en el ánimo del constituyente para adoptar semejante preocupación atendían fundamentalmente a la imposibilidad de que existiera en nuestro país una administración pública suficiente y capaz si la provisión de cargos públicos continuaba obedeciendo a la sola voluntad y capricho de

los funcionarios de superior jerarquía, investidos de la necesaria autoridad para efectuar las respectivas designaciones, en lugar de estar sujeta a ciertas y determinadas reglas.⁵ Desgraciadamente, como habremos de ver más adelante, hubo que esperar el transcurso de casi diez años para que ese mandato del constituyente fuese cumplido por el legislador ordinario.

Aparte de la perspectiva constitucional, interesa destacar como un esfuerzo serio en regular la materia el que hubo de concretarse con la elaboración del Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional. El instrumento normativo en referencia fue emanado mediante Decreto del Presidente de la República número 394, de fecha 14 de noviembre de 1960, en base a la facultad que a aquél le confería el numeral 10 del artículo 108 y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 61, 99 y 100 de la Constitución Nacional de 1953, que era la que se consideraba en vigencia para ese momento. El numeral 10 del susodicho artículo 108 señala como atribución del jefe del Estado "nombrar y remover los Gobernadores de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios Federales, y los empleados nacionales cuya designación no esté atribuida por esta Constitución a otros funcionarios u organismos públicos". Por su parte, el artículo 61 otorgaba al Gobierno Nacional la facultad de construir obras y establecer los servicios que considerase necesarios para la administración nacional. El artículo 99 se concretaba a disponer que todo lo referente al Gobierno y a la Administración Nacionales que no estuviese atribuida por la propia Constitución a otra autoridad sería de la competencia del Poder Ejecutivo Nacional. Y finalmente el artículo 100 expresaba que este último sería ejercido por el Presidente de la República.

El instrumento normativo antes mencionado respondía, por sus características, al tipo de reglamento que en la doctrina se conoce con el nombre de *reglamento autónomo o independiente*, ya que tenía por objeto regular materias que para ese momento no estaban regidas por ley alguna, con lo cual, por una parte, venía evidentemente a llenar un vacío legislativo, y por otra, había sido dictado en ejercicio de poderes francamente discrecionales otorgados al jefe del Estado por la propia Constitución. En los considerandos de dicho decreto reglamentario se hizo resaltar, ante

5. Oropeza, Ambrosio: *La nueva Constitución venezolana*, 1961. 2ª edición. Caracas, Italgráfica S.R.L., 1971, p. 372.

todo, la necesidad que había de organizar debidamente el sistema de personal de la Administración Pública hasta tanto se dictasen normas sobre la Carrera Administrativa. Además, se hizo ver la necesidad que había de la existencia de normas y servicios especializados que pudieran asesorar al Gobierno Nacional en la ejecución de los programas que se llegaren a proyectar, todo ello en aras de una mejor organización y racionalización de los sistemas de personal.

Entre los aspectos más relevantes que podemos destacar del Reglamento en mención se encuentran los siguientes: 1) El artículo 1º no hizo más que evidenciar la intención del Poder Ejecutivo de establecer límites a las atribuciones de nombramiento y remoción de sus propios empleados, que hasta entonces, por virtud de lo dispuesto en numeral 10 del artículo 108 de la Constitución de 1953, podía ejercer con amplísimo margen de libertad, cuando llegó a establecer que el Presidente de la República ejercería la facultad constitucional de nombrar y remover a los empleados nacionales, en la forma prevista en dicho Reglamento. 2) El artículo 2º, por su parte, se encargaba de decir quiénes serían los destinatarios de las normas contenidas en el Reglamento que ocupa actualmente nuestra atención, al disponer que con excepción del personal obrero al cual fuesen aplicables las normas de la Ley del Trabajo y sus Reglamentos, o que estuviesen sometidos a la legislación especial a que se refiere el artículo 6 de la Ley del Trabajo y de aquellos funcionarios cuyas actividades se hubieren de regir por leyes especiales, todas las personas que prestasen servicios a tiempo completo o parcial tanto en las dependencias del Gobierno Nacional como en los Institutos Nacionales Autónomos, estarían sometidas a las normas reglamentarias del indicado Decreto.

Los dos artículos arriba mencionados constituían el Capítulo I intitulado "Disposiciones generales". Seguidamente, el Capítulo II se encargaba de regular todo lo concerniente a la organización de la función de personal. Este Capítulo estaba formado por los artículos 3º, 4º, 5º y 6º. De éstos, nos interesa destacar solamente los dos primeros. El artículo 3º hacía énfasis en cuáles habrían de ser los criterios rectores que inspirasen el desenvolvimiento del sistema de administración de personal en todos los organismos de la Administración Central y de los Institutos Autónomos. En efecto, establecía dicho artículo que la función personal sería desarrollada en las dependencias públicas en mención mediante

adecuada programación de las siguientes actividades: 1) Reclutamiento, selección, nombramiento y contratación de personal atendiendo al sistema de méritos. 2) Clasificación y remuneración de los diversos cargos en forma objetiva, atendiendo para ello a los deberes, responsabilidades y requisitos de los mismos. 3) Calificación periódica de la conducta, competencia y rendimiento de los empleados. 4) Capacitación del personal por medio de la orientación y adiestramientos con el fin de mejorar sus conocimientos, aptitudes y habilidades. 5) Ascensos, aumentos de sueldos y otros incentivos dirigidos a elevar la moral de los empleados en servicio. 6) Régimen de disciplina claro y equitativo para regular la conducta y los servicios de los empleados. 7) Cumplimiento de efectivas relaciones humanas, servicios y prestaciones sociales tendientes al mantenimiento del empleado en buenas condiciones de seguridad y salud y a la creación en él de un sentimiento de satisfacción por su trabajo. 8) Mantenimiento de registros, controles y archivos de todo el personal en servicio. Por su parte, el artículo 4º confiaba a la responsabilidad de los Ministros y Presidentes o Directores de los Institutos Autónomos el desarrollo de la función de personal en sus respectivas dependencias, de conformidad con los procedimientos y sistemas pautados al efecto por la Comisión de Administración Pública, a la cual se le asignaba el carácter de organismo central para orientar y coordinar el desarrollo de la nombrada función en el Gobierno Nacional a los efectos del Reglamento que estamos examinando y hasta tanto se aprobase la Ley de Carrera Administrativa.

El Capítulo III, denominado "Sistema de Administración de Personal", contenía fundamentalmente normas encaminadas a regular la selección de los empleados, la cobertura de vacantes, los nombramientos, el período de prueba, la calificación de eficiencia, el adiestramiento, la estabilidad y la responsabilidad disciplinaria de aquéllos, la clasificación de cargos y el sistema de remuneración.

Resulta interesante subrayar, por lo que al régimen de selección concierne, que el artículo 8º en primer término, hacía expresa exclusión de las normas y procedimientos previstos en el artículo 3º del Decreto y, por consiguiente, declaraba de libre escogencia y nombramiento de la autoridad competente a los siguientes empleados: los Directores Generales, los Directores, los Consultores Jurídicos, los Jefes de Personal, los Secretarios Privados y empleados de confianza de las autoridades respectivas y aquellos

otros empleados que al efecto determinase el Presidente de la República mediante Resolución Especial; en segundo término, la norma en mención indicaba los criterios a seguirse para seleccionar al resto de los empleados, los cuales deberían tener por base los méritos de éstos, cuya apreciación se haría por medio de exámenes o evaluaciones orales o escritas, o la combinación de ambos, a fin de determinar la idoneidad y habilidad para desempeñar el puesto optado. Determinaba asimismo la norma que la evaluación podría consistir en la calificación de la preparación académica, adiestramiento, especialización, experiencia y habilidades del aspirante, habida cuenta de su aptitud, conducta y sus condiciones físicas.

La norma contenida en el artículo 8º era complementada por la del artículo 9º, ya que esta última se dirigía a establecer, si bien en forma por demás deficiente, el principio de la publicidad de las convocatorias a las pruebas. En efecto, decía el artículo 9º textualmente lo siguiente: "La División de Personal utilizará los medios de comunicación más adecuados para atraer los mejores candidatos. Las convocatorias a concursos o exámenes deberán contener información suficiente sobre el título, deberes, sueldo, requisitos y el lugar donde se ejerce el cargo".

En materia de cobertura de vacantes, el artículo 10 señalaba que al producirse una vacante, el Director o Jefe de la División, Departamento o Sección respectiva, procedería a participar lo conducente a la Dirección de Personal, y aquella sería cubierta con uno de los aspirantes elegibles de una terna certificada por el Jefe de Personal, atendiendo para ello al siguiente orden de prioridades: 1) Empleados con servicio satisfactorio y que mediante causa justificada hubieren solicitado ser ascendidos o trasladados. 2) Empleados elegibles del Registro de ascensos. 3) Ex empleados elegibles de los Registros de reingreso. 4) Nuevos aspirantes de los Registros de reingresos. Disponía finalmente el artículo en referencia que ningún candidato podría ser incluido más de tres veces en las listas de elegibles para un mismo cargo en una misma Sección.

En lo concerniente al régimen de los nombramientos de los funcionarios, el artículo 11, por una parte, atribuía, en principio, por vía de delegación hecha por el Jefe del Estado, la competencia para designar al personal de los Ministerios e Institutos Autónomos al respectivo Ministro o Presidente, quien, sin embargo, podría utilizar al Director General o a otro Director para que firmase

los nombramientos. Por otra parte, la norma en mención establecía la clasificación de los nombramientos en regulares, supernumerarios y a tiempo parcial o convencional. Decía, a este respecto, lo siguiente: "Son regulares, los nombramientos realizados de acuerdo con este Reglamento para cargos permanentes. Son supernumerarios los nombramientos cuya duración no excederá de un año con cargo a la partida de supernumerarios del presupuesto. Son nombramientos a tiempo parcial aquellos cuyo horario regular de trabajo sea inferior a 36 horas por semana. Ningún empleado a tiempo parcial podrá tener más de dos trabajos de este tipo". Finalmente, disponía que no serían objeto de nuevo nombramiento aquellos empleados regulares que a la terminación del ejercicio fiscal correspondiente se encontrasen ocupando cargos cuya continuidad estuviese prevista en el nuevo presupuesto.

El período de prueba, a tenor del artículo 12 del Reglamento, no podía ser menor de un mes ni mayor de un año. Su fijación era señalada en la fecha misma del acto de nombramiento. Por él tenían que pasar no sólo los que ingresaban a los cuadros de la Administración Central y de los Institutos Autónomos, sino también los que habían sido promovidos mediante el correspondiente ascenso. Si la actuación y el rendimiento del empleado no resultaban satisfactorios, la norma citada dejaba abierta la posibilidad de que éste fuese regresado al cargo anterior, en caso de ascenso, o destituido en caso de ingreso al servicio.

El artículo 13 atribuía a la Comisión de Administración Pública competencia para establecer las normas y los procedimientos necesarios para la calificación semestral o anual de los servidores públicos. Además, él preceptuaba la evaluación del rendimiento y la conducta de los empleados por parte de sus superiores inmediatos y le reconocía a aquéllos el derecho a conocer tal evaluación y a solicitar su reconsideración cuando estimasen que la misma no era correcta.

En materia de estabilidad, el artículo 15 le reconocía a todo empleado regular, cuyo ingreso al servicio se hubiese producido mediante el cumplimiento del proceso de selección previsto en el artículo 8º y, además, hubiere cumplido con lealtad, honestidad y eficacia los deberes inherentes a su cargo, el derecho a permanecer en el servicio, de modo que solamente podría ser separado de éste por los siguientes motivos: 1) Reducción de personal debido a carencia de fondos, falta de trabajo, o cambios introducidos

en la organización administrativa. 2) Arribo a la jubilación de acuerdo con el Régimen de Seguridad Social que al efecto se estableciese. 3) Cumplimiento del límite de edad fijado para el servicio, el cual era de 65 años para los empleados y de 60 para las empleadas. 4) Destitución por las causales señaladas en el propio Reglamento. Este, por su parte, señalaba en el artículo 17 de un modo taxativo cuáles eran esas causales: 1ª Falta de probidad, vías de hecho, injurias, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o lesiva al buen nombre o a los intereses de la dependencia gubernamental respectiva. 2ª Falta del respeto debido a sus superiores, subalternos o compañeros de trabajo. 3ª Falta del respeto y atención debidos al público. 4ª Perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave a los bienes de la Nación o sus dependencias. 5ª Revelación de asuntos reservados o confidenciales de la dependencia gubernamental respectiva. 6ª Incompetencia manifiesta en el ejercicio de los deberes del cargo. 7ª Inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes. 8ª Abandono del trabajo. 9ª Condena penal que impida al empleado ejercer el cargo.

Naturalmente, la circunstancia de haber hecho las consideraciones precedentes nos obliga a recordar, aunque sea en forma por demás sumaria, por una parte, que determinados aspectos y situaciones jurídicas de los funcionarios públicos eran ya objeto de regulación por normas dispersas, entre las cuales nos limitamos a destacar apenas las siguientes: la Ley sobre Responsabilidad de Empleados Públicos, promulgada el 7 de junio de 1912 (*Gaceta Oficial* N° 11.637, de fecha 11 del mismo mes y año); la Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, de fecha 18 de octubre de 1948 (*Gaceta Oficial*, Extraordinaria N° 211, de igual fecha), reformada posteriormente, mediante Decreto Ley de *facto* N° 116, de fecha 31 de marzo de 1958 y por la Ley promulgada el 31 de marzo de 1964 (contenida esta última en la *Gaceta Oficial*, Extraordinaria N° 902, del 31 del mismo mes y año); la Ley de Juramento, del 30 de agosto de 1945 (*Gaceta Oficial* N° 21.799, de igual fecha) y la Ley de Pensiones, del 13 de julio de 1928.⁶ Por otra parte, también durante esta etapa

6. Para un estudio más pormenorizado sobre el particular, véanse: Rondón de Sansó, Hildegard: *El sistema contencioso-administrativo de la carrera administrativa*. Caracas. Ediciones Magón, 1974, p. 71; Marín Quijada, Enrique: "La delimitación conceptual de la noción de funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa", en *Studia Iuridica*, N° 3. Caracas, UCV, 1973, p. 78, nota 5.

es posible hallar una serie de estatutos destinados a regular la situación jurídica de determinadas categorías de funcionarios públicos, pero los mismos revisten carácter eminentemente excepcional. Entre éstos son dignos de mención los que a continuación se expresan: la Ley de Educación, de fecha 25 de julio de 1955 (*Gaceta Oficial* N° 24.814, de fecha 5 de agosto de 1955); la Ley Orgánica del Servicio Consular, del 28 de octubre de 1936 (*Gaceta Oficial* N° 19.644, de fecha 12 de agosto de 1938); la Ley del Personal del Servicio Exterior, del 2 de enero de 1962 (*Gaceta Oficial* N° 26.743, de fecha 3 del mismo mes y año), la cual vino a derogar, entre otros, al Decreto N° 256, del 27 de abril de 1946, de la Junta Revolucionaria de Gobierno, contentivo del "Estatuto del Personal del Servicio Exterior de los Estados Unidos de Venezuela", al Decreto N° 117, del 31 de marzo de 1958, de la Junta de Gobierno de entonces, que modificaba el artículo 10 del Estatuto citado y a la Ley del Personal del Servicio Exterior, del 10 de febrero de 1961; y el Decreto N° 48, de fecha 20 de febrero de 1958, dictado por la Junta de Gobierno, por el cual se creó el Cuerpo Técnico de Policía Judicial (*Gaceta Oficial* N° 25.591) y que estuvo vigente hasta hace muy poco, habiendo sido derogado expresamente por la novísima Ley de Policía Judicial, promulgada el 8 de julio de 1975 (*Gaceta Oficial* N° 30.739, del día 10 del mismo mes y año). Al aludido Decreto N° 48 hubo de seguir, diez años después, el Reglamento de administración de personal del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, dictado el 29 de julio de 1968 (*Gaceta Oficial* N° 28.688).

Ahora bien, las normas a las cuales hemos hecho mención con anterioridad (el artículo 90 de la Constitución de 1947, el artículo 122 de la vigente Carta Magna y el Decreto N° 394, del 14 de noviembre de 1960, contentivo del Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional), aun cuando abonaron el terreno para el advenimiento de la Ley de Carrera Administrativa no fueron, sin embargo, los únicos antecedentes fundamentales de ésta. En efecto, sobre el particular nos sentimos inclinados a convenir con Hildegard Rondón de Sansó que tales normas se presentan ni más ni menos incorporadas a un movimiento de mayor trascendencia en nuestro país como lo es, sin lugar a dudas, el de la reforma administrativa, en base a lo

cual no puede analizarse el proceso de formación de la nombrada Ley, sino paralelamente al de dicha reforma.⁷

En este orden de ideas tenemos, pues, que convenir igualmente con dicha autora que la reforma administrativa en Venezuela se plasma en el año de 1958 con la creación de dos organismos condicionantes de la acción de la Administración Pública: la Oficina Central de Coordinación y Planificación, destinada a ser un órgano de planificación económica y social, y la Comisión de Administración Pública, como órgano asesor del Poder Ejecutivo para "estudiar la organización, los métodos y procedimientos de nuestra Administración Pública".⁸ El nacimiento de la primera se debió al Decreto N° 492, de fecha 30 de diciembre de 1958 (*Gaceta Oficial* N° 25.850, de igual fecha) y el de la segunda, al Decreto N° 287, del 27 de julio de 1958 (*Gaceta Oficial* N° 23.094, de la misma fecha). En este último Decreto se llegó a afirmar la necesidad de preparar las condiciones indispensables a fin de que el funcionario público, al cual se califica como "elemento esencial de la Administración Pública", pudiese prestar con toda eficiencia sus servicios al Estado y al público y se le confió a la Comisión de Administración Pública la tarea de estudiar las condiciones del funcionario, con el propósito de formular propuestas de reforma de aquélla. Años más tarde, mediante Decreto N° 28, de fecha 9 de abril de 1969, se procedió a adscribir la Comisión de Administración Pública a la Oficina Central de Coordinación y Planificación.

III. APARICION DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Como bien observa Enrique Marín Quijada, "desde 1959 se inició el largo proceso de elaboración y formación de la Ley de Carrera Administrativa, que no había de culminar sino once años después".⁹ A grandes rasgos, los hechos más resaltantes que precedieron la sanción de tan importante Ley fueron los siguientes: 1° En el mes de febrero de 1960, la Comisión de Administración Pública introdujo un Proyecto de Ley de Carrera Administrativa ante la Cámara de Diputados, cuya discusión fue diferida por ésta, el 16 de marzo del mismo año, por un lapso de treinta días, los cuales, al decir de Marín Quijada, realmente se prolongaron

7. Rondón de Sansó, Hildegard: *op. cit.*, p. 72.

8. *Ibidem*, p. 73.

9. Marín Quijada, Enrique: *op. cit.*, p. 80, nota 11.

hasta el 3 de diciembre de 1965, cuando en base a un informe presentado por la Comisión de Asuntos Sociales, que a su vez recogía algunos aspectos de un anteproyecto producido por la Confederación de Trabajadores de Venezuela ante dicha Comisión, se dio comienzo a la primera discusión, la cual habría de concluir el 10 de ese mismo mes.¹⁰ El autor antes citado advierte que la Cámara discutió un proyecto elaborado por la Comisión de Asuntos Sociales y no exactamente el que el Ejecutivo había introducido.¹¹ 2º El 13 de julio de 1967, la Cámara de Diputados recibió el primer informe de la Comisión antedicha para la segunda discusión, la cual hubo de producirse el 29 de mayo de 1968 con base en aquél; en esta segunda discusión, resultaron aprobados los tres primeros artículos. 3º El 17 de noviembre de 1969, la Cámara de Diputados recibió un segundo informe para la segunda discusión. 4º El 27 de mayo de 1970 la Cámara decide levantar la sanción al acuerdo de continuar la discusión, por haber presentado la Comisión de Asuntos Sociales un tercer informe junto con un nuevo proyecto, lo que determinaba, conforme a los reglamentos que rigen la materia, la necesidad de iniciar nuevamente el procedimiento. 5º En los primeros días de junio de 1970, se lleva a efecto la primera discusión del nuevo proyecto que ha de regular la materia concerniente a los funcionarios públicos; entre el 7 y el 8 de julio del mismo año, se efectuó la segunda discusión y el proyecto resulta aprobado. 6º Entre el 15 y 16 de julio de 1970 y el 29 del mismo mes y año, el proyecto es aprobado en el Senado.

Finalmente, el proyecto es sancionado como Ley el 25 de agosto de 1970 y promulgado el 3 de septiembre del mismo año (*Gaceta Oficial*, Extraordinaria N° 1.328, del 4-9-70). Esta Ley fue reformada parcialmente mediante Decreto-Ley delegado del 13 de mayo de 1975, N° 911. (*Gaceta Oficial*, Extraordinaria N° 1.745, del 23-5-75).

Como bien observa Hildegard Rondón de Sansó, "la exposición de motivos de la Ley de Carrera Administrativa es sumamente escueta. En ella se señalan como objetivos fundamentales de la ley los siguientes: 1) El establecimiento de normas uniformes que eviten las discriminaciones; 2) La elevación de la moral del empleado; 3) La selección de personal para eliminar la política

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

viciosa de crear cargos para personas; 4) El establecimiento de los ascensos; 5) El sistema de evaluación y clasificación; 6) La estabilidad en el servicio; 7) El régimen disciplinario; 8) El establecimiento de un sistema de control jurisdiccional «mediante la creación de un Tribunal Especial» con un procedimiento expedito”.¹²

IV. EL CONTENIDO BASICO DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Aun cuando la denominación de la Ley pudiera sugerir que su contenido se limita a establecer y regular única y exclusivamente la carrera de los funcionarios públicos, ello sin embargo, no es así, ya que su ámbito de aplicación comprende en realidad tres grandes e importantísimas instituciones concernientes a la Administración y a sus funcionarios, a saber: la gestión de la función pública y el establecimiento de un régimen de administración de personal, el cual está conformado, naturalmente, por un estudio de las formas, sistemas, procedimientos y estructuras administrativas más adecuadas y convenientes a los fines de obtener el mejor aprovechamiento de los recursos humanos para hacer óptimo el ejercicio de la función administrativa; el establecimiento del estatuto del funcionario público, que comprende el régimen de los deberes, incompatibilidades y derechos de los funcionarios públicos en sus relaciones de servicio con la Administración Pública Nacional; y finalmente, el establecimiento del llamado sistema del contencioso-administrativo, integrado por las normas reguladoras de la jurisdicción, del procedimiento y de los recursos que en esa vía son necesarios para garantizar la observancia y el cumplimiento cabal de los derechos que la Ley que ocupa nuestra atención les confiere a los servidores de la Administración.

En el primer aspecto tenemos necesariamente que compartir la observación de Brewer-Carías de que la Ley no hace otra cosa que culminar un largo proceso de implantación de un sistema racional de administración de personal, amén de conferirle carácter formal al mismo, ya que para el momento en que ella es dictada el sistema de administración de personal venía funcionando a través de la práctica y la costumbre administrativa. Prueba de esta afirmación está en el hecho de que la aplicación del sistema de clasificación de cargos que se hacían y la vigencia del Manual de Clases de Cargos dentro de la propia Administración nunca se

12. Rondón de Sansó, Hildegard: *op. cit.*, pp. 74-75.

debieron a la emisión de un acto formal del Estado en tal sentido; sencillamente fueron adoptados por la costumbre y parcialmente por el control que se ejerció, tanto en la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, como en la propia Comisión de Administración Pública.¹³ Igualmente cabe afirmar que el sistema de remuneración y las escalas de sueldos que regían en la Administración eran aplicados por la costumbre y la práctica administrativa, por exigencias del organismo de control que funcionaba en la misma Comisión o por la Dirección antes indicada, pero no porque hubiera ningún acto que le diera formal vigencia.¹⁴ En cambio, ahora la situación ha cambiado, ya que la Ley de Carrera Administrativa exige que tanto el sistema de clasificación de cargos, como el sistema de remuneraciones sean aprobados mediante Decreto emanado del Jefe de Estado. En efecto, el artículo 40 de la citada Ley, después de decir qué es lo que ha de comprenderse en el sistema nombrado en primer término, establece en su parágrafo único que "las denominaciones de clases de cargos, así como su ordenación, y la indicación de aquellos que sean de carrera, serán aprobados por el Presidente de la República mediante Decreto" . . . Por su parte, el artículo 43 *ejusdem* se ocupa de determinar que "el sistema de remuneraciones que deberá aprobar mediante Decreto el Presidente de la República, establecerá además las normas para la fijación, administración y pago de sueldos iniciales; aumentos por servicio eficiente y antigüedad dentro de la escala, y normas para ascender, trabajo a tiempo parcial, eventual" . . .

En su esfuerzo de consolidar y racionalizar el sistema de administración de personal, la Ley llega a crear la Oficina Central de Personal, la cual absorbe todas las funciones que en la materia venía hasta entonces desarrollando la Oficina del mismo nombre dentro de la Comisión de Administración Pública. Efectivamente, el artículo 8, al pronunciarse sobre la creación de la expresada Oficina, la hace depender del Presidente de la República y la pone a cargo de un Director Ejecutivo, de libre remoción y nombramiento de éste. Además, ella ha de tener un Directorio integrado por el Director Ejecutivo, quien la preside; un Director y un suplente, elegido por las Cámaras Legislativas Nacionales, en sesión con-

13. Brewer-Carías, Allan-Randolph: *El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa*. Caracas. Comisión de Administración Pública, 1971, p. 4.

14. *Ibidem*.

junta; un Director y su suplente escogido por el Presidente de la República de una terna que debe serle presentada por la Confederación de Trabajadores de Venezuela o, en su defecto, por la Central Sindical Nacional que afilie a la mayoría de los trabajadores organizados del país, en consulta con la Unión Nacional de Empleados Públicos o, en su defecto, con la organización sindical que agrupe a la mayoría de los empleados públicos.

La Oficina Central de Personal tiene fijada por la Ley una extensa gama de atribuciones. Entre las más importantes podemos señalar las siguientes: elaborar y organizar el sistema de administración de personal y supervisar su aplicación y desarrollo. Para la consecución de esta finalidad, ella se ha de ocupar de elaborar las normas y procedimientos atinentes a clasificación de cargos, remuneración, reclutamiento, selección y evaluación de servicios, ascensos, traslados, licencias, permisos, régimen de sanciones, registros de personal y de elegibles. Asimismo, a ella le corresponde asesorar y prestar la asistencia técnica necesaria a todos los organismos a cuyos funcionarios haya de aplicarse la Ley de Carrera Administrativa, en la organización del sistema de administración de personal, así como a los otros poderes públicos, cuando esa colaboración le sea solicitada; evacuar las consultas que le formulen los diversos organismos públicos en relación con la materia ya nombrada y la aplicación de la Ley que ocupa nuestra atención y sus Reglamentos; requerir de los diversos organismos que componen la Administración Pública Nacional las informaciones que en materia de administración de personal pueda necesitar para el mejor desempeño de sus atribuciones; vigilar porque la creación de los cargos de carrera responda a necesidades reales de los servicios, para lo cual deberá establecer los mecanismos de coordinación que sean necesarios con las correspondientes oficinas de organización; crear, dirigir y coordinar el sistema nacional de adiestramiento de funcionarios públicos; etc. (art. 10).

Por otra parte, la Ley prevé la existencia de una Oficina de Personal en cada uno de los organismos de la Administración Pública cuyos funcionarios estén sometidos a las disposiciones de la misma, la cual ha de ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal en el ámbito de aquél. Esa Oficina debe, por imperativo legal, estar forzosamente confiada a la responsabilidad de un funcionario de carrera (art. 12). El artículo 13 se encarga de enumerar las atribuciones y deberes de esas Oficinas

de Personal, entre los cuales podemos destacar por su importancia los siguientes: dirigir en el seno del organismo respectivo la aplicación y mejora de las normas y de los procedimientos que en materia de administración de personal señale la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos; realizar los cursos de adiestramiento que, a tenor del artículo 48, pueden proponer a la Oficina Central de Personal, con vista de los servicios y funciones que le son propios al correspondiente organismo; efectuar en el organismo respectivo, los exámenes que se estimen necesarios para la incorporación a la carrera administrativa o para ascender dentro de la misma, en la forma que al efecto se determine en el Reglamento; proponer ante la máxima autoridad administrativa del organismo respectivo, los nombramientos de ingreso o de ascenso, retiros y demás movimientos de personal; cuidar de que se elaboren debidamente los expedientes en casos de hechos que dieren lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias contempladas en la Ley de Carrera Administrativa; enviar periódicamente a la Oficina Central de Personal una relación detallada de los movimientos de personal, así como todas las informaciones que ésta pueda solicitarles en materia de administración de personal en el ámbito del organismo respectivo; actuar como órgano regular entre este último y la Oficina Central de Personal, etc. . .

V. CONSIDERACIONES FINALES

1º *Quiénes son los destinatarios de las normas contenidas en la Ley de Carrera Administrativa.* Como es bien sabido, el viejo problema de la distinción funcionario público y empleado público, que en algunos países (concretamente podemos señalar como un ejemplo de éstos a Italia) ha encontrado una satisfactoria solución, no ha tenido la misma suerte en Venezuela. En efecto, la doctrina italiana atribuye caracteres muy precisos a uno y otro concepto. Los funcionarios públicos son, según el decir de Francesco D'Alessio, las personas que en razón o por causa del oficio público al cual están adscritas son llamadas a formar la voluntad del ente público, a ejercer su representación,¹⁵ o como también expresa Zanobini, son todos aquellos que al servicio de un ente público forman o contribuyen a formar la voluntad del mismo, o de llevarla a ejecución o, finalmente, forman, manifiestan o ejecutan un juicio o acto inte-

15. D'Alessio, Francesco: *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª edizione, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1943, vol. I, p. 223.

lectivo de competencia del ente.¹⁶ En cambio, por empleado público debe entenderse, según el autor últimamente citado, todo individuo que se pone al servicio de un ente público, en forma voluntaria y permanente, con el propósito de hacer de la prestación del servicio su profesión, o sea, la actividad principal de su vida y la principal fuente de sus medios de subsistencia.¹⁷

En nuestro país, por el contrario, es posible apreciar una gran falta de precisión en el uso de ambas expresiones. La falla anotada se advierte fundamentalmente en el derecho positivo, donde unas veces dichos términos se emplean de un modo que pareciera revelar la intención de utilizarlos con sentido equivalente y otras veces se emplean en forma que pareciera indicar que se trata de dos categorías diversas de servidores públicos. Como ejemplos de la primera afirmación, basta citar el aparte final del artículo 143 de la Constitución Nacional y el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Como ejemplos de la segunda, los artículos 23 (ordinal 2º), 46 y 190 (ordinal 18) de la Constitución Nacional y artículo 15 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

A nuestro juicio, el legislador, al ocuparse de regular la carrera administrativa, estuvo plenamente consciente de esa realidad que arriba describimos. Y precisamente para asegurarse el logro de la finalidad trazada en el artículo 1º de la Ley que disciplina dicha materia, que no es otra que la de regular "los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal que permita estructurar técnicamente y sobre la base de méritos, todas las normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, con exclusión de toda discriminación fundada en motivos de carácter político, social y religioso, o de cualquier otra índole, a los efectos de la presente Ley, las expresiones funcionario público, empleado y servidor público, tendrán un mismo y único significado". Esto indica, por otra parte, que la distinción de la cual hacemos mención, a los efectos, pues, de la Ley de Carrera Administrativa, no tiene vigencia ni importancia alguna, ya que como ha tenido ocasión de sostener Brewer-Carías, "el estatuto

16. Zanobini, Guido: *Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958, vol. III, p. 246.

17. Zanobini, Guido: *op cit.*, vol. III, pp. 260-261.

del funcionario que la Ley establece se aplica por igual al más alto funcionario público, como un Ministro, hasta al más humilde de los servidores públicos: los deberes y derechos son comunes tanto a unos como a otros...".¹⁸ Naturalmente, que en esta última afirmación hay que dejar a salvo ciertos derechos que como veremos más adelante, sólo pueden corresponder a los funcionarios de carrera.

Además, la Ley se aplica a todos los empleados, funcionarios o servidores públicos que están vinculados mediante una relación jurídica de servicio con la Administración Pública Nacional, entendiéndose por ésta al complejo de órganos y organismos que forman parte del Poder Ejecutivo Nacional, no sólo centrales (como sería el caso de los diversos organismos dependientes de la Presidencia de la República y los Ministerios), sino también descentralizados (por ejemplo, los Institutos Autónomos).

Sin embargo, para una mayor puntualización resulta conveniente observar que la Ley, en forma expresa, excluye a diversas categorías de funcionarios públicos del ámbito de aplicación de sus propias normas. En tal sentido, dispone el artículo 5º que quedan exceptuados de ser regulados por la Ley de Carrera Administrativa: "1º Los funcionarios al servicio del Poder Legislativo Nacional; 2º Los funcionarios del servicio exterior amparados por la Ley de Personal del Servicio Exterior y la Ley Orgánica del Servicio Consular; 3º Los funcionarios del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Supremo Electoral; 4º Los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en su condición de tales y de los cuerpos de seguridad del Estado; 5º Los miembros del personal directivo, académico, docente y de investigación de las universidades nacionales". Finalmente, la Ley coloca una sexta categoría que no está constituida precisamente por funcionarios públicos, sino por "los obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, contratados por ésta, de acuerdo a la Ley del Trabajo" (art. 5 citado, ordinal 6º).

2º *Quiénes son funcionarios de carrera conforme a la Ley.* A tenor del artículo 2 de la Ley de Carrera Administrativa, los funcionarios públicos pueden ser de carrera o de libre nombramiento y remoción. La determinación de los primeros está dada por el artículo 3 *ejusdem*: vienen a ser aquellos que, en virtud

18. Brewer-Carías, Allan-Randolph: *El estatuto del funcionario... cit.*, p. 9.

de nombramiento, han hecho su ingreso a la carrera administrativa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 y siguientes de la misma Ley. Eso quiere decir, en otros términos, que son funcionarios de carrera quienes, además de cumplir los requisitos exigidos en el artículo 34, como son los de ser venezolano, tener buena conducta, satisfacer los requerimientos mínimos correspondientes al cargo respectivo, no estar sometido a interdicción civil y cumplir las demás condiciones que establezcan la Constitución y las Leyes, han sido objeto de selección para el ingreso a la carrera administrativa mediante el procedimiento del concurso y nombrados por las autoridades competentes para ello, de conformidad con el artículo 36, en concordancia con el artículo 6.

La ley ha querido, pues, que la selección que se haga para el ingreso a la carrera administrativa se efectúe mediante concursos a los cuales deben dárseles la mayor publicidad posible. "Tales concursos —dispone el artículo 35— estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionan directamente con el correspondiente desempeño de los cargos. Los resultados de la evaluación se notificarán a los aspirantes dentro de un lapso no mayor de sesenta (60) días".

Los funcionarios de carrera deben ser nombrados de entre los candidatos cuyos nombres aparezcan inscritos en el registro de elegibles que al efecto ha de llevarse. Para el cumplimiento de esta finalidad, la Oficina Central de Personal, a petición del organismo interesado, debe hacer la correspondiente certificación de candidatos elegibles, la cual estará integrada por los tres nombres de las personas que ocupen los tres primeros lugares del registro, de conformidad con el Reglamento. La Oficina Central de Personal está obligada a expedirles a los funcionarios de carrera nombrados en la forma antedicha un certificado que acredite tal carácter. La Ley prevé el caso de que, no obstante hecha la solicitud por el organismo interesado, no existieren en el momento candidatos elegibles debidamente registrados. En tal supuesto, ella contempla la posibilidad de nombrar a una persona no inscrita en el registro, pero en el nombramiento deberá hacerse constar su carácter provisional. Este nombramiento deberá ser objeto de ratificación o de revocación, según sea el caso, en un plazo no mayor de seis (6)

meses, previo el examen correspondiente. Si este último no fuere satisfactorio, el cargo habrá de ser provisto mediante terna suministrada por la Oficina Central de Personal. Asimismo, la Ley prevé que en casos de extrema urgencia y con la evidente finalidad de evitar interrupciones o deficiencias en la marcha de los servicios públicos, la vacante pueda ser cubierta interinamente por un plazo no mayor de treinta (30) días, mientras se lleva a efecto la tramitación pertinente ante la Oficina Central de Personal (art. 36).

En oposición a los funcionarios de carrera están, como ya se ha dicho, los funcionarios de libre nombramiento y remoción. Estos son, a tenor del artículo 4, los siguientes: "1º Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República,* el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación,** los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales; 2º Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, los Directores Generales, los Directores, Consultores Jurídicos y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales; 3º Los demás funcionarios públicos que ocupan cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros".

Por otra parte, en virtud del Decreto N° 211, de fecha 2 de julio de 1974, han sido declarados de alto nivel y de confianza, a los efectos del ordinal 3º del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, una serie de cargos, entre los cuales podemos mencionar, a título de ejemplo, los siguientes: "A. De alto nivel: 1. Asesores de las máximas autoridades a que se refieren los ordinales 1º y 2º del artículo 4 de la Ley de Carrera Admi-

* Este funcionario tiene ahora carácter de Ministro, por virtud de la Ley Orgánica de la Administración Central, promulgada el 28 de diciembre de 1966 (*Gaceta Oficial Extraordinaria*, N° 1.932, del 28 del mismo mes y año).

** Este funcionario reviste actualmente el carácter de Ministro de Estado, por virtud del Decreto N° 3, de fecha 12 de marzo de 1974 (*Gaceta Oficial* N° 30.350, de igual fecha).

nistrativa. 2. Comisionados y Secretarios Privados de los Ministerios y Presidentes de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional. 3. Secretarios Generales de los Ministerios, organismos autónomos y Gobernaciones de los Territorios Federales. 4. Secretarios Ejecutivos de Fondos, Comités y Comisiones y organismos similares. 5. Adjuntos a Asistentes a los Directores, Gerentes y Consultores Jurídicos. 6. Jefes y Coordinadores de las dependencias de los Ministerios y Organismos Autónomos a nivel regional o subregional"... "B. De confianza: 1. Los cargos cuyas funciones comprenden principalmente actividades de: fiscalización e inspección; avalúo, justipreciación o valoración; otorgamiento de patentes de invención, marcas, licencias y exoneraciones; administración y custodia de especies fiscales y documentos mediante los cuales el Fisco Nacional otorga privilegios o prerrogativas a los contribuyentes; control de extranjeros y fronteras; y tripulación de naves y aeronaves al servicio de las autoridades de cada organismo. 2. Los cargos cuyos titulares ejerzan la jefatura o sean responsables de las unidades de: compras, suministros y almacenamientos; habilitaduría, caja, tesorería, ordenación y control de pagos; relaciones públicas e información, criptografía, informática y reproducción"...

3º *Los dos tipos de régimen previstos en la Ley.* La clasificación de los funcionarios públicos a que se contrae el artículo 2 de la Ley de Carrera Administrativa y que ya hemos tenido ocasión de mencionar en líneas precedentes da lugar, consiguientemente, a dos tipos fundamentales de régimen jurídico. En efecto, por una parte existe el régimen general y común que se aplica a todos los funcionarios que están sometidos a las prescripciones contenidas en la Ley, sin distinción de ningún género. Por lo tanto, dicho régimen, en cuanto constituye la base misma del estatuto del funcionario público en nuestro país, rige por igual tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los funcionarios de carrera. Los aspectos más importantes que se hallan comprendidos en el mismo son, a grandes rasgos, los siguientes: 1º La regulación concerniente a la gestión de la función pública, contenida en los artículos que van del 6 al 16 de la Ley; 2º El régimen atinente a los deberes e incompatibilidades, que consagra la Ley en sus artículos 28, 29, 30, 31, 32 y 33; 3º Por lo que respecta al régimen concerniente a los derechos, naturalmente que hay que admitir la existencia de algunas limitaciones. En este orden

de ideas, cabe afirmar que los derechos, casi en su totalidad, rigen para todos los funcionarios públicos, ya que por fuerza es necesario reconocer que algunos pocos de ellos están reservados única y exclusivamente a los funcionarios de carrera, como son el derecho a la estabilidad, el derecho al ascenso y el derecho a percibir como indemnización al renunciar o ser retirados de sus cargos conforme a lo previsto en el artículo 53 de la Ley, las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía. Por consiguiente, a excepción de estos tres casos ya señalados, todos los demás derechos rigen por igual a todos los funcionarios públicos, sean de una u otra clase. Entre ellos podemos mencionar, a título de ejemplo, el derecho que tiene todo funcionario público al incorporarse al cargo de ser informado por su superior inmediato acerca de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que le incumben (art. 18), el derecho a disfrutar de la vacación anual (art. 20), el derecho a la bonificación de fin de año (art. 21), el derecho a organizarse sindicalmente (art. 23), el derecho a la remuneración (art. 24), etc. 4º La regulación concerniente al sistema de administración de personal, constituida por todas las normas referentes a los ingresos, clasificación de cargos, remuneraciones, calificación de servicios y adiestramiento (artículos que van del 34 al 49 de la Ley).

Por otra parte, existe el régimen especial que se aplica única y exclusivamente a los funcionarios de carrera y el cual está constituido por las tres clases de derechos que arriba mencionamos. El primero de éstos está consagrado en el artículo 17, que textualmente expresa: "Los funcionarios de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por los motivos contemplados en la presente Ley". ¿Y cuáles son esos motivos? Ellos son, precisamente, los enunciados en el artículo 53 *ejusdem*. Según esta disposición, "el retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos: 1º Por renuncia escrita del funcionario debidamente aceptada; 2º Por reducción de personal, aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios, o cambios en la organización administrativa; 3º Por invalidez y por jubilación de conformidad con la Ley; 4º Por estar incurso en causal de destitución". Lo anteriormente expuesto permite deducir que el derecho a la estabilidad,

elemento fundamental de la carrera administrativa, trae aparejado como derecho conexo y consecuencial del mismo, el que le asegura al funcionario de carrera que su retiro del servicio sólo puede deberse a causas específicas, taxativas, legalmente establecidas. Ambos derechos, como expresa Brewer-Carías, están íntimamente unidos, razón por la cual el artículo 17 de la Ley requiere ser interpretado en conexión con el artículo 53 de la misma, en el sentido de que las causas de retiro previstas en este último son consecuencia de una estabilidad que implica el derecho a ser retirado sólo por determinadas causas.¹⁹

El otro derecho reservado a los funcionarios de carrera es obviamente el derecho al ascenso. Dispone en ese sentido la Ley, en su artículo 19, que "cumplidos los requisitos que aquélla establece, los funcionarios antes aludidos tendrán derecho al ascenso". Y añade de seguidas que los ascensos se otorgarán por riguroso orden de méritos de acuerdo con la calificación obtenida en las pruebas correspondientes y que en la selección para los mismos se considerarán como parte integrante del examen la evaluación de la eficiencia del funcionario, así como la realización de los cursos de capacitación o adiestramiento que establezcan los Reglamentos. Este es otro elemento de importancia capital en la carrera administrativa, ya que el derecho a la estabilidad no debe entenderse en un sentido eminentemente estático, esto es, como derecho a permanecer al servicio de la Administración Pública desempeñando siempre el mismo cargo, sino que debe entenderse en un sentido dinámico, que se traduzca en la real y efectiva posibilidad para el funcionario de lograr avanzar, progresar, en su situación jerárquica y esto se alcanza precisamente mediante el ascenso. Asimismo, el párrafo único del artículo 19 antes citado dispone cuál es el orden de prioridades al cual hay que atenerse para la provisión de los cargos de carrera que queden vacantes. Ese orden está determinado así: 1º Con candidatos del registro de elegibles para ascensos del organismo respectivo; 2º Con candidatos del registro de elegibles para ascensos de la Administración Pública Nacional; y 3º Con candidatos del registro de elegibles para ingresos.

Finalmente, el tercer derecho perteneciente a los funcionarios de carrera es el que está consagrado expresamente en el artícu-

19. Brewer-Carías, Allan-Randolph: *El estatuto del funcionario... cit.*, p. 13.

lo 26 de la Ley, que a la letra dice: "Los funcionarios de carrera tendrán derecho a percibir como indemnización al renunciar, o ser retirados de sus cargos conforme a lo previsto en el artículo 53 de la Ley, las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía que contempla la Ley del Trabajo, o las que puedan corresponderles según la Ley especial si esta última les fuera más favorable. Las prestaciones sociales a que hace referencia el presente artículo serán pagadas al funcionario al finalizar la relación de empleo público con cargo a la partida establecida al efecto en el Presupuesto de Gastos del Ministerio de Hacienda. Agotada dicha partida para el pago de las prestaciones no canceladas, deberá seguirse el procedimiento de «Acreencias no Prescritas». La presente Ley deja a salvo los beneficios que en la Administración Pública Nacional correspondan por ley a sus funcionarios. En todo caso el empleado sólo podrá percibir el beneficio que más le favorezca".

Aparte de las consideraciones precedentemente hechas, tenemos que subrayar que dentro de la Ley existen otras normas cuya aplicación les está reservada a los funcionarios de carrera. Entre ellas podemos citar, en vía de ejemplo, las relativas al ingreso a la carrera administrativa (artículos 35, 36 y 37), la tocante al ingreso a esta última (art. 63), las que conciernen a las situaciones administrativas de los funcionarios de carrera y que permiten considerar a éstos en servicio activo cuando desempeñan el cargo correspondiente en el organismo al cual pertenezcan o cuando se les haya conferido una comisión de servicio de carácter temporal en otro cargo de su propio organismo o de otro organismo perteneciente a la Administración Pública Nacional (art. 50), o beneficiarios de permiso especial cuando hayan sido elegidos para cargos de representación popular o designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción (art. 51), o destinatarios de medidas administrativas de traslados (art. 52), o de disponibilidad por reducción de personal (art. 54).

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

LA ACTUACION INTERNACIONAL DE LA REPUBLICA EN LA CONSTITUCION VIGENTE DE VENEZUELA, DE 23 DE ENERO DE 1961

ANDRÉS AGUILAR M.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN (Nos. 1 al 6). I. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER NACIONAL (Nos. 7 al 15). II. COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL (Nos. 16 al 42): A. Tratados Internacionales (Nos. 22 al 38); B. La declaración del estado de emergencia (Nos. 39 al 42). III. COMPETENCIA DEL PODER LEGISLATIVO. TRATADOS INTERNACIONALES (Nos. 43 al 63). IV. COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL (Nos. 64 al 75).

INTRODUCCION

1. El fin de la segunda guerra mundial abre una nueva etapa en las relaciones internacionales. En el período de más de treinta años que ha transcurrido desde entonces se han establecido nuevas bases para la cooperación entre los Estados, mediante la creación y fortalecimiento de organizaciones mundiales y regionales y la celebración de un número cada vez mayor de acuerdos internacionales, bilaterales y multilaterales. Por otra parte, la comunidad internacional se ha hecho más democrática, como consecuencia del acceso a la independencia de numerosos pueblos sujetos hasta hace poco a la dominación colonial o a otras formas de limitación de su soberanía y de las posibilidades que ofrecen las organizaciones mundiales y regionales para el planteamiento de los problemas, intereses y aspiraciones de todos los Estados. Se han creado así condiciones favorables para el establecimiento de un orden internacional más justo, sin el cual no puede haber una paz verdadera.

2. Es evidente, en todo caso, la creciente interdependencia de los pueblos y la conveniencia de establecer y estrechar las relaciones comerciales, culturales y políticas entre las distintas nacio-

nes. Particular mención merecen, a este respecto, los procesos de integración que han tenido amplio desarrollo en Europa y en menor grado en América Latina y han determinado la creación de órganos supranacionales, con facultades más o menos amplias para acelerar estos procesos.

3. Venezuela, que en esta etapa ha logrado un rápido desarrollo y, a partir de 1958, goza de un sistema democrático representativo, juega un papel cada vez más activo en las relaciones internacionales. De aquí el interés que reviste el estudio de las normas constitucionales relativas a la actuación internacional de la República.

4. Desde luego, el objeto principal de este trabajo es el examen de las disposiciones que establecen la competencia de los poderes públicos en esta materia.

5. Sin embargo, antes de iniciar este estudio conviene decir que la Constitución vigente, de 23 de enero de 1961, recoge en su preámbulo, en una síntesis muy bien lograda, los propósitos fundamentales que persigue la República en sus relaciones internacionales:

"Cooperar con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del Continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de política internacional;

"sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos, y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra".

6. Esta orientación fundamental de política internacional tiene su antecedente en la Constitución de 1947, en cuya declaración preliminar se asienta que:

"La Nación venezolana repudia la guerra, la conquista y el abuso de poderío económico como instrumentos de política internacional; reafirma su voluntad de resolver todos sus conflictos y controversias con otros Estados por los medios pacíficos establecidos en los pactos y tratados de que es parte; respalda el principio de autodeterminación de los pueblos, y reconoce el Derecho Internacional como regla adecuada para garantizar los derechos del hombre y de las naciones en los términos y propósitos de la presente Declaración".

Por otra parte, el artículo 104 de esta Constitución (1947), que es el primero de los artículos del Capítulo IV (De las relaciones internacionales), del Título IV (De la Soberanía y del Poder Público), establece que:

"La Nación cooperará en la comunidad internacional para la realización de los fines de seguridad y defensa comunes, conforme a lo previsto en esta Constitución y en los pactos internacionales debidamente aprobados y ratificados".

I. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER NACIONAL

7. Según el artículo 136, ordinal 1º, de la Constitución, la actuación internacional de la República es de la competencia del Poder Nacional. Es de observar, sin embargo, que el artículo siguiente (137) establece que: "El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa". Esta norma no hace excepción alguna, pero no es aplicable, a nuestro juicio, a esta materia, por su naturaleza misma y por las expresas facultades que en la misma Constitución se confieren al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo de la Nación en todo lo que toca a las relaciones internacionales de la República.

8. Sigue en este punto la Constitución vigente una larga e ininterrumpida tradición. En todas nuestras constituciones, unitarias, centro-federales o federales se ha mantenido, en efecto, la competencia exclusiva del Poder Nacional en materia de relaciones internacionales.

9. La primera Constitución de Venezuela, la Constitución Federal de 1811, es muy interesante a este respecto. En la parte preliminar de esta Constitución, en la cual se establecen las bases del Pacto Federativo, se dice lo siguiente:

"Hacer efectiva la mutua garantía y seguridad q. se prestan entre sí los Estados, para conservar su libertad civil, su independencia política y su culto religioso, es la prima y la más sagrada de las facultades de la Confederación, en q. reside exclusivamente la representación nacional. Por ella está encargada de las relaciones extrangeras, de la defensa común y gral. de los Estados confederados, de conservar la paz pública contra las conmociones internas, o los ataques exteriores; de arreglar el comercio exterior, y el de los Estados entre sí: de levantar y mantener Exércitos quando sean necesarios,

para mantener la libertad, integridad e yndependencia de la nación; de construir y equipar baxeles de guerra; *de celebrar y concluir tratados y alianzas con las demás naciones: de declararles la guerra y hacer la paz*: de imponer las contribuciones indispensables para que estos fines u otros convenientes á la seguridad y felicidad común, con plena y absoluta autoridad para establecer las leyes grales. de la unión; juzgar y hacer executar quanto por ellas quede resuelto y determinado" (Subrayado nuestro).¹

10. En las Constituciones de Angostura de 1819, de Cúcuta de 1821 y en las de 1830, 1857 y 1858, en todas las cuales se establece un régimen unitario, por razones obvias, no se atribuye en forma expresa al Poder Nacional la competencia en materia de relaciones internacionales, pero en todas ellas se reparte claramente esta competencia entre los distintos poderes públicos nacionales.

11. En la Constitución de 1864, que consagró el régimen federal, en su artículo 13, que forma parte del Título II (Bases de la Unión), los Estados se obligan, entre otras cosas: 2º "A no enajenar a potencia extranjera parte de su territorio ni a implorar su protección", y 10. "A no agregarse o aliarse a otra nación, ni separarse menoscabando la nacionalidad de Venezuela y su territorio". Además, en esta Constitución se atribuye expresamente competencia a la Legislatura Nacional y al Ejecutivo Nacional en materia de relaciones internacionales y como el artículo 90 dispone que: "Todo lo que no esté expresamente atribuido a la administración general de la Nación en esta Constitución, es de la competencia de los Estados", resulta claramente, por argumento a contrario, que éstos no tenían facultad alguna en esta materia.

12. La Constitución de 1874 no introduce ninguna modificación a este respecto, pero a partir de la Constitución de 1881 se precisa este punto. En efecto, en el artículo 13 de esta Constitución, los Estados de la Federación Venezolana se obligan: 4º "A no enajenar a potencia extranjera parte alguna de su terri-

1. Nuestra Constitución de 1811, la primera en América del Sur, se inspiró, sin duda en la Constitución de Estados Unidos de 1787, pero a diferencia de ésta, resuelve expresamente esta cuestión. En Estados Unidos la doctrina y la jurisprudencia han sostenido siempre que las relaciones internacionales son de la competencia exclusiva del Poder Federal y ésta ha sido la práctica constante de ese país, pero hay diferentes teorías sobre el fundamento constitucional de esta solución. Ver, a este respecto, Henkin, Louis: *Foreign Affairs and the Constitution*, The Norton Library, W.W. Norton & Company, Inc. New York, 1975, Cap. I.

torio, ni a implorar su protección, *ni a establecer relaciones políticas ni diplomáticas con otras naciones, porque esto último queda reservado al Poder Federal*". (Subrayado nuestro). 5º "A no agregarse o aliarse a otra nación ni separarse con menoscabo de Venezuela y su territorio". Esta norma se reproduce, con ligeras modificaciones de estilo, en las Constituciones de 1891 (art. 13, 4º y 5º); de 1893 (art. 13, 4º y 5º); de 1901 (art. 6, 5º y 6º); de 1904 (art. 7, 5º y 6º); de 1909 (art. 12, 5º y 6º); en el Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 (art. 5, 5º y 6º); y, en las Constituciones de 1914 (art. 19, 5º y 6º) y de 1922 (art. 19, 5º y 6º).

13. En la Constitución de 1925 se comienza a utilizar otra fórmula. En el artículo 15 de esta Constitución se establece que "los Estados convienen en reservar a la competencia federal: 1º Todo lo relativo a la actuación internacional de los Estados Unidos de Venezuela como Nación soberana. Ni los Estados ni los Municipios podrán establecer ni cultivar relaciones políticas ni diplomáticas con otras naciones". Esta norma se repite en las Constituciones de 1928 (art. 15, 1º); de 1929 (art. 15, 1º); de 1931 (art. 15, 1º); de 1936 (art. 15, 1º) y en la reforma que se hizo a esta última en 1945 (art. 15, 1º).

14. En la Constitución de 1947, en la cual se determina con mejor técnica la competencia de la Nación, de los Estados y de los Municipios, se dice expresamente, en el artículo 138: "es de la competencia del Poder Nacional: 1º La actuación internacional de los Estados Unidos de Venezuela como nación soberana", y esta misma ordenación se mantiene en la Constitución de 1953 (art. 60, 2º), con algunas modificaciones de forma.

15. Toca ahora examinar la competencia de los distintos poderes públicos nacionales en esta materia. Conviene recordar en este punto que según el artículo 118 de la Constitución: "cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

II. COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL

16. Según la Constitución vigente, corresponde al Presidente de la República quien, según esta misma Constitución, tiene el doble carácter de Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional (art. 181, único aparte):

- a) la dirección de las relaciones internacionales (art. 190, 5º).
- b) la celebración y ratificación de los tratados, convenios o acuerdos internacionales (art. 190, 5º).
- c) la declaración del estado de emergencia, en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurran (art. 190, 6º; art. 240).
- d) el nombramiento, previa autorización del Senado o de la Comisión Delegada del Congreso, de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes (art. 190, 16).

Las atribuciones señaladas con las letras a), b) y d) las ejerce el Presidente de la República por sí solo, como se desprende claramente de lo establecido en el penúltimo aparte del artículo 190. En cambio, según este mismo aparte y el artículo 242, ejerce, en Consejo de Ministros, la atribución mencionada en la letra c).

17. Como puede verse, nuestra Constitución confiere al Poder Ejecutivo amplios poderes y responsabilidades en materia de relaciones internacionales. Sin embargo, el Poder Legislativo, además de sus facultades generales de vigilancia y control de la rama ejecutiva, tiene atribuciones muy importantes en este campo. Corresponde, en efecto, al Congreso, como regla general, la aprobación de los tratados internacionales (art. 128) y, en todo caso, de los decretos mediante los cuales el Ejecutivo Nacional declare el estado de emergencia (art. 242) o su cesación (art. 243). Además, están sujetos a la autorización del Senado o de la Comisión Delegada del Congreso, el nombramiento de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes (art. 150, 7º, y 190, 16) y del Senado solamente el empleo de Misiones Militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país (art. 150, 4º).

18. En todas nuestras Constituciones la dirección de las relaciones exteriores ha correspondido al Poder Ejecutivo² el cual,

2. 1811, Cap. 3º, Sección 3º; 1819, Título 7º, Sección 3º, Arts. 7, 8, 9 y 10; 1821, Arts. 119, 120 y 121; 1830, Art. 117, 1º, 6º, 7º y 9º; 1857, Art. 53, 1º, 4º, 6º, 7º y 8º; 1858, Art. 94, 1º, 6º, 7º, y 9º; 1864, Art. 72, 1º, 6º, 7º, 14º y 15º; 1881, Art. 65, 4º, Art. 66, 1º, 4º, 5º, 9º, y 10º; 1891, Art. 65, 3º y 4º, y Art. 66, 1º, 4º, 5º, 9º y 10º; 1893, Art. 76, 3º y Art. 77, 1º, 3º, 4º y 5º; 1901, Art. 89, 14º, 17º, y 18º; 1904, Art. 80, 5º y 15º; 1909, Art. 80, 11º, Art. 81, 2º y 15º; 1914 (Estatuto Constitucional Provisorio), Art. 34, 2º, 9º y 18º; 1914, Art. 79, 2º, 3º y 19º; 1922, Art. 78, 2º, 3º, y 19º; 1925, Art. 100, 2º, 3º y 20º; 1928, Art. 100, 2º, 3º y 20º; 1928, Art. 100, 2º 3º y 20º; 1929, Art. 100, 2º, 3º y 20º; 1931, Art. 100, 4º, 5º y 22º; 1936, Art. 100, 4º, 5º y 20º; 1945,

con la sola excepción de la Constitución de 1811, ha sido unipersonal y ha tenido como Jefe al Presidente de la República. Conviene observar que en algunas de nuestras Cartas Fundamentales (1821, art. 134; 1830, art. 122; 1857, art. 73; 1893, art. 85; 1909, art. 94), el ejercicio de algunas de las atribuciones en materias de relaciones exteriores y en otros asuntos, requería el dictamen u opinión consultiva de un órgano denominado Consejo de Gobierno y en algunos casos su consentimiento.

19. Este sistema seguido por casi todos los países, obedece a muy buenas razones. Sólo el Poder Ejecutivo tiene la capacidad para dar a las relaciones internacionales la atención continua que éstas exigen, para tomar oportunamente las decisiones necesarias y para actuar con la reserva que requieren muchas veces estos asuntos. Para ello cuenta, desde el punto de vista administrativo, con el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya competencia fija el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Administración Central de 28 de diciembre de 1976.³ El Poder Legislativo, en cambio,

reforma, Art. 104, 4º, 5º, 18º y 20º; 1947, Art. 198, 2º, 3º, 4º y 7º; 1953, Art. 108, 4º y 9º

3. Ley Orgánica de la Administración Central, Artículo 25: "Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores la planificación y la realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en la política exterior y en particular, las siguientes actividades:
 - 1º La actuación internacional de la República; la conducción de las relaciones con los otros Estados; la representación de la República en organismos internacionales, conferencias y cualesquiera otros actos internacionales, salvo que, en este último caso, el Presidente de la República encargue la representación a otro Ministro o funcionario público o así se determine en virtud de los tratados firmados por la República.
 - 2º La negociación, firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, reservas, prórrogas, canje, depósito, ejecución, suspensión, denuncia y terminación de tratados, convenciones, protocolos, declaraciones, actas, pactos, acuerdos y demás instrumentos internacionales.
 - 3º La protección de los derechos e intereses de los venezolanos en el exterior, conforme al Derecho Internacional.
 - 4º La dirección, coordinación y centralización de la política de comercio exterior y de integración y su información estadística.
 - 5º La representación y defensa de los intereses de la República en las controversias internacionales.
 - 6º La notificación del estado de emergencia y de guerra internacional. Las cuestiones relativas a neutralidad y beligerancia. El mantenimiento de los derechos de la República en tales casos.
 - 7º Las relaciones internacionales con respecto al establecimiento, delimitación y demarcación de fronteras y la supervisión de los asuntos que a ellas se refieren.
 - 8º El establecimiento de relaciones diplomáticas y consulares y la creación,

por sus características mismas, no puede ejercer esta función. Una asamblea integrada por numerosas personas, que representan muchas veces corrientes de pensamientos e intereses contrapuestos o por lo menos diferentes, que sesiona sólo durante determinados períodos del año y carece de la estructura administrativa necesaria, mal puede atender debidamente a estas relaciones.

20. El nombramiento de los Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes no plantea mayores problemas. Se ha establecido la práctica de que la Comisión de Política Exterior de la Cámara del Senado entrevista a las personas propuestas para estos cargos y les hace las preguntas que estima pertinentes. Se prescinde usualmente de esta entrevista cuando se trata del traslado de la persona propuesta a la Jefatura de otra Misión Diplomática. Que sepamos, el informe de la Comisión ha sido siempre favorable y no conocemos de ningún caso en que el Senado haya negado la autorización solicitada.

21. En cambio, las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de tratados y declaración de emergencia requieren de un estudio muy detenido.

organización, dirección, modificación y supresión de misiones diplomáticas y oficinas consulares, delegaciones y agencias.

- 9° Las relaciones con las misiones diplomáticas acreditadas ante el Gobierno Nacional. La legalización de firmas de funcionarios extranjeros que deben producir efecto en la República, conforme al respectivo Reglamento.
10. La admisión de cónsules, concesión y cancelación de *exequatur* a los mismos y la supervisión de las relaciones consulares.
11. El protocolo y ceremonial diplomático.
12. La tramitación para el otorgamiento de condecoraciones y honores a funcionarios y personalidades extranjeras.
13. La legalización de firmas de los Ministros del Despacho y de los altos funcionarios que actúen por delegación expresa de aquéllos, en documentos otorgados en el país y que deban producir efecto en el exterior.
14. La difusión de informes relacionados con el fomento de las relaciones comerciales, culturales y de cualquier otro orden que interese a Venezuela. La coordinación de las Ferias y Exposiciones Internacionales.
15. La colaboración en la vigilancia de lo relativo a derechos y deberes de los extranjeros en la República.
16. La tramitación internacional de las solicitudes de extradición, exhortos, comisiones, rogatorias, y solicitudes de ejecución de actos y sentencias judiciales.
17. Las demás que le señalan las leyes.

A. *Tratados internacionales*

22. Nuestro ordenamiento jurídico emplea diversas denominaciones al referirse a los tratados internacionales. La Constitución se refiere en varias de sus disposiciones a tratados, convenios y acuerdos internacionales, utilizando la denominación de acuerdos jurídicos internacionales cuando quiere referirse a todos ellos (art. 128, último aparte). Por su parte, la Ley Orgánica de la Administración Central, al señalar en su artículo 25 las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores habla, en el ordinal 2º, de tratados, convenios, protocolos, declaraciones, actas pactos, acuerdos y demás instrumentos internacionales. Y estas denominaciones no son las únicas que se utilizan en la práctica internacional, que emplea además, entre otras, las de estatuto, arreglo, *modus vivendi*, avenimiento. Como se ve, la terminología en esta materia es muy variada y, como bien lo observa Rousseau, muy imprecisa, ya que las denominaciones empleadas corresponden muy raras veces a una categoría determinada de actos jurídicos.⁴

23. La doctrina utiliza generalmente el término tratado, en el sentido amplio, para referirse a todas estas variedades de acuerdos internacionales. En este sentido, siguiendo una vez más a Rousseau, se puede definir el tratado como todo acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional con el objeto de producir ciertos efectos jurídicos.⁵ De acuerdo con esta definición,

4. Rousseau, Charles: *Droit International Public*, tomo I. París, 1970, 2ª Edición, Nº 44. Según este mismo autor, los términos más generalmente empleados son los siguientes: tratado (término aplicado ordinariamente, pero no exclusivamente, a los compromisos internacionales sobre un objeto importante); convención (término frecuentemente aplicado cuando se trata de establecer reglas de derecho); pacto (término reciente y particularmente solemne); carta (igual observación); estatuto (para los tratados multilaterales de carácter institucional); acta (cuando se trata de enunciar reglas de derecho); declaración (cuando se trata de establecer principios jurídicos o de afirmar una actitud común); protocolo (vocablo aplicado a los actos más diferentes, que puedan tener por objeto fijar reglas de derecho a aplicar, prorrogar, completar, interpretar o modificar un tratado preexistente del cual es accesorio); arreglo (instrumento diplomático habitualmente destinado a fijar las modalidades de aplicación de un tratado anterior o a establecer un régimen provisional); acuerdo (término muy general y de contenido técnico impreciso); *modus vivendi* (acuerdo de carácter provisional); avenimiento (acuerdo modificando un instrumento de carácter comercial); constitución (cuando se trata de establecer el estatuto de una organización internacional). Ver también Toro Jiménez, Fermín: *Manual de Derecho Internacional Público*, Primera Parte, publicación de la Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1975, p. 73 y ss.

5. Rousseau: *op. cit.*, Nº 40.

no sólo los Estados, sino también los organismos internacionales y los demás sujetos de derecho internacional, entre ellos la Santa Sede, tienen capacidad jurídica para celebrar tratados.

24. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, cuyo ámbito de aplicación se limita a los tratados entre Estados (art. 1º), establece en su artículo 2º, 1.a) que: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular".

25. En sentido estricto, el tratado internacional se define por el procedimiento utilizado para su celebración, es decir, por su forma y no por su contenido.⁶

26. Son muy amplias las facultades que tiene el Presidente de la República en materia de tratados. Bajo su dirección se desarrolla el proceso de negociación de estos instrumentos, con su aprobación se firman y se cumplen las formalidades necesarias para su perfeccionamiento y si bien, como regla general, se requiere la aprobación del Congreso para su ratificación (art. 128), la determinación de la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado (art. 176) y por ende de la ratificación misma, corresponde al Primer Magistrado de la Nación.⁷

27. Al ejercer estas facultades, el Presidente de la República tiene que tener en cuenta, desde luego, todas las demás normas constitucionales pertinentes.

28. A este respecto, conviene recordar que según el artículo 8º de la Constitución:

"El territorio nacional⁸ no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a potencia extranjera.

6. Rousseau: *op. cit.*, N° 44.

7. Ver Toro Jiménez: *op. cit.*, p. 94 y ss.

8. "El territorio nacional —dice el art. 7º de la Constitución— es el que correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada en 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados celebrados válidamente por la República. La soberanía, autoridad y vigilancia sobre el mar territorial, la zona marítima contigua, la plataforma continental y el espacio aéreo, así como el dominio y explotación de los bienes y recursos en ellos contenidos, se ejercerán en la extensión y condiciones que determine la Ley".

"Los Estados extranjeros sólo podrán adquirir, dentro del área que se determine, mediante garantías de reciprocidad y con las limitaciones que establezca la ley, los inmuebles necesarios para sede de sus representaciones diplomáticas o consulares. La adquisición de inmuebles por organismos internacionales sólo podrá autorizarse mediante las condiciones y restricciones que establezca la Ley. En todos estos casos quedará siempre a salvo la soberanía sobre el suelo".

y, en virtud del artículo 47:

"En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causadas por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública".

29. Vale la pena recordar, asimismo, el artículo 130 *ejusdem*, que dispone lo siguiente:

"En posesión como está la República del Derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejercerá conforme lo determine la Ley. Sin embargo, podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado".

En ejercicio de esta facultad, el Ejecutivo Nacional celebró con la Santa Sede, el 16 de marzo de 1964, un *modus vivendi*, que el Congreso Nacional aprobó el 25 de junio de 1964. El 30 de junio de 1964 fue promulgada la Ley Aprobatoria de este Convenio y el 24 de octubre del mismo año, con el canje de ratificaciones, entró en vigor. Este *modus vivendi* dejó sin efecto la Ley de Patronato Eclesiástico y puso término a una larga controversia entre la Iglesia y el Estado que en algunos momentos de nuestra historia puso en peligro la armonía que afortunadamente ha existido entre ambos poderes desde nuestra independencia.

30. Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución:

"En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

31. Este último artículo tiene antiguas raíces en nuestro Derecho Constitucional. Ya en la Carta de 1864 (art. 112), se establecía que:

"En los tratados internacionales de comercio y amistad, se pondrá la cláusula de que todas las diferencias entre las partes contratantes deberán decidirse sin apelación a la guerra por arbitramiento de potencia o potencias amigas".

32. La obligación de incluir esta cláusula en los tratados que celebre la República se mantiene, aunque con diferente redacción, en las Constituciones que nos han regido desde entonces.⁹

33. Pero el origen de la redacción que tiene esta norma en la Constitución vigente es el artículo 106 de la Constitución de 1947, que dice así:

"En los compromisos internacionales que la República contraiga, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de la interpretación o ejecución del pacto, siempre que ello se juzgue necesario dada la índole de éste o así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

34. Las razones de esta modificación se encuentran claramente expuestas en un excelente trabajo publicado en enero de 1946¹⁰ por el doctor Eduardo Plaza, por muchos años alto funcionario y asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores, que contiene el estudio que presentó a la Comisión encargada de preparar el proyecto de Constitución sometido luego a la Asamblea

9. Ver artículo 112 de la Constitución de 1874; Art. 109 de la Constitución de 1881; Art. 109 de la Constitución de 1891; Art. 141 de la Constitución de 1893; Art. 133 de la Constitución de 1901; Art. 120 de la Constitución de 1904; Art. 138 de la Constitución de 1909; Art. 77 del Estatuto Provisorio de 1914; Art. 120 de la Constitución de 1914; Art. 120 de la Constitución de 1922; Art. 100, ordinal 20 de la Constitución de 1925; Art. 100, ordinal 20 de la Constitución de 1928; Art. 100, ordinal 20 de la Constitución de 1929; Art. 100, ordinal 22 de la Constitución de 1931; Art. 100, ordinal 20 de la Constitución de 1936; Art. 104, ordinal 20 de la Constitución de 1936, reformada en 1945. En todas las Constituciones, hasta la de 1931, la fórmula señalaba el arbitraje como medio de solución de las controversias relativas a la interpretación y ejecución de los tratados celebrados por la República. En cambio, en la de 1931 se hace referencia, de una manera más general, a los "medios pacíficos reconocidos en el Derecho Internacional" y esta fórmula se mantiene en la de 1936 y en la reforma de esta última de 1945.

10. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Año XX, noviembre de 1946, N° 46.

Constituyente que se instaló el 17 de diciembre de 1946. Sostuvo el doctor Plaza en este artículo que:

"No obstante los elevados fines que persigue la cláusula que es objeto de estos comentarios, inspirada como está en la tradicional política pacifista que ha seguido la República, no siempre es posible o aconsejable su inclusión como podrá observarse a través del análisis que a continuación se hace de algunos pactos en los cuales, por su índole, por su forma, o por el procedimiento requerido para su celebración, será fácil comprobar las dificultades a veces insuperables de que es origen la comentada disposición y, por tanto, la evidente necesidad de reformarla".

Señala el doctor Plaza, a continuación, los casos concretos en los cuales obviamente no puede incluirse esta cláusula y las objeciones que hay para su inclusión en otros. En vista de la claridad y precisión de estos comentarios, consideramos conveniente transcribirlos íntegramente:

"1º Tratados específicos para la solución pacífica de controversias internacionales"

Con el mismo fin que persigue la cláusula constitucional, es decir, para proscribir la guerra como medio de decidir las diferencias internacionales y recurrir a métodos de solución pacífica, Venezuela ha celebrado diversos pactos, tanto bilaterales como multilaterales. Entre los primeros se cuentan los Tratados de Arbitraje, Arreglo Judicial y Conciliación, suscritos con los Países Bajos y con Dinamarca el 5 de abril de 1933 y el 19 de diciembre del mismo año, respectivamente; el Tratado de No Agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial, celebrado con Colombia el 17 de diciembre de 1939, y el Tratado con Brasil, de 30 de mayo de 1940, para la solución pacífica de las controversias. Entre los segundos se cuentan la Convención General de Conciliación Interamericana, de 5 de enero de 1929, el Poder Antibélico de Río de Janeiro, de 10 de octubre de 1933, el Protocolo Adicional a la Convención General de Conciliación Interamericana, de 26 de diciembre de 1933, la Convención sobre mantenimiento, afianzamiento y restablecimiento de la paz, de 23 de diciembre de 1936, etc.

Todos estos instrumentos, como su nombre lo indica, contienen el procedimiento que sus signatarios se comprometen a adoptar para decidir sus diferencias por medios pacíficos.

En ellos huelga, a todas luces, la norma impuesta por nuestra Constitución.

2º *Objeciones fundadas en la denominación de determinados compromisos internacionales*

La cláusula constitucional que se comenta, cuyo texto debiera ser inalterable puesto que se encuentra entre comillas, se contrae solamente a Tratados. Forzosamente debe alterarse, por lo tanto, cuando se inserta en un Convenio, una Convención, un Arreglo, un Protocolo, un Acuerdo o cualquier otro compromiso internacional que no lleve la única denominación de "Tratado" que aparece en dicha cláusula.

3º *Pactos entre Venezuela y cualquiera de las naciones que estén ligadas a ésta por tratados para la solución pacífica de las controversias*

En aquellos casos en que Venezuela hubiese celebrado un Tratado con otro país para el arreglo pacífico de sus posibles divergencias, es obvio que este régimen especial determina el procedimiento que seguirán las Partes para hacer aplicables entre ellas los principios generales del derecho de gentes. Serán, por tanto, las pautas de dicho régimen especial y no los principios generales del derecho de gentes las que habrán de invocarse llegado el caso.

Ahora bien, como se ha dicho, Venezuela celebró con Colombia un pacto de esta índole el 17 de diciembre de 1939. Posteriormente, el 5 de abril de 1941, ambos países suscribieron un Tratado de Navegación y Límites. En cumplimiento del precepto constitucional, insertóse en este instrumento, literalmente, la cláusula que pauta nuestra Constitución, pero es indudable que habría sido más conveniente, más preciso y aun más conforme con el espíritu mismo de ésta, redactar en los siguientes términos el respectivo artículo: "Todas las diferencias entre las Altas Partes Contratantes, relativas a la interpretación o ejecución de este Tratado, se decidirán de conformidad con el Tratado de No Agresión, Conciliación, Arbitraje y Arreglo Judicial, suscrito por las mismas el 17 de diciembre de 1939". Es cierto que podría aducirse que ambas cláusulas son sustancialmente semejantes, pues sólo difieren en que el precepto constitucional dice, en términos generales y en cierto modo empíricos, lo mismo que

la supuesta disposición que acaba de transcribirse expresa, concreta y técnicamente. Pero es igualmente cierto que el texto constitucional deja mucho que desear si se toma en cuenta la circunstancia de que existía entre las Partes un compromiso *ad hoc*, destinado, precisamente a surtir efecto cuando se ventilasen cuestiones decisivas, como las contempladas en el Pacto de Cúcuta. Así, pues, la expresión "los medios pacíficos reconocidos en el Derecho Internacional", estampada en un Tratado celebrado por dos países que tienen un régimen establecido para acondicionar el empleo de esos medios, resulta a todas luces incorrecta. En el mismo caso se encuentran o habrán de encontrarse los tratados que la República ha celebrado o celebre en lo sucesivo, con todos aquellos países a los cuales está ligada por instrumentos bilaterales o multilaterales regulatorios del arreglo pacífico de las controversias internacionales. Así, por ejemplo, entre Venezuela y cualquiera de las Naciones Unidas se aplicarán los métodos pacíficos previstos en la Carta y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y no, simplemente, "los medios pacíficos reconocidos en el Derecho Internacional".

4º *Objeciones de índole práctica*

a) *Tratados multilaterales*

Cuando se entablan negociaciones con un país determinado para la celebración de un instrumento diplomático, es relativamente fácil llegar a un acuerdo acerca de la inclusión de la cláusula constitucional, pues el argumento de que ella es condición *sine qua non* para que Venezuela pueda suscribir el compromiso, suele pesar decisivamente en el ánimo del cocontratante. No sucede lo mismo, empero, cuando se discute un pacto multilateral, pues en este caso es prácticamente imposible convencer a todos los participantes de que incluyan, sin modificación posible, un texto que, en su forma, sólo interesa a Venezuela.

b) *Tratados culturales y de índole análoga*

Si el mandato constitucional es justificable en los compromisos que versen sobre asuntos que eventualmente puedan comprometer la dignidad, la soberanía y en general los más altos intereses del Estado, él es francamente inoperante en

aquellos pactos cuya inocuidad y escasa trascendencia política indican a las claras que, no sólo las diferencias que surjan sobre su interpretación o ejecución, sino su incumplimiento mismo, en las peores condiciones presumibles, no darían jamás por resultado una solución violenta sino, cuando más, su denuncia en el breve plazo y con todas las facilidades que en tales pactos se acostumbra estipular. Comprueba lo anteriormente dicho, la sorpresa con que suele ser recibida la proposición de que, en convenios, verbigracia, sobre intercambio cultural, otorgamiento recíproco de becas, canje de publicaciones, intercambio de valijas diplomáticas y otras materias análogas, se incluya una disposición sobre las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional que habrán de utilizarse si surgiesen diferencias con motivo de tales compromisos.

5º *Objeciones en cuanto al procedimiento
que implica la cláusula*

Un Estado se hace parte de un compromiso internacional mediante dos procedimientos diferentes. El primero consiste en firmar el compromiso, conjuntamente con los demás participantes, en el momento en que se concluyen las negociaciones. En dicho caso, el compromiso se hace obligatorio para los signatarios en el momento en que éstos efectúan el correspondiente canje o el depósito de las ratificaciones. Cuando se adopta tal procedimiento, el Estado participa directamente en la elaboración y discusión del pacto que luego suscribe. En los comentarios que preceden se ha supuesto que es ésta la vía utilizada y se ha tratado de demostrar que los inconvenientes que suelen presentarse para la inclusión del precepto constitucional cuando a ella se recurre, apenas pueden superarse en un limitado número de casos.

Ahora bien, tal inclusión es de todo punto imposible si se adopta el procedimiento de adhesión o accesión que también es frecuentemente empleado por las naciones. Por medio de tales denominaciones se designa la facultad que los Estados signatarios de un Tratado reconocen a los no signatarios de hacerse partes del mismo con posterioridad a la fecha en la cual quedare perfeccionado. Por definición, los Estados adherentes de un pacto no intervienen en la elaboración de su

texto, sino se limitan a acogerse al que ya es perfecto con relación a otros Estados y cuyas disposiciones consideran convenientes. Para los adherentes no existe en modo alguno la posibilidad de alterar ese texto: o lo adoptan tal como es, o renuncian a la facultad que les ha sido concedida. En estricto derecho, por consiguiente, este procedimiento está vedado a Venezuela, por virtud de la cláusula constitucional.

Recordaremos, por último, que el principio legislativo que aconseja evitar que los textos legales contengan ejemplos o impongan fórmulas sacramentales se funda no sólo en la necesidad de dar a aquellos la perfección formal que requieren, sino en la de procurar que sus términos sean lo suficientemente amplios y abarquen todos los casos posibles. Si hay, pues, fundamento en las críticas que se han dirigido a algunas disposiciones de nuestra legislación en cuya redacción se ha desatendido ese principio, con mayor razón lo hay en las que se hagan respecto de la norma en referencia, pues la Constitución debe exceder a cualquiera otros textos legislativos en perfección de forma y majestad de lenguaje".

Concluye el doctor Plaza de la manera siguiente:

"En vista de las razones anteriormente expuestas, parécenos indispensable reformar nuestra Carta Fundamental en el punto considerado. Una de las soluciones podría ser la de suprimir la disposición en referencia, dado que muchos países no la contienen en sus leyes constitucionales. Decididamente, nos pronunciamos en contra de este fácil y cómodo recurso. La cláusula comentada, imperfecta como es, representa una hermosa y larga tradición que debemos a toda costa perpetuar, lo que se lograría sustituyendo la actual redacción por una fórmula que, aunque concebida con la necesaria concisión técnica, abarque todos los casos contemplados. Sugerimos, pues, la redacción siguiente:

'En los compromisos internacionales que la República contraiga, se insertará una cláusula por la cual las partes se comprometen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho Internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de la interpretación o ejecución del pacto, siempre que ello se juzgue necesario dada la índole de éste o así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración'.

"Puede observarse que en la cláusula preinserta se ha tratado de corregir los errores anteriormente anotados. En efecto, los inconvenientes derivados de la inclusión de la fórmula actual en un tratado específico para la solución pacífica de controversias, desaparecen si se adopta el texto sugerido, ya que en éste no se exige fórmula sacramental alguna. Dichos tratados son, por su índole misma, un desarrollo del principio consagrado por nuestra Constitución y ellos quedarían, por lo tanto, comprendidos en una de las excepciones contempladas en la cláusula propuesta. Los inconvenientes derivados de la denominación del compromiso y de la existencia de un pacto previo, tampoco se presentarían por la misma razón de que dejaría de exigirse una fórmula sacramental. En cuanto a las objeciones de índole práctica, éstas se han tenido igualmente en cuenta: por lo que respecta a los tratados multilaterales es más fácil, en efecto, obtener de los signatarios de un pacto de esta índole la aceptación de una fórmula flexible, en la que se atienda y quede a salvo el espíritu de nuestra Constitución en el punto comentado, que la de una fórmula rígida e inmodificable; y en lo que concierne a los tratados culturales y de índole semejante, éstos podrían, eventualmente, quedar comprendidos en los casos de excepción previstos. En lo tocante al procedimiento se ha hecho, asimismo, la correspondiente salvedad.

"No hay que olvidar que el comentado precepto constitucional no sólo debe ser observado por Venezuela, sino que ésta ha de procurar su aceptación por parte de los países que con ella contraten; esta razón basta por sí sola para demostrar lo necesario que es dar a sus términos el máximo de elasticidad, a fin de que pueda ser cumplido de buen grado aun por aquellos que se encuentran fuera del radio de su aplicación. Si lo que se quiere es dejar constancia en nuestra Carta Fundamental del elevado ideal de paz que ha servido y sirve de norma a la conducta exterior de la República, no es preciso consagrar para ello una fórmula que adolece de incorrecciones de carácter técnico y es fuente de tantas dificultades en el terreno de la práctica. En nuestro concepto, esa misma finalidad la llena cabalmente y sin ofrecer obstáculo alguno la cláusula que nos hemos permitido sugerir".

Como puede verse, el constituyente de 1947 acogió, con apenas una modificación de estilo, la fórmula propuesta por el doctor Plaza.

35. La Constitución de 1953, artículo 51, mantuvo la redacción del artículo 106 de la Constitución de 1947, suprimiendo, sin embargo, la frase final: "...siempre que ello se juzgue necesario dada la índole de éste o así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración".

36. Se explica fácilmente la razón por la cual esta norma viene repitiéndose en nuestras Constituciones desde hace más de un siglo. En el siglo XIX y el presente, hasta el fin de la segunda guerra mundial, las grandes potencias se arrogaban el derecho de recurrir a la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza para imponer sus propias interpretaciones de los tratados celebrados con los países más débiles. Venezuela, que fue en varias ocasiones víctima de actos de esta naturaleza por parte de algunas potencias y carecía de los medios necesarios para su defensa por las armas, tenía por fuerza que buscar su protección en el Derecho Internacional. Desde luego, la inclusión de esta cláusula en los tratados celebrados por Venezuela no fue ni podía ser suficiente para impedir los actos de agresión y las reclamaciones de que fue objeto durante largos años.

37. Con la entrada en vigencia de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), esta cláusula ha perdido gran parte de su importancia. En efecto, según el artículo 2, incisos 3 y 4 de la Carta de la primera de estas organizaciones:

"3. Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.

"4. Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

Por su parte, el artículo 20 de la Carta de la Organización de Estados Americanos establece lo siguiente:

"Todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas".

38. "Evidentemente —como sostiene Ambrosio Oropeza—,¹¹ el artículo 129 establece para el perfeccionamiento del tratado la inserción de la cláusula a que ella se refiere. Mas, parece igualmente claro que si los negociadores del tratado la omitieren corresponde al Congreso advertirlo para que se cumpla la norma constitucional y, en último término, al Jefe del Estado, quien se abstendrá de ratificarlo, en conformidad con el artículo 176 de la Constitución".

B. *La declaración del estado de emergencia*

39. Hasta la Constitución de 1936, reformada en 1945, el Poder Legislativo tenía expresamente atribuida la facultad de "Declarar la guerra y requerir al Ejecutivo a que negocie la paz", para citar textualmente la norma que a este respecto establecía dicha Constitución en su artículo 78, ordinal 15.^{11a}

40. La Constitución de 1947 utiliza otra fórmula, más apropiada a la evolución del Derecho Internacional en la postguerra, al atribuir a las Cámaras Legislativas como cuerpos colegisladores (art. 162, 2º y 3º) las facultades de "Decretar el estado de emer-

11. Oropeza, Ambrosio: *La Nueva Constitución venezolana*, 1961. Caracas, 1969, p. 367.

11^a La Constitución Federal de 1811 (Capítulo II, Sección 7º) señala entre las atribuciones especiales del Poder Legislativo la "De declarar la guerra y hacer la paz...". En la Constitución de Angostura de 1819 (Título 6º, Sección Primera, Artículo 7), se atribuye al Congreso la facultad de "Decretar la guerra según la proposición formal del Poder Ejecutivo" (16º) y la de "Requerir al Poder Ejecutivo para que negocie la paz" (17º). En la de 1821 se cambia la fórmula de la primera de estas atribuciones (art. 55, 16º), pues se le da al Congreso la facultad de "Decretar la guerra en vista de los datos que le presente el Poder Ejecutivo". Este sistema se mantiene, con apenas cambios de redacción, en las Constituciones de 1830 (art. 87, 9º), de 1857 (art. 38, 5º) y de 1858 (art. 64, 10). En la de 1864 se emplea una nueva fórmula. Entre las atribuciones de la Legislatura (art. 43, 15º) señala la de "Decretar la guerra y requerir al Ejecutivo Nacional para que negocie la paz". Esta fórmula se mantiene sin modificación en las Constituciones de 1874 (art. 43, 15º), 1881 (art. 43, 15º), 1891 (art. 43, 15º), 1893 (art. 44, 14º), 1901 (art. 54, 15º), 1909 (art. 57, 28º), 1914 (art. 58, 20º), 1922 (art. 58, 20º), 1925 (art. 78, 14º), 1928 (art. 78, 14º), 1929 (art. 78, 14º), 1931 (art. 78, 14º), 1936 (art. 77, 15º), Reforma de 1945 (art. 78, 15º). La Constitución de 1904, que atribuyó al Poder Ejecutivo la facultad de declarar la guerra (art. 80, 6º), es la única que se aparta de nuestro sistema tradicional en relación a este punto

gencia, aprobar las medidas necesarias para la defensa nacional y autorizar las que se requieran para dar cumplimiento a las obligaciones de la República en la comunidad internacional de acuerdo con los pactos en que ella sea parte" y de "autorizar o requerir al Ejecutivo Federal para que negocie la paz y aprobar o negar los tratados que sobre ella se celebren".

41. La Constitución de 1953 vuelve al sistema tradicional, al dar a las Cámaras Legislativas, como cuerpos colegisladores, la facultad de "autorizar al Presidente de la República para que declare la guerra o negocie la paz" (art. 81, 2º).

42. La Constitución vigente sigue, en este punto, un sistema muy distinto. Corresponde al Presidente de la República "declarar el estado de emergencia y decretar la restricción o suspensión de garantías en los casos previstos en esta Constitución" (art. 190, 6º) y "adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y de su soberanía en casos de emergencia internacional" (art. 190, 7º). "El Presidente de la República podrá declarar el estado de emergencia en caso de conflicto interior o exterior o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurra" (art. 240). "El Decreto que declare el estado de emergencia u ordene la restricción o suspensión de garantías será dictado en Consejo de Ministros y sometido a la consideración de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada, dentro de los diez días siguientes a su publicación" (art. 242). "La cesación del estado de emergencia será declarada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros y con la autorización de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada" (art. 243).¹²

III. COMPETENCIA DEL PODER LEGISLATIVO

Tratados internacionales

43. De acuerdo con el artículo 128 de la Constitución:

"Los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser aprobados mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar prin-

12. Según las actas de la Comisión Bicameral de Reforma Constitucional que preparó el proyecto de Constitución de 1961, se eliminó toda referencia a la declaración de guerra, teniendo en cuenta la opinión que a solicitud de la

cipios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación del Congreso.

"En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, estén o no sujetos a su aprobación".

44. Este artículo, con algunas diferencias de redacción, aparece por primera vez en la Constitución de 1947.¹³ Según las Constituciones anteriores, todos los tratados o convenios internacionales, sin excepción alguna, estaban sometidos a la aprobación legislativa.¹⁴

45. Las razones por las cuales se modificó en la Constitución de 1947 la norma tradicional sobre este punto se exponen claramente en un estudio que sobre distintos temas elaboró el Minis-

Comisión emitió el Ministerio de Relaciones Exteriores, en la cual se expone la evolución del Derecho Internacional sobre esta materia. (Ver las actas 47 y 54 de esta Comisión en la publicación del Congreso de la República, "La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela". *Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, tomo I, vol. I, Caracas, 1971).

13. El artículo 105 de la Constitución de 1947 decía, en efecto: "Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que celebre el Poder Ejecutivo deberán ser aprobados por el Congreso Nacional para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de la ejecución de actos ordinarios en las relaciones internacionales o del ejercicio de facultades que la Ley atribuya expresamente al Poder Ejecutivo. "Sin embargo, la Comisión Permanente del Congreso Nacional podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o acuerdos internacionales cuya vigencia así lo requiera, los cuales serán sometidos, en todo caso, a la posterior aprobación o improbación de las Cámaras Legislativas.

"En todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta de los tratados, convenios o acuerdos que celebre, con indicación precisa de su carácter y contenido, a las Cámaras Legislativas en sus próximas sesiones, estén o no sujetas a la aprobación de ellas".

14. Es interesante observar que según la Constitución de 1811, Capítulo 3º (Poder Ejecutivo), Sección 3ª (Atribuciones del Poder Ejecutivo), el Senado compartía, en cierto modo, la dirección de los asuntos internacionales. En efecto, según esta Constitución, "con previo aviso, consejo y consentimiento del Senado, sancionado por el voto de las dos terceras partes de los senadores que se hallaren presentes, podrá el Poder Ejecutivo concluir tratados y negociaciones con las otras potencias o Estados extraños a esta Confederación". Esta norma fue seguramente tomada de la Constitución de los Estados Unidos de América, artículo 2º, Sección 2.

terio de Relaciones Exteriores para la Asamblea Constituyente.¹⁵

La parte pertinente de este memorándum dice así:

"Es cláusula tradicional en nuestras Constituciones la facultad dada a las Cámaras Legislativas de aprobar o negar los tratados públicos y convenios diplomáticos, atribución que se refuerza estableciendo que sin el requisito de su aprobación, no serán válidos ni podrán ratificarse ni canjearse. Se establece asimismo que los tratados no se publicarán oficialmente antes de haber sido ratificados y canjeados. Esas disposiciones se completan con las que atribuyen al Presidente la facultad de negociar toda clase de tratados y de someterlos en la oportunidad legal a las Cámaras Legislativas a los efectos de su aprobación o improbación. La única innovación en esa materia fue la introducida en la Constitución de 1931, según la cual «la oportunidad en que la Ley aprobatoria reciba el ejecútase queda confiada a la discreción del Ejecutivo Federal, en conformidad con los usos internacionales y con la conveniencia en el manejo de las relaciones exteriores de la República».

"Es tiempo de hacer una revisión de fondo de esos principios para ajustar las fórmulas constitucionales a las necesidades de la época presente y de la vida internacional, tal como actualmente se desarrolla. Las fórmulas actuales son tan evidentemente insuficientes que dan motivo a dificultades continuas en la Cancillería y han obligado frecuentemente a buscar modo de soslayarlas, no por espíritu de contradicción, sino para atender a necesidades imperativas de la época.

"Si se consideran los instrumentos internacionales de ese tipo en cuanto a su fondo, se encuentra que existe cierto número de tratados, convenciones, convenios y hasta simples acuerdos, según la terminología diplomática actual, que contienen obligaciones o compromisos de carácter fundamental en las relaciones entre los Estados, que implican obligaciones legales o financieras específicas, que escapan a los límites de las funciones ordinarias del Poder Ejecutivo, o que crean de algún modo compromisos internacionales de fondo. Esos

15. Copia de este memorándum redactado por el doctor Ramón Carmona, por muchos años Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, nos fue facilitada por el doctor Melchor Monteverde, hoy Consultor Jurídico de ese Despacho.

instrumentos no son sólo tratados o convenciones generales, sino que se presentan muchas veces por razones de política internacional bajo la forma de simples acuerdos o convenios. Por el contrario, existen numerosos instrumentos que se limitan a aplicar, desarrollar o poner en ejecución principios ya establecidos, que caen propiamente dentro del radio de acción del Poder Ejecutivo y que se acostumbra llamar en el lenguaje diplomático actual «convenios administrativos», en el sentido de que son de simple administración de las relaciones internacionales. Estos últimos instrumentos pueden igualmente revestir la forma de convenciones o tratados generales o especiales, sin que en realidad contengan materia de fondo, o bien simples acuerdos o convenios. Como se ve, no es la forma del instrumento, sino el contenido del mismo lo que determina su carácter.

"Es evidente que los instrumentos que contienen obligaciones de fondo, que escapan a la acción ordinaria del Poder Ejecutivo, deben ser sometidos a la aprobación de las Cámaras Legislativas, como lo prevé la Constitución actual.¹⁶ En realidad, eran esos instrumentos los únicos que conocía el Derecho Internacional en el siglo pasado y por ello los antiguos constitucionalistas extendieron el requisito de la aprobación legislativa a toda clase de tratados, sin distinción alguna. Por el contrario, los instrumentos de carácter administrativo que se limitan a reglamentar o poner en ejecución facultades propias del Poder Ejecutivo, no deben necesitar la aprobación legislativa, no solamente por su índole, sino también porque las circunstancias en que se celebran los hacen generalmente temporales y urgentes, que no admiten una larga espera hasta tanto se reúna el Poder Legislativo, sin grave daño de la buena marcha de las relaciones internacionales. La práctica de casi todos los países ha establecido la simple celebración de esos instrumentos en forma de convenios o acuerdos, para evitar precisamente la consulta del Parlamento y en Venezuela ha habido que acudir muchas veces a la forma del mero cambio de notas para poder poner en vigencia acuerdos urgentes y de importancia, sin esperar la aprobación legislativa. La dificultad está en determinar en la práctica la frontera precisa entre una y otra clase de instru-

16. Constitución de 1936, reformada en 1945.

mentos en la infinita variedad de ellos que actualmente ofrece la vida internacional; pero esa dificultad no afecta el principio cardinal.

"Aun en cuestiones de fondo, las exigencias de las relaciones internacionales imponen muchas veces la urgencia de celebrar convenios o tratados que deben ser puestos en vigor inmediatamente por circunstancias especiales y que no ameritan la convocatoria extraordinaria de las Cámaras para su aprobación. En esos casos, es preciso dejar al Ejecutivo la facultad de poner provisionalmente en vigor tales instrumentos, con la obligación de someterlos posteriormente a las Cámaras, a fin de que decidan en definitiva de su aprobación o improbación, de modo de no paralizar las relaciones internacionales en caso grave. Se entiende que el Ejecutivo será el mejor juez cuando sea preciso acudir al ejercicio de esa facultad, en conocimiento de que compromete su responsabilidad política ante las Cámaras.

"Para resolver el otro aspecto del problema, hay que tener en cuenta que no son sólo los *modus vivendi* comerciales que acuerdan concesiones arancelarias previstas por la ley correspondiente, los que deben celebrarse como simples convenios administrativos. Hay numerosos casos en que la situación es la misma tanto en materia política como económica y la característica de esos instrumentos es siempre la ya señalada, de ser convenios de ejecución o de aplicación de principios o reglas ya conocidas por la República. La solución adecuada del problema parece, por consiguiente, encontrarse en una fórmula que mantenga el principio tradicional de aprobación o improbación por las Cámaras Legislativas de los tratados o convenciones diplomáticas, y excluya expresamente de ese requisito los convenios administrativos celebrados en ejecución de disposiciones legales expresas, de obligaciones internacionales preexistentes, o para la buena marcha de las relaciones internacionales ordinarias que corresponde mantener al Poder Ejecutivo. Los instrumentos de este tipo serán celebrados y puestos en vigor sin la intervención del Poder Legislativo; pero se deberá dar cuenta a él de todo lo actuado en sus sesiones ordinarias siguientes.

"En cuanto a la forma de los instrumentos internacionales, al tipo clásico de tratados o convenciones formulados por

negociaciones especiales entre las partes y que admitían canje de ratificaciones, se ha sustituido cada vez por el de instrumentos multilaterales que se confían a una oficina internacional o a una Cancillería determinada, bien para el depósito de ratificaciones, bien abiertos a la firma para los Estados que deseen adherirse a ellos. En esos casos no es posible siquiera pensar en canje de ratificaciones y la obligación se perfecciona en una forma distinta. Lo mismo sucede cuando la otra parte no necesita ratificar instrumento, como muy a menudo ocurre en la actualidad. No es posible tampoco en ese caso canjear ratificaciones, y la obligación se perfecciona por el Estado obligado a ratificar, mediante una simple notificación de haber obtenido la correspondiente aprobación y haber decidido por su parte, darle efecto al instrumento. Es preciso, por consiguiente, adoptar los textos constitucionales a esas fórmulas que los antiguos constituyentes no pudieron prever”.

46. Después de esta relación de los antecedentes del artículo 128 de la Constitución Nacional, corresponde analizar detenidamente su contenido.

47. En primer término, en este artículo se establece, como regla general, que los tratados o convenios internacionales que celebre el Poder Ejecutivo Nacional requieren la aprobación del Congreso, mediante ley especial, sin la cual no tendrán validez.

48. De conformidad con el artículo 150, ordinal 1º de la misma Constitución, es atribución del Senado: “iniciar la discusión de los proyectos de Ley relativos a tratados y convenios internacionales”. Nada dice la Constitución, en cambio, sobre la iniciativa de la presentación al Congreso de las leyes aprobatorias de estos instrumentos internacionales, y según el artículo 165 de la Constitución:

“La iniciativa de las leyes corresponde:

”1º A la Comisión Delegada del Congreso o a las Comisiones Permanentes de cualquiera de las Cámaras;

”2º Al Ejecutivo;

”3º A los Senadores o Diputados en número no menor de tres;

"4º A la Corte Suprema de Justicia cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales;

"5º A un número no menor de veinte mil electores, identificados de acuerdo con la Ley".

A nuestro juicio, dada la naturaleza de la materia y teniendo en cuenta la facultad discrecional que se le otorga al Ejecutivo Nacional en el artículo 176 de determinar la oportunidad en que deba ser promulgada la Ley aprobatoria de un tratado, acuerdo o convenio internacional, parece razonable pensar que la iniciativa de estas leyes corresponde sólo al Ejecutivo Nacional. Puede muy bien ocurrir, en efecto, que después de celebrado un tratado, las circunstancias se hayan modificado de tal modo que ya no tenga interés su perfeccionamiento.¹⁷

49. Así, pues, en principio, corresponde al Ejecutivo Nacional la iniciativa de someter al Congreso los tratados, convenios o acuerdos internacionales que haya celebrado y que estén sujetos a la aprobación legislativa. Sin embargo, hay que recordar que según el artículo 19, 5, b, de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los gobiernos de los Estados miembros de esa Organización, se obligan a someter los convenios aprobados por la Conferencia (órgano supremo de la OIT), "en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto como sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto que le den forma de ley o adopten otras medidas".

50. En las Cámaras Legislativas, la discusión de las leyes aprobatorias de estos convenios internacionales sigue el procedimiento establecido para la de las demás leyes. Sin embargo, obviamente, hay diferencias muy importantes entre las leyes aprobatorias de estos acuerdos y las demás leyes. Dice a este respecto la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 29 de abril de 1965: "...la naturaleza *sui generis* del contenido de la ley aprobatoria

17. Según Toro Jiménez: *op. cit.*, p. 98, la iniciativa de las leyes aprobatorias de tratados internacionales corresponde solamente al Ejecutivo Nacional, a la Comisión Delegada del Congreso o a las Comisiones de Relaciones Exteriores de cada una de las Cámaras.

de un tratado internacional, ha originado la necesidad de mecanismos constitucionales especiales para la producción, promulgación y derogación de dicha ley que difieren ostensiblemente de los previstos para las leyes ordinarias destinadas a regir relaciones jurídicas internas. En efecto: a) Con respecto a las leyes ordinarias, el Poder Legislativo tiene amplias facultades para modificar el proyecto que le envíe el Ejecutivo, rechazando parte del mismo o introduciendo un nuevo articulado, mientras que con respecto a la ley aprobatoria de un tratado, el Poder Legislativo tiene que limitarse a aprobar o negar la celebración del convenio sin poderlo alterar en ninguna de las cláusulas; ello debido a que la modificación del tratado por los legisladores podría significar la destrucción del mismo en su contenido fundamental, pues en la cláusula rechazada o modificada podía estar radicado el interés o contraprestación que determinó la voluntad del otro Estado contratante, quien ante tal situación se negaría con todo derecho a ratificar el acuerdo internacional. De allí que en rigor pudiera decirse que en esos casos el Congreso no legisla, sino que en ejercicio de función política aprueba o imprueba actos del Jefe del Estado; b) Las leyes ordinarias pueden ser reformadas total o parcialmente por otras leyes, en tanto que los tratados, después de ser aprobados por el Congreso, no pueden ser reformados por éste; c) Las leyes ordinarias deben ser promulgadas por el Presidente de la República dentro de un plazo determinado, pasado el cual la ley deberá ser promulgada por el Presidente y el Vicepresidente del Congreso, salvo el derecho del Presidente de la República de solicitar reconsideración ante el Congreso o solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad ante esta Suprema Corte, conforme a los artículos 173 y 175 de la Constitución Nacional vigente; mientras que conforme al artículo 176 *ejusdem*, 'la oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, queda a la discreción del Ejecutivo, en conformidad con los usos internacionales y la conveniencia de la República'. (Esta norma constitucional evidencia una vez más la existencia de actos estatales discrecionales excluidos del control jurisdiccional, como antes se expuso); d) Las leyes ordinarias son obligatorias desde su promulgación, o excepcionalmente desde la fecha que su propio texto indique, mientras que la promulgación de la ley aprobatoria de un Tratado, no le imparte fuerza vinculante en la esfera internacional, pues es la ratificación el acto idóneo que le atribuye carácter definitivo y obli-

gatorio entre los Estados contratantes, y bien podría ocurrir que aunque el Tratado haya sido legislativamente aprobado no llegue a tener vigencia en el ámbito internacional a causa de que el Jefe del Estado, en ejercicio de atribuciones constitucionales de índole política, se niegue a ratificarlo en atención a la suprema conveniencia de la Nación; e) En la promulgación de las leyes ordinarias el Presidente de la República actúa como Jefe del Poder Ejecutivo, mientras que en la celebración y ratificación del Tratado actúa como Jefe de Estado; f) Las leyes ordinarias se derogan por otras leyes, en cambio los Tratados cesan de regir después de cumplida la obligación estipulada, de transcurrido el plazo fijado para su vigencia, de cumplida la condición resolutoria, por el acuerdo de las partes, por la renuncia de la parte a la cual el pacto aprovecha en forma exclusiva, por la denuncia total o parcial si ello se ha estipulado o fuere procedente, o cuando se torna inejecutable”.

51. Como se desprende de lo dicho, las leyes aprobatorias de estos convenios internacionales son leyes sólo en sentido formal. Se trata más bien de actos administrativos del Congreso Nacional por los cuales se autoriza al Ejecutivo Nacional a ratificar, cuando lo juzgue oportuno, estos instrumentos internacionales. “En realidad, en estricta lógica —como anota Edmundo Vargas Carreño, en su *Curso de Derecho Internacional Público*—,¹⁸ el tratado y la Ley aprobatoria constituyen dos actos independientes y de naturaleza jurídica diferente. Lo que rige como derecho aplicable una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Constitución, es el tratado mismo y no la ley que lo aprobó, la cual como señala acertadamente el doctor Gonzalo Pérez Luciani,¹⁹ constituye sólo un acto accesorio, cuya finalidad es controlar o fiscalizar el acto principal que es el tratado”.

52. La regla general contenida en el artículo 128, tiene, según el mismo artículo, cuatro excepciones. No están sujetos a la formalidad de la aprobación legislativa aquellos tratados, acuerdos o convenios internacionales mediante los cuales: a) Se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la Repú-

18. Todavía inédito.

19. Pérez Luciani, Gonzalo: “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 4, p. 293 y ss.

blica; b) De aplicar principios expresamente reconocidos por ella; c) De ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales, o d) De ejercer facultades que la Ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

53. Todas estas excepciones tienen como denominador común el hecho de que el Ejecutivo Nacional está ya, expresa o implícitamente, autorizado para cumplir estos compromisos.

54. *Tratados mediante los cuales se trata de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República.*

Esta primera excepción plantea varios problemas. En primer lugar, si los verbos "ejecutar" y "perfeccionar" pueden considerarse como sinónimos o si por el contrario se aplican a diferentes hipótesis. Esta última solución nos parece la correcta. Ejecutar significa gramaticalmente consumir, cumplir, poner en obra una cosa, en tanto que perfeccionar quiere decir acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o de excelencia. Los tratados que celebra Venezuela con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones que tiene, por ejemplo, en virtud de la Carta de la Organización de Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos, entrarían en la primera categoría. En la segunda habría que ubicar, en cambio, aquellos en virtud de los cuales se completa, se mejora, se amplía o se precisa una obligación preexistente de la República, como por ejemplo, las que tendrían por objeto llenar lagunas o disipar las dudas a que ha dado lugar un tratado anterior sobre la misma materia entre las mismas partes. Hay que reconocer, sin embargo, que en algunos casos la línea de separación entre ambas situaciones es muy tenue. Según Toro Jiménez,²⁰ el Protocolo de Puerto España, de 18 de junio de 1970, sería un caso de ejecución de obligaciones preexistentes de la República en virtud del Acuerdo de Ginebra de 12 de febrero de 1966, pero el mismo autor admite que puede decirse que este tratado perfeccionaba tales obligaciones. Aunque esta última interpretación nos parece preferible, creemos que actuó acertadamente el Ejecutivo Nacional al someter este Protocolo a la consideración del Congreso Nacional. Es discutible, en efecto, si este tratado tiene por objeto ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes o modificarlas en una de sus modalidades —el tér-

20. *Op. cit.*, p. 82.

mino— que en este caso tiene obviamente importancia. Una segunda cuestión es la de saber si la obligación preexistente de la República que se trata de ejecutar o perfeccionar es únicamente la que tiene su fuente en la convención o puede resultar de la costumbre o de otras fuentes de Derecho Internacional. La Constitución no hace ninguna distinción a este respecto, por lo que pensamos que no hay ningún fundamento para distinguir entre unas y otras fuentes. Desde luego, en la práctica, el Ejecutivo Nacional no invocaría esta excepción, sino en aquellos casos en que no hay dudas sobre la existencia y la naturaleza y contenido de la obligación asumida previamente por la República.

55. Tratados mediante los cuales se trata de aplicar principios expresamente reconocidos por la República.

Esta excepción no suscita aparentemente mayores dificultades de interpretación. Sin embargo, como bien lo observa Toro Jiménez,²¹ estos principios pueden estar formulados de una manera general y muy abstracta y no es siempre fácil saber hasta qué punto pueden servir de justificación a las obligaciones concretas que asume la República en un tratado. Así, por ejemplo, en el preámbulo de nuestra Constitución,²² se consagran ciertos principios fundamentales de nuestra conducta internacional, tales como el de cooperar con las demás naciones y, de modo especial con las Repúblicas hermanas del continente, a los fines de la comunidad internacional, sobre la base, entre otras, "de la garantía universal de los derechos individuales y sociales". Con fundamento en este principio y si se hace una interpretación lata de esta excepción, podría sostenerse que los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos o la Convención Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre, no requerirían aprobación legislativa porque con ellos se trata de aplicar un principio expresamente reconocido por la República.

Compartimos la opinión de Toro Jiménez²³ de que esta excepción debe ser interpretada restrictivamente y limitarse sólo a aquellos casos en que el tratado aplica principios expresamente reconocidos por la República sobre materias concretas. Tal es, sin duda, el caso citado por el mismo autor del principio de asilo

21. *Op. cit.*, p. 82.

22. *Ver supra*, N° 5.

23. *Op. cit.*, p. 82.

político, consagrado en forma explícita en el artículo 116 de la Constitución, que se copia a continuación:

"La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del derecho internacional".

56. Tratados mediante los cuales se trata de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales.

Esta excepción no ofrece dificultades. Es natural que no se requiera la aprobación legislativa para actos de simple administración de las relaciones internacionales que son obviamente de la competencia del Poder Ejecutivo, tales como los que se refieren al establecimiento o restablecimiento de relaciones diplomáticas, a la elevación de misiones al rango de Embajada, al servicio de valijas diplomáticas o a cuestiones de protocolo y ceremonial diplomático.

57. Tratados mediante los cuales se ejercen facultades que la Ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional.

Todavía más claro es el campo de aplicación de esta última excepción, que se justifica plenamente. Si la Ley, ya se trate de la Constitución misma, de una ley orgánica o de una ley ordinaria, faculta expresamente al Ejecutivo Nacional para determinados actos, no hay razón alguna para someter al Congreso aquellos tratados en que el Ejecutivo Nacional ejerce estas facultades. Por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 121, literal c), de la Ley de Aduanas, de 26 de septiembre de 1973, el Ejecutivo Nacional puede: "Regular las relaciones comerciales entre Venezuela y otros países mediante la celebración de *modus vivendi* cuya duración no exceda de un año. Estos *modus vivendi* podrán ser prorrogados por un año a su expiración o a la expiración de cualquier prórroga". Entran también en esta categoría los tratados mediante los cuales se conceden inmunidades y prerrogativas a funcionarios diplomáticos extranjeros y delegados o representantes a Conferencias Internacionales o Misiones de Organismos o Servicios Oficiales Internacionales también extranjeros, en ejercicio de las facultades que confiere al Ejecutivo Nacional la Ley sobre la materia de 13 de agosto de 1945.

58. En la práctica es necesario examinar cada tratado detenidamente, con el objeto de determinar si todas o algunas de sus disposiciones hacen necesaria su aprobación por el Congreso Nacional. Puede muy bien ocurrir, en efecto, que un tratado contenga disposiciones comprendidas en uno u otro caso de excepción o en varios y otras que no correspondan a ninguna de ellas. Desde luego, basta con que una cualquiera de las disposiciones del tratado requiera aprobación legislativa para que el tratado en su integridad esté sujeto a este requisito.

59. Los tratados que tienen por objeto el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país, constituyen un caso especial. En efecto, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución, es atribución privativa del Senado autorizar estas misiones, a solicitud del Ejecutivo Nacional.

60. En los casos en que excepcionalmente no se requiere la aprobación del Congreso, la incorporación del tratado al Derecho interno se realiza mediante un acto administrativo del Ejecutivo Nacional, que puede ser, según los casos: un Decreto del Presidente de la República o una Resolución ministerial. Sobre este punto la práctica, aunque no siempre constante, ha consistido en poner en vigencia interna mediante un Decreto presidencial aquellos tratados que por su contenido requieren la actividad de Ministerios diferentes al Ministerio de Relaciones Exteriores o de varios Ministerios y utilizar una Resolución ministerial cuando la ejecución de un tratado le corresponde únicamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.²⁴

61. Después de establecer como regla general que los tratados internacionales, para su validez, requieren la aprobación del Congreso mediante ley especial y las excepciones a esta regla, el artículo 128 dispone, a continuación: "Sin embargo, la Comisión Delegada del Congreso podrá autorizar la ejecución provisional de tratados o convenios internacionales cuya urgencia así lo requiera, los cuales serán sometidos en todo caso, a la posterior aprobación del Congreso". Esta disposición plantea la cuestión de saber cuál es la suerte de los actos realizados por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de esta autorización, si el Congreso Nacional en definitiva no aprueba el tratado. A nuestro juicio, la improbación del Congreso sólo puede producir efectos para el futuro y por lo

24. Toro Jiménez: *op. cit.*, p. 51. Vargas Carreño, Edmundo: *op. cit.*

tanto los actos cumplidos por el Ejecutivo Nacional antes de esta determinación son válidos, a menos que con estos actos se haya incurrido en una violación de la Constitución, caso en el cual se podría solicitar su nulidad ante la Corte Suprema de Justicia.

62. Dispone, por último, el artículo 128 que "en todo caso, el Ejecutivo Nacional dará cuenta al Congreso, en sus próximas sesiones, de todos los acuerdos jurídicos internacionales que celebre, con indicación precisa de su carácter y de su contenido, estén o no sujetos a su aprobación".

63. Para concluir esta parte, conviene decir que nuestra Constitución no acoge expresamente la distinción que se hace en la doctrina y en la práctica entre tratados formales y acuerdos simplificados, según que requieran o no de aprobación legislativa y de ratificación.²⁵ En todo caso, se ha establecido en Venezuela la práctica de que los tratados que tienen por objeto ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la Ley atribuye expresamente al Ejecutivo Nacional, se perfeccionan mediante un simple canje de notas y sin ratificación. Se pueden calificar, por tanto, de acuerdos simplificados, equivalentes a los llamados *executive agreements* en la doctrina de los Estados Unidos de América.

IV. COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL

64. La Corte Suprema de Justicia tiene, entre otras atribuciones, según el artículo 215 de la Constitución, las siguientes:

"3º Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución".

"7º Declarar la nulidad de los actos administrativos del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente".

65. En virtud de estas normas, la Corte Suprema de Justicia está facultada para declarar la nulidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y de los actos administrativos (Decretos o Resoluciones) del Ejecutivo Nacional, por los cuales se incorporan al Derecho interno aquellos tratados que no requieren de aprobación legislativa, cuando, a su juicio, tales tratados contengan disposiciones contrarias a la Constitución.

25. Ver Toro Jiménez: *op. cit.*, p. 86.

66. Puede, asimismo, declarar la nulidad de cualquier otro acto administrativo del Ejecutivo Nacional que infrinja la Constitución. Por ejemplo, si el Ejecutivo Nacional, por considerar que un tratado no está sujeto a aprobación legislativa dicta un Decreto a los efectos de su recepción en el Derecho Interno, la Corte puede anularlo si, a su juicio, este tratado no está comprendido en ninguno de los casos de excepción previstos en el artículo 128 de la Constitución. Para citar otros ejemplos, la Corte puede anular los actos administrativos relativos al empleo de Misiones Militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país o el nombramiento de Jefes de Misiones Diplomáticas Permanentes, si el Ejecutivo Nacional no ha recibido la autorización del Senado en el primer caso y de esta misma Cámara o de la Comisión Delegada del Congreso en el segundo.

67. Hay que tener en cuenta, que en Venezuela el control constitucional de las leyes está atribuido también a todos los demás tribunales de la República en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, que dice así:

"Cuando la Ley vigente cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Tribunales aplicarán ésta con preferencia".

68. Esta facultad, como resulta claramente de la norma transcrita, tiene efectos limitados al caso concreto en que se plantea la colisión. Sólo las decisiones de la Corte Suprema de Justicia por las cuales se declara la nulidad total o parcial de una Ley por inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*.

69. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia de 29 de abril de 1965,²⁶ se declaró incompetente para conocer de la petición de nulidad absoluta parcial del ordinal 14 del artículo II de la Ley de 12 de junio de 1922 aprobatoria del Tratado de Extradición entre Venezuela y los Estados Unidos de América.

70. En esta sentencia, la Corte sostiene, con argumentos muy discutibles, la tesis de que el tratado internacional está sustraído al control jurisdiccional del Estado venezolano.

26. Ver *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 958, Extraordinario de 21 de mayo 1965.

71. Según este fallo, "esta excepción tiene su fundamento en la existencia de la comunidad jurídica internacional, en la fuerza obligatoria de los tratados, a la que el derecho internacional asigna extrema importancia, pues la ha erigido en uno de sus postulados fundamentales de universal aceptación concretado en la máxima *pacta sunt servanda*; y en la circunstancia de que el ordenamiento jurídico venezolano no permite la anulación, por voluntad unilateral de una norma del orden jurídico internacional contraria a la Constitución Nacional".

72. Esta tesis, según la sentencia que comentamos, estaría corroborada por el artículo 129 de la Constitución: "el análisis de esta disposición constitucional, de carácter especial y excepcional con respecto a la norma general estatuida en el ordinal 3º del artículo 215 de la Constitución Nacional, pone de manifiesto que la intención del Poder Constituyente fue evidentemente sustraer los tratados internacionales, una vez celebrados y perfeccionados, al control jurisdiccional de constitucionalidad, aunque dejando abierta la posibilidad de resolver el conflicto entre la Constitución y el Tratado por las vías aceptadas en Derecho Internacional por las previamente convenidas por los Estados contratantes, pues ordena que las controversias suscitadas en la interpretación o ejecución de los tratados se resuelvan por las vías que escapan a la sola jurisdicción nacional".

73. "Ningún Estado —dice más adelante esta sentencia— ostenta poder jurídico para hacer prevalecer el imperio de sus propias leyes sobre las de otro, y como quiera que no existe un tercer poder o norma supraestatal con autoridad incontestable sobre los miembros de la comunidad internacional, es preciso concluir que los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados por un tratado internacional, no pueden anularlo total o parcialmente por sí y ante sí, unilateralmente, aduciendo razones de origen jurídico interno".

74. Dicho esto, la Corte sostiene que no por ello debe Venezuela aceptar o soportar pasivamente la vigencia de un tratado internacional que vulnere principios de su Constitución y como remedio a esta situación propone las siguientes soluciones:

"En primer lugar porque la Constitución no pierde su vigor por razón de un tratado que pueda contradecir sus normas, desde luego que en la hipótesis de una situación antinómica entre ambos el con-

flicto debe ser resuelto en favor de nuestros preceptos constitucionales, pero no por la vía jurisdiccional de anulación unilateral, sino por las vías reconocidas en el derecho internacional, una de las cuales, en el caso concreto del citado Tratado de Extradición, fue expresa y previamente prevista por las partes contratantes cuando en su artículo XV establecieron: «Este convenio entrará en vigor el día de las ratificaciones; pero cualquiera de las partes contratantes puede en cualquier tiempo darlo por terminado, avisando a la otra con seis meses de anticipación de hacerlo así». De modo que sólo mediante la correspondiente denuncia podría perder vigencia el Tratado en referencia, y corresponderá hacerla al Presidente de la República en su condición de Jefe del Estado venezolano y como tal su representante legítimo en la esfera internacional por mandato de los artículos 136 y 190 de la Constitución Nacional. Ante la imposibilidad jurídica del máximo organismo jurisdiccional para declarar e imponer la nulidad del expresado Tratado, entraría a funcionar entonces la cooperación prevista en el artículo 118 de la misma Constitución en cuanto al deber impuesto a las diversas ramas del Poder Público de colaborar entre sí en la realización de los fines del Estado, pues correspondería al Jefe del mismo, como antes se expuso, hacer cesar los efectos de un pacto internacional si, como supremo ductor de las relaciones con las demás naciones, llega a formarse la convicción de que es violatorio de normas acogidas en la Carta Fundamental.

"En segundo término, aunque el Estado venezolano carece de poder jurídico para anular jurisdiccionalmente por sí y ante sí con efectos *erga omnes* el mencionado Tratado de Extradición, es indudable que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales, por revestir ellos en el ordenamiento interno la modalidad de leyes conforme a nuestra técnica constitucional.

"Y en último lugar, porque durante el proceso de formalización de un tratado internacional, los ciudadanos pueden impugnar jurisdiccionalmente la inconstitucionalidad de la Ley promulgada para la aprobación de los mismos, siempre que ejerzan la acción antes del acto de ratificación por parte de los respectivos Gobiernos, pues ese acto es, según el derecho de gentes, el que perfecciona el tratado en la esfera internacional y consolida con fuerza obligatoria el acuerdo de voluntades; el canje de ratificaciones no viene a constituir sino una garantía de la ejecución recíproca del tratado. Después de ratificado, el tratado adquiere rango de acto jurídico internacional creado por la voluntad de los Estados contratantes, cuyas jurisdicciones judiciales no son idóneas para declarar la nulidad de aquellos en su totalidad o en parte conforme a las consideraciones antes expuestas".

75. Esta sentencia ha sido objeto de severas y justificadas críticas. El extenso voto salvado del magistrado José Gabriel Sar-

miento Núñez analiza detalladamente la decisión de la mayoría y refuta, con buenas razones, todos y cada uno de los argumentos expuestos en apoyo de la tesis de la incompetencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales. El doctor Gonzalo Pérez Luciani, por su parte, ha hecho, a propósito de este fallo, un excelente estudio del control de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional en nuestro ordenamiento jurídico.²⁷

27. Pérez Luciani, Gonzalo: "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de Leyes Aprobatorias de Tratados Internacionales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 4, p. 293 y ss. Ver también, Toro Jiménez, Fermín: *op. cit.*, p. 60 y ss.

LA RECEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO. LA CONSTITUCION DE 1961, ¿DUALISTA O MONISTA?

EDMUNDO VARGAS CARREÑO

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. EXPLICACIÓN DUALISTA. III. EXPLICACIÓN MONISTA. IV. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA DE LOS ESTADOS. V. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO. LA CONSTITUCIÓN DE 1961, ¿DUALISTA O MONISTA? 1. La Constitución de 1961. 2. La recepción de los tratados. 3. El conflicto entre un tratado y las normas jurídicas internas de Venezuela. 4. La recepción de las resoluciones de las organizaciones internacionales. 5. La recepción de la costumbre internacional y de los principios generales del Derecho Internacional. 6. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno constituyó, hace algunos años atrás, uno de los principales asuntos de la teoría general del derecho internacional y originó una ardua polémica doctrinaria entre aquellos que sostenían la total independencia y separación entre ambos ordenamientos jurídicos —los denominados dualistas— y quienes —como los llamados monistas— afirmaron la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno a los que consideraban como sólo dos ramas de un mismo sistema jurídico.

Si bien dualistas y monistas pretendieron con sus doctrinas dar una respuesta global a todo el problema de la relación entre los ordenamientos jurídicos, resulta evidente que la complejidad que ha adquirido dicho asunto ha hecho que esas doctrinas no

sean idóneas para lograr una explicación de todas las materias que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. En la actualidad, esas dos doctrinas son más bien utilizadas para estudiar la posibilidad de la incorporación del derecho internacional, como tal, al orden jurídico de un Estado. Mientras el dualismo niega esa posibilidad si no se produce una previa transformación del derecho internacional en derecho nacional, el monismo, al proclamar la unidad entre ambos ordenamientos jurídicos, acepta que dentro de un Estado pueda producirse una recepción automática del derecho internacional.

En Venezuela, la Constitución de 1961, contrariamente a las del siglo pasado y a las de la primera década del presente, no contiene ninguna norma que se refiera especialmente a esta materia.

El hecho de que Constituciones anteriores expresamente admitieran que el Derecho de Gentes formaba parte de la legislación venezolana, ha sido interpretado como que el propósito del constituyente, aceptando la concepción dualista, ha sido excluir del orden jurídico vigente en Venezuela al Derecho Internacional.¹

La aceptación de este criterio podría originar peligrosas consecuencias, especialmente cuando Venezuela, sobre todo a partir de sus gobiernos democráticos, está teniendo una activa participación en la gestación de un nuevo orden internacional basado en la justicia, lo cual, obvio es decirlo, implica también la recepción de aquellas normas surgidas democráticamente y con la contribución de Venezuela, de ese orden internacional.

En el presente artículo se estudiará cómo opera la recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico venezolano y si la actual Constitución se encuentra influenciada por alguna de las concepciones doctrinarias que han pretendido explicar la relación entre el derecho internacional y el interno. Para tal objeto, después de exponer las explicaciones dualistas y monistas, así como la práctica internacional en la materia, se estudiará en concreto la forma como cada una de las fuentes formales del derecho internacional se incorpora y es recibida por el ordenamiento jurídico de Venezuela.

1. Tal es, por ejemplo, el pensamiento del profesor Fermín Toro Jiménez. Véase *Manual de Derecho Internacional Público*, Caracas, 1975, pp. 39 y 40.

II. EXPLICACION DUALISTA

El llamado dualismo tiene en el alemán Heinrich Triepel² y en el italiano Dionisio Anzilotti³ a sus más caracterizados exponentes. De acuerdo a esta teoría, el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos independientes y separados, los que nunca llegan a confundirse, por lo cual no puede plantearse un conflicto entre ellos.

Para los dualistas, dentro de un Estado sólo puede regir el derecho interno, ya que el derecho internacional regula únicamente las relaciones entre los Estados. En la concepción dualista, ambos ordenamientos poseen fuentes diferentes, pues mientras uno se origina por la voluntad unilateral del Estado, el otro emana de la voluntad común de varios estados. Asimismo, los destinatarios de las normas son distintos: éstas en el derecho interno están dirigidas a los individuos, ya sea en sus relaciones recíprocas o en sus relaciones con el Estado; en cambio, los únicos sujetos del derecho internacional son los Estados. Por último, señalan los dualistas, ambos tienen una estructura muy desigual, ya que sólo el derecho interno cuenta con instituciones apropiadas para el cumplimiento coactivo de las normas. En otras palabras, para los dualistas son tan fundamentales las diferencias existentes entre ambos derechos que ello se traduce en la independencia, separación e incomunicación del derecho internacional con respecto al derecho interno. Como afirma Triepel.

Las relaciones que rige el derecho interno no pueden ser objeto de una regulación internacional, y viceversa. El derecho internacional y el derecho interno, si derivan de fuentes distintas, han de tener un contenido diferente... El derecho internacional no puede sino aplicarse a las relaciones entre los Estados coordinados.⁴

Tan tajante separación plantea un problema. ¿Qué sucede cuando el derecho internacional exige que una determinada con-

2. Véase especialmente H. Triepel: *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899 (traducido al italiano como *Diritto Internazionale e Diritto Interno*, Torino, 1913, y al francés como *Droit International et Droit Interne*, Paris, 1920), y "les rapports entre le Droit interne et le Droit International", RCADI, vol. I, 1923.

3. Véase especialmente D. Anzilotti: *Il Diritto Internazionale nel giudicio interno*, Bologna, 1905, y "Corso di Diritto Internazionale", en *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. I, Padova, 1864.

4. H. Triepel: *Droit international et droit interne* (trad.). Paris, 1920, pp. 19 y 20.

ducta sea llevada a cabo por los particulares dentro de un Estado? Por ejemplo, supóngase que dos Estados fronterizos celebran un tratado para combatir una epizotia, como la fiebre aftosa, y el tratado exige a los ganaderos adoptar ciertas medidas en relación a los animales, como vacunarlos o aislarlos de los enfermos. Para los dualistas, el tratado no podría alcanzar a los particulares y ni siquiera a los órganos administrativos de los Estados encargados de la observancia de las cláusulas del tratado, si éste no ha sido previamente transformado en derecho interno, por lo que en el ejemplo señalado, habría que dictar las correspondientes normas internas que permitan el cumplimiento del tratado por parte de los particulares o de los órganos administrativos encargados de su aplicación

De acuerdo, pues, a esta explicación, dentro de un Estado sólo puede regir el derecho interno, debiendo el derecho internacional para que tenga eficacia interna ser transformado en derecho nacional.

De esa manera, las obligaciones impuestas por una norma de derecho internacional a los particulares o a los órganos administrativos de un Estado no emanan de aquélla, sino de la ley o del decreto interno que señala Triepel, el derecho internacional equivale a un Mariscal de Campo que da órdenes a los generales, pero no a los soldados. Por lo tanto, las obligaciones que surjan del derecho internacional lo serán únicamente para los órganos legislativos (dictar las leyes) o ejecutivo (dictar los decretos) que permitan su cumplimiento, sin que éstas sean directamente exigibles a los particulares o a los órganos administrativos o judiciales de un Estado.

III. EXPLICACION MONISTA

El monismo encuentra en el austriaco-norteamericano Hans Kelsen a su más importante expositor.⁵ También deben incluirse entre los principales partidarios de esta concepción de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno a los otros integrantes de la llamada Escuela de Viena, Joseph Kunz

5. Véase especialmente H. Kelsen: "Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international". *Recueil des Cours*. Academie Droit International, vol. 14, 1926; "Le transformation du droit international en droit interne". *Revue générale de Droit International Public*, vol. 43, 1936; *Teoría General del Derecho y el Estado* (trad.), México, 1949; *Principios de Derecho Internacional Público* (trad.) Buenos Aires, 1965.

y Alfred Verdross, y asimismo, aunque bajo una fundamentación diferente, al francés George Scelle.

El monismo —tal como ha sido expuesto por Kelsen— toma como punto de partida la unidad del conjunto de las normas jurídicas, todas las cuales dependen de un orden rigurosamente jerárquico y en el cual las normas del derecho interno se encuentran subordinadas a las del derecho internacional.

De acuerdo a esta explicación, el derecho internacional y el derecho interno no constituyen sino dos ramas de un mismo ordenamiento jurídico, entre los cuales es posible una comunicación, tal como señala Kelsen.

El derecho internacional y el derecho nacional no pueden ser sistemas distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo. No es posible, desde el punto de vista lógico, sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí.⁶

En la concepción monista, el derecho internacional no sólo rige las relaciones entre los Estados, sino que también es parte integrante del ordenamiento jurídico de los Estados, sin que sea necesario transformarlo en derecho interno. De ahí que las normas del derecho internacional puedan ser aplicables automáticamente dentro de un Estado y llegar incluso a obligar directamente a los particulares o a los órganos del Estado, si dichas normas internacionales se bastan a sí mismas.

Tal incorporación directa del derecho internacional al ordenamiento jurídico de los Estados no significa que no sea necesario, a veces, un acto interno de complementación o implementación, como acontece con la publicación de los tratados; pero tal acto no equivale a transformar el derecho internacional en derecho nacional. Tampoco implica una transformación el hecho de que un tratado para que sea válido requiera de una aprobación legislativa. Como señala el mismo Kelsen:

Muchas constituciones establecen que todos, o ciertos tratados, deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser

6. H. Kelsen: *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1965, p. 346.

válidos. Tal aprobación no es una transformación: es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del derecho internacional.⁷

De ese modo, para los monistas la transformación de una norma internacional en interna sólo operaría en aquellos casos en que el derecho interno expresamente exija a los órganos administrativos y judiciales aplicar únicamente las normas internas. De no mediar esa limitación, se produce una recepción directa del derecho internacional al ordenamiento jurídico de los Estados.

IV. LA RECEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACION Y PRACTICA DE LOS ESTADOS

Aunque en la práctica internacional ninguna de las dos doctrinas expuestas se encuentran plenamente aceptadas y, en la actualidad, la política entre dualistas y monistas tiende a desvanecerse, puede afirmarse que tanto en la doctrina como en las legislaciones de los Estados la tendencia preponderante es la de una mayor aceptación del monismo.

En efecto, ya en la Constitución de 1776 de los Estados Unidos de América se expresa que los tratados forman parte integrante de la legislación estadounidense, toda vez que en virtud del párrafo II del artículo 6º:

Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la Nación.

Igualmente, en Gran Bretaña, donde no existe una Constitución escrita, desde el siglo pasado la jurisprudencia ha venido considerando como una norma del *common law* el aforismo según el cual *international law is a part of the land*.

Por su parte, varias de las modernas Constituciones europeas proclaman la incorporación automática de todas las normas de derecho internacional, aun de las no convencionales, al ordena-

7. H. Kelsen: *ibid.*, p. 302.

miento jurídico interno del Estado.⁸ Así, en el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania se expresa:

Las reglas del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y obligaciones directamente para los habitantes del territorio federal.

También el artículo 5º de la Constitución de la República Democrática Alemana reconoce que:

Las normas del derecho internacional generalmente reconocidas obligan al Poder Público y a todos los ciudadanos.

La Constitución italiana adopta un similar criterio al prescribir en su artículo 10 que:

El ordenamiento jurídico italiano se adapta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.

Asimismo, en algunas constituciones de países afroasiáticos también se reconoce expresamente que el derecho internacional forma parte integrante del ordenamiento jurídico interno. Es el caso, entre otras, de las constituciones de Birmania, Etiopía, Guinea, India, Liberia y Somalia.

En cambio, en América Latina la mayoría de las constituciones guardan silencio respecto de esta materia. Sólo por excepción algunas de ellas han tratado este problema, adoptando una solución intermedia entre la concepción monista y la dualista, al reconocer que el derecho internacional forma parte integrante de orden jurídico interno; pero sólo una vez que ha sido aceptado o aprobado como tal por el Estado. Es lo que, en síntesis, señalan las constituciones de Guatemala, Méjico y de la República Dominicana. En la primera de ellas, el artículo 144 dispone:

El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República, salvo las limitaciones que establezca la Constitución, los tratados internacionales y las normas del derecho internacional general aceptadas por Guatemala.

En el artículo 133 de la Constitución de Méjico se expresa que:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que celebren por el Presidente, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión.

8. Tal incorporación directa también se encontraba recogida en algunas Constituciones anteriores a la segunda guerra mundial, como las de la república alemana de Weimar, de 1919; la de la república española, de 1931; y la de Austria, de 1934.

Y por su parte, el artículo 3º, párrafo 2, de la Constitución dominicana señala:

La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado...

El silencio que adoptan otras Constituciones, en las que no existe un texto expreso que admita la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno, no puede interpretarse como una aceptación del dualismo. En tales situaciones, lo frecuente es que ciertas normas de derecho internacional sean susceptibles de incorporarse automáticamente y que respecto de otras sea necesaria su transformación en derecho interno. En todo caso, al parecer, no existe actualmente en ningún Estado un texto expreso de derecho positivo que consagre la solución dualista, al menos en su expresión más pura y ortodoxa.

La falta de aceptación del dualismo en la práctica internacional no significa, sin embargo, que sean las soluciones monistas las que rijan de un modo absoluto. El examen de esa práctica internacional parece conducir a soluciones más pragmáticas, sin una plena y estricta subordinación a ninguna de las doctrinas expuestas, aunque la mayoría de las legislaciones y prácticas estatales contemporáneas se encuentran mucho más cerca de las concepciones monistas que de las dualistas. Es lo que también, a nuestro entender, acontece en Venezuela, como se verá a continuación.

V. LA RECEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL
EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO
LA CONSTITUCION DE 1961,
¿DUALISTA O MONISTA?

Las constituciones de 1864 (art. 120), de 1874 (art. 120), de 1881 (art. 117) y de 1893 (art. 150) habían señalado que el derecho internacional formaba parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano, al disponerse, bajo igual fórmula, que:

El derecho de gentes hace parte de la Legislación Nacional.

En la Constitución de 1901 (art. 140) se mantuvo el principio de la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno, aunque al primero sólo se le confería un carácter supletorio del último.

En las constituciones de 1904 (art. 125) y 1909 (art. 143) se vuelve a expresar que el Derecho de Gentes hace parte de la Legislación; pero añadiéndose que "sus disposiciones no podrán ser invocadas cuando se opongan a la Constitución y leyes de la República...".

Como puede apreciarse, mucho antes que Kelsen hiciera explícita su explicación monista, las constituciones habían establecido un criterio que actualmente aparece recogido por modernas constituciones de otros países. Sin embargo, la Constitución de 1914 omitió toda referencia a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Ese criterio fue mantenido por las Constituciones posteriores, incluyendo a la actual de 1961.

1. *La Constitución de 1961*

Como se expresó, la actual Constitución no ha resuelto el problema de que si en Venezuela la recepción del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno se produce automáticamente o si, por el contrario, se requiere su previa transformación en derecho nacional para que pueda ser internamente exigible. Tampoco existe un texto legal, de tipo general, que regule esta materia.

El silencio del constituyente ha sido interpretado por el profesor Fermín Toro Jiménez como una aceptación dentro del ordenamiento jurídico venezolano de la doctrina dualista. A su juicio, la supresión por parte de la Constitución de aquellas disposiciones que regulaban las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, implica que ha querido demostrar que el Derecho Positivo venezolano no considera al Derecho Internacional Público como integrado con el Derecho Interno Estatal como lo era antes, sino como un orden jurídico separado autónomo, diferente y de igual jerarquía, cuyas normas sólo serán obligatorias para Venezuela en la medida en que sean objeto de transformación en normas de Derecho Interno Estatal venezolano.⁹

En nuestro concepto, la falta de una solución expresa en la Constitución al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno no puede ser interpretado como

9. Fermín Toro Jiménez: *Manual de Derecho Internacional Público*. Caracas, 1975, pp. 39 y 40.

una opción del constituyente por una determinada explicación doctrinaria, mucho menos cuando ella, como es el caso del dualismo, se encuentra casi totalmente abandonada por la doctrina y las legislaciones y prácticas contemporáneas de los Estados.

En realidad, en Venezuela, como en los demás países cuyas normas constitucionales no adoptan un determinado pronunciamiento sobre esta materia, el problema de la relación entre ambos ordenamientos jurídicos debe ser resuelto de una manera más pragmática, sin que sea necesario recurrir a las tradicionales explicaciones aportadas por el dualismo o el monismo, estudiando cómo se produce la recepción de las diversas fuentes del derecho internacional al ordenamiento jurídico nacional y cómo se resuelven en la práctica los problemas que suscita esa incorporación, incluyendo dentro de ellos el problema de la jerarquía entre el tratado, por una parte, y la Constitución o la Ley, por la otra. Es lo que se examinará a continuación.

2. *La recepción de los tratados*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución, los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional deberán ser reprobados mediante la ley especial para que tengan validez.

De ese modo, para que un tratado internacional se incorpore al ordenamiento jurídico venezolano, como regla general, se requiere de una ley especial que lo apruebe.

Sin embargo, no todo tratado requiere ser aprobado mediante una ley especial. El mismo artículo 128 de la Constitución contempla cuatro excepciones en las que no es necesaria una ley aprobatoria para que el Ejecutivo Nacional pueda válidamente celebrar un tratado o convenio internacional. Estas excepciones se refieren a aquellos tratados o convenios mediante los cuales se trate de: a) ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República; b) aplicar principios expresamente reconocidos por ella; c) ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales, y d) ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.

En esos casos, el procedimiento de incorporación del tratado se efectúa mediante un acto administrativo del Ejecutivo Nacional,

el cual puede consistir en un Decreto del Presidente de la República o una Resolución ministerial.¹⁰

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la ley aprobatoria del acto administrativo mediante los cuales se incorpora el tratado al ordenamiento jurídico interno? ¿Equivalen ellos a una transformación del tratado en una norma de derecho interno? Ciertamente, no.

En el caso de aquellos tratados que no requieren una ley aprobatoria, resulta evidente que el tratado como fuente de derecho interno se basta a sí mismo y que el acto administrativo —Decreto presidencial o Resolución ministerial— sólo persigue una implementación de éste, a fin de otorgarle su sanción interna y necesaria publicidad.

Tampoco las leyes aprobatorias de un tratado pueden ser consideradas como un acto de transformación del tratado en una ley interna. Si así fuese, de acuerdo al artículo 117 de la Constitución, que prescribe que las leyes solamente pueden derogarse mediante otras leyes, sería necesario para dejar sin efecto a un tratado la promulgación de una ley derogatoria de aquella que aprobó el tratado, lo que, por supuesto, no contempla la Constitución, ya que ello significaría el absurdo de no admitir la procedencia de las causales de terminación del tratado que éste mismo pueda contemplar o que puedan surgir del derecho internacional.

En realidad, en estricta lógica, el tratado y la ley aprobatoria constituyen dos actos independientes y de naturaleza jurídica diferente. Lo que rige como derecho aplicable, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Constitución, es el tratado mismo y no la ley que lo aprobó, la cual, como señala acertadamente el profesor Gonzalo Pérez Luciani, constituye sólo un acto accesorio cuya finalidad es controlar o fiscalizar el acto principal que es el tratado.¹¹

10. Al respecto la práctica, aunque no siempre coincidente, ha consistido en poner en vigencia interna mediante un Decreto presidencial aquellos tratados que por su contenido requieran la actividad de Ministerios diferentes al de Relaciones Exteriores y utilizar una Resolución ministerial cuando la ejecución del tratado le corresponda únicamente al Ministerio de Relaciones Exteriores.

11. Gonzalo Pérez Luciani: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales". *Revista de la Facultad de Derecho*. UCAB, N° 4. Caracas, 1966-1967, p. 39.

3. *El conflicto entre un tratado y las normas jurídicas internas de Venezuela*

Vinculado al problema de la recepción del derecho internacional, se encuentra el de su jerarquía en relación a la legislación propiamente nacional. En otras palabras, ¿cuál de los dos ordenamientos jurídicos debe primar en Venezuela en caso de conflicto entre ellos? Aunque no existe una disposición constitucional expresa al respecto, la interpretación de la Constitución —la que exige que los tratados, por regla general, deban ser aprobados mediante una ley especial— permite concluir que dentro del sistema jurídico venezolano el tratado, a los efectos de su aplicación interna, se encuentra equiparado a la ley. En consecuencia, de mediar un conflicto entre un tratado y una ley, deberá primar aquel que sea posterior, a menos, claro está, que se haya dispuesto expresamente la primacía de determinados tratados, como ocurre con los relativos al derecho internacional privado, según lo ordena el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil.

Por supuesto, que el tratado, al tener el mismo valor que la ley, se encuentra siempre subordinado a la Constitución, aun en el caso de que sea posterior a ella.

Este criterio se puede desprender de una importante sentencia dictada el 29 de abril de 1965 por la Corte Suprema de Justicia, a raíz de una solicitud de nulidad parcial de la ley aprobatoria del Tratado de Extradición de 1922 celebrado entre Venezuela y Estados Unidos de América. Si bien la Corte Suprema se declaró incompetente para conocer dicha solicitud de nulidad, debido, entre otras consideraciones, a que el "ordenamiento jurídico venezolano no permite la anulación, por voluntad unilateral, de una norma del orden jurídico internacional contraria a la Constitución Nacional" y a que "la intención del Poder Constituyente fue evidentemente sustraer los tratados internacionales, una vez celebrados y perfeccionados al control jurisdiccional de la constitucionalidad"; en otras de sus motivaciones, la Corte Suprema sostuvo el siguiente criterio con respecto al conflicto que pueda plantearse entre un tratado y una norma jurídica interna de Venezuela: es indudable que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales, por revestir ellos en el

ordenamiento interno la modalidad de leyes conforme a nuestra técnica constitucional.

Esta solución de equiparar el tratado a la ley a los efectos de su jerarquía, parece ser la predominante en el estado actual de las relaciones internacionales. Si bien algunos Estados europeos como Francia, los Países Bajos y la República Federal de Alemania, asignan al tratado un valor superior a la ley, la gran mayoría de los países latinoamericanos, Italia, Suiza y los Estados Unidos de América, entre otros, han optado, como en Venezuela, por conferir al tratado el mismo valor que a la ley.

De ese modo, en caso de conflicto entre ambos, primará el acto posterior: *lex posteriori derogat priori*.

La igual jerarquía del tratado respecto de la ley —y con mucha mayor razón la superior jerarquía de los tratados de derecho internacional privado, los que de acuerdo con el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil tienen un valor supralegal— viene a confirmar, por otra parte, el rechazo a la noción dualista. En efecto, de acuerdo a esa explicación, no cabe conflicto alguno entre ambos, toda vez que según los dualistas el tratado no puede llegar a regir internamente. Al admitirse, como lo ha hecho la jurisprudencia, que cabe esa posibilidad de conflicto, aunque a los efectos de la subordinación del tratado a la Constitución se haya afirmado que, de acuerdo a la técnica constitucional, éstos revisten la modalidad de leyes, se está admitiendo que el tratado mismo rige dentro del orden jurídico interno.

4. *La recepción de las resoluciones de las organizaciones internacionales*

En el caso de las resoluciones o decisiones de organizaciones internacionales a las que pertenece Venezuela —ONU, OEA, OPEP, etc.—, cuando dichas resoluciones o decisiones están destinadas a producir efectos dentro del país, su recepción, como tales, al ordenamiento jurídico interno se efectúa mediante un acto administrativo del Ejecutivo Nacional y su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República, es decir, el procedimiento de incorporación de tales resoluciones o decisiones es similar al que se emplea respecto de los tratados que no requieren ser aprobados mediante una ley.

Sin embargo, en el caso de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino), se ha adoptado el criterio de que ciertas decisiones deben estar sujetas a la aprobación por parte del Congreso Nacional mediante una ley. En efecto, según el párrafo primero del artículo único de la ley aprobatoria del Acuerdo de Cartagena, las decisiones que adopte dicha Comisión requieren la aprobación mediante ley del Congreso Nacional... si modifican la legislación venezolana, o sea, materia de la competencia del Poder Legislativo.

De acuerdo, pues, el criterio del legislador para determinar la incorporación al ordenamiento jurídico interno de las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena es necesario distinguir entre: a) aquellas decisiones que por su materia modifican la legislación venezolana o son de la competencia del Poder Legislativo, como por ejemplo, la Decisión N° 24 relativa al "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, licencias y regalías", las cuales requieren ser aprobadas mediante una ley del Congreso Nacional; b) aquellas en las que se trata de materias que no se encuentran reguladas por una ley, ni son de la competencia del Poder Legislativo, como los reglamentos de ejecución, las que pueden ser puestas en vigencia por el Ejecutivo Nacional a través de un mero acto administrativo.

Nada hay, pues, en la práctica seguida para la recepción de las resoluciones de las organizaciones internacionales que indiquen que no sean estas mismas las que se cumplen internamente. Aun en las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifican la legislación venezolana o inciden en la competencia del Poder Legislativo, la exigencia de su aprobación mediante una ley —que, desde otro punto de vista, podría parecer excesiva y debilitaría la función comunitaria del órgano legislativo del Pacto Andino— cumple la misma finalidad que la ley aprobatoria de los tratados, esto es, controlar que satisfagan el interés nacional, pero sin impedir que sea la decisión misma la que como tal se cumpla internamente.

5. *La recepción de la costumbre internacional y de los principios generales de Derecho Internacional*

Probablemente el problema de la recepción de la costumbre internacional y de los principios generales de derecho internacional al ordenamiento jurídico venezolano sea la más difícil de resolver

debido a la falta de un texto legal expreso de tipo general que regule el asunto y a la carencia de precedentes jurisprudenciales significativos al respecto.

Desde luego, conviene precisar que para que este problema se pueda suscitar no debe existir ningún tratado o ley, pues de haberlos, se aplicarían preferentemente sobre las reglas consuetudinarias o los principios generales de derecho internacional. Asimismo, la costumbre y los principios deberán estar suficientemente comprobados como tales.

De cumplirse estos dos requisitos —falta de tratado o de la ley interna que regule la materia, y demostración de la existencia de una costumbre internacional o de un principio general de derecho internacional—, es posible sostener la procedencia de la incorporación automática al ordenamiento jurídico venezolano de esas dos fuentes de derecho internacional.¹²

Esta solución ha sido ya aceptada por el legislador venezolano en los casos de aplicación del derecho internacional privado respecto de la incorporación de los principios generales de derecho internacional. En efecto, el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil prescribe:

En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la Nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente.

Realmente no se divisan inconvenientes para que esta misma solución sea aplicable a las costumbres y principios generales del derecho internacional público cuando no exista un tratado o una ley que regule el asunto. Con esas limitaciones se produciría automáticamente su recepción al ordenamiento jurídico interno.

12. La incorporación de la costumbre y de los principios generales de derecho internacional, a falta de tratado o ley expresa, ha sido aceptada por los tribunales de varios Estados, cuyas constituciones —al igual que la de Venezuela— no contienen normas relativas a la recepción por el derecho interno de las fuentes no convencionales del derecho internacional. Es el caso, entre otros, de la jurisprudencia de los tribunales de Argentina, Bélgica, Chile, Francia, Suiza y Uruguay.

6. Conclusiones

El hecho de que la Constitución de 1961, contrariamente a las del siglo pasado y a las del comienzo del presente, no se haya referido expresamente al problema de la recepción del derecho internacional, no significa que con ello el constituyente haya negado que éste sea parte integrante del orden jurídico venezolano.

Así, en lo que respecta a los tratados, son éstos los que, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Constitución para su aprobación, rigen como derecho aplicable y no su ley aprobatoria, la que tiene una función accesorio, cual es la de controlar que el acto principal que es el tratado se adecúe al interés nacional.

Producida en esa forma la recepción de los tratados, ellos pasan a tener dentro del ordenamiento jurídico venezolano, por regla general, el mismo valor de la ley, por lo que en caso de conflicto primaría el acto que sea posterior.

Del mismo modo, aquellos tratados que según el artículo 128 de la Constitución no requieren de previa aprobación legislativa y las resoluciones válidamente adoptadas por las organizaciones internacionales de las que Venezuela forma parte no requieren ser transformadas en derecho interno, por lo que su recepción se produce mediante un mero acto administrativo del Ejecutivo Nacional y su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República. Tan sólo aquellas decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifican la legislación venezolana o inciden en la competencia del Poder Legislativo, requieren, al igual que los tratados, de la aprobación de una ley del Congreso Nacional. Es posible que esa exigencia parezca demasiado estricta y pueda contribuir a debilitar el poder de los órganos comunitarios, aunque la decidida vocación integracionista del Parlamento venezolano, hasta ahora, no ha significado ninguna dificultad en cuanto al cumplimiento de tales decisiones.

En lo que respecta a la costumbre internacional y a los principios generales de derecho, su recepción al ordenamiento jurídico interno se produce en los casos que no exista un tratado o una ley sobre la materia y que dichas fuentes se encuentren debidamente probadas como tales. Esta solución, que es la que generalmente admiten las legislaciones o jurisprudencias de otros países, en Venezuela se encuentra avalada por la norma contenida en el artículo 8º del Código de Procedimiento Civil.

De lo expuesto se desprende que, aunque bajo modalidades propias, el cumplimiento y recepción de las reglas del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno no presenta mayores inconvenientes.

No se trata de expresar con ello que el ordenamiento jurídico venezolano responde íntegramente a la concepción monista, la que doctrinariamente, en su forma más radical al menos, no deja también de ofrecer ciertos reparos. Pero sí cabe sostener que al no necesitarse la previa transformación del derecho internacional en nacional, el dualismo no se conforma con la práctica seguida por los órganos administrativos y judiciales ni con la propia Constitución.

En tal sentido, la recepción del derecho internacional en Venezuela pareciera estar inspirada con consideraciones menos rígidas y más pragmáticas en las que junto con resguardarse el interés y la soberanía nacional, se toma en consideración el hecho innegable de ser Venezuela parte integrante de la comunidad internacional.

DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL, DERECHO INTERNO Y JUSTICIA SOCIAL INTERNACIONAL

JUAN CARLOS PUIG

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. SEGÚN EL DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL. A. *El problema de la unidad o pluralidad de los respectivos sistemas de fuentes*. 1. La doctrina. a) Dualismo. a') Crítica externa. b') Crítica interna. b) Monismo. c) Fundamento trialista del monismo. a') Dimensión sociológica. b') Dimensión normológica. c') Dimensión dikelógica: la justicia social internacional. d) Los pragmáticos. a') Énfasis en las soluciones nacionales. b') Artificiosidad de la controversia. c') Pluralismo y colaboración. 2. La práctica. B. *El problema de la jerarquización*. 1. La doctrina. a) Monismo normativista. b) Monismo solidarista. c) Crítica del monismo. a') Debilidad heurística. b') Dificultades empíricas. c') Dificultades preceptivas. d) La práctica de los Estados. d) Fundamento trialista del monismo. a') Dimensión normológica. b') Dimensión sociológica: el régimen internacional. c') Dimensión dikelógica: la justicia social internacional. 2. La práctica. II. SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA. 1. Observaciones preliminares. 2. Cláusulas relevantes de la Constitución de 1961. 3. Interpretación. a) Interpretación histórica. a') Manifestaciones extranormativas. b') Manifestaciones normativas. b) Interpretación literal. c) El problema del Derecho consuetudinario internacional. 4. Doctrina. a) Tradición constitucional. a') Crítica interna. b') Crítica externa. b) Razones históricas. a') Crítica interna. b') Crítica externa. c) Jurisprudencia. d) Leyes ordinarias que imponen la aplicación preferente de normas internacionales. e) Carácter transformador de la ley aprobatoria de un tratado. f) Normas penales internas que establecen sanciones para delitos *juris gentium*. 5. Jurisprudencia.

INTRODUCCION

El análisis de las relaciones entre el Derecho de la comunidad internacional y el Derecho interno venezolano, a la luz de la Constitución de Venezuela, lleva ineludiblemente a efectuar algunas consideraciones preliminares acerca de los aspectos teóricos genéricos del tema, que todavía en la actualidad suscita controversias profundas.

En nuestro caso particular, ello es obligado porque creemos, y así lo hemos señalado en trabajos anteriores,¹ que la cuestión no ha sido planteada en sus reales términos. En primer lugar, debido a la aplicación de doctrinas jurídicas anticuadas (es el caso de la del fundador del dualismo, Triepel) o unilaterales (como el solidarismo de Scelle) y, luego, porque por lo general no se comprende debidamente la diferencia entre los dos planos a los que se aplica la reflexión. Desde el ángulo visual del Derecho de la comunidad internacional, puede llegarse a la conclusión de que el Derecho vigente establece la unidad normativa con el Derecho interno y luego la primacía del Derecho de la comunidad internacional sobre el interno (con las aclaraciones que haremos luego), *pero ello no obsta a que los Estados puedan, provisionalmente, adoptar otras posiciones monistas o dualistas*, tal como lo ha señalado diáfananamente Verdross.

Decimos provisionalmente, porque tal solución, dentro del Derecho interno, puede ser "operativa" debido al grado de descentralización existente en el orden jurídico internacional. Aun dentro de una concepción monista extrema, no se puede impedir que en el ámbito estatal se adopten posiciones dualistas, legislativas o jurisdiccionales, hasta que el conflicto que así se plantea entre la norma interna y la internacional sea resuelto en "sede internacional", porque entonces "caería" la norma interna contradictoria de la internacional (o, por lo menos, sus repercusiones jurídicas).

Esta situación no debe sorprender, porque es normal en todo ordenamiento jurídico descentralizado (en el sentido de que consta de ordenamientos jurídicos parciales subordinados que poseen sus propios órganos legislativos y jurisdiccionales). Por ejemplo, en el Derecho del Estado Federal, nadie pone en duda que el Derecho

1. V. nuestro estudio "Derecho de la comunidad internacional y Derecho interno", en *Estudios de Derecho y política internacional* (Buenos Aires, Depalma, 1970, pp. 265 y ss., y *Derecho de la comunidad internacional* (Buenos Aires, Depalma, 1974), pp. 204 y ss.

"federal" y el Derecho de los "entes federados" forman un solo Derecho (el Derecho nacional), a pesar de que muchas veces los órganos de los entes federados (especialmente los legislativos y jurisdiccionales) adoptan provisionalmente normas contrarias al Derecho federal.

Claro está que si esta contradicción finalmente llega a plantearse en la "sede federal" se resolverá ineludiblemente en favor de la preeminencia de la norma federal. Mas es posible que, por carecer de *locus standi* o simplemente por no molestarse en plantear el caso, el individuo perjudicado por la norma ilegal no recurra jurisdiccionalmente de tal ilegalidad, con la consecuencia de que la norma inferior, aun contradiciendo la superior, se siga aplicando. Tampoco cabe descartar que el juez del orden inferior, aunque jurídicamente ligado por el superior, afirme la legalidad de la norma ilegal, y que el caso "federal" por un motivo o por otro nunca llegue a plantearse. En estos casos, como es sabido, las doctrinas normativistas suponen que existe en todo ordenamiento jurídico una norma de habilitación según la cual el legislador "habilita" al juez a resolver un asunto de manera irreversible, convalidando cualquier equivocación en que pudiera haber incurrido al juzgarlo.

Por otra parte, también es necesario aclarar previamente que es preciso escindir el tema de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho de la comunidad internacional en dos cuestiones conexas pero metodológica y analíticamente separables: una, la de la unidad o pluralidad de los respectivos sistemas de fuentes; otra, la de la jerarquía de las normas que integran el ordenamiento integrado, una vez que se ha admitido la unidad sistemática de los hontanares.

Desde el punto de vista lógico, es previo el pronunciamiento acerca de la unidad o la diversidad de los referidos ordenamientos. Sólo después podrá plantearse el problema de su jerarquización. Pero ocurre que una vez admitido el criterio unitario, es analíticamente erróneo considerar sólo la primacía del orden internacional o la del orden interno, porque las normas integradoras del Derecho de la comunidad internacional pueden muy bien jerarquizar a determinadas capas normativas, originalmente internas, en detrimento de capas normativas típicamente internacionales, y el resultado bien puede ser un "mosaico" de injertos antes que una jerarquización *in totum* del Derecho interno o del Derecho internacional. Por lo demás, y para avanzar un poco nuestro punto de vista, es lo

que creemos que ocurre, y esta apreciación falsa de la "cuestión jerarquizante" es la que ha ocasionado no pocos malentendidos, como veremos luego.

La controversia dualismo-monismo, falsamente planteada, ha tenido también repercusiones preceptivas erróneas. Así, hay quienes señalan que el dualismo o el monismo con primacía del Derecho interno amparan mejor la soberanía del Estado que el monismo prevalentemente internacional. Si se aceptan las consideraciones anteriores según las cuales en "sede internacional" seguramente el juzgador proclamará la supremacía internacional (aunque "provisionalmente" puedan adoptarse en el orden interno soluciones dualistas), ocurre que el dualismo más bien agrava la responsabilidad internacional del Estado ya que, en última instancia, se decretará la prevalecencia de la norma internacional y, por tanto el Estado infractor deberá proporcionar la debida reparación por el entuerto cometido.

Claro está que el Estado podrá de todos modos mantener su posición, pero técnicamente lo que entonces se plantea no es la "relación entre Derecho interno y Derecho de la comunidad internacional", sino el "surgimiento de Derecho revolucionario". Por otra parte, como determinados tratados preservan la "autonomía", o sea, la capacidad de decisión propia de un Estado, aunque significa que una limitación a su "soberanía" (por ejemplo, tratados de integración autonomistas), no siempre el mantenimiento de la soberanía (formal, normativa) significa en el fondo una mayor autonomía. Lo que, en otras palabras, quiere decir que el incumplimiento de un tratado internacional de ninguna manera asegura una real autonomización estatal por ese solo hecho, y muchos menos una posición progresista.

Mas una profundización del problema lleva a advertir que gran parte de los desfases y *quidproquos* suscitados se deben al empleo de herramientas científicas y metodológicas inadecuadas. O se parte de una perspectiva estrictamente normativa (Kelsen, Guggenheim), o de un repartismo autoritarista estatal, en sí mismo una ficción (Triepel), o de un jusnaturalismo basado en la naturaleza humana social pero concreta (Scelle), o de un bidimensionalismo mormológico-dikelógico, excesivamente formalista (Verdross). Como el fenómeno jurídico es complejo e integra conducta, norma y justicia, de aquí que un tema crucial como el examinado no pue-

da ser resuelto con aproximaciones unilaterales o, a lo sumo, bilaterales, aunque desprovistas de contenido. Veremos, pues, cómo una aproximación metodológica trialista aclara perfectamente el panorama, sobre todo cuando se integra con una concepción dikelógica funcionalmente adaptada a las expectativas de una dramática transición hacia formas más justas de convivencia. En este sentido, la doctrina de Rafael Caldera acerca de la justicia social internacional, plena de contenido, contribuye a afirmar y comprender el sentido dikelógico de la primacía internacional ya que, al destacar el papel de la justicia como categoría planetaria, postula ineludiblemente la subordinación del bien común individual de los Estados al bien común universal.

De acuerdo con las reflexiones anteriores, que profundizaremos en nuestro estudio, se pone de manifiesto, en primer término, la unidad de los mundos jurídicos internacional y estatales, y luego, una peculiar jerarquización tipo "injerto", pero con primacía del Derecho de la comunidad internacional.

La Constitución de Venezuela de 1961, correctamente interpretada, así como la legislación y la jurisprudencia relevantes, confirman este punto de vista, y la convierten en una de las más avanzadas de América Latina.

I

SEGUN EL DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

A. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE LOS RESPECTIVOS SISTEMAS DE FUENTES

1. *La doctrina.* Se enseña tradicionalmente que dos son las principales teorías que ofrecen soluciones al problema planteado por las relaciones entre Derecho interno e internacional: monismo y dualismo. Sin embargo, no debe dejarse de lado el hecho de que también existen corrientes pragmáticas que consideran inconveniente toda construcción doctrinal para explicar este fenómeno y sus consecuencias, y, por otro lado, que una fundamentación trialista del monismo aclara mucho mejor su funcionamiento y sus posibilidades heurísticas.

a) *Dualismo*.¹ Para esta corriente, ambos ordenamientos son algo así como compartimientos estancos: "dos círculos en íntimo contacto pero que no se superponen".² Por eso, según el criterio dualista, una norma no tiene vigencia automática en el Derecho interno, y viceversa, a menos que ella haya sido "incorporada" al ordenamiento de que se trate según los procedimientos de creación establecidos por las respectivas normas integradoras que, por eso mismo, derivan de fuentes diversas pertenecientes a sistemas independientes. La "incorporación" implica por tanto una "recepción" del contenido de la norma internacional por la norma interna (o viceversa) o, para decirlo todavía más claramente, su "transformación" normativa.

La consecuencia es que una vez "incorporada" o "transformada" la norma internacional, como tal, ya no cuenta para el Derecho interno sino la norma interna que, en base a una fuente interna, reproduce su contenido.

Por tanto, fuentes del Derecho interno pueden "producir" normas contradictorias de normas internacionales, sin que tal contradicción repercuta sobre su vigencia respectiva, ya que pertenecen a "Derechos" distintos.

Heinrich Triepel, a quien pertenece el mérito de haber analizado por primera vez en forma exhaustiva y científica el tema de las relaciones entre estos ordenamientos jurídicos, ha sido también el primer expositor del dualismo y de su fundamentación.³ Como su teoría tuvo una enorme repercusión y aun hoy inspira —directa o indirectamente; consciente o subconscientemente— a los dualistas, conviene recordarla, por lo menos en sus rasgos fundamentales.

Para Triepel, son dos los criterios significativos que permiten justificar la independencia de dos ordenamientos jurídicos; el de las

1'. A veces se emplea la expresión pluralismo para designar a esta tendencia. Preferimos la de dualismo por ser la tradicional y porque, en el fondo, refleja mejor su contenido: la independencia de dos "tipos" de ordenamiento jurídicos, aunque uno de ellos esté compuesto a su vez por numerosos ordenamientos, estructuralmente similares.

2. Triepel, Heinrich: "Les rapports entre le Droit interne et le Droit international", en *Recueil des Cours*, 1923, Tomo I, p. 235.

3. En su conocida obra *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899, traducida al italiano por Buzzati: *Diritto internazionale e Diritto interno*, Turín, 1913, actualizada luego en un curso profesado en la *Académie de Droit International*, de La Haya, ya citado. Cf. también la primera obra de Dionisio Anzilotti reflexivamente dualista: *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel Diritto internazionale*, Florencia, 1902, pp. 29 y ss

relaciones sociales que rigen y el de las *fuentes* en que sus normas se originan.

Aplicados estos criterios a los Derechos que nos preocupan, resulta que mientras el Derecho interno —según Triepel— rige las relaciones entre individuos, el Derecho internacional se ocupa de relaciones entre Estados; mientras aquél tiene su fuente en la voluntad del Estado, éste fundamenta su vigencia en la "voluntad común de los Estados" (*Gemeinwille*). Por consiguiente, siendo diversas tanto la fuente como las relaciones sociales que regulan, Derecho interno y Derecho internacional no pueden ser menos que Derechos distintos, así como lo son, por ejemplo, el Derecho venezolano y el Derecho francés. La consecuencia —rigurosamente lógica— del dualismo es, como ya vimos, la absoluta necesidad de la "incorporación" o "recepción" del Derecho internacional en el interno, para que las normas de aquél puedan legalmente aplicarse dentro del Estado.

Por otra parte, según sea la ubicación jerárquica de la fuente que, dentro del Derecho interno, opera la transformación, así también será la primacía normativa de esta norma. Los dualistas no descartan que la incorporación pueda hacerse globalmente, o sea, de todo el Derecho internacional en el interno, mediante normas "en blanco" desde el punto de vista específico, las "*rezipiendierte Blankettrechtssätze*", de que hablaba Triepel.⁴ Como lo exponía muy claramente Prospero Fedozzi: "Disposiciones de este tipo tienen por fin obligar a los órganos del Estado y a sus súbditos a conformarse a las reglas del Derecho internacional general sin que deban esperar un mandamiento especial del Estado que transforme en cada caso las reglas del Derecho internacional en reglas de Derecho interno. Las reglas del Derecho internacional sólo se dirigen a los Estados, obligándolos a tomar las medidas necesarias para hacerlas ejecutorias en el dominio del Derecho interno. Pero, según el Derecho internacional, los Estados tienen la alternativa de dictar tales normas en cada caso o de ordenar con una regla general, de una vez por todas, que los órganos del Estado están obligados a aplicar las reglas del Derecho Internacional".⁵

No es, pues, que Tiepel —y los dualistas— nieguen que deba existir una concordancia entre el Derecho de la comunidad interna-

4. *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 192.

5. Fedozzi, Prospero: *Introduzione al Diritto internazionale e Parte generale*, Padua, Cedam, 1938, p. 26.

cional y los Derechos estatales. En realidad, el Estado está obligado a ello, puesto que la "voluntad común" es superior a su voluntad individual. Lo que ocurre es que tal concordancia sólo puede establecerse a través de la creación de normas internas. Justamente el conjunto de estas normas es llamado por Triepel *Derecho "interno internacionalmente indispensable"*.

a') *Crítica externa.* La principal crítica que puede hacerse a la doctrina de Triepel y, en general, a la dualista, es la externa, la cual por cierto muy raras veces se efectúa. El dualismo surgió dentro de un contexto estructural y teórico que hace tiempo dejó de ser válido. En efecto, hasta llegar a la Primera Guerra Mundial, prevalecía en la ciencia jurídica la concepción positivista inaugurada por John Austin, según la cual se entendía por Derecho el conjunto de ordenanzas del soberano, y por tanto, no existiendo "soberano" en la comunidad internacional, el Derecho internacional no era otra cosa que un "sistema de moralidad positiva", mas de ninguna manera jurídico.⁶

Por otra parte y, desde el punto de vista estructural, estaba claro que la comunidad internacional se presentaba como un conjunto de Estados que mantenían interrelaciones entre sí, y que el Derecho internacional tenía por objeto reglar estas relaciones. Es lo que en trabajos anteriores hemos llamado la concepción atomisma de la comunidad internacional.⁷

Por eso, Triepel y muchos internacionalistas del siglo XIX y principios del XX, se esforzaron por fundamentar el carácter jurídico del Derecho internacional "dentro" de la concepción estructural predominante y, sobre todo, "dentro" de la doctrina positivista en boga.⁸ El concepto de "voluntad común de los Estados", que es el

6. Austin, John: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Londres, 1899, pp. 63 y ss. Para una exposición global de la doctrina de Austin y su crítica, ver nuestro estudio "Doctrinas del Derecho internacional público. Ensayo de sistematización", en *Revista de la Escuela Superior de Guerra*, Buenos Aires, mayo-junio, 1974, N° 341, pp. 125 y ss.

7. Puig, Juan Carlos: "Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional", en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, julio-septiembre, 1978, Año I, N° 1, pp. 97 a 99.

8. Cf. Puig, Juan Carlos: *Derecho de la comunidad internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, Vol. I, Parte general, pp. 171 a 173. Por otra parte, si bien la elaboración teórica del dualismo pertenece a Triepel, elementos sustanciales de ella provinieron de la doctrina del Derecho público alemán: Jellinek, Zorn, Laband. Este último autor, por ejemplo, había sostenido enfáticamente una de las piezas claves de la estructura dualista: que un tratado no puede tener por sí mismo ningún efecto jurídico en el ámbito estatal: "Ein Staatsvertrag hat

eje de la teoría triepeliana, responde a la necesidad heurística de encontrar un "superior político" en la comunidad internacional, pero, obviamente, esto es una ficción. El mismo Triepel se hacía cargo de que no quedaba suficientemente claro por qué la *Gemeinwille* produce en los Estados la conciencia de la obligatoriedad. Pero afirmaba que este problema no podía ser resuelto jurídicamente y que en el fondo se trataba de un hecho que bastaba comprobar." No es que las ficciones sean criticables en sí mismas, pero su validez como instrumental heurístico está condicionado a su utilidad para hacer más inteligible la realidad que se intenta describir. Como veremos luego, la comunidad internacional ya no presenta una estructura atomista, y el positivismo jurídico hace rato que dejó de ser predominante. Esto es lo que explica las debilidades de la doctrina en el momento actual.

b') *Crítica interna.* Normativistas y solidaristas son los que han efectuado esta parte de la crítica. Sometiendo el dualismo al riguroso análisis lógico y sociológico, respectivamente, que los caracteriza, pusieron en claro sus inexactitudes; debidas en gran parte —desde este ángulo visual— a los excesos del conceptualismo, vicio común de la ciencia jurídica del siglo XIX. Si se toma, por ejemplo, el criterio de las relaciones sociales que rigen los respectivos Derechos, se advierte que la contraposición entre relaciones interestatales y relaciones interindividuales no conforma. Dentro de una perspectiva jurídica normativa, Estado no es a la postre más que un concepto que halla explicación dentro del género "sujetos de Derecho". Pero si se rasga el velo de la personalidad jurídica, tras él aparecen los individuos; hombres de carne y hueso que forman la población del Estado y que también dan origen a las relaciones que el Derecho internacional regula. Georges Scelle profundizaría este análisis, exagerando la versión holística, al señalar que las relaciones internacionales son en verdad relaciones "individuales o intergrupales que se establecen por encima de las fronteras".¹⁰

Si luego analizamos el criterio de las fuentes, debemos advertir en primer término que "fuente" en el sentido en que Triepel

an und für sich gar keine Rechtswirkungen nach Innen (gegen Behörden und Untertanen), sondern einzig und allein nach Aussen". *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübinga, 1911, 5ª edición, p. 127.

9. Cf. Puente Egido, José: *La teoría para el Derecho y la Ciencia del Derecho internacional*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1962, p. 99.

10. Scelle, Georges: *Manuel de Droit international*, París, 1948, p. 19.

emplea el término, quiere significar la razón de la exactitud normativa; hace referencia a los hechos que explican por qué la norma se cumple y que, por tanto, otorgan al Derecho su "positividad"¹¹ o "juridicidad",¹² para utilizar términos acuñados por la doctrina italiana. Pero ocurre que el fenómeno del surgimiento y del cumplimiento del Derecho es muy complejo, y la simplista explicación tripeliana —aparte de constituir una ficción anacrónica, según vimos en la crítica externa— no resulta muy esclarecedora. En el fondo, los mismos "gobernantes" que originan el Derecho del Estado son los que se ponen de acuerdo para hacer surgir el Derecho internacional...

b) *Monismo*. Si los sujetos alcanzados en última instancia por las normas internas y las internacionales son los mismos, la conclusión lógica a la que debe llegarse ineludiblemente es que ambas deben pertenecer a un ordenamiento jurídico unitario. Es inadmisibles que normas contradictorias pueden ser igualmente "válidas" como lo postula el dualismo, puesto que tanto la norma interna como la norma internacional describen ordenanzas sobre materias potencialmente coincidentes que se dirigen a los mismos órganos del Estado; éstos no podrían al mismo tiempo obedecer mandamientos contradictorios. Esta es, en extrema síntesis, la posición de los monistas normativistas (Kelsen, Guggenheim, Verdross).¹³

Scelle y sus seguidores, en cambio, fundamentan el monismo jurídico en el monismo intersocial, que informa al Derecho "objetivo". La sociedad internacional es única y, por tanto, su Derecho también lo debe ser. Si el Derecho positivo internacional consagra una solución distinta, lo único que cabe afirmar es que se trata de un no-Derecho y que a la postre cederá ante el verdadero que es el objetivo, el que espontáneamente fluye de un grupo humano.¹⁴

11. Giuliano, Mario: *La comunità internazionale e il Diritto*, Padua, Cedam, 1950, pp. 221 y ss.

12. Ago, Roberto: "Droit positif et Droit international", en *Anuaire Français de Droit International*, 1957, p. 25.

13. Kelsen, Hans: *Principios de Derecho internacional*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, trad. Caminos y Hermida, pp. 346 y ss.; Guggenheim, Paul: *Traité de Droit international public*, Ginebra, Librairie de l'Université, 1953, Tomo I, pp. 21 y ss.; Verdross, Alfred: *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1967, 4ª ed., trad. Antonio Truyol y Serra, pp. 63 y ss.

14. Para la exposición y crítica del solidarismo como "jusnaturalismo concreto", ver nuestro artículo "Justicia y realidad social internacionales. Reflexiones teóricas y repercusiones sobre la autonomía latinoamericana", en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, octubre-diciembre, 1978, Año I, N° 2.

c) *Fundamento trialista del monismo.* El fenómeno jurídico internacional es complejo y lo integran tanto la norma, como la conducta y la justicia.¹⁵ Por eso, los términos en que se plantea la correlación entre ordenamientos jurídicos globales presumiblemente vinculados no se podrán discernir con claridad mientras no se descubran en cada una de aquellas dimensiones, con arreglo a sus metodologías particulares, la conexión real existente entre las respectivas fuentes y, secundariamente, la dimensión más gravitante para el caso de que se planteen soluciones dispares. Es lo que Werner Goldschmidt denomina el método de la declinación trialista.¹⁶

a') *Dimensión sociológica.* Desde este punto de vista, las reflexiones de Georges Scelle son correctas en principio. Sin embargo, vale la pena efectuar algunas precisiones. Scelle supone la existencia de la sociedad internacional como un "dato" de la realidad, que no se molesta en probar empíricamente. De aquí que muchas veces sus afirmaciones son claramente subjetivas y conforman, como algunos de sus críticos lo han señalado con acierto, un Derecho natural críptico.¹⁷

En estudios anteriores,¹⁸ hemos demostrado que si bien existen elementos societarios en la comunidad internacional actual y por eso no puede soslayarse la presencia de un régimen u orden de conductas de reparto internacional, todavía los elementos comunitarios son significativos. De aquí que la coordinación entre los Estados subsista y que éstos mantengan un grado de autonomía jurídica importante. Esta comprobación tiene gran relevancia, no tanto en lo que se refiere a la fundamentación del monismo propiamente dicho sino —como veremos—, en la cuestión de la jerarquización normativa y sus consecuencias.

b') *Dimensión normológica.* Las reflexiones de la *reine Rechtslehre* son en esta dimensión irrefutables. Pero resulta mucho más "creíbles" si se conectan con las conclusiones que derivan del

15. No es este el momento de explicar en profundidad los fundamentos de este aserto. Puede consultarse al respecto nuestro *Derecho de la comunidad internacional*, cit., pp. 1 a 40, y, desde el punto de vista de la Teoría general del Derecho, Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1976, 5ª edición.

16. *Ibidem*, pp. 31 a 33.

17. Kunz, Josef L.: "Natural-Law Thinking in the Modern Science of International Law", en *The Changing Law of Nations*, Ohio State University Press, 1968,

18. Puig, Juan Carlos: *Derecho de la comunidad internacional*, cit., pp. 41 a 89.

análisis de la realidad social internacional. La existencia de un "régimen", internacional (o sea, un subsistema político internacional) lleva necesariamente a postular un Derecho mundial unitario. De la misma forma como la norma describe conductas de reparto, así también un Derecho unitario y global debe describir el orden de conductas de reparto internacional.

c') *Dimensión dikelógica: la justicia social internacional.* Si la justicia es un valor natural y absoluto,¹⁹ también está claro que no pueden ser igualmente válidos criterios contradictorios de valor: el interno y el internacional. Es lo que en el plano jurídico ha destacado Rafael Caldera con su doctrina de la justicia social internacional: si en muchos Estados se ha avanzado en el conocimiento de la justicia y se ha amparado al débil contra el fuerte a pesar de criterios formalistas de justicia distributiva, la comunidad internacional debe seguir el mismo camino: "La antigua idea de justicia, interindividual e igualitaria, no daba suficiente reconocimiento a la existencia de la sociedad como un ente real, que tiene derecho a todo lo necesario para su existencia y perfeccionamiento, compuesta, a su vez, de personas, cada una de las cuales tiene derecho a reclamar de la sociedad las condiciones necesarias para lograr mediante su trabajo una existencia humana y digna. Trasládese este panorama al ámbito de la comunidad internacional, cuyos integrantes son los pueblos y obsérvese que el actual Derecho internacional aplica una concepción de justicia similar a la de la justicia interindividual, teóricamente igualitaria y esencialmente inorgánica. Si la comunidad internacional existe —como lo creemos y como a diario se proclama en incontables documentos—, ella tiene derecho a exigir de sus miembros todo lo necesario para asegurar su existencia y perfeccionamiento, y sus miembros, es decir los pueblos, tienen derecho a reclamarle las condiciones indispensables para asegurarse una vida humana y digna".²⁰

d) *Los pragmáticos.* Lo agudo de la controversia y la imposibilidad aparente de conciliación a través de muchos años entre las dos principales tesis sustentadas, ha hecho que algunos tratadistas hayan pretendido obviar la discusión, considerándola estéril, y ofre-

19. Ver Goldschmidt, Werner: *La ciencia de la justicia. Dikelogía*, Buenos Aires, Aguilar, 1958.

20. Caldera, Rafael: *Reflexiones de la Rábida*, Barcelona, Seix Barral, 1976, pp. 83 y 84.

cido nuevos enfoques que, en general, pueden llamarse pragmáticos. Creemos que, dentro de esta orientación muy genérica, se pueden englobar tres posiciones distintas: énfasis en las soluciones nacionales, artificiosidad de la controversia, pluralismo y colaboración.

a') *Énfasis en las soluciones nacionales.* Hay quienes soslayan de hecho la cuestión teórica examinando y estudiando únicamente y en forma empírica las soluciones que da el Derecho interno a la aplicación de normas convencionales y consuetudinarias internacionales. Como dice Mosler, el propósito es averiguar "en qué medida los tribunales y los demás órganos son autorizados según el Derecho del Estado a ejecutar las obligaciones de Derecho internacional que le incumben".²¹ Masters, tal vez el pionero en este tipo de estudios,²² Morgenstern,²³ Kraus²⁴ y Oliver²⁵ pueden señalarse como exponentes de esta tendencia.

Dentro de la perspectiva que venimos exponiendo, estos estudios son valiosos a condición de que no pongan en duda la "provisionalidad" de las soluciones adoptadas por los Estados en la cuestión.

b') *Artificiosidad de la controversia.* Es la posición de Gerald Fitzmaurice, quien sostiene "un punto de vista radical" con respecto a la entera cuestión: "toda la controversia monista-dualista es irreal, artificial y estrictamente fuera de lugar, por cuanto supone algo que debe existir para que pueda darse una controversia —y en los hechos no existe—, un ámbito común en el que los dos ordenamientos jurídicos en discusión tengan simultáneamente sus esferas de actividad".²⁶ Ahora bien, ¿cuál es este ámbito común? A través de lo ex-

21. Mosler, H.: "L'application du Droit international public par les tribunaux nationaux", en *Recueil des Cours* (1957, I), Tomo 91.

22. Masters, R. D.: *International Law in International Courts. A Study of the Enforcement of International Law in German, Swiss, French and Belgian Courts*, Nueva York, Columbia University Press, 1932.

23. Morgenstern, F.: "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", en *British Yearbook of International Law*, 1950, Tomo XXVIII, pp. 42 y ss.

24. Kraus, H.: *Der deutsch Richter und das Völkerrecht*, Festschrift für Rudolf Laun zu seinen 70. Geburtstag, 1953, pp. 223 y ss.

25. Oliver, Covey T.: "Contemporary Problems of Treaty Law", en *Recueil des Cours* (1955, II), Tomo 88. En un curso reciente, este distinguido tratadista estadounidense retoma el tema, pero enfatizando el problema de la aplicación de los tratados en un Estado federal: "The Enforcement of Treaties by a Federal State", en *Recueil des Cours* (1974, I), Tomo I, 141.

26. Fitzmaurice, Gerald: "The General Principles of International Law", en *Recueil des Cours* (1957, II), Tomo 92.

puesto en otras partes del curso, parecería que fueran las conductas susceptibles de regulación jurídica: tendría que darse el "mismo conjunto de relaciones y transacciones".²⁷ Pero, justamente, y como lo señalamos al ocuparnos del dualismo, éste era en el fondo el principal argumento de Triepel, que ha sido refutado numerosas veces. En el fondo, negar que existe el problema de las relaciones entre el Derecho de la comunidad internacional y el Derecho interno implica adoptar la posición dualista.²⁸

c') *Pluralismo y colaboración.* Un penetrante análisis realizado por Michel Virally lleva a este autor a efectuar una crítica tanto del dualismo como del monismo. El dualismo no refleja adecuadamente la realidad, porque "es un hecho de que determinadas normas jurídicas internacionales reclaman su aplicación en el Derecho interno y no la pueden encontrar en otra parte. Otro hecho es que el Derecho internacional está obligado, en numerosos casos, a tomar en consideración la existencia y la validez de las normas estatales".²⁹ Pero el monismo también es irreal en cuanto postula que "el orden parcial no puede válidamente establecer más que aquellas normas que el orden superior lo autoriza a crear por delegación".³⁰

Al respecto, señala que el Estado surge espontáneamente: "encuentra en sí mismo, en la aquiescencia del grupo humano que él integra, el fundamento de su legitimidad. Todo orden estatal se autocrea y se desarrolla a partir de fuentes originarias que le son propias y que no tienen necesidad de referirse, para afirmar su validez, a ninguna norma superior. Es forzar la realidad afirmar que el Derecho internacional delega a las autoridades estatales las competencias necesarias para la creación del orden interno".³¹ Pero esto no quiere decir que el Derecho Internacional no sea superior a los Derechos estatales, porque esta "superioridad" es inherente a la definición misma de este Derecho y se deduce de ella inmediatamente.

27. *Ibidem*, p. 71.

28. Cf. Marek, Krystyna: "Les rapports entre le Droit international et le Droit interne à la lumière de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice internationale", en *Revue Générale de Droit International Public*, abril-junio, 1962, 3ª serie, Tomo XXXIII, N° 2, pp. 261 y ss. Virally, Michel: "Sur un pont aux ânes: les rapports entre Droit international et Droits internes", en *Mélanges offertes à Henri Rolin. Problèmes de Droit des gens*, París, Pedone, 1964, p. 491.

29. *Ibidem*, p. 491.

30. *Ibidem*, p. 493.

31. *Ibidem*, p. 494.

Todo orden jurídico confiere a los destinatarios de sus normas, derechos y poderes jurídicos que no podrían atribuirse sin él... "El Derecho internacional es inconcebible de una forma que no sea superior a los Estados, sus sujetos. Negar su superioridad implica negar su existencia".³²

Así, Virally llega a formular sus conclusiones: "Derecho internacional y Derechos internos constituyen, pues, dos órdenes que forman dos categorías distintas y autónomas en sus modos de creación, pero no rigurosamente separados. Por el contrario, reconocen mutuamente su validez respectiva y mantienen entre ellos relaciones múltiples, dominadas por el principio de la superioridad del Derecho internacional. Si se opta por fórmulas simplificadoras, se puede hablar de un pluralismo con primacía del Derecho internacional".³³

Lo que no se aclara suficientemente es cómo se manifestará en la práctica esta superioridad. El autor habla de *colaboración* entre los dos ordenamientos, a imagen de lo que ocurre entre los Derechos nacionales cuando, en materia de Derecho internacional privado, se aplica Derecho extranjero de acuerdo con un determinado punto de conexión en un caso jusprivatista internacional. En la relación Derecho internacional-Derecho interno, "uno se encuentra en presencia de innumerables problemas de colaboración, a los cuales hay que encontrar de manera realista, soluciones eficaces y simples".³⁴

No negamos que haya en esta formulación algunos grandes aciertos, cuales son, por ejemplo, la crítica de la artificiosidad del monismo normativo y la necesidad de tener en cuenta la realidad social autonómica del Estado. Es necesario corregir y comprender la estructura normativista en este problema, pero no se puede prescindir de ella a riesgo de caer en la indefinición de una "colaboración" cuyos términos precisos, jurídicamente hablando, no se pueden presentar por anticipado.

32. *Ibidem*, p. 497.

33. *Ibidem*, pp. 503 y 504.

34. *Ibidem*, p. 604. Cf., en el mismo sentido "pragmático", Cavaré, Louis: *Le Droit international public positif*, París, Pedone, 1967, 3ª ed., Tomo I, p. 173, y el sugerente aunque breve comentario de Giuseppe Sperduti, "In tema di rapporti fra Diritto comunitario e Diritto interno", en *Il Foro Italiano*, 1978, Tomo 101, Fasc. 2. Un interesante intento de desarrollar y aplicar concretamente la tesis de la "colaboración" se debe a Jean-Pierre Rougeaux, "Les renvois du Droit international au Droit interne", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1977, Tomo 81, Nº 2, pp. 362 y 385.

2. *La práctica.* El Derecho positivo internacional (en este aspecto, casi exclusivamente consuetudinario) no admite dudas respecto de que consagra la perspectiva monista. Ora en la jurisdicción internacional "desdoblada" (gobernantes estatales como jueces "en propia causa"); ora en los tribunales arbitrales o judiciales internacionales, normas internas e internacionales se alegan sin que jamás se plantee el problema de su "recepción", respectivamente, en el Derecho de la comunidad internacional o en los Derechos internos.

El examen, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, es particularmente significativo porque distinguidos "dualistas" de aquella época (nada menos que Dionisio Anzilotti entre ellos) la integraron, lo cual no obstó a que los fallos fueran generalmente monistas. El análisis ha sido hecho con particular meticulosidad y penetración por Krystyna Marek, y sus consecuencias son irrefutables, pues ha demostrado que un magistrado internacional no puede mantener una posición dualista, aunque doctrinalmente la sostenga en sus reflexiones teóricas, cuando se ve confrontando con las necesidades de fallar razonablemente en un litigio internacional: "Una doctrina dualista efectiva y consecuente —afirma— es incapaz de asegurar el funcionamiento adecuado del arbitraje y de la jurisdicción internacional, así como tampoco es idónea para asegurar el desarrollo y el progreso del Derecho internacional en general. Por el contrario, tal progreso exige el reconocimiento y la aplicación del principio de la unidad de los dos órdenes jurídicos, con penetración creciente del Derecho internacional en el Derecho interno".³⁵

B. EL PROBLEMA DE LA JERARQUIZACION

1. *La doctrina.* Una vez aceptada la posición monista, se plantea a continuación —como dijimos— el arduo tema de la jerarquía que ostentarán, dentro del ordenamiento unitario, las normas internacionales y las internas. Al respecto se presentan dos posiciones principales: la prevalecencia del Derecho interno o la del Derecho de la comunidad internacional. Sin embargo, puede considerarse que la primera de estas orientaciones ha sido abandonada. A pesar de que tuvo brillantes expositores,³⁶ nunca pudo explicar satisfacto-

35. Marek, Krystyna: *op. cit.*, p. 298.

36. Entre los últimos abogados del monismo a primacía interna, cabe señalar a Decencière-Ferrandière: "Considérations sur le Droit international dans ses rapports avec le Droit de l'État", en *Revue Générale de Droit International Public*, 1933.

riamente el carácter obligatorio del Derecho internacional para los Estados.³⁷

Así, pues, y para los propósitos de este artículo, conviene referirnos específicamente al monismo internacional. Tres principales corrientes se diseñan en él: normativista, solidarista y trialista.

a) *Monismo normativista*. Son conocidas las hesitaciones al respecto del padre del monismo, Kelsen. Descartada la posibilidad de que un tercer ordenamiento jurídico reglara los ámbitos de vigencia respectivos del Derecho de la comunidad internacional y de los Derechos internos, el ilustre jurista austríaco-estadounidense señaló que las dos posibles construcciones monistas eran en teoría igualmente aceptables y que no podía encontrarse un criterio teórico, objetivo, que obligara a preferir la primacía del Derecho nacional o la del internacional. En otras palabras, que tanto puede construirse la *Stufenbau des rechts* a partir de la norma fundamental del Derecho interno como a partir de la norma fundamental del Derecho de la comunidad internacional.³⁸ La preferencia por una u otra alternativa no es una cuestión teórica sino más bien personal y subjetiva.³⁹

Cierto es que, de todas maneras, Kelsen se inclinó definitivamente, luego de sus primeros trabajos dualistas, por el monismo con primacía internacional,⁴⁰ debido sobre todo a que la primacía del Derecho interno, aunque lógicamente posible, no podía conducir a resultados satisfactorios, ya que inducía fácilmente a la negación del Derecho internacional. Ciertamente es también que eminentes normativistas —Verdross, Kunz— señalaron desde el principio —y en el caso de Verdross aun antes de que Kelsen se pronunciara específicamente sobre el tema— que la primacía del Derecho de la comunidad internacional surge del Derecho positivo y que la soberanía del

37. Cf. Dinh, Nguyen Quoc: *Droit international public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 81, 82 y 110.

38. Cf. Kelsen, Hans: "Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit international public", en *Recueil des Cours* (1926, IV), Tomo 14, pp. 289 y ss.

39. Cf. Puente Egido, José: *op. cit.*, p. 118.

40. Como expresa en su curso sobre *Les rapports de système...*, cit., pp. 289 y ss.: "La primacía del orden jurídico nacional excluye únicamente la idea de un Derecho internacional superior a los Estados, que los limita recíprocamente y, como consecuencia, los coordina. Las relaciones internacionales no dejan por ello de aparecer como relaciones jurídicas, cuando la teoría de la primacía del orden internacional permite por el contrario tenerlos en cuenta sin mayores dificultades".

Estado es "relativa" en el sentido de que es el Derecho internacional el que determina directamente la "competencia" nacional. Ser soberano, para un ordenamiento jurídico, significa simplemente derivar su vigencia del orden internacional.⁴¹

b) *Monismo solidarista*. Basándose en las mismas razones que lo impulsan al monismo (la existencia de la sociedad internacional como exigencia del Derecho objetivo), Georges Scelle se pronuncia por la primacía del Derecho internacional en forma radical. No sólo las normas internacionales prevalecen necesariamente sino que, además, es nula *ab initio* toda norma interna que las contravenga. Este monismo, denominado por Alfred Verdross absoluto,⁴² no se da en la realidad, pues como veremos, ni siquiera dicha norma es anulable: la responsabilidad internacional del Estado, como decía Rousseau, no induce un contencioso de anulación, sino de reparación.⁴³ Pero, de todas maneras, debe tenerse presente el punto de partida de Scelle: es en el Derecho "objetivo" y no en el Derecho "positivo" donde se registra tal situación, y el Derecho "objetivo", como ya lo hemos recordado, es, en el fondo, un Derecho natural fundado en la naturaleza humana social, concreta, pero deformado por apreciaciones subjetivas ideales.

c) *Crítica del monismo*. El monismo normativista ha sido sometido a diversas críticas, algunas muy contundentes, que sólo una concepción pluralista consigue disipar. Tratemos de concretarlas para advertir luego en qué medida la declinación pluralista permite tener cuenta de ellas.

a') *Debilidad heurística*. La conclusión normativista acerca de la imposibilidad lógica de pronunciarse en forma contundente por el monismo internacional o por el monismo interno, sumada a la decisión en favor del monismo internacional basada en una "actitud personal", dejan perplejo al analista que desearía poseer un instrumento heurístico definitivo en este tema crucial.⁴⁴

41. Ver Kunz, Josef L.: "The Vienna School and International Law", en *The Changing Law of Nations*, cit., pp. 87 y ss.

42. Verdross, Alfred: *op. cit.*, p. 64. También Kelsen, como lo recuerda Verdross, era partidario, en un primer momento, del monismo radical, al sostener, en la hipótesis de la primacía del Derecho internacional, que las acciones u omisiones del Estado que lo infrinjan "son jurídicamente nulas, inexistentes sin más".

43. Rousseau, Charles: *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1961, 2ª ed., p. 7.

44. Cf. Giuliano, Mario: *La comunità internazionale e il Diritto*, Padua, Cedam, 1950, pp. 124 a 132.

b') *Dificultades empíricas*. Pero aun dentro de la concepción verdrossiana, la doctrina parece un instrumento demasiado irreal frente a la evidencia empírica de los Estados "soberanos". Michel Virally ha expresado esta crítica con singular fuerza: "La integración del Estado en la sociedad internacional, en cuya virtud adquiere, juntamente con la personalidad internacional, los derechos —y las obligaciones— que ésta implica, no modifica para nada los fundamentos del Derecho interno, cuya formación no sólo ha precedido a esta integración por accidente, por un proceso histórico, tal vez contingente, aunque constante, pero de todas maneras absolutamente necesario: por definición, el Derecho internacional constituye un Derecho de segundo grado, cuya función no es reglar relaciones interindividuales, sino ordenar las relaciones fácticas. De esta forma, afirmar que el Derecho interno es delegado del Derecho internacional, vale decir, procede de este último, no representa más que una ficción, y casi un contrasentido con respecto a la verdadera naturaleza del Derecho internacional".⁴⁵

c') *Dificultades preceptivas*. La primacía del Derecho de la comunidad internacional lleva a no pocos internacionalistas a suponer que ella va en desmedro de la "soberanía" del Estado, sobre todo en el caso del Estado pequeño y mediano frente a las grandes potencias. Tal es, por ejemplo, la posición de los internacionalistas soviéticos, para quienes las doctrinas monistas son un "reflejo de los sueños de dominación mundial acariciados por varios países imperialistas".⁴⁶ Pero también juristas latinoamericanos han expresado la misma preocupación. Es el caso, por ejemplo, de Fermín Toro Jiménez, quien sostiene que "en el estado actual de la comunidad internacional y la correlación de fuerzas entre el imperialismo y los países dependientes, sólo la teoría dualista es compatible con una política adecuada de defensa de la soberanía nacional".⁴⁷

d') *La práctica de los Estados*. Es dentro del aparato jurisdiccional del Estado, en primer término, que se dirime el conflicto Derecho interno-Derecho internacional. ¿Qué sentido tiene entonces construir sofisticadas teorías monistas que de todas maneras se en-

45. Virally, Michel: *Sur un pont aux ânes...*, cit., p. 495.

46. Academia de Ciencias de la URSS: *Derecho internacional público* (bajo la dirección de Y. A. Korovin), México, Grijalbo, 1963, trad. Juan Villalba, p. 16.

47. Toro Jiménez, Fermín: *Manual de Derecho internacional público*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, 1975, p. 41.

frentarían a la realidad concreta de soluciones que pueden muy bien no serlo? He aquí la posición sustentada en el *Manual de Derecho internacional público*, editado por Max Sorensen, bajo el patrocinio de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional: "La relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno origina varios problemas, muy diferentes de los de las relaciones entre las diferentes reglas de Derecho internacional, principalmente porque el Derecho de cada Estado constituye un ordenamiento jurídico completo y más o menos cerrado, con sus propias fuentes: la Constitución Nacional, las leyes, los decretos, la costumbre y las decisiones judiciales, y sus propios órganos ejecutores, la administración del Estado y los tribunales [...] Esta cuestión ha dado lugar a una famosa controversia doctrinal entre los mantenedores de dos criterios opuestos con respecto a la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno [...] Pero ninguna de las dos teorías toma mucho en consideración el estado real del Derecho ni contribuye en gran medida a su comprensión".⁴⁸

d) *Fundamento trialista del monismo*. Retomemos las reflexiones preliminares que hicimos en la parte pertinente (*supra*, § 1, c), y efectuemos la declinación trialista relativa al aspecto considerado.

a') *Dimensión normológica*. Alfred Verdross ha tenido el gran mérito de demostrar, en base al Derecho positivo internacional, que sólo el monismo permite comprender la estructura normativa del Derecho de la comunidad internacional y del Derecho de los Estados porque, sin abundar en otras razones adicionales, es aquél el que determina dinámico-formalmente la vigencia de la Constitución del Estado: una de sus normas (consuetudinaria, por cierto) establece que ha de reputarse Constitución vigente del Estado su Constitución efectiva. Si no se partiera de esta comprobación (asentada en el Derecho positivo), no habría forma de explicar por qué, por ejemplo, un gobierno *de facto* puede obligar jurídico-internacionalmente al Estado a pesar de haber surgido por medios ilegales con arreglo a la Constitución vigente según el propio Derecho interno.

Por otra parte, también señaló que es el Derecho internacional el ordenamiento que determina los ámbitos de vigencia del Derecho

48. Sorensen, Max (Ed.): *Manual de Derecho internacional público* (México, Fondo de Cultura Económica, 1973), revisión por Bernardo Sepúlveda, p. 192.

estatal. Desde este punto de vista la soberanía del Estado es relativa y su contenido deberá visualizarse con arreglo al Derecho internacional vigente en cada momento.⁴⁹ Así, el Estado podrá determinar quiénes son sus nacionales, pero a condición que exista entre la persona a nacionalizar y el Estado nacionalizante cierta conexión. Este requisito lo establece el Derecho internacional. El Estado puede ocupar territorios, pero de acuerdo con los "títulos para adquirir la soberanía territorial" que fija el Derecho internacional. En estos dos ejemplos se advierte claramente cómo el Derecho internacional determina los ámbitos de vigencia personal y espacial del Derecho estatal, y esta concepción según la cual corresponde al Derecho de la comunidad internacional determinar los ámbitos de vigencia (o de "validez") o las "competencias" de los Estados, es seguida ahora casi unánimemente. Los conflictos suscitados por el incumplimiento de tales normas serán resueltos por aplicación de la norma internacional. Y así ha ocurrido y ocurre en la administración de justicia internacional auténtica o desdoblada.

Desde el punto de vista normológico, cualquier apreciación respecto de la mayor "perfección" del ordenamiento jurídico estatal, tanto en materia de centralización orgánica cuanto en aspectos de responsabilidad, seguridad y régimen de justicia, no cuenta para los efectos de la jerarquización normativa. Tampoco, el hecho de su aparición histórica anterior al Derecho internacional. Se trata simplemente de estadios diversos de evolución jurídica que se han dado y se dan en otros planos sin que quede afectada la supremacía normativa del ente englobador.⁵⁰ También los Estados federales surgieron sobre la base de entes políticos previamente constituidos; también en algunos estados federales, determinadas "provincias" o "Estados particulares" están más desarrollados que los demás y llegan a ejercer una influencia incontrastable, pero de allí no se sigue "normológicamente" que el Derecho del Estado federal no siga privando sobre el Derecho de los entes federados...

Sin embargo, la confirmada primacía del Derecho de la comunidad internacional no debe soslayar el hecho de que, desde el punto de vista de la construcción del ordenamiento normativo universal, se injerten escalones normativos internos en el sector predominante de las normas internacionales. Es lo que ha ocurrido, en la

49. Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, cit., pp. 181 y ss.

50. Ver Puig, Juan Carlos: *Derecho de la comunidad internacional...*, cit., pp. 17 y ss.

práctica, con la incorporación del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según este precepto, "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno". Por otra parte, "una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".⁵¹

Como bien observa T. O. Elías, este precepto confirma el monismo.⁵² Al referirse el Derecho internacional a las normas fundamentales del Derecho interno para la concertación de tratados, se evita que un tratado pueda ser válido para el Derecho internacional pero nulo para el Derecho interno.⁵³ Pero, al mismo tiempo, y lo que es más importante desde el ángulo visual que estamos considerando, tales normas fundamentales son jerárquicamente superiores a otras normas de Derecho internacional y, ciertamente, a las del propio Derecho interno. La consecuencia de esta integración de normas internas e internacionales produce una pirámide escalonada de vigencia alternativa internacional-interna antes que una clara primacía del Derecho internacional "en bloque" con respecto al Dere-

51. Sin embargo, a tenor de lo establecido por el artículo 45 de la misma Convención, un Estado no podrá alegar una causa de anulación de un tratado si, después de haber tenido conocimiento de los hechos... "se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o su aplicación, según el caso". Ciertamente, este precepto, en cuanto a su posible aplicación a la causal de nulidad señalada, puede plantear serios problemas, sobre todo, con respecto a la aquiescencia (o sea, al consentimiento tácito). ¿El simple transcurso del tiempo sin efectuar observaciones podrá considerarse como una forma de aquiescencia? ¿A partir de qué momento podrá considerarse que el Estado ha tenido conocimiento de los hechos? (Cf. Capotorti, Francesco: "L'extinction et la suspension des traités", en *R.D.C.* (1971, III), Tomo 134, pp. 547 y 548. Como en la materia que examinamos, las infracciones constitucionales son cometidas por un gobierno determinado, ¿será preciso aguardar el cambio de régimen?

52. Elías, O. T.: "Problems Concerning the Validity of Treaties", en *Recueil des Cours* (1971, III), Tomo 134, pp. 352 y ss. Ciertamente, se trata de una doctrina monista "calificada", ya que se refiere a normas "de importancia fundamental" y a violación "manifiesta". ¿Cómo distinguir entre norma importante fundamental y norma importante no fundamental? ¿Cómo distinguir entre violación "manifiesta" y "sutil"? Sin duda, se plantearán problemas de interpretación arduos sobre el particular, cuyo examen justificaría de por sí otro artículo.

53. *Ibidem*, p. 352.

cho interno. Esto es importante, porque tiene el efecto de reconocer en la dimensión normológica la relevancia sociológica del Estado en la comunidad internacional; objeción —que como vimos— algunos tratadistas efectúan al monismo sin tener en cuenta que del Derecho positivo actual no surge una primacía internacional *in totum*, sino una delegación progresiva que injerta normas internas en las capas superiores del ordenamiento jurídico unitario.

b') *Dimensión sociológica: el régimen internacional.* La tesis que se sustenta es que la concepción atomista de la comunidad internacional que privilegia como objeto de análisis tanto del Derecho internacional como de las Relaciones internacionales, las "interrelaciones entre Estados soberanos" no describe adecuadamente la realidad actual y es, en gran parte, ideologizada en favor del predominio de las Super y, en menor medida, de las Grandes Potencias.⁵⁴

Algunas tendencias contemporáneas, como la progresiva transnacionalización económica y política del mundo, la esterilización política de la fuerza militar (especialmente la nuclear), la emergencia de nuevas y grandes potencias, los síntomas de descomposición gradual de los imperios, así como fenómenos concretos, como el establecimiento de la OPEP y la derrota estadounidense en Vietnam, han provocado, aunque hasta ahora fragmentariamente, una reconsideración de los presupuestos básicos del "sistema internacional".

Ya en 1965, Klaus Knorr había expuesto y analizado la decadencia del poder militar en las relaciones interestatales.⁵⁵ Si bien tal apreciación fue efectuada en términos genéricos y, por cierto, condicionada a ciertas precisiones, que no es del caso puntualizar aquí, era válida —y lo sigue siendo— la afirmación de que el armamento nuclear no constituye, paradójicamente, un recurso de poder con respecto a pequeños y medianos Estados, puesto que por anticipado se descarta su utilización con propósitos ofensivos.⁵⁶ También es cier-

54. El tema, que consideramos clave para la comprensión global del enfoque trialista, se expone en forma sintética. Para información adicional, V. nuestro *Derecho de la comunidad internacional*, cit., pp. 76 y ss., y *Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional...*, cit., pp. 96 y ss.

55. Knorr, Klaus: *On the Uses of Military Power in the Nuclear Age*, Princeton University Press, 1966.

56. Como dice el mismo autor en un artículo reciente sobre el tema: "Los Estados que carecen de armas nucleares, aparentemente se encuentran poco, si no en nada, limitados, en su conducta, con respecto a los Estados que las poseen (el comportamiento de Vietnam del Norte o Corea del Norte es ilustrativo). Ello es así porque el uso de armas nucleares ha llegado a considerarse un po-

to que la difusión del armamento convencional y de su tecnología favorece a aquéllos en detrimento de las Grandes Potencias.⁵⁷ Así pues, y contradiciendo la tesis de la atimia, en los hechos "se ha reducido la superioridad de las Grandes Potencias con respecto a los Estados del Tercer Mundo".⁵⁸

Por otra parte, la creciente transnacionalización del mundo, o sea, la realización de actividades políticas, económicas y sociales en diversas naciones por entidades que no forman parte del gobierno *stricto sensu* de un Estado, ha añadido nuevos "actores" al protagonismo internacional, y de aquí que los textos actuales de la materia den cuenta invariablemente de esta situación, después de algunas obras pioneras.⁵⁹

Lo que para nosotros indican estos nuevos fenómenos es que la comunidad internacional, aunque todavía primordialmente comunitaria en la aceptación de Tönnies, funciona políticamente como un grupo en sí mismo; dicho en términos sistémicos, como un "sistema de interacción humana", antes que como un "sistema de interacción entre unidades políticas", como sería la concepción clásica. Por eso, también podrían distinguirse, dentro de la comunidad in-

deroso estigma moral, especialmente con respecto a oponentes no nucleares. La magnitud de los costos morales y políticos que traería consigo, limita su uso y reduce su utilidad en tales relaciones. El hecho de que los Estados poseedores de armas estén por tanto inhibidos de hacer jugar su más efectiva tecnología militar contra la vasta mayoría de países constituye una gran ventaja para éstos. Tiende a acrecentar la utilidad de sus fuerzas militares contra las superpotencias nucleares, haciendo de esta forma menos desigual la distribución de la disuasión militar y del poder defensivo". Knorr, Klaus: "On the International Uses of Military Force in the Contemporary World", en *Orbis*, 1977, Tomo 21, N° 1, p. 18.

57. "Algunos de los nuevos sistemas de armamentos que se están comercializando (por ejempl'o, diversos tipos de proyectiles teleguiados), en definitiva favorecen la defensa de las potencias menores contra un ataque de las superpotencias. Pueden utilizarse eficazmente por pequeñas unidades y requieren poco adiestramiento, como lo han demostrado vietnamitas, egipcios y sirios, y son de costo razonable en comparación con el armamento complejo y extremadamente caro que se encuentra en los arsenales de las superpotencias (por ejemplo, buques, aviones y tanques de "alto rendimiento"). Como consecuencia, la superioridad militar de las superpotencias con respecto a las pequeñas ha disminuido considerablemente". *Ibidem*, p. 19.

58. *Ibidem*, p. 23.

59. Por ejemplo: Meynaud, Jean: *Les groupes de pression internationaux*, Lausana, 1961; Wolfers, Arnold: "The Actors in World Politics", en FOX, William, T.R. (comp.): *Theoretical Aspects of International Relations*, University of Notre Dame Press, 1959. En general, sobre el tema, V. la interesante compilación efectuada por Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., Jr.: *Transnational Relations and World Politics*, Harvard University Press, 1973, 3ª edición.

ternacional "subsistemas societales" cultural, de participación, político y económico, si se siguiera la concepción de Helio Jaguaribe.⁶⁰

Ello significa que en el régimen político (o de poder, en la acepción jaguaribea) internacional, y a imagen de lo que ocurre en las sociedades nacionales, se encuentran quienes adopten decisiones, quienes las ejecutan y quienes las obedecen (los gobernados), aunque tal vez sea más expresiva para el análisis de la realidad social internacional la terminología de Werner Goldschmidt: repartidores supremos, repartidores inferiores y beneficiarios.⁶¹ Repartidores supremos internacionales son los gobernantes de Estados Unidos y de la Unión Soviética; repartidores inferiores, los gobernantes de los demás Estados, pero así también los ejecutivos de otros grupos que actúan a nivel internacional: organismos gubernamentales internacionales y empresas transnacionales. Beneficiarios ("gobernados") son todos los hombres, los individuos de carne y hueso que pueblan el planeta. Va de suyo que los repartidores inferiores, de la misma manera como ocurre en las sociedades nacionales, tienen a veces cierta participación en la toma de decisiones y cierta competencia de mediación. Por otra parte, el régimen se constituye en base a criterios (criterios supremos de reparto, siguiendo nuevamente a Goldschmidt), ora impuestos por los repartidores, ora seguidos espontáneamente y por consenso. Estos criterios no sólo son sustanciales, o sea, indican las pautas a las cuales deben ajustarse en sus conductas los beneficiarios del régimen, sino también dinámicos, vale decir, establecen las reglas de juego para acceder a la jerarquía de repartidor supremo o de repartidor inferior.

60. Naturalmente, esta concepción es válida para las sociedades nacionales y no para la comunidad internacional, puesto que para Jaguaribe, el "sistema internacional" es en la actualidad un sistema "interimperial", "que presenta, para ahora, y para el futuro previsible, un orden internacional de estratificación en el cual existen cuatro clases de actores societales: los de primacía general, los de primacía regional, los de autonomía y los de dependencia". Ver Jaguaribe, Helio: *Sociedad, cambio y sistema político*, Buenos Aires, Paidós, 1972, trad. Floreal Mazia, pp. 22 y 30, para la concepción global de la sociedad, y *Desarrollo político, sentido y condiciones*, pp. 210 y ss., para el sistema internacional.

61. Cf. Goldschmidt, Werner: *Introducción filosófica al Derecho...*, cit., pp. 45 y ss. Para una crítica de la concepción de Talcott Parsons acerca del sistema internacional, según la cual éste constituye un sistema "por más precario que sea el elemento de control normativo", pero negando que la institucionalización de tales elementos normativos pueda producir un área de coincidencia entre la obligación normativa y los "intereses" de las unidades actuantes, v. "Order and Community in the International Social System", en Rosenau, James [comp.]: *International Politics and Foreign Policy*, Nueva York, Free Press, 1961, pp. 122 y ss. Cf. también nuestro artículo "Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional", pp. 97 y ss.

Que el gobernante de un Estado pueda a la vez ser "repartidor supremo" o "inferior" de la comunidad internacional no debe sorprender: tal dualidad es inherente al proceso político en cualquier grupo humano. Es así cómo, en la sociedad nacional, el jefe del Estado pertenece al mismo tiempo a un partido político o a una clase, lo cual no quiere decir que, en todo momento, haga predominar, en cuanto jefe de Estado, los intereses de su partido o de su clase. Aunque ése fuera su objetivo, estará constreñido por el "ambiente" de la sociedad nacional. Ya en la década del 30, Georges Scelle había explicado teóricamente el funcionamiento de ese dualismo en la comunidad internacional mediante la concepción del "desdoblamiento funcional".⁶² El hecho es que a nivel internacional países capitalistas y socialistas, desarrollados o en vías de desarrollo, aceptan determinados regímenes de valores, de participación, de poder y de propiedad.

Por de pronto, en el campo específico de las relaciones internacionales, los propios teóricos soviéticos confiesan sin ambages "que no puede aplicarse de manera mecánica a las relaciones internacionales contemporáneas la tesis del materialismo histórico sobre el papel determinante de la economía, porque hacerlo significa adulterar la naturaleza efectiva y la vinculación entre las relaciones políticas internacionales y las relaciones económicas internacionales".⁶³ Lo cual se corresponde, en el último análisis, con la realidad de un mundo en el cual se puede comprobar el "intercambio desigual" entre países industrializados sin distinción de estructura económica interna y países en vías de desarrollo.⁶⁴ Cualquiera sea la reflexión

62. La noción, fecunda en sí misma, aunque objetable en cuanto ingrediente de la doctrina global de Scelle, es mencionada por casi todos los internacionalistas. Lo que sorprende es que no sea tomada en cuenta por los especialistas de relaciones internacionales, lo cual demuestra una vez más la compartimentalización de la reflexión científica en materia internacional, a pesar de ciertas protestas presuntuosas de "multidisciplinariedad", que no pasan del estadio epistémico y, por eso, son tanto o más peligrosas que la especialización a ultranza.

63. Tomashevski, D.: *Las ideas leninistas y las relaciones internacionales contemporáneas*, Moscú, Ed. Progreso, 1974. En el mismo sentido el profesor checoslovaco V. Sojak, admite que no es posible "identificar las relaciones internacionales con contradicciones de clase y con el proceso revolucionario y reducirlas a esta dimensión". *International Relations in our Times*, Universidad de Praga, Ed. mimeografiada, 1971, p. 10, cit. por Merle, Marcel: *op. cit.*, p. 82.

64. Como lo dice claramente Oscar Braun, en un reciente artículo: "La relación de precios entre países exportadores de materias primas y países industrializados no está determinada por impersonales fuerzas de mercado, por la oferta y la demanda, por los «costos» de producción, o causas similares. Es sencilla-

teórica respecto de la formación de los precios internacionales en el sistema capitalista, el hecho, nuevamente, es que los países socialistas compran y venden en el mercado mundial a precios aproximativamente similares. Como dice Van Brabant, los precios socialistas del mercado mundial se basan en los precios vigentes en los principales mercados mundiales capitalistas, con algunas concesiones a la ponderación de precios en el mercado intrasocialista.⁶⁵

mente la consecuencia del mayor poder de los países industrializados, y de la aplicación de ese poder —a través de una amplia gama de mecanismos—, para obtener términos de intercambio favorables". "El nuevo orden económico internacional desde el punto de vista de los análisis de la dependencia", en *Revista Mexicana de Sociología*, 1976, Tomo XXXVIII, N° 4, p. 876.

65. Van Brabant, Josef M.: *Essays on Planning, Trade and Integration in Eastern Europe*, Rotterdam University Press, 1974, *passim*. Cf. también la importante recensión hecha por Marcelo Diamant de este libro en *Integración Latinoamericana*, Tomo I, N° 4, 1976, pp. 113 a 116. Interesante resulta señalar, a este respecto, que si bien Tomashevski afirma que la "existencia del sistema socialista mundial adquiere una importancia cada día mayor para el desarrollo económico de los Estados Liberados", tal importancia no deriva de precios fijados sin plusvalía, sino de la "posibilidad de obtener de los países socialistas créditos, equipos industriales, asistencia tecnicocientífica sin condiciones onerosas". El "símbolo" de dicha colaboración está dado por el autor por las empresas que se han constituido con asistencia y participación soviéticas", *op. cit.*, p. 258. Ch. Bettelheim sostiene, sin embargo, que las leyes del funcionamiento y del desarrollo en el interior del mercado mundial socialista son radicalmente diferentes de las que gobiernan en el interior del mercado mundial capitalista: la división internacional socialista del trabajo se desarrollaría en las condiciones de una reducción creciente de las desigualdades económicas, caracterizada por una tasa de crecimiento sensiblemente más rápida en los países menos avanzados. *Intercambio internacional y desarrollo regional*, pp. 54 a 57. Sin perjuicio de que también interesan las relaciones de países industrializados socialistas con países del Tercer Mundo no socialista, nos permitimos transcribir la acertada crítica de Juan Mario Vacchino: "El cotejo realizado por Bettelheim pierde validez porque compara dos planos diferentes: por un lado, una realidad comprobada y negativa —la práctica del mercado capitalista mundial— y por el otro, una formulación teórica de la que se desprendería una realidad positiva —no comprobada ni justificada suficientemente en la práctica de las relaciones económicas entre los países de Europa Oriental—. Esta divergencia en las conclusiones de dicho autor surge de diversas razones: 1. Si bien se declara en los «principios fundamentales» que los intercambios entre países socialistas descansan en el «principio de equivalencia», como todavía no se ha determinado un criterio objetivo que permita comparar los costos de producción de un país dado con los costos de producción en los otros países socialistas, la práctica del intercambio se asemeja a la del mercado con monopolio bilateral, en donde el precio que está indeterminado dependerá de la fuerza relativa de los contendientes, y 2. Si para suplir la falta de un cálculo económico común, los intercambios se efectúan utilizando la estructura de los precios del mercado mundial capitalista, no puede omitirse la incidencia negativa de esos precios que, según se sabe y admite, perjudican a los países menos desarrollados, por lo menos en cuanto a la magnitud del esfuerzo necesario para obtener un resultado dado". *Curso de teoría económica de la integración*, Universidad Central de Venezuela, Ed. mimeografiada, 1976, Cuaderno X, p. 10.

Que el gobernante de un Estado pueda a la vez ser "repartidor supremo" o "inferior" de la comunidad internacional no debe sorprender: tal dualidad es inherente al proceso político en cualquier grupo humano. Es así cómo, en la sociedad nacional, el jefe del Estado pertenece al mismo tiempo a un partido político o a una clase, lo cual no quiere decir que, en todo momento, haga predominar, en cuanto jefe de Estado, los intereses de su partido o de su clase. Aunque ése fuera su objetivo, estará constreñido por el "ambiente" de la sociedad nacional. Ya en la década del 30, Georges Scelle había explicado teóricamente el funcionamiento de ese dualismo en la comunidad internacional mediante la concepción del "desdoblamiento funcional".⁶² El hecho es que a nivel internacional países capitalistas y socialistas, desarrollados o en vías de desarrollo, aceptan determinados regímenes de valores, de participación, de poder y de propiedad.

Por de pronto, en el campo específico de las relaciones internacionales, los propios teóricos soviéticos confiesan sin ambages "que no puede aplicarse de manera mecánica a las relaciones internacionales contemporáneas la tesis del materialismo histórico sobre el papel determinante de la economía, porque hacerlo significa adulterar la naturaleza efectiva y la vinculación entre las relaciones políticas internacionales y las relaciones económicas internacionales".⁶³ Lo cual se corresponde, en el último análisis, con la realidad de un mundo en el cual se puede comprobar el "intercambio desigual" entre países industrializados sin distinción de estructura económica interna y países en vías de desarrollo.⁶⁴ Cualquiera sea la reflexión

62. La noción, fecunda en sí misma, aunque objetable en cuanto ingrediente de la doctrina global de Scelle, es mencionada por casi todos los internacionalistas. Lo que sorprende es que no sea tomada en cuenta por los especialistas de relaciones internacionales, lo cual demuestra una vez más la compartimentalización de la reflexión científica en materia internacional, a pesar de ciertas protestas presuntuosas de "multidisciplinariedad", que no pasan del estadio epistémico y, por eso, son tanto o más peligrosas que la especialización a ultranza.

63. Tomashevski, D.: *Las ideas leninistas y las relaciones internacionales contemporáneas*, Moscú, Ed. Progreso, 1974. En el mismo sentido el profesor checoslovaco V. Sojak, admite que no es posible "identificar las relaciones internacionales con contradicciones de clase y con el proceso revolucionario y reducir a esta dimensión". *International Relations in our Times*, Universidad de Praga, Ed. mimeografiada, 1971, p. 10, cit. por Merle, Marcel: *op. cit.*, p. 82.

64. Como lo dice claramente Oscar Braun, en un reciente artículo: "La relación de precios entre países exportadores de materias primas y países industrializados no está determinada por impersonales fuerzas de mercado, por la oferta y la demanda, por los «costos» de producción, o causas similares. Es sencilla-

teórica respecto de la formación de los precios internacionales en el sistema capitalista, el hecho, nuevamente, es que los países socialistas compran y venden en el mercado mundial a precios aproximativamente similares. Como dice Van Brabant, los precios socialistas del mercado mundial se basan en los precios vigentes en los principales mercados mundiales capitalistas, con algunas concesiones a la ponderación de precios en el mercado intrasocialista.⁶⁵

mente la consecuencia del mayor poder de los países industrializados, y de la aplicación de ese poder —a través de una amplia gama de mecanismos—, para obtener términos de intercambio favorables". "El nuevo orden económico internacional desde el punto de vista de los análisis de la dependencia", en *Revista Mexicana de Sociología*, 1976, Tomo XXXVIII, N° 4, p. 876.

65. Van Brabant, Josef M.: *Essays on Planning, Trade and Integration in Eastern Europe*, Rotterdam University Press, 1974, *passim*. Cf. también la importante recensión hecha por Marcelo Diamant de este libro en *Integración Latinoamericana*, Tomo I, N° 4, 1976, pp. 113 a 116. Interesante resulta señalar, a este respecto, que si bien Tomashevski afirma que la "existencia del sistema socialista mundial adquiere una importancia cada día mayor para el desarrollo económico de los Estados Liberados", tal importancia no deriva de precios fijados sin plusvalía, sino de la "posibilidad de obtener de los países socialistas créditos, equipos industriales, asistencia tecnicocientífica sin condiciones onerosas". El "símbolo" de dicha colaboración está dado por el autor por las empresas que se han constituido con asistencia y participación soviéticas", *op. cit.*, p. 258. Ch. Bettelheim sostiene, sin embargo, que las leyes del funcionamiento y del desarrollo en el interior del mercado mundial socialista son radicalmente diferentes de las que gobiernan en el interior del mercado mundial capitalista: la división internacional socialista del trabajo se desarrollaría en las condiciones de una reducción creciente de las desigualdades económicas, caracterizada por una tasa de crecimiento sensiblemente más rápida en los países menos avanzados. *Intercambio internacional y desarrollo regional*, pp. 54 a 57. Sin perjuicio de que también interesan las relaciones de países industrializados socialistas con países del Tercer Mundo no socialista, nos permitimos transcribir la acertada crítica de Juan Mario Vacchino: "El cotejo realizado por Bettelheim pierde validez porque compara dos planos diferentes: por un lado, una realidad comprobada y negativa —la práctica del mercado capitalista mundial— y por el otro, una formulación teórica de la que se desprendería una realidad positiva —no comprobada ni justificada suficientemente en la práctica de las relaciones económicas entre los países de Europa Oriental—. Esta divergencia en las conclusiones de dicho autor surge de diversas razones: 1. Si bien se declara en los «principios fundamentales» que los intercambios entre países socialistas descansan en el «principio de equivalencia», como todavía no se ha determinado un criterio objetivo que permita comparar los costos de producción de un país dado con los costos de producción en los otros países socialistas, la práctica del intercambio se asemeja a la del mercado con monopolio bilateral, en donde el precio que está indeterminado dependerá de la fuerza relativa de los contendientes, y 2. Si para suplir la falta de un cálculo económico común, los intercambios se efectúan utilizando la estructura de los precios del mercado mundial capitalista, no puede omitirse la incidencia negativa de esos precios que, según se sabe y admite, perjudican a los países menos desarrollados, por lo menos en cuanto a la magnitud del esfuerzo necesario para obtener un resultado dado". *Curso de teoría económica de la integración*, Universidad Central de Venezuela, Ed. mimeografiada, 1976, Cuaderno X, p. 10.

En este mismo orden de ideas, cabe destacar el último libro de Silva Michelena, que tiene el singular mérito de comprobar y exponer el comportamiento similar de países socialistas y capitalistas en el campo internacional y de explicarlo dialécticamente: "La consideración de los objetivos de las grandes potencias capitalistas y socialistas conduce a la conclusión de que la burguesía, como clase hegemónica del capitalismo, tiene un interés primariamente económico al tratar de impedir la expansión del campo socialista, de ello surge la necesidad de combatirlo política, militar e ideológicamente. En contraste, las potencias socialistas, al tratar de expandir su influencia a otros países, persiguen un objetivo primariamente político. Sin embargo, en la medida en que aumentan las interrelaciones entre los campos capitalista y socialista, y, en la medida en que aumenta la importancia de las transacciones económicas capitalistas-socialistas, en esa misma medida disminuye la flexibilidad inicial para escoger entre diversos cursos de acción que tenía la política exterior socialista y éstas tienen que guiarse cada vez más por consideraciones de gran potencia, al menos en tanto el socialismo no sea el modo de producción predominante a nivel mundial.

"Además, debe señalarse que las grandes potencias, sean éstas capitalistas o socialistas, tienen como un objetivo necesario e instrumental, la formación de bloques de poder, los cuales generalmente se formalizan a través de pactos y alianzas, económicos, políticos y militares. Ello lo hacen a fin de garantizar el logro del objetivo último de toda gran potencia que es expandir su zona de influencia".⁶⁶ No se sigue de lo expuesto anteriormente que no "haya esperanza" para los países pequeños. Por el contrario, la perspectiva globalista permite comprender con claridad cuáles son las líneas de borde reales que existen en el régimen internacional con respecto a la autonomización progresiva de los Estados periféricos. Dentro del Estado, del hecho de que exista un gobernante no se sigue que en todo momento pueda hacer su voluntad: deberá tener en cuenta, en mayor o menor grado, la relación de poder existente entre los grupos sociales afectados por las ordenanzas que adopte. Justamente, toda la literatura decisionista en ciencia política apunta a establecer analíticamente el complejo de "inputs" que conforman el cuadro decisional y condicionan la decisión, así como la "realimentación" que se produce en el mismo cuadro una vez adoptada e implementada

66. Silva Michelena, Agustín: *Política y bloques de poder. Crisis en el sistema mundial*, México, Siglo XXI, 1977, p. 37.

ésta. De la misma manera, y dicho en términos muy esquemáticos, por más que Carter y Brezhnev "gobiernen" al mundo, de ninguna manera se sigue que su voluntad sea omnímoda: deberán considerar permanentemente la relación de poder existente entre los grupos sociales internacionales afectados por las posibles decisiones: Estados, IGOS, INGOS, empresas transnacionales, y hasta a la opinión pública mundial. Por eso todo proyecto autonomista requiere, para que lo sea auténticamente, movilizar recursos de poder.

En otras palabras, no es sólo mediante la no aplicación interna de un tratado internacional que un Estado se independiza (a veces, como ya lo hemos señalado, el tratado puede ser "autonomista" y dejado de lado por una mayoría parlamentaria ocasionalmente retrógrada). Es preciso la voluntad nacional de infringir una norma internacional que se reputa injusta y, por consiguiente, de no dar la debida reparación en la sede internacional. Pero eso equivale al surgimiento, incremental o dialéctico, de normas revolucionarias. Tema apasionante, pero que escapa al propósito de este artículo.⁶⁷

En resumidas cuentas, desde el punto de vista de la realidad social internacional, se confirma la tesis monista, porque el régimen supone, como hemos visto, el predominio de "lo" internacional.

c') *Dimensión dikelógica: la justicia social internacional.* Nuevamente, la tesis de la justicia social internacional, de Rafael Caldera, permite contar con un elemento de juicio inapreciable para confirmar la posición monista (con las precisiones que hemos ido señalando). Según esta doctrina, el bien común de la humanidad exige que cada nación cuente con lo necesario para el cumplimiento del objetivo básico de la solidaridad social, o sea, la posibilidad de vivir en paz y de lograr la convivencia y el perfeccionamiento de los individuos que forman la población de los respectivos Estados.

La justicia social internacional es, por tanto, suprema, y permite enjuiciar a aquellos Estados que no se conforman a sus postulados. Por eso, para Caldera, la asistencia económica internacional no constituye un simple acto de benevolencia sino el cumplimiento de un deber; que, debido a ello, no es correcto pretender condicionar el otorgamiento de la ayuda a la concesión de determinadas ventajas por parte de sus beneficiarios; que los tratados económicos

67. Ver de todas maneras, nuestro art. cit., "Justicia y realidad social internacionales. Reflexiones teóricas y repercusiones sobre la autonomía latinoamericana", en *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 1978, Tomo I, N° 2.

internacionales deben contemplar condiciones que favorezcan la industrialización y el desarrollo de los países más atrasados, antes que la instauración de mercados cautivos; que los precios de las materias primas deben asegurar la estabilidad y una vida digna a las poblaciones de los países que las producen, y que debe promoverse la unión de los Estados más débiles frente a los poderosos.⁶⁸

No hay, pues, una "justicia" de Estados débiles y una "justicia" de Estados poderosos. La justicia, como valor natural y absoluto, se impone por igual a débiles y poderosos. Mas ello se debe, desde el punto de vista operativo, a la prevalencia de la justicia "internacional" que disciplina axiológicamente las desviaciones de los Estados. El monismo dikelógico se impone así, y complementa, enjuiciándolos axiológicamente, al monismo normológico y al sociológico.

2. *La práctica.* En sede internacional no se discute que el conflicto entre Derecho interno y Derecho de la comunidad internacional se revuelve en favor de este último. Si la infracción es a la legislación interna, la práctica diplomática y la jurisprudencia internacional son concluyentes. Sólo dos casos relevados por Moore, del siglo pasado, y aparentemente de poca importancia, parecen dar algún asidero a la aplicación del Derecho interno contrario al internacional: el caso *Rutty* y el caso *Van Bokkelen*.⁶⁹

Pero también está claro el predominio del Derecho internacional sobre la Constitución interna. También puede citarse una extensa jurisprudencia internacional en este sentido.⁷⁰ Sin embargo, cabe suponer que en el futuro la aplicación concreta del artículo 46 de la Convención de Viena a casos conflictivos se ajuste a la supremacía de las normas fundamentales y manifiestas del Derecho constitucional interno sobre las normas convencionales internacionales.

II

SEGUN LA CONSTITUCION DE VENEZUELA

1. *Observaciones preliminares.* Desbrozado en las páginas anteriores el problema teórico que plantea el tema y expuesta la situa-

68. Ver Caldera, Rafael: "Fundamento y consecuencias de la justicia social internacional", en *Justicia social internacional y nacionalismo latinoamericano*, Madrid, Seminarios y Ediciones S.A., 1973, pp. 143 a 149.

69. Ver Cavaré, Louis: *Le Droit international public positif*, cit., Tomo I, pp. 180 a 181.

70. *Ibidem*, pp. 181 y 182.

ción imperante con arreglo al Derecho vigente de la comunidad internacional, cabe ahora interrogarse acerca de cuál es la solución que ofrece la teoría y la práctica venezolanas, a la luz de la Constitución. Por tanto, nos referimos ahora a "un" Derecho interno, el de Venezuela, enfatizando la exégesis y la práctica de su Constitución vigente.⁷¹

Sin embargo, conviene recordar lo que en prieta síntesis señalamos en la primera parte (*supra*, Introducción): cualquiera sea la posición que se adopte dentro del Estado, ella no tiene mayor relevancia desde el ángulo visual del Derecho de la comunidad internacional. Josef L. Kunz ha explicado este tópico con singular poder de convicción y por eso nos permitimos citarlo *in extenso*: "Los sedicentes conflictos entre el Derecho internacional y el interno se mencionan frecuentemente como un argumento contra la unidad de todo el Derecho, tal como la concibe la teoría de la primacía del Derecho de gentes. Es muy cierto que un Estado pueda adoptar una ley interna contraria al Derecho internacional que, sin embargo, será una ley "válida" en tal Estado y obligatoria para sus súbditos, tribunales, etc. Tal conflicto puede obedecer a dos razones: ora el Derecho interno infringe el Derecho internacional porque el Estado se ha extralimitado en la competencia otorgada por el Derecho internacional [...], ora porque el Derecho interno, aunque permaneciendo dentro de esta competencia, infringe el Derecho internacional por su *contenido* [...]. Pero tales "conflictos" también se producen en el Derecho interno. Una provincia ("*Land*") de Austria, por ejemplo, puede adoptar una ley que sea inconstitucional por su contenido o por haberse excedido en su competencia, y sin embargo se aplicará en esa provincia. Pero —y aquí reside el factor jurídico decisivo— sólo se aplicará mientras la Corte Constitucional austríaca no la declare inconstitucional; decisión que implica, como resultado legal, su anulación. El factor jurídico importante en materia de unidad de todo orden jurídico —como Verdross lo señaló por vez primera— no es la imposibilidad de tales conflictos, sino que este orden jurídico provea por sí mismo un procedimiento para la solución.

"Y así ocurre con el Derecho internacional. Una ley interna, contraria al Derecho internacional, permanece en vigor mientras no

71. Para consideraciones generales respecto del Derecho vigente y la práctica de otros Estados, ver de todas maneras nuestro estudio citado *Derecho de la comunidad internacional y derecho interno*, pp. 270 y ss.

haya sido anulada por un procedimiento internacional (negociaciones diplomáticas, arbitraje, guerra).⁷² Ahora bien, no es seguro que el Derecho internacional alcanzará siempre el resultado deseado. Pero eso también se verifica en un Estado federal cuando el Derecho federal no interviene, por ejemplo, debido a razones de prudencia política, o cuando la provincia no obedece en los hechos".⁷³

Como dijimos anteriormente, tal situación se produce debido a la existencia de ordenamientos jurídicos integrados y subordinados, pero descentralizados, en la medida en que éstos poseen órganos jurisdiccionales y ejecutivos propios y con poder coactivo autónomo.

2. *Cláusulas relevantes de la Constitución de 1961.* Conviene recordar los preceptos que juzgamos más significativos para comprender cuál es el régimen establecido por la Constitución en materia de relaciones con el Derecho de la comunidad internacional.

En primer lugar, desde el punto de vista programático, se destaca en el Preámbulo el propósito de "cooperar con las demás Naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de política internacional". Luego en el Artículo 108, se establece que "la República favorecerá la integración económica latinoamericana" y que, a este fin, "se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes".

Desde el punto de vista operativo, la economía constitucional es clásica en cuanto reitera la intervención del Congreso en el proceso de concertación de tratados internacionales, pero al mismo tiempo muy novedosa y avanzada en lo que se refiere a las características peculiares de la ley aprobatoria de un tratado y al *status*

72. Obviamente, "anulada", *annulled*, en el original, quiere significar aquí "privada de efectos jurídicos". Como ya se ha recordado, el procedimiento internacional de tipo arbitrario o judicial no conduce a la "anulación" *erga omnes* ni tan siquiera en la especie que provocó la decisión, sino a la indemnización por los daños que causó la aplicación de la norma interna ilegal. Ver *supra*, nota 43.

73. Kunz, Josef L.: *The "Vienna School" and International Law*, cit., pp. 103 y 104.

constitucional de los tratados ejecutivos. Así, si bien corresponde al Poder Nacional "la actuación internacional de la República" (Artículo 136, inc. 1), sólo el Presidente "dirige las relaciones exteriores de la República y celebra y ratifica los tratados, convenios o acuerdos internacionales" (Artículo 190, inc. 5). Mas el Presidente no podrá proceder a la ratificación de tratados si no son aprobados previamente "mediante ley especial para que tengan validez, salvo que mediante ellos se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, de aplicar principios expresamente reconocidos por ella, de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o de ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo" (Artículo 128). Esta ley especial aprobatoria de tratados tiene características peculiares. Su discusión debe iniciarse en el Senado (Artículo 150, inc. 10) y la oportunidad en que debe ser promulgada "queda a la discreción del Ejecutivo Nacional, en conformidad con los usos internacionales y la conveniencia de la República" (Artículo 176).

Además, y en virtud del Artículo 129, "en los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a decidir por las vías pacíficas reconocidas en el Derecho internacional, o previamente convenidas por ellas, si tal fuera el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que debe seguirse para su celebración".

3. *Interpretación.* ¿Cómo deben interpretarse las cláusulas anteriores? Si se parte del supuesto de que interpretar significa averiguar la "intención" del legislador a través de la norma, asegurando de esta forma la lealtad del intérprete con el legislador (en sentido amplio), dos métodos son aplicables: el histórico, según el cual se averigua la intención a través de las manifestaciones normativas y extranormativas de la misma voluntad, o de la de las personas que sustituyeron al legislador original, y el literal, que se propone escudriñar el sentido gramatical de los términos empleados, individualmente y en su concatenación idiomática. En caso de discrepancia entre la interpretación histórica y la literal, debe prevalecer la primera de ellas.⁷⁴

74. Cf. Goldschmidt, Werner: *Introducción filosófica al Derecho*, cit., pp. 253 y ss.

a) *Interpretación histórica.* Exiguo es el material extranormativo que el intérprete tiene a su disposición. Tanto las discusiones habidas en el seno de la Comisión Redactora del Proyecto, como los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República son, como veremos, poco explícitos sobre el particular. En cuanto a las normativas, no existe interpretación auténtica o semiauténtica de la Constitución, pero, en cambio, podemos referirnos a expresiones legislativas que, por lo menos, sugieren algunos indicios de la forma como el Congreso que, en su momento, aprobó la Constitución, visualiza algunos de los problemas que plantea la exégesis constitucional.

a') *Manifestaciones extranormativas.* En el seno de la Comisión Redactora, la parte del preámbulo referida a la necesidad de la cooperación con las demás naciones y, de modo especial, con las Repúblicas hermanas del continente, se aprobó sin discusión.⁷⁵ Una proposición del senador Ramón Escovar Salom en el sentido de que la cooperación "se califique de activa y se condene el uso de la fuerza como medio para sustituir los gobiernos y resolver las diferencias políticas",⁷⁶ no fue aceptada. Tampoco tuvo éxito una proposición del diputado Gonzalo Barrios, por la que se habría incluido en el texto constitucional una cláusula "que permita la limitación de la soberanía del Estado para poder adherir a una Convención internacional que cree un Tribunal internacional para proteger los derechos humanos".⁷⁷ También el artículo 108 se aprobó sin discusión.

Sin embargo, en materia de tratados, hubo dos propuestas interesantes. El diputado Godofredo González sugirió que se dejara "a la discreción del Poder Ejecutivo la promulgación de las leyes aprobatorias de un tratado público".⁷⁸ Esta reforma al proyecto original fue aceptada, y ello demuestra que los miembros de la Comisión consideraron expresamente el tema y se manifestaron en favor de establecer diferencias importantes entre las leyes ordinarias y las leyes aprobatorias de tratados.

Por otra parte, el senador Arturo Uslar Pietri enfocó el problema de la relación entre el tratado y la ley, dentro del proyecto.

75. *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1971, Tomo I, Vol. I, Acta N° 12, p. 33.

76. Acta N° 10, p. 21.

77. Acta N° 3, p. 8.

78. Acta N° 5, p. 12.

Este atribuía al Senado de la República la competencia de aprobar tratados y, dentro de este sistema, propuso "que se haga la salvedad de que el Senado sólo puede aprobar los tratados en los que no se modifique ninguna ley".⁷⁹ Como es sabido, la Comisión Redactora optó finalmente por el procedimiento legislativo global para la aprobación de tratados, mas no efectuó ninguna salvedad respecto de relación jerárquica entre el tratado y la ley aprobatoria.⁸⁰

En la Exposición de Motivos con que la Comisión Bicameral acompañó el Proyecto, al elevarlo a la consideración del Congreso, los temas internacionales cuentan con poca información adicional. Ora reitera el texto de la cláusula correspondiente, por ejemplo, con respecto al Preámbulo y al actual Artículo 108;⁸¹ ora no contiene referencias expresas, como ocurre con los Artículos 128 y 129.⁸²

Finalmente, los debates en el Congreso de la República no arrojan mayor luz sobre la cuestión porque tampoco hubo mayormente discusión de las cuestiones internacionales. En el Senado, los actuales artículos 108, 126 y 136 se aprobaron prácticamente sin debate.⁸³ Sólo el senador Escobar Salom abogó (infructuosamente) en favor de una cláusula más amplia en materia de integración latinoamericana: "La Constitución actual [...] —expresó— ha de prever uno de los hechos más importantes y que comprometen del modo más decisivo el destino político de nuestro país, y es la integración continental. No sólo la integración económica, sino además, la integración política; pero ocurre que en el problema de la integración política se tropieza en cualquier sistema constitucional con uno de los dogmas tradicionales del Estado: el principio de la soberanía. Para que cualquier país pueda integrarse dentro de una comunidad internacional más ambiciosa, necesita ceder, renunciar, a parte de su soberanía y entonces se plantea por esto la conveniencia constitucional de que en el texto se introduzca una norma lo suficientemente amplia y flexible, que permita cubrir, en un momento dado, la determinación colectiva de los países latinoamericanos para hacer de la América Latina un solo Estado, una sola Nación política".⁸⁴

79. Acta N° 43, p. 164.

80. Acta N° 54, p. 222.

81. Cf. *Diario de Debates del Senado de la República de Venezuela*. Sesión N° 19, del 1 de junio de 1960, p. 233.

82. *Ibidem*, p. 243.

83. *Ibidem*, sesión extraordinaria N° 39, del 11 de julio de 1960, p. 2.839; sesión extraordinaria N° 42, del 14 de julio de 1960, p. 2.869.

84. *Ibidem*, sesión extraordinaria N° 27, del 20 de junio de 1960.

En la Cámara de Diputados, los artículos que nos preocupan se aprobaron también sin discusión⁸⁵ y sin proposiciones de enmienda, salvo la sugerencia del diputado Gonzalo García Bustillos en el sentido de reemplazar el término "tratado" por el más amplio de "acuerdos jurídicos internacionales".⁸⁶

b') *Manifestaciones normativas*. En diversas oportunidades, el Congreso de la República ha sancionado leyes que establecen la primacía del tratado sobre la ley ordinaria. Así, el Artículo 8 del Código de Procedimiento Civil dispone que "en los casos de aplicación del Derecho internacional privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la Nación en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República...". O, por ejemplo, la Ley Forestal de Suelos y Aguas, del 26 de enero de 1966, sancionada por ende después de entrar en vigencia la nueva Constitución: "Las disposiciones contenidas en los tratados o convenios internacionales que obliguen a Venezuela, se aplicarán en la materia correspondiente, con preferencia a lo establecido en la presente ley" (Artículo 9).⁸⁷

Ahora bien, de estas disposiciones surgen dos conclusiones fundamentales. En primer término, el tratado es fuente en sí mismo, puesto que se le nombra *qua* tratado. Si fuera correcta la difundida tesis dualista según la cual la ley aprobatoria de un tratado constituye el vehículo de incorporación del tratado en el Derecho interno, "transformando" las normas internacionales que de él fluyen en normas internas, por una fuente de Derecho interno, no cabría aludir al tratado; en todo caso se trataría siempre de relaciones jerárquicas entre leyes.

85. Cf. *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*. Sesión extraordinaria N° 25, del 28 de octubre de 1960.

86. *Ibidem*.

87. Una prolija enumeración de estas leyes puede encontrarse en Toro Jiménez, Fermín: *op. cit.*, pp. 42 y ss. Este autor, sin embargo, las considera como manifestaciones dualistas, porque "el legislador venezolano considera que las normas de los tratados internacionales celebrados y ratificados por la República no forman parte del Derecho interno estatal venezolano, es decir, constituyen parte de un ordenamiento jurídico diferente, que no es otro que el Derecho internacional público", p. 45. En realidad, el monismo no niega que el Derecho interno y el Derecho internacional sean ordenamientos "diferentes": lo que afirma es que las normas de uno son de aplicación automática en el ámbito del otro. Si se aplica el tratado en Venezuela por ser "tratado", y si la jerarquía que se le reconoce no es de Derecho venezolano sino de Derecho internacional, la concepción monista, en cambio, se manifiesta claramente.

Pero he aquí donde surge la segunda y tal vez más importante consideración. Si el legislador atribuye jerarquía superior al tratado con respecto a la ley es porque aplica directamente en Derecho venezolano la norma jerarquizadora internacional según la cual la discrepancia entre tratado y la ley es resuelta en favor del tratado (Ver *supra*, § I, B, 2). Cualquier argumento dualista en favor de esta primacía se enfrentaría con lo dispuesto por el Artículo 177 de la Constitución, por el cual las leyes sólo se derogan por otras leyes. ¿Podría, por ejemplo, el legislador venezolano, "incorporar" una ley extranjera y al mismo tiempo otorgarle primacía sobre la legislación nacional?

De más está decir que la norma jerarquizadora que surge del Artículo 177 sólo enfoca a normas que son de jerarquía semejante o inferior a la ley. Va de suyo que, en virtud de otra norma jerarquizadora constitucional (Artículo 215, inc. 3), las normas constitucionales privan sobre las legales. Pero nada dice en forma expresa la Constitución respecto de la relación jerárquica entre tratados y leyes. Hay que suponer, pues, que el legislador venezolano, consciente que el país debe cumplir los tratados libremente concertados; sabedor de que una orientación dualista de la jurisprudencia puede llevar al incumplimiento, a veces involuntario, de tratados, recuerda, en casos característicos y particularmente conflictivos, la norma jerarquizadora internacional a que hicimos referencia y que, por tanto, es de aplicación directa en el Derecho interno venezolano.

No podría argumentarse que las respectivas leyes han operado la "recepción" de tal norma en el Derecho venezolano porque, planteada la cuestión en esos términos, resultaría la infracción al mencionado Artículo 177, por el cual, según señala Ambrosio, "ninguna ley pierde su vigencia si no ha sido derogada por otra ley, o bien porque se la sustituya con otra que dispone en sentido diferente, o bien porque un proyecto legislativo debidamente sancionado y promulgado le quita toda fuerza o positividad".⁸⁸

88. Oropeza, Ambrosio: *La nueva Constitución venezolana*, 1961, Caracas, 1971, 2ª ed., p. 452. Por eso es que, con razón, y dejando de lado por el momento las leyes en que expresamente se establece la primacía del tratado sobre la ley, dentro de una concepción dualista, no puede fundamentarse en el Derecho venezolano tal primacía en sentido genérico. En esto tiene razón Fermín Toro Jiménez, cuando dice que el conflicto entre tratado y ley "habrá que resolverlo conforme a los criterios de solución de los conflictos de leyes en el espacio, propio de nuestro ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, habrá que examinar las normas en conflicto a la luz de las reglas «ley posterior deroga ley anterior» y «ley especial deroga ley general» [...]. Si las normas de

b) *Interpretación literal.* Tanto el Preámbulo, en su referencia a la comunidad internacional, cuanto el Artículo 108, que enfoca la integración económica latinoamericana, postulan la voluntad de la República de Venezuela de cooperar con las demás naciones en los fines universales y regionales de la comunidad de Estados. Desde el punto de vista de la Jurística dikelógica, la cooperación constituye un valor natural relativo que se realiza en todo acuerdo.⁸⁹ No es posible pensar en un Derecho de coordinación, como es todavía, en el fondo, el Derecho de la comunidad internacional, a menos que los pactos, concertados libremente, se cumplan de buena fe. Por consiguiente, el primer resultado que arroja el análisis literal de los mencionados preceptos es que el Gobierno de Venezuela está decidido a promover la cooperación entre los Estados, y ello supone ineludiblemente el cumplimiento fiel de las obligaciones asumidas.⁹⁰

Partiendo de estas declaraciones programáticas, pero enfáticas, resulta difícil suponer que el constituyente venezolano haya que-

origen internacional se distinguen por su especialidad respecto a la norma de origen interno o por ser posteriores, privarán sobre ellas; de lo contrario privarán las de origen interno": *op. cit.*, p. 59. Sin embargo, existe una corriente muy afirmada en la doctrina jurídica venezolana en el sentido de considerar al tratado jerárquicamente superior, debido al Artículo 8 del Código del Procedimiento Civil (que, en verdad, sólo se refiere a los tratados de Derecho internacional privado), y a la norma del Código Civil respecto de la prevaencia de la ley especial sobre la general. Ver por ejemplo, Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho administrativo*, Facultad de Derecho, UCV, Cursos de Derecho, Caracas, 1978, p. 65. Pero esto, obviamente, plantea el problema de aquellos tratados que contienen normas tan generales como las contradictorias con ellas, provenientes de la ley. Más acertado a nuestro entender, y congruente con el Derecho positivo, tanto interno como internacional, es el argumento basado en la característica propia del tratado, un acuerdo que no puede ser anulado unilateralmente, como lo señala Arminio Borjas: *Comentarios al Código de Procedimiento civil venezolano*, Buenos Aires, 1947, Tomo IV, p. 173, y, sobre todo, Gonzalo Pérez Luciani, en su sugerente estudio sobre "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 4, 1966-1967, pp. 326 y ss., en el que llega a la conclusión de que la ley aprobatoria no implicaría una "conversión" del tratado en norma interna, sino que pondría de manifiesto un acto de control accesorio que, como tal, no puede innovar o reformar las disposiciones del acto sobre el cual se ejercita el control: "Expresado y realizado el control, esto es, emitida la ley, no puede retractarse la actividad controlante. Esto explica la inderogabilidad de las leyes aprobatorias de contrato, tratados, presupuestos, etc.", p. 330.

89. Ver Goldschmidt, Werner: *Introducción filosófica al Derecho*, cit., p. 66.

90. Como lo expresó la Corte Suprema de Venezuela en su fallo del 29 de abril de 1965: ver *infra*, § II, 4: "Venezuela en su condición de Estado soberano organizado sobre un régimen de derecho, forma parte de la comunidad jurídica internacional, y como tal encuéntrase sometida a los principios y normas que presiden la vida de interrelación entre los diversos Estados, como expresamente lo reconoce el preámbulo de la vigente Constitución".

rido que el país pudiera desligarse del cumplimiento de un tratado por la adopción de una ley interna; sobre todo, si se tiene en cuenta que, según la propia mecánica constitucional, no es al Congreso a quien pertenece la competencia de dirigir las relaciones exteriores de la República.

Esta interpretación es confirmada por la de los Artículos 128 y 129. Según el Artículo 128, se distinguen dos tipos de tratados: aquellos que deben ser aprobados por el Congreso para que el Presidente pueda legalmente ratificarlos (tratados complejos o clásicos), y los que, en cambio, puede concertar el Presidente sin previa aprobación y, por ende, sin necesidad de ratificación (tratados ejecutivos o simplificados). Cabe destacar, en primer término, el acierto con que el constituyente venezolano ha dado cabida constitucional a los tratados ejecutivos que suelen plantear en otros regímenes graves problemas de hermenéutica, debido a que las respectivas Leyes Fundamentales no los mencionan expresamente y se refieren en general al género tratado, exigiendo para todos ellos la aprobación del órgano legislativo.⁹¹

Al introducir la distinción, la Constitución de Venezuela no exige ningún requisito legal interno para que los tratados ejecutivos tengan validez, por lo cual del solo hecho de su vigencia internacional se sigue su vigencia interna, y el monismo vuelve a resultar así evidente. Un fino conocedor de la materia, el profesor Toro Jiménez, se hace cargo de que para ser consecuente con la posición dualista, es preciso encontrar una fuente formal de Derecho interno que concrete la "recepción" del tratado ejecutivo. Y, al respecto, señala que pueden considerarse como "procedimientos de transformación" los decretos del Presidente o las resoluciones de los ministros que ordenan la publicación de tratados ejecutivos en la *Gaceta Oficial*.⁹² Aparte de que las resoluciones ministeriales sólo "ordenan" la publicación (lo que arrojaría dudas respecto de su sustancia legislativa intrínseca), quedaría pendiente el problema de comprender cómo, dentro del régimen constitucional venezolano, un ministro puede "legislar".

Ahora bien, en lo que respecta a los tratados complejos, la ley especial a que se refiere la Constitución no puede ser considerada

91. Ver Sève de Gastón, Alberto: *Los tratados ejecutivos en la República Argentina. Análisis tridimensional*, Buenos Aires, Depalma, 1970.

92. Toro Jiménez, Fermín: *op. cit.*, pp. 51 y ss.

"vehículo de incorporación" del tratado al Derecho venezolano, como dicen los dualistas, por la muy sencilla razón de que en el momento en que el Congreso sanciona esta ley (luego promulgada por el Presidente), las normas internacionales no existen como tales. Aun habiendo entrado en vigencia la ley aprobatoria, no se sigue de ello necesariamente que el Presidente ratifique el respectivo tratado y, mucho menos, que lo hagan los demás Jefes de los Estados que son parte en él. De otra forma, se llegaría al absurdo de que Venezuela cumpliría internamente tratados que tal vez nunca entren a regir en la esfera internacional.⁹³ Por otra parte, si el tratado es denunciado legalmente (según el Derecho internacional) por las otras partes, "tendríamos que convenir —como agudamente apunta Pérez Luciani— que autoridades extranjeras pueden dejar sin vigencia una ley venezolana".⁹⁴

Por eso, son significativos los términos empleados por la Constitución en su Artículo 128: "aprobación mediante ley especial..." ¿Cómo debe entenderse esta expresión? Pensamos que han sido empleados en su acepción cotidiana, según la cual lo "especial" es aquello "que se aparta de lo común u ordinario", y no en su connotación técnica, porque no podía escapar a los constituyentes, muchos de ellos versados en Derecho, que por medio de un tratado se pueden adoptar normas tan generales como las que se introducen por la ley.

Lo que se trasunta de este precepto, concatenado a los afines, es que la ley aprobatoria se distingue de cualquier otra ley porque sólo tiene por fin "aprobar" el tratado, o sea, en otras palabras, autorizar legalmente al Presidente a ratificarlo. Tan especial es esta ley que, con respecto a ella, ni siquiera el Presidente está vinculado por el Artículo 173, que establece la perentoriedad de la promulgación. Por el contrario, tiene al respecto una atribución discrecional, ya que podría muy bien no promulgarla nunca. He aquí otra sabia

93. No faltan casos en otros países, con semejante tradición dualista en su jurisprudencia, en que los jueces, deben a pesar de ella —y mediante verdaderos malabarismos dialécticos— negar la aplicación de una ley aprobatoria, requerida por el actor porque la reputa vigente después de su promulgación y publicación oficial, porque el tratado en cuestión no ha entrado a regir en la esfera internacional. Por ejemplo, en la Argentina, el caso "Pedro P. Ferreyra c/ Nación Argentina": Cf. nuestro *Derecho de la comunidad internacional...*, cit., pp. 139 a 142.

94. Pérez Luciani, Gonzalo: *op. cit.*, p. 329.

disposición que evita, por lo menos, la publicación de tratados en la *Gaceta Oficial*, cuando, a juicio del Presidente, no es conveniente su ratificación por la República.

Finalmente, cabe traer a colación el Artículo 129, que obliga a solucionar los conflictos jurídicos que surgen de los tratados por procedimientos internacionales. Equivale a reconocer la vigencia interna automática del respectivo arreglo o decisión y, nuevamente, la preeminencia de las normas procesales internacionales sobre las internas.

c) *El problema del Derecho consuetudinario internacional.* Nada dice la Constitución con respecto a la costumbre internacional (los "principios del Derecho de gentes", como rezan algunas Cartas Fundamentales). ¿Cómo interpretar este silencio? En primer lugar, es posible que se haya debido a la comprobación de la importancia cada vez menor que tiene esa fuente del Derecho de la comunidad internacional. Como dice Nguyen-Quoc-Dinh, "en la época contemporánea, el proceso consuetudinario tradicional se ha hecho incompatible, por su lentitud, con el incremento de las necesidades de la sociedad internacional que es necesario satisfacer rápidamente. Para solucionar los múltiples problemas derivados de la solidaridad internacional en pleno crecimiento, se ha abierto naturalmente la vía del recurso intensivo al procedimiento convencional y, por tanto, a la proliferación de los tratados multilaterales".⁹⁵ Lo que ocurre es que comienza a producirse en la comunidad internacional el fenómeno de la eclosión del Derecho escrito, que en su momento puso de manifiesto la transformación estructural del Derecho interno. Desde este punto de vista, la Constitución de Venezuela también se adapta a las nuevas orientaciones del Derecho de la comunidad internacional, dejando de lado soluciones, comprensibles en el siglo XIX, pero totalmente anacrónicas en la actualidad por las razones expresadas.⁹⁶

95. Dinh, Nguyen-Quoc: *Droit international public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 301.

96. En general, y desde el punto de vista interno, muchos Estados seguían una tendencia monista con primacía del Derecho interno con respecto a la costumbre internacional. Cf. de Vissher, Paul: *Les tendances internationales des Constitutions modernes*, en *Recueil des Cours* (1952-I), Tomo 80, pp. 521 y ss. Aunque, como se comprenderá, los dualistas consideran tal referencia como incorporación "global" del Derecho consuetudinario internacional. Bidart Campos, Germán: *Relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno en la doctrina y en el Derecho comparado*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1966, p. 5.

En segundo lugar, ha de tenerse presente que Venezuela es un Estado que lleva más de siglo y medio de vida independiente. No se plantean para ella las espinosas cuestiones derivadas de la admisión en bloque del Derecho internacional por parte de los Estados recientemente constituidos. Si alguna nueva costumbre surge será en el campo intersticial de la actuación propia del Jefe del Estado, prácticamente en los supuestos ya reservados por la Constitución para los tratados ejecutivos. Pero las costumbres anteriores y las nuevas serían igualmente de aplicación automática en el Derecho venezolano porque, si son correctas nuestras deducciones anteriores, ante la carencia constitucional, no se comprendería por qué, para algunas normas internacionales se aplicara el monismo y para otras el dualismo. Además, la posición ingenua parece, en estos casos, la más correcta: ¿Habría negado un juez venezolano a un diplomático extranjero sus privilegios e inmunidades por no existir ninguna norma venezolana que los reconociera expresamente? En caso de que exista este reconocimiento expreso se trataría en el fondo de eso mismo: una reiteración, por parte del ordenamiento jurídico inferior, de normas propias del superior. Ya hemos visto que esta reiteración es frecuente entre ordenamientos jurídicos de subordinación. Sin embargo, la corriente dualista afirmará que "el acto mismo del reconocimiento de la existencia de la costumbre" constituiría el "procedimiento de transformación".⁹⁷

4. *Doctrina.* En términos generales, la posición de los juristas venezolanos con respecto al problema según la Constitución de 1961 es dualista. En particular, el profesor Fermín Toro Jiménez, a cuya obra ya hemos hecho amplia referencia en estas páginas, ha expuesto y fundamentado extensamente esta corriente con gran conocimiento del tema y singular ingenio. No faltan, por cierto, tratamientos específicos de gran importancia que, en parte, ya hemos expuesto, y a los cuales también nos referiremos ocasionalmente en los temas considerados. Por eso, realizaremos a continuación una suerte de inventario de los argumentos dualistas siguiendo muy cerca la exposición de Toro Jiménez y la consiguiente crítica.⁹⁸

a) *Tradición constitucional.* A partir del Estatuto Constitucional Provisorio, del 19 de abril de 1914, desaparece de las Cartas Fundamentales de Venezuela toda referencia específica a la regula-

97. Toro Jiménez, Fermín: *op. cit.*, p. 56.

98. *Ibidem*, pp. 38 y ss.

ción de las relaciones entre Derecho interno e internacional. Esta carencia es visualizada por Toro Jiménez como demostración de que "el Derecho positivo venezolano no considera al Derecho internacional público como integrado con el Derecho interno estatal como lo era antes, sino como un orden jurídico separado autónomo, diferente y de igual jerarquía, cuyas normas sólo serán obligatorias en la medida en que sean objeto de transformación en normas de Derecho interno estatal venezolano".⁹⁹ Ello se debe a que "el silencio constitucional, después de una afirmación tan categórica que se produce de manera reiterada desde el 1864 hasta el 1914, sobre la integración del Derecho internacional público con el Derecho interno estatal venezolano, sólo puede interpretarse en el sentido de que el constituyente patrio ha querido prescindir de la concepción unitaria de las relaciones entre ambos órdenes jurídicos. Dicho de otro modo, si el constituyente venezolano ha venido insistiendo durante cincuenta años que el Derecho internacional público es parte integrante del Derecho estatal interno venezolano y a partir de un momento dado (año de 1914) omite toda afirmación de esta índole, es forzoso concluir que ha habido un cambio de criterio u orientación. Es cierto que ha podido el constituyente abandonar el monismo consagrando explícitamente el dualismo; sin embargo, se logra el mismo resultado eliminando toda referencia al monismo en la Constitución, lo que conduce necesariamente a concluir que sólo existe como factible la otra alternativa, el dualismo".¹⁰⁰

En realidad, y como lo señala el mismo Toro Jiménez, las soluciones adoptadas por las constituciones de Venezuela anteriores a 1914, no fueron uniformes con respecto al problema global (integración y jerarquización). Ciertamente es que, con respecto a las fuentes, la concepción fue unitaria, pero la jerarquización tuvo diversos tratamientos: tan pronto se proclama la primacía absoluta del Derecho internacional como la del Derecho interno, como se adoptan soluciones híbridas. Como primera aproximación el tema, parecería que el "silencio" no debería conducir necesariamente a la adopción del dualismo; podría descartar una solución monista por otra. Pero creemos que las razones siguientes aclaran mejor el panorama.

a') *Crítica interna.* El pronunciamiento explícito por la unidad de ambos mundos jurídicos puede ser interpretado de dos for-

99. *Ibidem*, pp. 39 y 40.

100. *Ibidem*, p. 40.

mas diferentes: como "incorporación global del Derecho internacional al Derecho interno" o como simple "reconocimiento" de una situación existente. Dentro de una concepción dualista extrema, se afirmará que tales cláusulas operaron la "incorporación" del Derecho internacional mediante *rezipiendierte Blankettrechssätze*, normas que implican una recepción global, a las que Triepel ya se había referido (V. *supra*, § I, A, 1, a). Siguiendo esta apreciación, el "silencio" podría muy bien ser considerado como abandono del "dualismo": no es necesaria ninguna "recepción" del Derecho de la comunidad internacional porque éste, de por sí, es aplicable internamente.

Si, en cambio, las cláusulas integradoras son portadoras de un simple reconocimiento de la existencia del ordenamiento jurídico superior y de su aplicación automática en el orden interno, el abandono de este reconocimiento explícito de ninguna manera podría interpretarse, necesaria y exclusivamente, como rechazo de la situación descrita, puesto que aquellas normas simplemente la "comprobaban". Puede muy bien llegarse a la conclusión de que el contribuyente consideró ocioso tal reconocimiento y por tanto lo suprimió.

b') *Crítica externa*. Mas cualquiera sea la conclusión a la que se llegue por aplicación de los argumentos anteriores, será siempre precaria porque, en el fondo, no significará otra cosa que una "presunción". Por tanto, lo que se impone es tratar de agotar las posibilidades de interpretar la omisión a través de otras cláusulas constitucionales y de las respectivas manifestaciones normativas y extra-normativas de la voluntad del legislador. Es justamente la tarea que realizamos anteriormente (*supra*, § II, 3) y que nos llevó a determinar que el monismo se hallaba implícitamente reconocido por la Constitución.

b) *Razones históricas*. El dualismo, como consecuencia del "silencio" constitucional, sería el producto de un "proceso de reacción contra el régimen de Guzmán Blanco cuya influencia se extiende hasta finales de siglo". El propósito que se perseguía era "romper amarras definitivamente con el monismo y apuntalar así la débil soberanía venezolana frente al imperialismo, para el cual la posición unitaria se ofrece como instrumento tentador de penetración".¹⁰¹ Nuevamente, podemos efectuar la crítica interna y externa.

101. *Ibidem*, p. 41.

a') *Crítica interna.* Ya dijimos que el dualismo no es garantía contra la injerencia externa, porque de ninguna manera sostiene el desconocimiento de las obligaciones internacionales que el país asume. El Estado podrá "darse el lujo" de no aplicar internamente un tratado, mas luego deberá hacer frente a las exigencias de debida reparación por el hecho ilícito que cometió. Si un Estado quiere desligarse de obligaciones internacionales (convencionales o consuetudinarias) radicalmente injustas, no es mediante una ingenua posición dualista que conseguirá su objetivo, sino creando Derecho revolucionario internacional, lo cual implica la voluntad nacional (y no sólo de algunos órganos del Estado) de desafiar la injerencia externa mediante la movilización de recursos de poder internos e internacionales que apuntalen dicha voluntad (V. *supra*, § I, B, 1, d, b'). Y, por supuesto, implica no sólo la decisión de no aplicar internamente normas internacionales, sino también la de no reparar los presuntos daños que tal omisión produzca.

b') *Crítica externa.* Con respecto a este ángulo visual, reiteramos lo dicho en la misma crítica al argumento anterior: la presunción dualista no se asienta en la exégesis de las cláusulas relevantes de la Constitución, según nuestra interpretación.

c) *Jurisprudencia.* Para Toro Jiménez, la jurisprudencia constitucional es dualista, y llega a esta conclusión después de analizar el fallo de la Corte Suprema en el sonado caso de extradición, del 29 de abril de 1965. Como luego nos referiremos específicamente a este fallo, reservamos para entonces nuestras observaciones (V. *infra*, § 5).

d) *Leyes ordinarias que imponen la aplicación preferente de normas internacionales.* Numerosas leyes venezolanas establecen la primacía de determinados tratados sobre la legislación interna. Por ello, según el mismo tratadista, "el legislador venezolano considera que las normas de los tratados internacionales celebrados y ratificados por la República no forman parte del Derecho interno estatal venezolano, es decir, constituyen parte de un ordenamiento jurídico diferente, que no es otro que el Derecho internacional público".¹⁰² Pero ya vimos que justamente la referencia al tratado *qua* tratado constituye afirmación del monismo y no del dualismo (*supra*, § II, b).

102. *Ibidem*, p. 45.

e) *Carácter transformador de la ley aprobatoria de un tratado*. "El recurso a una ley especial para aprobación de los tratados y no de un simple acuerdo de ambas Cámaras o bien del Senado, actuando separadamente, hace pensar que se ha querido hacer de la aprobación del tratado no sólo un requisito de validez del negocio jurídico en el orden internacional, sino también de un medio de hacer del tratado una norma legal, es decir, una ley en el Derecho interno estatal venezolano".¹⁰³

Pero no está claro (V. *supra*, § II, 3, b) cómo la ley aprobatoria "introduce" normas internacionales en el Derecho venezolano no natas en el momento de la sanción, y aun de la promulgación de ley, y que tal vez no entren nunca en vigencia; cómo esta ley puede ser privada de eficacia por un gobierno extranjero (en el supuesto de la denuncia del tratado que aprobó la ley), y cómo los tratados ejecutivos se aplican internamente sin necesidad de ley aprobatoria, ya que la Constitución nada dispone respecto de la "incorporación" de estos tratados y da por sentado que son de aplicación automática en Venezuela una vez concertados.

f) *Normas penales internas que establecen sanciones para delitos "juris gentium"*. Como suele ocurrir en otros Estados, el Código Penal de Venezuela contiene una serie de normas, en su capítulo III, *Delitos contra el Derecho internacional*, que establecen sanciones para determinados delitos tipificados en el mismo Código, pero que lo son al mismo tiempo en el Derecho internacional. Al respecto, Toro Jiménez señala que ésta es la manera "que tiene Venezuela de cumplir con obligaciones internacionales de Derecho consuetudinario respecto de otros Estados".¹⁰⁴

Esta interpretación es aceptable, pero tiene por lo menos la misma sustancia heurística que la explicación monista, según la cual las normas internacionales que tipifican como delito las respectivas conductas son de aplicación automática en el Derecho Venezolano, y por ello el legislador simplemente "completa" penalmente la norma estableciendo las respectivas sanciones.

5. *Jurisprudencia*. En un interesante fallo dictado el 29 de abril de 1965, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del ejercicio del control de la constitucionalidad.

103. *Ibidem*.

104. *Ibidem*, p. 49.

dad de un tratado vigente para Venezuela.¹⁰⁵ Se trataba, como pedimento principal, de una demanda de nulidad absoluta parcial del ordinal 14 del Artículo II, de la que el actor denominaba "ley formal" del 12 de junio de 1922, aprobatoria del Tratado de Extradición concertado por Venezuela y Estados Unidos el 19 de enero de ese año. Dicho tratado incluía, entre los delitos sujetos a extradición, el de "peculado o malversación" cometido por empleados públicos, siendo así que, según el actor, la malversación de fondos públicos sólo engendraba en el Derecho venezolano responsabilidad administrativa no delictuosa. Por tanto, el Poder Ejecutivo habría usurpado la competencia legislativa en la materia.

La Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse con respecto al fondo, porque consideró que no tenía competencia para entender en la causa por las razones siguientes: a) Comenzó por reconocer que, a pesar de que la Constitución atribuye a la Corte la facultad de declarar la nulidad total o parcial de las leyes cuando entran en colisión con la Constitución nacional o la infringen, tal facultad no es absoluta, y señaló una serie de actos que, según la misma Constitución, no están sometidos a control. b) Con respecto a los tratados, proclamó enfáticamente que su fuerza vinculante no radica "en la aprobación parlamentaria exigida por el Derecho político de algunas naciones, sino en el acto de ratificación que, según la práctica internacional, es el elemento determinante de la obligatoriedad". "De modo que un tratado internacional en que sea parte Venezuela no la obliga y se hace ejecutoria porque el tratado haya sido aprobado por el Congreso sino por la ratificación y canje de ratificaciones que de ese tratado haya hecho el Jefe de Estado". c) Por eso, la ley aprobatoria es *sui generis*. Al sancionarla, "el Congreso no legisla sino que en ejercicio de función política aprueba o imprueba actos del Jefe de Estado". Y destacó las características propias de esta ley que la distinguen de cualquier otra. Así, por ejemplo: el Poder Legislativo no puede modificar un tratado, sino que tiene que limitarse a "aprobar o negar la celebración del convenio sin poderlo alterar en ninguna de sus cláusulas". Las leyes ordinarias pueden ser reformadas total o parcialmente por otras leyes, en tanto que los tratados, después de ser aprobados por el Congreso, no pueden ser reformados por éste.¹⁰⁶ Las leyes ordinarias deben ser promulga-

105. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, año XCIII, del 21 de mayo de 1965.

106. Gabriele Salvio ha desarrollado esta tesis, según la cual el Congreso sólo

das por el Presidente dentro de un plazo determinado, en contraposición a la facultad discrecional que posee con respecto a las leyes aprobatorias. Mientras que las leyes ordinarias son obligatorias desde su promulgación, o excepcionalmente a partir de la fecha que su mismo texto indique, "la promulgación de la ley aprobatoria de un tratado no le imparte fuerza vinculante en la esfera internacional, pues es la ratificación el acto idóneo que le atribuye carácter definitivo y obligatorio entre los Estados contratantes, y bien podría ocurrir que aunque el tratado haya sido legislativamente aprobado no llegue a tener vigencia en el ámbito internacional". Finalmente, las leyes se derogan por otras leyes, pero los tratados tienen sus propias causas de extinción. d) El tratado constituye "un acto jurídico entre Estados soberanos sustraídos al control jurisdiccional del Estado venezolano", y el control de su legalidad deberá efectuarse mediante los remedios procesales propios del Derecho internacional. El Artículo 129, al que el fallo hace amplia referencia, confirma constitucionalmente este punto de vista: "Si bien el tratado internacional puede adoptar en el Derecho interno la forma de una ley conforme a la definición que acoja cada técnica constitucional, sigue, no obstante, conservando en la esfera internacional la naturaleza intrínseca de una convención, de un acuerdo de voluntades entre Estados, y como tal sólo extinguiible por las vías aceptadas en el Derecho de gentes o por los medios previstos por el consentimiento de los contratantes".

La estructura monista del fallo resalta así claramente. El tratado es fuente formal del Derecho de la comunidad internacional y por ese hecho, se aplica directamente en el ordenamiento interno, en tanto que la ley aprobatoria es un acto *sui generis* que no implica "recepción" de normas internacionales sino simplemente aprobación del tratado a los efectos de que el Jefe del Estado pueda proceder legalmente a su ratificación.

De ello no se sigue que la Corte no hubiera podido afirmar su competencia en base a un fallo igualmente monista. Si bien es cierto que, en sede internacional, los conflictos derivados de la ejecución o interpretación de un tratado sólo pueden ser resueltos por remedios procesales internacionales, no es menos cierto que adicio-

podría derogar por vía legislativa un tratado si existiera en la Constitución una norma que lo autorizara expresamente a no conformarse en su tarea legislativa a las obligaciones convencionales vigentes. "Qualche riflessione sulla legge e il tratto", en *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1959, Tomo 19, pp. 384 y ss.

nalmente los agravios individuales pueden ser examinados en cuanto al fondo por los tribunales internos por la sencilla razón de que, en tal caso, actúan —como bien lo enseñó Scelle— “desdoblados” en internacionales. Como ya hemos visto (*supra*, § I, B, 1, d, a’), el Derecho de la comunidad internacional injerta, entre sus propias normas, las constitucionales internas de importancia fundamental, de manera que un juez estatal, aplicando directamente aquel Derecho, puede muy bien pronunciarse con respecto a la correspondencia entre tratado y Constitución.

En este sentido, se ha observado con razón que la abstención de la Corte Suprema “no sólo era totalmente innecesaria, sino peligrosa para el futuro”,¹⁰⁷ ya que, de acuerdo con ella, el individuo carece de audiencia enérgica y pronta cuando sus derechos constitucionales están afectados por un tratado. Ello significa una patente denegación de justicia ya que, obviamente, el individuo no puede poner en movimiento los recursos propiamente internacionales.¹⁰⁸ Tal vez haya sido la conciencia de esta grave objeción lo que determinó que el fallo contuviera, aunque *ex abundanti cautela*, una salvedad: “Es indudable —se expresa en él— que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales, por revestir ellos en el ordenamiento interno la modalidad de leyes conforme a nuestra técnica constitucional”. Ciertamente es que tal declaración es incongruente con la *rationale* del pronunciamiento,¹⁰⁹

107. Brewer Carías, Allan-Randolph: “Algunas consideraciones sobre el control jurisdiccional en la constitucionalidad de los actos estatales en el Derecho venezolano”, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas, Instituto de Derecho Público, UCV, 1971, p. 27.

108. Cf. Pérez Luciani, Gonzalo: *op. cit.*, p. 36.

109. *Ibidem*, p. 309. El magistrado José Gabriel Sarmiento Núñez lo señaló también, con rigurosa lógica, en su voto salvado: “Si ya se ha establecido que únicamente a través de las vías reconocidas en el Derecho internacional, o de las que previamente pacten los Estados contratantes, es como pueden ser revisadas las cláusulas de un tratado internacional, aun las violatorias de la Constitución; si de esa forma se excluye, según el fallo, la posibilidad de que los tribunales competentes de Venezuela puedan intervenir unilateralmente en la alteración, modificación, alcance e interpretación de las disposiciones de un tratado entre naciones, no podría admitirse —como aparece del fallo—, que los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a las normas institucionales de los tratados internacionales; ya que esa revisión que la ley (artículo 7 del Código de Procedimiento Civil), concede a los tribunales de la República, es un control jurisdiccional de constitucionalidad y equivale a una declaratoria de invalidez del tratado”.

pero se comprende que la Corte haya querido preservar alguna posibilidad de recurso interno contra la inconstitucionalidad de los tratados, aunque más no sea por vía de excepción, y fundándolo en la concepción tradicional de la ley aprobatoria como ley material. Se trata evidentemente de un resabio dualista, que de ninguna manera inspira la *ratio decidendi* del fallo y, que por consiguiente, no invalida la tesis fundamental, en sí misma correcta y progresista, en que aquél se fundamenta.

INTERNACIONALIZACION DEL DERECHO MERCANTIL: UNA RAZON DE SER PARA SU SUPERVIVENCIA

HUGO MÁRMOL MARQUÍS

SUMARIO: 1. El Derecho Mercantil como categoría histórica. 2. La codificación del Derecho Mercantil y las críticas a su autonomía. 3. El Derecho Mercantil como triunfo del individualismo. 4. Derecho Mercantil y capitalismo. 5. Postulados y tendencias evolutivas modernas del Derecho Mercantil. 6. Derecho Mercantil como ruptura de una tradición. 7. El Derecho Mercantil en la evolución del comercio internacional. 8. Derecho Mercantil y Derecho Internacional. 9. Derecho Mercantil Internacional y política dirigista. 10. Conclusiones.

1. EL DERECHO MERCANTIL COMO CATEGORIA HISTORICA

Es célebre, y unánimemente utilizada, la expresión que acuñara Ascarelli según la cual el Derecho Mercantil podría ser definido como "*categoría histórica*". La explicación a su aserto que da el reputado profesor italiano, sin embargo, siempre nos ha parecido mucho menos afortunada que su formulación idiomática. Para él, la señalada categorización dependería solamente de la circunstancia de que siempre se plantean "valoraciones aparecidas primeramente en un campo limitado y después aplicadas en campos más amplios"¹ y apenas sería otro ejemplo de la dicotomía tradicional del derecho positivo: derecho civil y de gentes, derecho público y privado, *common law* y *statute law*, derecho civil y derecho mercantil.

La fórmula es aplicada hoy para resumir ideas de todo tipo. Para Valeri, por ejemplo, "categoría histórica" significa "fenómeno históricamente constante";² para Goldschmidt, aleatoriedad

1. Ascarelli, Tullio: *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Trad. de Evelio Verdura y Tuells; Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964, p. 91.

2. Valeri: *Manuale di Diritto Commerciale*. Florencia, I Ed. 1949, p. 4, cit. por Sola Cañizares, Felipe de: *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Montaner y Simón S.A. Barcelona, 1963, tomo I, p. 143, nota 233.

histórica de la delimitación entre las dos ramas fundamentales del derecho privado;³ para Langle Rubio, la facultad de adaptarse constantemente a las necesidades que en la historia se evidencian.⁴ Las tres tesis son ciertas, al igual que muchas otras, pero ciertamente no caracterizan con síntomas específicos al Derecho Mercantil.

En la cátedra y fuera de ella hemos siempre aludido, para justificar la expresión que nos ocupa, a la aleatoriedad de la existencia misma del Derecho Mercantil y a la ocasionalidad de su aparición.⁵ Dentro de las ciencias jurídicas y de la filosofía, el Derecho Mercantil *no se justifica a sí mismo*. Apareció simplemente en función de que determinados derroteros históricos, que a su vez eran también contingentes, plantearon alguna vez su necesidad de ser, y la necesidad crea el Derecho. Si la evolución de la humanidad —o de los sectores de la misma que configuran nuestra civilización occidental— hubiera recorrido otros caminos, el derecho privado habría quizás continuado siendo uno solo, y el Derecho Mercantil no se habría formado nunca.

El nacimiento del Derecho Mercantil, como derecho especial destinado a regular las relaciones comerciales y conjunto suficientemente delimitado como para constituir un campo autónomo de estudio, se ubica habitualmente al final del medioevo, cuando la riqueza comercial, producto del intercambio, comienza a suplantarse la riqueza agrícola tradicional.⁶ El "Derecho Común", conjunto de soluciones para la relación interindividual que se remontan fácilmente a las estructuras romanas de Justiniano, ha sido hasta entonces absolutamente suficiente. Pero de repente, el desarrollo de la actividad comercial comienza a destacar las limitaciones, trabas y obstáculos que supone el formalismo de aquel derecho básico. El comercio es actividad dinámica: lo que es buen negocio hoy, puede dejar de serlo mañana o quizás, quién sabe, apenas dentro de unos minutos. Un comerciante debe decidirse rápidamente, de manera tal que las transacciones comerciales no se

3. Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*. Cursos de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 4.

4. Langle Rubio, Emilio: *Manual de Derecho Mercantil Español*. Bosch, Barcelona, 1950, tomo I, p. 54.

5. Mármol Marqués, Hugo: *Fundamentos de Derecho Mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1978, p. 21.

6. Véase Rocco, Alfredo: "Principios de Derecho Mercantil". Trad. de la *Revista de Derecho Privado*. Edinal, México, 1960, p. 9.

adecuan a las lentitudes y reflexiones que implica e impone la ley civil; pero por otra parte, como consecuencia de esa rapidez, el comerciante requiere un mayor rigor en la ejecución y una seguridad más firme. El Derecho Mercantil, dicen De la Morandiere, Rodiere y Houin,⁷ responde a esas exigencias. *Rapidez*: las operaciones de comercio se prueban por todos los medios, lo cual evita la redacción de escritos sacramentales; además, las controversias a que dan nacimiento son resueltas por tribunales especializados que estatuyen con mayor rapidez que los civiles. *Seguridad*: los comerciantes que no pagan sus deudas son excluidos del mundo de los negocios por un procedimiento riguroso (la quiebra y sus derivados) que asegura a los acreedores un pago rápido por lo menos parcial. Además, la presunción de solidaridad pasiva y la instrumentación cambiaria suministra evidentes fortalecimientos al crédito.

La sabia lentitud del Derecho Común, con la evolución de las transacciones mercantiles, muy pronto significó una rémora. El comercio medioeval es realizado mayoritariamente por judíos, que no se sienten vinculados especialmente a ninguna nacionalidad específica salvo a la que les significa el común ideal religioso, que son mirados con desprecio por el resto de la colectividad, y a quienes el sentido ascético de la vida que ha impuesto la filosofía patrística los deja absolutamente indiferentes.

Si la situación económico-social no hubiera sido la descrita, es posible que las nuevas necesidades hubieran traído consigo una nueva formulación de los planteamientos tradicionales que permitieran al Derecho una rápida adaptación al substrato real. No ocurrió así, sin embargo. El comerciante es mirado por las "personas decentes" como el "más vil y sórdido de todos los hombres", sólo preocupado de la fácil ganancia que resulta ajena a todo interés espiritual y suministra ingentes recursos para el pecado y el vicio. Nada tiene de extraño entonces que sus problemas contractuales preocupen tan poco a la organización social establecida y que para las soluciones de sus problemáticas sea dejado a sus propias fuerzas. Unase a esto la desaparición del Imperio Romano y la disgregación de lo que un día fue ordenamiento jurídico universal en multitud de legislaciones casuísticas, corrompidas en su mescolanza con instituciones bárbaras como el llamado "juicio de

7. De la Morandiere, J.; Rodiere, R., y Houin, Roger: *Droit Commercial*. Dalloz, Paris, 1960, tomo I, p. 2.

Dios" o la ejecución del deudor por sus propios acreedores. Y conclúyase entonces que el comerciante, desamparado por la normativa oficial, tuvo bien pronto que olvidarse de ella y acudir a su propia inventiva y "sentido común" para resolver sus conflictos.

El comerciante es viajero por naturaleza. Las prácticas que va ideando se expanden en forma centrífuga de cada centro comercial de importancia hacia el resto del mundo, y en el mutuo influjo y reflujo de colisiones y de interferencias, las soluciones se van puliendo, perfeccionando y unificando. Lo que primero es aislada solución anónima pasa más tarde a hábito contractual generalizado, insensiblemente a uso local y luego internacional, al fin a norma jurídica consuetudinaria. Las recopilaciones de costumbres mercantiles que se acometerán más adelante contribuirán a darles fijeza y uniformidad y dotarán al comercio de una serie de instrumentos que permitan limar controversias y unificar regímenes.⁸ Sin proponérselo, los comerciantes han inventado el Derecho Mercantil y descubierto el Derecho Internacional Privado.

2. LA CODIFICACION DEL DERECHO MERCANTIL Y LAS CRITICAS A SU AUTONOMIA

El inicio de la codificación fue una gran oportunidad para que el Derecho Común reformulara sus normas y lograra textos legislativos únicos, suficientemente flexibles como para bastar, en el ámbito de cada país, para las realidades civiles y mercantiles. La ocasión habría sido ciertamente aprovechada, si los primeros codificadores hubieran partido de concepciones científicas previas, y en ese momento la dicotomía habría quedado resuelta. Pero la actitud del legislador francés, primero en estructurar un Código, fue la opuesta y arrastró consigo la corriente posterior. Los franceses comenzaron su labor con el Código Civil que se promulgara con el nombre de Napoleón en 1804, y que de esa manera seguimos llamando todos en acatamiento de un decreto del gobierno francés del 27 de marzo de 1852 y como homenaje permanente al último gran Emperador de la historia. Al texto civil siguió en 1807 un Código de Comercio. Con él, la dicotomía legislativa adquirió carta de naturaleza y se estabilizó en forma definitiva.

Doctrinariamente, la solución no fue pacífica. En Brasil primero Teixeira de Freitas en 1867,⁹ en Italia luego Montanelli,

8. Rocco, Alfredo: *ob. cit.* (6), p. 9.

9. Cit. por Sola Cañizares, *ob. cit.* (2), p. 198.

Pisanelli, Ellero y Carle¹⁰ comenzaron a encontrar inconvenientes teóricos en la existencia de textos legales separados; sus posiciones desembocarían en la clase inaugural que dictara Vivante en la Universidad de Bolonia, en 1892, para conmocionar al mundo.¹¹ Pero la realidad pragmática se impuso por sobre las disquisiciones abstractas. El mismo hecho de haber nacido del trato cotidiano entre particulares; su dinamismo que llega a saltar sin escrúpulos especiales las más decantadas elaboraciones científicas; la rapidez y adaptabilidad de sus soluciones que ni siquiera son fieles a sí mismas y, cuando es preciso, se reformulan para cubrir cada nuevo planteamiento; son todos motivos sólidos, que para el mercantilista implican un orgulloso deseo de mantener la independencia y, para el civilista, un justificado temor hacia su poder contaminante. Hoy aun los más osados propulsores de la integración legislativa, tienen que aceptar que la misma apenas puede llegar a una modernización de las soluciones civiles, que incluya en los textos civilistas mecanismos que desde hace mucho aceptan los mercantilistas tranquilamente; y una consagración de la existencia de normas propias para el comerciante, que se integran en sus propios núcleos y que, a la larga, continúan evolucionando con especial rapidez y dejando atrás de nuevo, en poco tiempo, al derecho civil que tanto se esforzó en alcanzarlo.

3. EL DERECHO MERCANTIL COMO TRIUNFO DEL INDIVIDUALISMO

La aparición del Derecho Mercantil marcó un triunfo del individualismo. El comerciante es, en efecto, ha dicho Radbruch,¹² el representante de un tipo de individuo que vive libre de vínculos sociales, guiado en sus actos solamente por el egoísmo y el frío cálculo, por el afán de ganancia y la especulación, con aquella idea de que "los negocios no tienen alma". Pero las estructuras colectivistas bien pronto reorientan sus soluciones hacia propósitos más trascendentes. Ciertamente que todos sus postulados continúan demostrando una preocupación humanística, pero van más bien hacia el Hombre, en sentido universal, que hacia el egocentrismo individual de cada hombre. Baste recordar que el primer Derecho Laboral fue antes Derecho Mercantil; los códigos

10. Sola Cañizares, *ob. cit.* (2), p. 197.

11. Vivante, César: *Tratado de Derecho Mercantil*. Trad. César Silió Belena, Reus, Madrid, 1932, tomo I, p. 21 y ss. Contiene una versión casi completa de la célebre clase inaugural.

12. Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 158.

de comercio venezolanos, por ejemplo, consagran el derecho de preaviso para el empleado del comerciante desde 1873, y atribuyen a la tripulación de las naves una participación en las ganancias del transportista. Agréguese las inmensas posibilidades de participación que resultan de la sociedad por acciones; o el grado de seguridad que dan las instituciones aseguradoras "al mayor número posible de individuos".¹³

4. DERECHO MERCANTIL Y CAPITALISMO

También pudo identificarse el Derecho Mercantil con el capitalismo. Broseta Pont, en España, se ha cuidado de recalcar cómo el Derecho Mercantil nació antes que el sistema capitalista, y éste último, simplemente, se apoderó de aquél, como también lo hizo en cierto sentido del Derecho Civil, del Laboral, del Administrativo y del Fiscal;¹⁴ Sánchez Calero agrega que en el mundo moderno, figuras tales como la planificación económica y las nacionalizaciones matizan suficientemente los mecanismos capitalistas convencionales sin prescindir del Derecho Mercantil.¹⁵ No obstante, una cierta identidad evolutiva lleva fácilmente a confundir paralelismo con evolución causal y a identificar el Derecho Mercantil con una clase social, evidentemente, con la capitalista.¹⁶ En ese orden de ideas, consistiría la disciplina en aquella parte del derecho privado que hubo de transformarse para adecuarse al espíritu y a la organización capitalista y que reglamentaría en buena parte el desenvolvimiento de la vida económica.¹⁷

Todas estas tesis resultan sólo aceptables si se lleva la categorización histórica del Derecho Mercantil hasta sus últimas consecuencias; es decir, si se parte de la idea de definir lo que el Derecho Mercantil resulta ser *dentro del substrato capitalista*, con prescindencia hacia lo que por sí mismo debe ser.

La misma plasticidad del Derecho Mercantil lo hace especialmente adaptable a las modificaciones sociales, en función de la vida misma. Si campea señorialmente en las órbitas del más acentuado capitalismo totalitario, también facilita recursos y mecanismos perfectamente utilizables dentro de otras concepciones socia-

13. Halperin, Jean: *Los Seguros en el Régimen Capitalista*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f., p. 135.

14. Broseta Pont, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 50.

15. Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Valladolid, 1977, Editorial Clares, p. 18.

16. Sola Cañizares: *ob. cit.* (2), p. 134.

17. Sola Cañizares: *ob. cit.* (2), p. 133.

les. Junto con la desaparición o minusvalorización del comercio privado, hoy se habla de un Derecho de la Economía Organizada, que se fundamenta en el creciente intervencionismo estatal en el ejercicio del comercio¹⁸ y que sumaría en una nueva rama del derecho los contenidos tradicionales del Derecho Penal, Administrativo, Fiscal y Laboral que inciden sobre el intercambio de las estructuras mercantiles de hoy, contempladas en atención a la satisfacción de necesidades públicas. Así, aunque en la era de la "Revolución Termonuclear"¹⁹ desaparezca el capitalismo, los mecanismos jurídicos reguladores del tráfico de bienes y servicios seguirán siendo precisos, aun en el caso de que, para evitar connotaciones emocionales, se prefiera eludir para ellos la denominación de Derecho Mercantil.

5. POSTULADOS Y TENDENCIAS EVOLUTIVAS MODERNAS DEL DERECHO MERCANTIL

En verdad, si se quiere una concepción realmente trascendente del Derecho Mercantil, es preferible acudir a sus estructuras lógicas y características metodológicas, y prescindir de los contenidos fácticos que se le pueden asignar o atribuir a las mismas. Hacerlo así, por otra parte, es el único camino práctico que puede adoptarse para delimitar cualquier rama jurídica, ya que la demarcación de las realidades reguladas, en todos los casos, se refieren siempre a campos variables, que crecen, decrecen o se modifican de acuerdo con las variaciones de la cultura.

En el Derecho Mercantil se advierten siempre tres postulados específicos:

a) La normativa parte de casos concretos, y sólo por inducción llega a principios generales. En su origen histórico, fue primero la regla de conducta que se pactaba en un contrato; luego, el hábito de pactarla en todos los contratos del mismo tipo; en fin, la idea de suponerla tácitamente pactada en el mundo comercial.

b) Se busca en todo momento la solución más segura para el crédito y más rápida para la celebración del contrato. Entramos acá de nuevo en aquellos aspectos arriba señalados, que aúnan las facilidades probatorias con los rigores en la ejecución.

18. Goldschmidt, Roberto: *Estudios de Derecho Comparado*. Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1958, p. 465.

19. Véase Ribeiro, Darcy: *El proceso civilizatorio*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Trad. Delio Rosiello. Caracas, 1973.

c) Se rehúyen los planteamientos teóricos en función de las soluciones prácticas: si en su origen, el Derecho Mercantil fue concebido como un conjunto de vías para eludir el teoricismo jus-civilista, nunca en definitiva abandonaría después su posición pragmática y, en cada caso, en pro de la solución inmediata, aceptaría y acepta modificar incluso principios que él mismo ha formado cuando ello es necesario para un nuevo supuesto.

Mientras mantiene vigentes estos tres caracteres, conserva el Derecho Mercantil la excepcional característica de saber amoldarse a cualquier necesidad de regulación, cuando ello se precisa. Ello lo hace realmente imprescindible en la evolución colectiva.

En el mundo actual, la evolución social misma marca una serie de fenómenos. Internamente, cada uno de los diversos países adapta su economía a una política dirigista fiscal y social. El Estado controla la producción y la distribución; establece mecanismos crediticios, incentiva o desalienta la inversión hacia determinados rubros, asume incluso la prestación de algunos servicios que tradicionalmente estuvieron a cargo de particulares (transporte, suministros básicos). Las unidades productivas particulares, a la larga, llevan a integrarse dentro de la planificación pública total: de una parte, tienen que contar como un recurso primario, con la infraestructura que el Estado crea, y ya no existe para ellas la absoluta libertad de actuación; de otra, como contrapartida, su finalidad no es ya primordialmente la de obtener ganancias para el dueño, sino la de satisfacer necesidades colectivas en forma onerosa y lograr, subsidiariamente, una ganancia.²⁰ En todo el procedimiento, sin embargo, la plasticidad del Derecho Mercantil continúa haciéndolo recurso imprescindible.

En el aspecto internacional ocurre un fenómeno simultáneo. Las economías de cada Estado están lejos de ser autosuficientes; las relaciones comerciales interindividuales traspasan cada vez más las fronteras y se convierten en situaciones interjurisdiccionales. Si en los albores de su existencia, el Derecho Mercantil apareció como un recurso para evitar en cada contrato, a los sujetos involucrados, el choque de normativas diferentes, hoy parecemos volver, en macrocosmos, a la situación inicial. Porque la disyuntiva con-

20. Véase Mármol Marqués, Hugo: "Ideas para una concepción moderna de la empresa, la hacienda y el empresario mercantil", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 25. También, en menor medida, *Fundamentos...* (ob. cit. 5), p. 169 y ss.

siste en buscar soluciones uniformes, o en resignarnos a que casi cada relación jurídica se convierta en un nido de conflictos legales.

Las tendencias contemporáneas se dirigen, en procura de resolverla, a la búsqueda de soluciones uniformes. Vale la pena recordar los variados logros alcanzados en lo que va del siglo, en los tres caminos que se han utilizado para lograr el mismo fin: "leyes de conflicto", formuladas para precisar en el contrato en donde choquen dos legislaciones internas, cuál de las mismas ha de resultar aplicable (por ejemplo, Cód. Bustamante de 1928); "leyes internacionales" que adjuntan a la diversidad de legislaciones internas un cuerpo de terceras soluciones sustantivas (por ejemplo, Decisión 46 del Pacto de Cartagena); "leyes uniformes" que son promulgadas en cada país para unificar las propias soluciones internas (por ejemplo, textos de Ginebra sobre letra de cambio de 1930). La creación, por acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el 17 de diciembre de 1962, oficializa sin lugar a dudas y convierte en actividad permanente estos procedimientos unificatorios.

Ahora bien, los caracteres primarios del Derecho Mercantil se mantienen incólumes a pesar de tan pronunciadas modificaciones conceptuales. Precisamente, sus sistemáticas siguen siendo adaptables a la realidad dirigista de la política interna y a la internacionalización de soluciones del comercio mundial, en virtud de que conservan la agilidad de adaptación que resulta de ser inductivas, de preocuparse por la celeridad y la seguridad, de escapar de planteamientos teóricos en función de resultados prácticos. Si hoy quisiéramos identificar el Derecho Mercantil con su contenido casuístico y cayéramos en la misma cortedad de miras de quienes lo llamaron "derecho del capitalismo", lo bautizaríamos quizás como "derecho de la intervención del Estado en el comercio" o "derecho de las relaciones comerciales internacionales".

6. DERECHO MERCANTIL COMO RUPTURA DE UNA TRADICION

Desde su aparición, el Derecho Mercantil rompió con todos los cánones preestablecidos. Arriba aludimos a las diversas oposiciones que encontró su formulación originaria, cuando fue la moda discutir la necesidad o conveniencia de dos Códigos separados que regularan la realidad civil y mercantil. Pero en verdad, hay que insistir en que es su carácter no tradicionalista lo que mejor justifica su supervivencia, y que la separación legislativa es

el más cómodo recurso para garantizarla. La flexibilidad de sus figuras, hace que el Derecho Mercantil siempre pueda adaptarse a las nuevas realidades y servir de urgente recurso al que se pueda acudir de inmediato, en todas las sistemáticas que persigan el desarrollo de las posibilidades humanas.

7. EL DERECHO MERCANTIL EN LA EVOLUCION DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Cuando las políticas de solidaridad colectiva se internacionalizan y el mejoramiento del hombre, en todos los sentidos posibles, pasa a ser un deber de la humanidad integral, el Derecho Mercantil vuelve a su utilidad primigenia de servir de remedio a los conflictos entre legislaciones.

Hoy se habla de un "Derecho Mercantil Internacional" y se confrontan numerosas vacilaciones a la hora de conceptualizarlo. Puede llegarse incluso a la más rotunda negación de su existencia, como lo hace Garrigues cuando argumenta que creerlo real "supondría la presencia y la autoridad de un legislador supranacional que dictase normas de aplicación universal, con carácter obligatorio".²¹ En verdad, tales legisladores supranacionales *sí existen*, y están constituidos por los propios países en cuanto se reúnen para convenir una norma obligatoria para sus ámbitos y de antemano renuncian al abusivo concepto de soberanía que podría inducirlos a descartarla. Si en *El Contrato Social* de Rousseau, cada individuo libremente acepta obligarse al acatamiento de la norma que consienta la generalidad, y ello no desmedra cada libertad individual, en la autolimitación implicada por los organismos internacionales también puede razonarse que cada Estado, libremente, ha aceptado las normas que resulten del trabajo colectivo, y que los organismos que agrupan a los entes estatales, en función de concretizar tales normas, se convierten a la larga en supra-legisladores.

Pero en la más estricta realidad, el Derecho Mercantil Internacional no es simplemente ese conjunto de soluciones uniformes que a través de los organismos internacionales se imponen a los ciudadanos de cada Estado. El Derecho en realidad ya se ha formado, antes de lo que en definitiva resulta solamente una mera declaración de certeza. Cuando, para volver a un ejemplo ya dado, los organismos rectores del Pacto de Cartagena convinieron en

21. Garrigues, Joaquín: *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 312.

una serie de normas básicas mínimas para estructurar la empresa multinacional (las recogidas en la citada Decisión 46), más que inventar soluciones, reconocieron y aceptaron, de entre las posibles alternativas, las que más se adaptarían a las necesidades prácticas.

Para nosotros, Derecho Mercantil Internacional es simplemente el resultado de una evolución cíclica, que implica para el Derecho Mercantil el adaptarse permanentemente a la necesidad. El suministro de normas flexibles, casuísticas, protectoras y seguras hoy se evidencia imprescindible en el ámbito del comercio internacional, como una consecuencia de la evolución desarrollista. Y si en sus primeros días, como tantas veces hemos repetido, el Derecho Mercantil hubo de ser aquel recurso para limar diferencias de tratamiento legal a nivel interindividual, hoy vuelve a cumplir los mismos cometidos, contando, esta vez, con el reconocimiento oficial de los Estados. Dichas las cosas de esta manera, hablar de "Derecho Mercantil Internacional" es casi caer en una redundancia, porque no se tratará de un "Derecho Mercantil específico", nacido para las relaciones internacionales y paralelo u opuesto a los "Derechos Mercantiles Nacionales", sino del resultado —ignoramos si final y definitivo— de una evolución que, primero, requirió de este Derecho para regular relaciones entre particulares provenientes de diversos países; luego, lo utilizó para solucionar problemas económicos domésticos y, al fin, vuelve a una internacionalización acentuada. El Derecho Mercantil se ha limitado a seguir los pasos de la evolución económica, y es "internacional" hoy, en la medida en que resulta serlo también la economía mundial.

8. DERECHO MERCANTIL Y DERECHO INTERNACIONAL

Cuando se trata de asociar una materia jurídica con otra para aclarar las recíprocas relaciones, pareciera que la labor habría de limitarse a destacar el campo común en donde las dos materias coinciden; fuera del mismo, las disciplinas comparadas mantendrían entre sí una total autonomía. El procedimiento muchas veces llega a resultados débiles: el Derecho, al fin y al cabo, es uno sólo y su parcelamiento en ramas apenas si es un recurso para facilitar su estudio. Por ello, siempre causa especial conmiseración el "jurista especializado" que a la larga llega a distorsionar el campo de su preferencia y a considerarlo ciencia propia desgajada de la totalidad normativa, con caracteres específicos que no se repiten en el resto del ordenamiento.

Cuando se comparan los Derechos Mercantil e Internacional,

felizmente no se llega a tales abstracciones deformantes. Si bien hacia 1927. Rocco aún afirmaba que "queda fuera del Derecho Mercantil propiamente dicho el Derecho Mercantil Internacional, que disciplina el comercio internacional, ya desde el punto de vista de las relaciones directas entre los Estados (Derecho Internacional Público), bien de las relaciones entre particulares originarios de distintos países (Derecho Internacional Privado)",²² es lo cierto que, hoy por hoy, se prefiere indicar que en la delimitación entre Derecho Mercantil y Derecho Internacional se nota una estricta equivalencia entre el cosmopolitismo del comercio y la tendencia de universalidad del régimen jurídico, y se alude para ejemplificar a las relaciones económicas derivadas del tráfico terrestre, fluvial, marítimo y aéreo.²³ La categorización histórica del Derecho Mercantil ha traído en nuestra época un nuevo resultado: identificarlo con la necesidad histórica de normatividad internacional.

9. DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL Y POLITICA DIRIGISTA

La internacionalización de nuestro Derecho no contradice, sino que antes bien complementa, las posiciones dirigistas.

Si en el mundo moderno la planificación estatal se acentúa —y lo hará cada vez más, cuando la limitación de recursos imponga ya de manera insoslayable la necesidad de distribuir "desde arriba" las cargas individuales y colectivas—, esta organización generalizada encuentra su más evidente ejemplo en las producciones que el Estado promueve para un intercambio interregional. Lograr el mejor bien o servicio dentro del mínimo esfuerzo y erogación, deja de ser un loable propósito individualista del comerciante, que traduce su deseo de hacer la mayor ganancia, para convertirse en verdaderos cometidos estatales, impuestos en función del interés común.

En las organizaciones estatales que propugnan la agilización de un comercio entre países, o la mutua protección mediante facilidades arancelarias e incentivos para inversiones y producciones, las Partes Contratantes no se limitan a convenir regímenes aduanales, sino que llegan incluso a reivindicar para cada una sectores básicos de producción, escogidos de acuerdo a las posibilidades que brinde el substrato étnico-geográfico respectivo.

22. Rocco, Alfredo: *ob. cit.* (6), p. 4.

23. Langle Rubio, Emilio: *ob. cit.* (4), p. 73.

El ejemplo más evidente de esta situación, para nuestra realidad, es el suministrado por el ordenamiento jurídico andino, en lo que respecta a la atribución de competencias para los órganos subregionales. Llama ya a primera vista la atención el que se hable de "atribución" y no de "distribución" de competencias;²⁴ al parecer, los Estados Miembros parten de renunciar *motu proprio* a muchas de sus prerrogativas tradicionales en pro de una finalidad internacional. Se nota luego que el Acuerdo de Integración Subregional reserva, salvo excepciones muy determinadas, las llamadas "competencias materiales" a los órganos subregionales: ello implica una de las más destacadas características del Acuerdo a través de la cual se revela "la vastísima esfera de acción que se ha confiado a dichos órganos, así como el rol preponderante de sus actos en el proceso de integración subregional".²⁵ Las excepciones tocan a la autorización a los países miembros para que retiren productos de sus listas de exclusiones del programa de liberación y del proceso de establecimiento de Arancel Común (art. 56); y a la competencia de los países miembros para actuar conjuntamente en una desgravación más acelerada (art. 53), en la liberación gradual de los productos incluidos en la lista de excepciones (art. 57), en acuerdos de complementación con las demás partes de la ALALC en los sectores de producción que así lo permitan (art. 59), y en lo que respecta a la adquisición de compromisos de carácter arancelario con países extraños a la subregión (art. 68).

El comercio que resulta de la aplicación de este y otros textos, ha sido ya estrictamente canalizado de acuerdo a los caracteres sociales y políticos de cada país miembro ("dirigido"), y así resulta estarlo luego, cuando se proyecta hacia el ámbito internacional. Las dos características que hemos llamado típicas del Derecho Mercantil moderno, se revelan más que nunca entonces en los nuevos enfoques que puede dársele a su campo de aplicabilidad.

Cada vez que se han esgrimido postulados teóricos para justificar la poca solidez científica de "un Derecho Mercantil separado del Civil", queda la sensación de que el Derecho Mercantil sobrevive, sin embargo, sólo en razón de motivos meramente circunstanciales y contingentes. Si en los siglos pasados se pudo apoyar en la necesidad de normas rápidas y seguras para el de-

24. García Amador, Francisco: *El ordenamiento jurídico andino*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977, p. 113.

25. García Amador, Francisco: *ob. cit.* (24), p. 113.

sarrollo del comercio interindividual, y ello llevó a la idea de que bastaría flexibilizar el Derecho Común para abolir el Derecho Mercantil, en el momento actual el anclaje práctico del Derecho Mercantil se lo busca más bien en las facilidades que da su dinamismo para cubrir la relación comercial internacional con economía de medios y máximo de utilidades. Quien fue una vez el máximo crítico de la dicotomía legislativa, llegó más tarde a defenderla al advertir cómo la existencia separada del Derecho Mercantil facilitaba notablemente la uniformidad cosmopolita, la reglamentación común de las relaciones terrestres y aéreas, la preferencia mundial hacia las formas escritas, el respeto escrupuloso de la voluntad incorporada a los títulos de crédito y los sistemas eficientes de publicidad.²⁰ En nuestra opinión, en verdad, la facilidad de que da muestra la sistemática mercantil para adaptarse a cada necesidad inmediata es el mejor argumento para su supervivencia.

Hoy el Derecho Mercantil se mantiene porque ha sabido ser útil a la relación comercial internacional. Y a la larga, debido a que desde esta nueva posición ha tendido a humanizar el Derecho Internacional de siempre. Porque es mil veces más enaltecedor el estudio de una disciplina que se ocupe de organizar los mecanismos de producción y distribución, en búsqueda de una mejor satisfacción de las necesidades humanas, que aquellas discusiones que durante tanto tiempo formaron su campo preferido de estudio acerca de los medios de plantear una guerra o de defenderse de ella.

La posición pragmática superó en definitiva a los postulados abstractos; pero ello no ha de significar un mentís a la teoría científica que argumentan estos últimos, sino un llamado hacia la toma de nuevos conceptos.

10. CONCLUSIONES

En conclusión, la existencia autónoma del Derecho Mercantil se continúa justificando en su flexibilidad y adaptación a las necesidades históricas. Fue el conjunto normativo "más privado" que puede concebirse, ya que, a través de la costumbre, lo idearon los propios sujetos que se someterían a su regulación. Ello le dio sin dudas un cariz humanístico especial. Hoy, cada vez más, deja de ser "privado". Pero sigue siendo humanista. Porque su internacionalización y publicización se deben a que de esa manera se adapta más a la satisfacción de las necesidades primarias del hombre moderno.

26. Vivante, César: *ob. cit.* (11), p. 18.

LA INMUNIDAD DE JURISDICCION

LA INMUNIDAD DE JURISDICCION Y LAS OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO

ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN LEGAL DEL CRÉDITO PÚBLICO EN VENEZUELA. 1. Las normas constitucionales. 2. Las normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. 3. Las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. 4. Las normas de la Ley Orgánica de Crédito Público. III. LAS OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO. 1. Concepto de crédito público. 2. Empréstitos y deuda pública. 3. Caracterización de la deuda pública externa. IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMPRÉSTITO PÚBLICO EXTERNO. Introducción. 1. La controversia clásica: contrato *vs.* acto jurídico unilateral. 2. Una posición desde el punto de vista del Derecho venezolano. 3. La significación de la naturaleza jurídica del empréstito público externo en el Derecho venezolano. V. LA INMUNIDAD DE JURISDICCION. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo pretende contribuir al esclarecimiento de la noción de *empréstito público externo* en el Derecho Financiero venezolano, como modesto aporte al homenaje que nuestra Universidad Central de Venezuela rinde al ilustre profesor Rafael Caldera con la publicación de este libro.

La literatura jurídica relacionada con la materia de crédito público en general y con el empréstito público en particular es muy abundante. Tanto en los tratados de Derecho Internacional Público como en los textos de Hacienda Pública y Derecho Financiero hay capítulos dedicados a este tema. Igualmente numerosa es la cantidad de monografías, así como también la de artículos de revistas sobre diversos aspectos de la materia. Por otra

parte, desde el punto de vista histórico, el bloqueo a las costas de Venezuela en el año de 1902, produjo como consecuencia la irrupción de la Doctrina Drago, cuyas repercusiones no se limitaron al Derecho Internacional Público, sino que se extendieron al campo del Derecho Financiero. En el ámbito de esta disciplina todavía sigue abierta la controversia en torno a la naturaleza jurídica del empréstito público, y la tesis de Drago —que aún conserva su lozanía— es discutida y aceptada. Sin embargo, la Procuraduría General de la República de Venezuela recientemente ha abandonado la Doctrina Drago, tan vinculada a la historia política del país. Nosotros creemos que la tesis de Drago que ve en el empréstito un acto jurídico unilateral es todavía sostenible, pero también consideramos que la noción de empréstito a la cual es aplicable debe reformularse y ubicarse dentro de un contexto doctrinal y legal más apropiado, con la debida ponderación de los elementos que suministran la Constitución y la teoría general de los títulos de crédito. Las reflexiones que siguen son un intento en esa dirección.

II. EL REGIMEN LEGAL DEL CREDITO PUBLICO EN VENEZUELA

El crédito público está regulado en Venezuela por dos grupos de normas, unas de orden constitucional y otras de rango legal. Estas últimas pueden subdividirse en dos tipos: las correspondientes a las leyes orgánicas (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, Ley Orgánica de Crédito Público y Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) y las pertenecientes a las leyes especiales (ley habilitante del empréstito).

1. *Las normas constitucionales*

Título IV

Del Poder Público

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 126. Sin la aprobación del Congreso, no podrá celebrarse ningún contrato de interés nacional, salvo los que

fueren necesarios para el normal desarrollo de la administración pública o los que permita la ley. No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales.

Tampoco podrá celebrarse ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros, ni con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación del Congreso.

La ley puede exigir determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden, o requerir especiales garantías, en los contratos de interés público.

Artículo 127. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

CAPÍTULO II

De las atribuciones del Presidente de la República

Artículo 190. Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

13. Negociar los empréstitos nacionales;
15. Celebrar los contratos de interés nacional permitidos por esta Constitución y las leyes.

Título VIII

De la Hacienda Pública

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 231. No se contratarán empréstitos, sino para obras reproductivas, excepto en caso de evidente necesidad o conveniencia nacional.

Los principios que se derivan de las fórmulas constitucionales venezolanas son los siguientes:

A. La *celebración* de los contratos de *interés público* está sometida al régimen de *intervención legislativa*.

La oportunidad en que debe producirse la intervención del Congreso ha dado origen a divergencias en nuestra doctrina. La opinión predominante, representada por Lares Martínez,¹ Brewer-Carías² y Farías Mata,³ es que se trata de una intervención posterior al acto, es decir, de una *aprobación*. Britto García estima que la intervención debe ser anterior, es decir, que se trata de una *autorización*,⁴ y Pérez Luciani duda en la calificación de la intervención, pero parece concluir aceptando la tesis de la *aprobación*.⁵ No obstante, varios autores coinciden en señalar como impropia o confusa a la fórmula constitucional del artículo 126, propugnando algunos su reforma.⁶

-
1. Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, p. 294, UCV, Caracas, 1978. Lares Martínez cita sentencia en el mismo sentido de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de marzo de 1962.
 2. Brewer-Carías, Allan R.: "La formación de la voluntad de la administración pública nacional en los contratos administrativos", Nos. 21 y 49, pp. 76 a 78 y 99 a 100; *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, N° 28, Caracas, 1964.
 3. Farías Mata, Luis Enrique: *La teoría del contrato administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia venezolanas*, Gobernación del Distrito Federal, Caracas, 1968.
 4. Britto García, Luis: "Régimen Constitucional de los contratos de interés público", p. 105; *Revista de Control Fiscal*, N° 50, Contraloría General de la República, Caracas, 1968.
 5. Pérez Luciani, Gonzalo: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes no normativas, aprobatorias de contratos", pp. 224 y 225; *Revista Facultad de Derecho UCAB*, N° 2, Caracas 1965-66.
 6. Lares Martínez, Eloy: *op. cit.*, p. 296, nota 18.

En cuanto se refiere a la materia de crédito público en general y empréstitos en particular, incluidos pacíficamente por nuestra doctrina en la categoría de contratos de interés público, la intervención legislativa tiene carácter de *autorización*. Así lo dispone expresamente el artículo 231 de la Constitución y lo ha confirmado la interpretación doctrinal.⁷

B. El *traspaso* de los contratos de interés público a Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela, está sometido al régimen de *aprobación* legislativa.

Siendo las operaciones de crédito público contratos de interés público y no estando previsto un régimen excepcional para el traspaso de ellos, el régimen de intervención legislativa posterior aplicable al traspaso de los contratos de interés público se extiende a las operaciones de crédito público, cuando intervengan las situaciones mencionadas en el primer aparte del artículo 126 de la Constitución.

C. En los *contratos* de interés público se considera incorporada la cláusula de *inmunidad de jurisdicción*, a menos que sea incompatible con la naturaleza de los mismos.

Tal como se desprende del texto de la formulación constitucional, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción debe tener origen *contractual*, es decir, no puede derivar de fuentes legales o extracontractuales.

D. Los empréstitos se distinguen por una nota de *finalidad* (estar destinados a obras reproductivas) o de *causa* (evidente necesidad o conveniencia nacional).

2. *Las normas de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional*

La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, además de establecer el principio según el cual la Deuda Pública integra el Pasivo de la Hacienda Pública Nacional (art. 59), y después de establecer que la Deuda Pública la forman "las deudas y compromisos a cargo de la República" (art. 60), enuncia una serie de privilegios que corresponden al Fisco Nacional:

7. Lares Martínez, Eloy: *op. cit.*, p. 294; Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, p. 79.

- a) La inejecutabilidad de los bienes y derechos de la Nación (art. 16);
- b) La prohibición de exigir caución al Fisco (art. 15);
- c) Los privilegios procesales del Fisco (arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 14).

3. *Las normas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia tiene atribuida la competencia de conocer de las acciones que se propongan contra la República, Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva (numerales 15 y 16, art. 42).

Las demandas en que sea parte la República tienen pautado un procedimiento de única instancia, el cual se especifica en los artículos 103 a 111.

La Ley Orgánica de Crédito Público, en su artículo 61, reitera la competencia de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos: "Las controversias que surjan entre las personas sujetas a la presente Ley y los particulares con ocasión de las operaciones previstas en la misma, serán de la competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa".

4. *Las normas de la Ley Orgánica de Crédito Público*

La Ley Orgánica de Crédito Público establece el régimen conforme al cual se origina la deuda pública en sentido formal, enumera las operaciones o fuentes de la misma y los sujetos de la Administración sometidos a su imperio, y regula algunos elementos de los negocios jurídicos a través de los cuales se concreta la actividad crediticia del Estado.

III. LAS OPERACIONES DE CREDITO PUBLICO

1. *Concepto de crédito público*

Con bastante acierto se ha señalado que el lenguaje económico y financiero es fértil en términos equívocos, cuya significación varía según las circunstancias y los autores, razón por la cual es recomendable precisar las distintas significaciones de las expre-

siones antibológicas.⁸ La expresión crédito público y el término empréstito —especialmente— pertenecen a esta categoría de lenguaje multívoco.

Casado Hidalgo acepta que puede considerarse como crédito público "la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que pueda disponer y su conducta".⁹

El concepto anterior conjuga los dos elementos tradicionales que la doctrina ha venido incorporando a la noción de crédito público: la presencia de un conjunto de operaciones de préstamo y la medida de la confianza que merece el prestatario para convertirse en sujeto pasivo de obligaciones dinerarias. Estas notas provienen del Derecho Privado y son las mismas que presiden el concepto de crédito. Sin embargo, la doctrina ha puntualizado que esta asimilación no es posible, porque la expresión es utilizada con sentido diferente:

a) En primer lugar, la asimilación proviene de una razón histórica: cuando prevalecía la concepción patrimonial del Estado, nada distinguía los préstamos privados de los préstamos hechos al Príncipe, situación que fue mantenida por el Estado liberal. Hoy, la asimilación es imposible, porque los *motivos* del crédito público se han extendido mucho más allá de los admitidos para los individuos o las empresas;

b) El crecimiento del crédito público no se ha debido precisamente a la *confianza* que inspira el Estado a los prestamistas: ¿qué puede haber de común entre la situación de una empresa que solicita crédito para acrecentar su capital productivo y un Estado que recurre a un empréstito porque el costo financiero de las tareas que asume exceden el monto de sus recursos fiscales?¹⁰

Por virtud de estas objeciones ha llegado a afirmarse que el "crédito" de un Estado ha llegado a convertirse en una cuestión

8. Culbois, Paul: "Crédit public et crédit privé. Une terminologie équivoque", p. 699; *Revue des Sciences et de Legislation Financière*, 1955.

9. Casado Hidalgo, Luis R.: "Notas para un estudio del régimen legal del crédito público en el Derecho venezolano", p. 17; *Revista de Control Fiscal*, N° 74, Caracas. La noción utilizada por Casado Hidalgo se basa en la expuesta por Villegas, Héctor, en *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, p. 343; Depalma, Buenos Aires, 1972.

10. Culbois, Paul: *op. cit.*, pp. 700 a 702.

de oportunidad política a escala planetaria.¹¹ Esto no invalida el concepto de crédito público al cual se ha hecho mención, pero sí pone de relieve la importancia determinante de uno de sus elementos, lo cual explica la *distinta significación jurídica* de las obligaciones: en efecto, las obligaciones jurídicas emergentes de las operaciones de crédito público son inviolables. Esa inviolabilidad es la condición de la existencia misma del crédito público.¹²

2. *Empréstitos y deuda pública*

Las operaciones crediticias concretas mediante las cuales el Estado obtiene dinero o bienes en préstamo —*empréstitos*, en sentido genérico— dan origen a la *deuda pública*.

En Venezuela, las operaciones que originan deuda pública propiamente dicha o deuda pública en sentido formal,¹³ son:

- a) Los empréstitos internos o externos;
- b) Las operaciones de tesorería o crédito a corto plazo;
- c) La apertura de crédito;
- d) La contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de uno o más ejercicios fiscales posteriores al vigente;
- e) El otorgamiento de garantías;
- f) La consolidación, conversión o unificación de otras deudas.

Si las operaciones de crédito público —empréstitos en sentido genérico— pudieran examinarse con prescindencia de su *finalidad* o de su *causa*, que son los elementos que les infunden su condición de contratos administrativos, aparecerían como negocios muy disímiles desde el punto de vista jurídico: un grupo de típicos *contratos administrativos* (los contratos de obras y servicios); un típico *contrato de derecho común* (las adquisiciones); un *contrato bancario* típico: la apertura de crédito; el otorgamiento de *garantías*; la *emisión* de títulos a corto plazo; y la *emisión* de títulos a largo plazo.

11. Culbois, Paul: *op. cit.*, p. 707.

12. Oría, Salvador: *Finanzas*, tomo III, p. 139; Kraft, Buenos Aires, 1948.

13. Las otras deudas sólo lo son *materialmente*, en el sentido de que integran el Pasivo de la Hacienda Pública Nacional. Casado Hidalgo, Luis R.: *op. cit.*, p. 125, N° 77, Revista *Control Fiscal*, Caracas.

Como puede apreciarse, algunas de las operaciones que dan origen a la categoría legislativa de *deuda pública*, escapan a la nota de *prestación dineraria* que engendra una correlativa *obligación diferida de pago* a cargo del Estado. En esa situación se encuentran los contratos de obra, de servicios o de adquisiciones incluidos en el artículo 4º de la Ley de Crédito Público, por lo cual debe considerárseles como operaciones de crédito público (empréstitos) en sentido impropio.

En la enumeración anterior de operaciones que dan origen a deuda pública deben incluirse las que están exentas del régimen de la Ley de Crédito Público (art. 6). Desde el punto de vista contractual, algunos coinciden con las categorías antes examinadas: son contratos de obra, contratos de adquisición de bienes o servicios, contratos de construcción de inmuebles (obras), ubicados en circunstancias que el Estado estima oportuno separar de las formalidades de intervención legislativa; el otro, es el grupo o categoría que corresponde a las obligaciones derivadas de la participación de la República en instituciones financieras internacionales, las cuales se ubican en el ámbito de los tratados.

3. Caracterización de la deuda pública externa

Existen muchos criterios para clasificar la deuda pública. A los efectos de este trabajo la distinción que interesa es la de deuda *interna* y *externa*.

Villegas considera que, desde el punto de vista jurídico, la deuda es interna cuando se emite y se paga dentro del país; y es externa —aun cuando sobre el punto hay discrepancias— “cuando el pago debe hacerse en el exterior, mediante la transferencia de valores, y especialmente *cuando no es aplicable la ley nacional, sino la extranjera*” (destacado del autor).¹⁴ El criterio de lugar de pago para distinguir el carácter interno o externo de la deuda pública es también aceptado por Rossy,¹⁵ Giuliani Fonrouge¹⁶ y Schoo. Este último autor formula así la definición de *obligación financiera internacional*: “aquella que es adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera, además, en uno o varios

14. Villegas, Héctor: *op. cit.*, p. 349.

15. Rossy, Hipólito: *Instituciones de Derecho Financiero*, pp. 183, 189 y 190.

16. Giuliani Fonrouge, Carlos M.: *Derecho Financiero*, vol. II, pp. 1.094 y 1.095; Depalma, Buenos Aires, 1970.

valores".¹⁷ Van Hecke considera que el criterio para caracterizar la deuda pública externa es la presencia de elementos extraterritoriales: la transferencia internacional de fondos para el préstamo y el domicilio de los contratantes.¹⁸

IV. NATURALEZA JURIDICA DEL EMPRESTITO PUBLICO EXTERNO

Introducción

Antes señalamos que el término empréstito puede tener una connotación genérica: es la utilizada, por ejemplo, para agrupar todas las operaciones crediticias concretas que dan origen a la deuda pública (art. 4º de la Ley de Crédito Público).

La Ley de Crédito Público llama empréstitos —de modo específico— a dos variedades de un mismo negocio jurídico:

- a) La emisión y colocación de Bonos u obligaciones de largo y mediano plazo; y
- b) La emisión y colocación de Letras del Tesoro de corto plazo.

Para el legislador venezolano, empréstitos *stricto sensu* son únicamente las operaciones de emisión y colocación de determinados títulos valores. Por lo tanto, al llevar a cabo el examen de la naturaleza jurídica del *empréstito*, precisa aclarar previamente el tipo legal examinado. Aquí nos referiremos, fundamentalmente, a la naturaleza jurídica del empréstito externo *stricto sensu*, sin perjuicio de hacer referencias a las otras operaciones o negocios que dan origen a deuda pública, con el propósito de contrastar las diferentes figuras jurídicas.

Esta forma de abordar el problema evita las confusiones tan frecuentes en esta materia. En efecto, muchos autores se refieren a la naturaleza jurídica de la deuda pública en general, con prescindencia del origen de la misma, considerando que la forma carece de importancia, realizando en la práctica y en la teoría una asimilación de relaciones jurídicas disímiles, con el pretexto de que el elemento característico de la deuda pública es el sujeto deudor.

17. Schoo, Alberto D.: *Régimen Jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*, pp. 65 y 66; Kraft, Buenos Aires, 1940.

18. Van Hecke, G.: *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, pp. 1 2, E. J. Briel, Leiden, 1955.

1. *La controversia clásica: contrato vs. acto jurídico unilateral*

El hecho de que los empréstitos públicos dieran origen a reclamaciones que enfrentaban a Estados deudores con Estados acreedores, ha matizado intensamente las teorías formuladas para explicar su naturaleza jurídica, hasta el punto que se habla de teorías de los acreedores y teoría de los deudores.¹⁹ En unos de esos conflictos estuvo involucrada Venezuela como víctima de la intervención de Inglaterra, Alemania e Italia, intervención armada que resultó en apresamiento de nuestra escuadra, cañoneo de los puertos de La Guaira, Puerto Cabello y Maracaibo, e imposición de un bloqueo a nuestras costas.²⁰ Es enteramente natural, por tanto, que el espíritu nacional haya estado sensibilizado por este hecho histórico y que esta sensibilización se haya extendido al campo jurídico.

Las tesis contrapuestas del contrato y del acto unilateral (acto de soberanía) han venido sufriendo un proceso de decantación que ha permitido despojarlas de los aspectos inaceptables o de los elementos irreconciliables. Hoy nadie piensa que el Estado tenga la facultad de desconocer los derechos del prestamista, so pretexto de que el origen legislativo del acto permite su revocatoria por la misma vía. Esto constituiría una arbitrariedad en el orden interno y un desconocimiento de las normas de conducta civilizada que regulan la actuación de los Estados, en el orden externo. Del mismo modo, tampoco nadie concibe que un Estado pueda estar sujeto a un régimen coactivo de ejecución, como si se tratara de un particular insolvente o moroso. La inviolabilidad de la deuda pública tiene su contrapartida en la inejecutabilidad del Estado (inmunidad de ejecución).

La progresiva desaparición de las notas más controversiales de las tesis del contrato y del acto unilateral, coincide con el avance de la construcción moderna de los contratos administrativos, en los cuales, si bien se reconoce la posición preponderante del Estado representando el interés general, no se ignora el interés privado del contratista y la intangibilidad mínima de sus derechos esenciales. Al mismo tiempo, el reconocimiento de que ciertas

19. Schoo, Alberto D.: *op. cit.*, p. 200.

20. Drago, Luis M.: "Les emprunts d'Etat et leur rapports avec la politique internationale", p. 252; *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 14, año 1907.

situaciones son parcialmente contractuales y parcialmente estatutarias, escapando a una ubicación exclusiva, suministra otra alternativa teórica para el problema práctico de ubicar correctamente al negocio representativo del empréstito. Estas corrientes permiten el desplazamiento de la zona del contrato de derecho común al plano de los contratos administrativos, en donde pretende ser mantenido hoy por un sector de la doctrina europea, principalmente francesa, no faltando voces disidentes como las de Ingrosso y Duverger.

Otra ha sido la dirección en América Latina: si bien no puede hablarse de unanimidad, y con el necesario reconocimiento a voces discrepantes muy dignas de consideración —Bielsa y Schoo, por ejemplo—,²¹ los juristas latinoamericanos prefieren ver en el empréstito un acto jurídico unilateral. Sayagués Laso²² y Giuliani Fonrouge²³ defienden muy vivamente esta posición.

La posición de Sayagués Laso es mantenida desde el ángulo de la naturaleza del acto de *creación de los títulos*, "los cuales contienen una obligación unilateral autónoma",²⁴ posición que se vincula con la misma tesis que en materia mercantil se adelanta en torno a la emisión de títulos de crédito; y el punto de vista de Giuliani Fonrouge constituye una adhesión a la Doctrina Drago, que al referirse al empréstito se expresa así:

"Constituyen una clase o categoría excepcional de obligaciones no confundible con ninguna otra. Son emitidos en virtud del poder soberano del Estado, como la moneda, surgen en virtud de autorizaciones legislativas y no ofrecen los caracteres generales de los contratos de derecho privado, toda vez que no hay persona determinada a favor de la cual se establezcan obligaciones, prometiéndose, como se promete, el pago indeterminadamente al portador".²⁵

2. *Una posición desde el punto de vista del derecho venezolano*

La tesis de la consideración del empréstito como un contrato administrativo en el derecho venezolano, tiene en su favor:

21. Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, II, p. 385; Depalma, Buenos Aires, 1955. Schoo, Alberto D.: *op. cit.*, p. 222 y ss.
22. Sayagués Laso, Enrique: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, pp. 126 a 128; Montevideo, 1959.
23. Giuliani Fonrouge, Carlos M.: *op. cit.*, II, pp. 1.110 y ss.
24. Sayagués Laso, Enrique: *op. cit.*, II, p. 126.
25. Drago, Luis M.: *op. cit.*, p. 258.

- a) El texto literal de la Constitución, que habla de *contratación* de empréstitos (art. 231);
- b) El texto de la Ley de Crédito Público, que utiliza el término *contratar*, en varias de sus disposiciones;
- c) La opinión de doctrina muy calificada, representada por Lares Martínez²⁶ y Brewer-Carías.²⁷

Si se examinan las operaciones crediticias concretas enumeradas por el artículo 4º de la Ley de Crédito Público, es decir, los negocios jurídicos que dan origen a deuda pública, se llegará a la conclusión de que algunos son contratos administrativos propiamente dichos y otros son contratos de derecho común convertidos en contratos administrativos por la finalidad de servicio público que les asigna el artículo 3º de la Ley de Crédito Público: "Las operaciones de Crédito Público tendrán por objeto arbitrar fondos o recursos para realizar obras reproductivas; atender casos de evidente necesidad y cubrir necesidades transitorias de tesorería". En efecto, relaciones contractuales típicas son las siguientes operaciones enumeradas en la Ley de Crédito Público:

- a) *La apertura de crédito* (literal b, art. 4º)

En Venezuela no existen presupuestos normativos que permitan integrar un concepto de apertura de crédito, pero la noción que la práctica bancaria suministra es la de un negocio por medio del cual un banco pone a disposición de un cliente sumas de dinero hasta un límite cuantitativo y temporal previamente pactado, idea que corresponde, por otra parte, a la existente en el Derecho Comparado.²⁸ La naturaleza de contrato administrativo o contrato de derecho común convertido en administrativo de la apertura de crédito no puede ser resuelta *a priori* o aisladamente de las circunstancias que permitan el hallazgo de su naturaleza. En todo caso, se trata de una relación contractual;

26. Lares Martínez, Eloy: *op. cit.*, pp. 277 y 294.

27. Brewer-Carías, Allan R.: *Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia venezolana*, p. 163. Brewer los llama *excepcionales*, por requerir intervención legislativa.

28. Garrigues, Joaquín: *Contratos Bancarios*, p. 188; Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1958. Molle, Giacomo: "I contratti bancari", p. 141; *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXXV, tomo I, a/c Cicu y Messineo, Giuffrè, Milano, 1966.

b) *El contrato de obras, de servicios o de adquisiciones*
(literal b, art. 4º)

El contrato de obras es ejemplo de característico contrato administrativo. El suministro de servicios al Estado se incluye, generalmente, en la misma clase. Las adquisiciones que haga el Estado se ubican, en cambio, en el ámbito de los contratos de derecho común;

c) *El otorgamiento de garantías* (literal d, art. 4º)

También esta operación tiene un significado contractual muy característico, con las salvedades que provienen de los privilegios del Estado. La garantía puede, como en el derecho privado, tener también origen legal. La calificación del contrato, por su carácter accesorio, dependerá de la calificación del negocio principal;

d) *La consolidación, conversión o unificación de deudas*
(literal e, art. 4º)

La consolidación, es decir, la transformación de la deuda de corto plazo en deuda a largo plazo; y la conversión, o sea, la sustitución de una deuda por otra, obligatoriamente tienen un origen contractual. El Estado no podría obligar a los acreedores, unilateralmente, a aceptar una consolidación o una conversión de las deudas provenientes de las relaciones contractuales precedentemente examinadas, si el negocio fuera un contrato de derecho común. Por otra parte, la consolidación y la conversión, en los contratos administrativos ordinarios, dependería de la posibilidad de incluirlas en las prerrogativas que tiene el Estado para variar las condiciones de ejecución del contrato, pero los contratos administrativos de crédito público llevan implícita la cláusula de conversión o consolidación, como consecuencia del artículo 9 de la Ley de Crédito Público,²⁹ por lo cual puede afirmarse que la consolidación y la conversión son inherentes al contrato administrativo de crédito público.

29. Artículo 9, Ley de Crédito Público: "La consolidación, conversión o unificación de la deuda pública deberá ser autorizada expresamente por el Congreso de la República. No se requerirá la opinión de éste para las operaciones que tengan como objeto la reducción del tipo de interés de las obligaciones que constituyan deuda pública; o cuando se trate de convertir una deuda pública externa en interna en condiciones más favorables".

Cuanto ha sido afirmado en torno a la consolidación y a la conversión, es igualmente aplicable a la *unificación* de deudas públicas.

3. *La significación de la naturaleza jurídica del empréstito público externo en el Derecho venezolano*

El empréstito público *stricto sensu*, la emisión y colocación por el Estado de títulos en los cuales se promete el pago de una cantidad determinada, es un acto en el cual la significación contractual es mucho más difícil de admitir. Por otra parte, es ésta la figura jurídica en la cual se ha centrado la controversia en torno a la naturaleza jurídica del empréstito.

La emisión, la colocación y la suscripción de títulos de una emisión, en el derecho privado, son actos separados que forman parte de un proceso en el cual aparece toda una actividad que parte de una declaración unilateral (la declaración de voluntad de *emitir* títulos valores), la cual puede tener un substrato contractual o carecer de él, siendo este soporte contractual independiente del acto de emitir, al cual se califica de abstracto.³⁰

En efecto, el sujeto emisor puede desear emplear los títulos emitidos como medio de ejecución de un pacto antecedente o simultáneo, caso en el cual su emisión estará vinculada a ese negocio; pero puede también emitir con el propósito de obtener crédito, caso en el cual no habrá presencia de pacto subyacente, simultáneo o antecedente. Es más, las obligaciones del emitente de títulos valores se regirán conforme a las reglas del *mutuo colectivo*, con prescindencia del pacto antecedente o simultáneo, para el caso de que éste exista, pero el acto de emisión es *abstracto y unilateral*. La aplicación de las reglas del mutuo no convierten en contrato la manifestación unilateral.

La *colocación* es el proceso que conduce a la distribución de los títulos en el mercado, proceso en el cual intervienen variadas relaciones contractuales con el propósito de hacer eficaz la distribución: relaciones contractuales entre el emisor y los distribuidores (*underwriters*), relaciones de los *underwriters* entre sí y relaciones de los distribuidores con los suscritores.

La *suscripción* es, para quienes aplican la teoría contractual a la creación de los títulos de crédito en masa (obligaciones), el

30. Cervantes Ahumada, Raúl: *Títulos y Operaciones de Crédito*, p. 143. Editorial Herrero, México, 1969.

perfeccionamiento de un negocio de crédito (mutuo), pero para otros es una compra de un título, o bien, la manifestación unilateral de voluntad del suscriptor de convertirse en titular de los derechos expresados en el título. Las manifestaciones unilaterales de voluntad colocadas en los extremos del proceso —la emisión y la suscripción— no convierten en contrato relaciones *ex título*.

Esta concepción de la creación y circulación de los títulos ha sido trasladada al derecho público y aplicada a la emisión de títulos por parte del Estado. Es ella la que está latente en las posiciones de Drago y Fischer Williams,³¹ al equiparar la emisión de títulos de deuda pública con la emisión de papel moneda.

Ahora bien, si se admite el principio de la inviolabilidad de la deuda pública —externa o interna—, fundamentándola en los artículos 59 y 60 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según los cuales la deuda pública —formada por las deudas y compromisos de la República— integra la Hacienda Nacional, lo cual se concreta en la afectación presupuestaria correspondiente, ¿qué importancia tiene que la obligación de pagar provenga originalmente de un contrato o de una declaración unilateral de voluntad?

Las prerrogativas del Estado en los contratos administrativos —se reconozca o se rechace la tesis de las cláusulas exorbitantes— y la potestad de emitir inscrita en un contexto de declaración unilateral, quedan reconducidas a una obligación legal de inscribir la deuda en el Presupuesto General, conforme a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Técnicamente es imposible que el Estado deje de atender el pago de la deuda pública. Jurídicamente, también. En consecuencia, desde el punto de vista del derecho positivo venezolano, las operaciones de crédito público que adoptan la forma y tienen el carácter de contratos administrativos y el empréstito *stricto sensu* —emisión de títulos en serie al cual se puede considerar como obligación unilateral del Estado— tienen los mismos efectos y representan un mismo tipo de derecho para el acreedor: un derecho intangible. Esta identidad proviene también de la naturaleza estatutaria de las operaciones de crédito público en Venezuela, reconocida por la doctrina.³²

31. Fisher Williams, John: *Droit international et obligations financières*, p. 317. Cita de Schoo, *op. cit.*, p. 211.

32. Casado Hidalgo, Luis R.: *op. cit.*, Nº 77, p. 133.

La identidad del derecho de los acreedores tiene, sin embargo, límites. El más importante es el que concierne a la cláusula de inmunidad de jurisdicción, contenida en el artículo 127 de la Constitución. Este es el punto que examinaremos de seguidas.

V. LA INMUNIDAD DE JURISDICCION

La tesis conforme a la cual el Estado no puede sin su consentimiento, ser sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros, tiene fundamento en el artículo 127 de la Constitución, aparte de ser principio general de Derecho Internacional. Sin embargo, la norma constitucional permite al Estado, excepcionalmente, renunciar al privilegio de inmunidad en dos casos:

- a) En los contratos de derecho común;
- b) En los contratos de interés público, cuya naturaleza permita efectuar una renuncia de este tipo.

La inmunidad de jurisdicción es, pues, un principio relativo para el Estado venezolano, en el ámbito contractual. Fuera del contexto contractual, el principio sigue siendo absoluto.

Ahora bien, ninguna de las operaciones de crédito público tiene, en Venezuela, carácter de contrato de derecho común, a pesar de que esa es la cualidad que se le asigna en dictamen de la Procuraduría General de la República,³³ para justificar la incorporación de una cláusula de renuncia en contratos de empréstitos públicos externos.

La Ley de Crédito Público asigna a las operaciones crediticias concretas que dan origen a deuda pública un carácter de servicio público. Por ello no debe extrañar que nuestra doctrina las considere contratos administrativos.

Llegados a este punto, es pertinente preguntar: ¿son las operaciones de crédito público que tienen carácter de contratos administrativos, negocios que por su *naturaleza* permiten renunciar a la inmunidad de jurisdicción?

La respuesta sería más fácil si las operaciones de crédito público que adoptan forma contractual pudieran ostentar el carácter de contratos de derecho común, porque entonces estos contratos podrían —precisamente por su *naturaleza* de contratos de derecho

33. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1977, pp. 55 a 73, Caracas, 1978.

común— sustraerse al principio de inmunidad, pero no siendo ello posible, el criterio de *naturaleza* del contrato, circunscrito al área de los contratos administrativos, resulta de difícil utilización, pues obliga a una distinción entre grupos de contratos a los que paradójicamente se les asigna la misma *naturaleza*: contratos de interés público.

La fórmula constitucional nos obliga a buscar una significación al término *naturaleza* que nos permita escapar del círculo vicioso en que aparentemente estamos colocados. ¿Cuáles son las alternativas?

A. Una podría ser la siguiente: cuando el constituyente se refirió a los contratos de interés público, quiso crear una categoría más amplia que la de los contratos administrativos. Pensó el constituyente —con acierto— que en ciertos contratos de derecho común en los cuales fuera parte el Estado, convenía que pudiera negociarse la elección de una jurisdicción distinta a la nacional, dejando al legislador en libertad de precisar cuáles eran estos contratos (de derecho común y de interés nacional). Esa libertad no fue aprovechada por el legislador en la Ley Orgánica de Crédito Público, pues al asignar —implícitamente y en forma poco técnica— condición de contrato administrativo a todos los negocios que dan origen a deuda pública, cerró el paso a la primera distinción que permite el artículo 127 de la Constitución, es decir, a la que se refiere a contratos de interés público y contratos de derecho común. El siguiente paso fue dado por la doctrina administrativa venezolana al equiparar contratos de interés nacional y contratos administrativos. De esa manera, se frustró el pensamiento del constituyente.

B. Si no fuera cierto que el constituyente hubiera pensado en crear un género de contratos —interés público— más amplio que el de contratos administrativos y aceptáramos la tesis de la doctrina administrativa venezolana que equipara los contratos de interés público con los contratos administrativos, la expresión *naturaleza* del contrato para distinguir uno de otro y decidir en cuál de ellos puede renunciarse a la inmunidad de jurisdicción, tiende a distinguir entre contratos en los cuales la doctrina y la práctica internacionales aceptan que pueda haber pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros y contratos en los que tal situación no es admisible. Ahora bien, con motivo de empréstitos exteriores,

prácticamente todos los Estados afirman la tesis de la inmunidad de jurisdicción,³⁴ por lo cual no puede pensarse que la naturaleza de estos contratos admitan una cláusula de renuncia de este tipo.

C. ¿Podiera también querer significar la expresión constitucional naturaleza del contrato, en el artículo 127, contratos que no fueren susceptibles de colocar a la República en situación humillante, tal como ocurrió en diciembre de 1902?

A nuestro modo de ver, fueron precisamente las operaciones de crédito público las que el constituyente tuvo especialmente en mente cuando redactó el artículo 127 de la Constitución, pero la fórmula constitucional no ha sido debidamente aprovechada por el legislador para definir —con la precisión necesaria— algunos de los supuestos en los cuales puede convenirse en cláusulas de renuncia de este tipo. Por otra parte, el legislador desestimó la oportunidad que le brindó el constituyente para hacer distinciones entre empréstitos *stricto sensu* y las restantes operaciones crediticias. La propia doctrina jurídica latinoamericana acepta que puede distinguirse entre ambas categorías y que no es lo mismo préstamo que empréstito.³⁵

VI. CONCLUSIONES

1. En el estado actual de nuestro desarrollo legislativo no puede admitirse, aunque sea forzoso admitirlo desde el punto de vista financiero, que en ningún negocio de crédito público figure una cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

2. En los empréstitos públicos externos —empréstitos *stricto sensu*— la renuncia no es posible, por las siguientes razones:

a) Si el empréstito público externo es una declaración unilateral de voluntad del Estado expresada a través de una *ley especial* —ley que concreta una función pública, no ley habilitante, como en los restantes casos de uso del crédito público—, no puede derogar la inmunidad de ejecución y el privilegio de jurisdicción contenidos en *leyes orgánicas*;

b) Las disposiciones de las leyes orgánicas no tienen carácter supletivo. Sólo por mandato constitucional —como ocurre

34. Schoo: *op. cit.*, pp. 457 y 458.

35. Sayagués Laso: *op. cit.*, II, p. 124.

con las excepciones contractuales del artículo 127 citado— puede escaparse a su aplicación;

c) Si el empréstito público externo tuviera carácter contractual, su traspaso debería ser objeto de aprobación. Tal régimen es incompatible con la circulación de los títulos;

d) Cuando el artículo 127 de la Constitución se refirió a un grupo de contratos de interés público en los cuales se puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción, se quiso referir a contratos sobre cuya naturaleza de tales no haya duda alguna. Ahora bien, la doctrina jurídica está profundamente dividida sobre el punto de la naturaleza contractual del empréstito en sentido estricto;

e) Convenir en que el empréstito público externo es un contrato, es apartarse de las mejores tradiciones jurídicas latino-americanas, algunas de ellas formuladas en momentos angustiosos para Venezuela, como es el caso de la Doctrina Drago.

3. En las restantes operaciones de crédito público, consideradas por nuestra doctrina como contratos administrativos, tampoco puede admitirse la cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en atención a las siguientes circunstancias:

a) El contrato perdería su virtualidad, es decir, dejaría de ser contrato administrativo;

b) La doctrina que acepta la tesis de los contratos administrativos para los empréstitos, rechaza el sometimiento de reclamaciones a jurisdicciones extranjeras;³⁶

4. En la hipótesis de que la cláusula pudiera ser incluida y fuera legítima su incorporación a un contrato de este género, no es recomendable, por las siguientes razones:

36. "La tesis civilista, que acepta la exigibilidad ante tribunales extranjeros de obligaciones estatales emergentes de su deuda externa, no sólo desconoce la naturaleza esencialmente administrativa del contrato de empréstito, sino que admite una solución reñida con la práctica, puesto que la vía ejecutiva, la única que realmente interesa al acreedor, que lógicamente va tras de efectividades y no de sentencias que a la postre no pasarán de ser meramente declarativas, no la obtiene. Agréguese a ello inconvenientes de otro orden—turbación en las relaciones comerciales y diplomáticas, e.g.— y podremos perfectamente concluir que la excepción al principio de la inmunidad de jurisdicción de las cortes extranjeras no es ninguna panacea, especialmente cuando la legislación vigente en el país del Estado deudor ofrece los únicos recursos jurídicos suficientes para dar satisfacción a los acreedores que un Estado puede otorgar. De allí no es posible pasar, so pena de salirnos del campo del derecho". Schoo, *op. cit.*, pp. 458 y 459.

a) La cláusula estará presente —casi con toda seguridad— en los casos en que la operación de crédito público sea convenida por el Estado en oportunidades de serias dificultades financieras, es decir, cuando no pueda negarse a su inclusión. Esto conduce a que la cláusula sea mirada en el ámbito internacional como desdorosa.³⁷

b) La cláusula de renuncia carece de efectos prácticos, en el sentido del cobro o ejecución de la deuda.³⁸ Admitiendo que el Estado pudiera ser procesado en un tribunal extranjero, la sentencia sería inejecutable. En consecuencia, no existen beneficios prácticos para el acreedor con el sometimiento del asunto a un tribunal extranjero;

c) El verdadero sentido de la cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en este tipo de contratos, es el otorgamiento al acreedor de un instrumento de presión internacional inaceptable: la presentación de una reclamación de este tipo a un tribunal extranjero es una poderosa coerción moral. Que ello ocurra por iniciativa de un tercero, es inevitable, pero que el Estado haya dado validez anticipada al proceso, no parece aconsejable.

5. La tendencia a solicitar la inclusión de cláusulas de renuncia a la inmunidad de jurisdicción, por parte de los prestamistas extranjeros, ocurre en una época de intensos intercambios económicos internacionales. Una alternativa, que ha encontrado eco hasta en los países socialistas, es la de propiciar acuerdos multilaterales que conduzcan al establecimiento de un Tribunal Internacional de Derecho Privado.³⁹

Mientras tanto, la inmunidad de jurisdicción, principio cuya aplicación se ha extendido a empresas estatales,⁴⁰ y cuya sola invocación por el Estado ha sido generalmente suficiente para que los tribunales extranjeros declinen su competencia,⁴¹ sigue siendo un instrumento valioso de defensa de la soberanía nacional cuya renuncia debe ser excepcional. De ese modo, se es fiel a los principios constitucionales.

37. Giuliani Fonrouge: *op. cit.*, p. 1.099.

38. Van Hecke, G.: *op. cit.*, pp. 20 a 25.

39. Katzarov, Constantin: "Nouveaux aspects de l'immunité judiciaire de l'Etat", pp. 442 a 444; *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1951.

40. Wedderburn, K.W.: "Sovereign immunity of foreign public corporations", pp. 290 a 300; *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 6, Londres, 1957.

41. Carter, P.B.: "Sovereign immunity: substantiation of claim", pp. 469 a 475; *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 4, Londres, 1955.

DERECHO DE PATRONATO ECLESIASTICO

EL CONVENIO ECLESIASTICO, LAS CONSTITUCIONES HISPANOAMERICANAS Y LOS CODIGOS NACIONALES

JESÚS LEOPOLDO SÁNCHEZ

SUMARIO: I. El paso de estatuto a pacto, dado en el 1964 conforme a la Constitución de 1961, establece una nueva situación jurídica radicalmente distinta en las relaciones del Estado con la Iglesia Católica. Por ser precisamente *vinculada*, la nueva situación afecta al ordenamiento legal interno del país. II. La situación estatutaria, que duró entre nosotros siglo y medio, era una característica del antiguo Derecho Público iberoamericano y obedeció en sus orígenes y por muchos decenios a profundas razones históricas, políticas y sociológicas que, desde luengo tiempo ya para 1960, se hallaban en desactualización progresiva. III. Antecedentes del Art. 130 de la Constitución política de Venezuela y laxa interpretación que de él, juntamente con el Convenio, se ha venido haciendo. Contra dicho laxismo, se ratifica por el autor la tesis de la derogación total de la Ley de 28 de julio de 1824 y del régimen político-ecclesiástico que el estatuto grancolombiano instituía. IV. Repercusiones jurídico-políticas del Concilio Vaticano II en España, en Colombia y muy especialmente en tres de los cuatro regímenes patronáticos que para 1960 quedaban en América. El interesante caso del Perú. V. No se respetó en el Convenio de 1964 algún principio director. Consideración particular del Art. IV del Convenio. Quedó afectado por él, nuestro Código Civil. Otras consideraciones sobre esta afectación y sus alcances. Una opinión de la *Revista Española de Derecho Canónico*. VI. El Código Penal quedó igualmente afectado. Refutación de una importante opinión acerca de la vigencia parcial de la Ley de Patronato. Necesidad de revisar el Código Penal sobre los titulados "Abusos de los ministros de culto en el ejercicio de sus funciones". VII. Se demuestra una vez más que está derogada la Ley de 28 de julio de 1824, llamada Ley de Patronato Eclesiástico, y toda la legislación que en ella se basa. Necesidad de poner a tono el ordenamiento jurídico patrio con esta realidad constitucional, hasta el presente, mal estudiada y descuidada.

Algún trabajo presentado hace años a nuestra Universidad Central concluye diciendo que en Venezuela ha nacido una nueva rama del Derecho mediante el Convenio de 1964 con la Santa Sede: el Derecho Eclesiástico.¹ La afirmación exagera, porque ese Derecho lo había antes y lo hubo siempre, cuando era "Canónico" y cuando en 1873 se denominó (restringiéndolo) "Público Eclesiástico". En 1940 se suprimió la asignatura en las universidades oficiales, pero la materia fue repartida en las aulas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Internacional Público, Filosofía del Derecho, etc., y desde hace más de veinte años se cursa en la Universidad Católica de Caracas la asignatura de un Derecho Canónico *entero*, incluyendo la parte matrimonial, desde luego. Es que durante la Colonia había Regio Patronato, y durante la República, Patronato Eclesiástico, y actualmente se halla cambiada la situación de *estatuto* por la situación de *pacto*. No rige la Ley de 28 de julio de 1824 sino la Ley Convenio de 1964 con la Santa Sede. Ambos sistemas imponían una legislación menor que desarrollase aquella ley grancolombiana y una repercusión del instrumento diplomático en la legislación interna, respectivamente.

I

Sí. Más cierto, mucho más cierto que lo afirmado sobre esa rama del Derecho Público, es que el Convenio ha mudado *radicalmente* las bases del Derecho todo de la Iglesia Católica en Venezuela; ha introducido cambios de importancia en su capacidad civil; ha replanteado cuestiones de Derecho de gentes; ha derogado leyes administrativas; ha incidido en el Código Penal, variando unas figuras y eliminando otras.²

Es natural. Ya la Iglesia no recibe un ordenamiento unilateral, jurisdiccional del Estado para ella, sino que el Estado celebra un pacto bilateral con la Santa Sede y, si se quiere, un *concordato* —que así, genéricamente, puede ser llamado todo arreglo con ésta de tipo religioso—, lo que pone a las altas partes contratantes en el plano del Derecho Internacional.

1. Espinosa Venero, Fray Valentín. *Comentarios a la Ley Aprobatoria del Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela, con los textos paralelos de la Ley de Patronato Eclesiástico y el Código de Derecho Canónico*. Caracas, 1970 (multigrafiado). Comentario al Art. 17 y final del Convenio.
2. Sánchez, Jesús Leopoldo. "Las personalidades jurídicas de la Iglesia en el Convenio de 1964 con la Santa Sede", Caracas, 1972. Separata del *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, pp. 13-14.

Un concordato es como decir un tratado, y empleamos este giro porque si el concordato se asemeja al tratado en su origen, formación, interpretación y extinción, difiere en cuanto a las personas por él regidas, que son las mismas en un pacto religioso para ambas potestades, súbditas al par del Estado y de la Iglesia, bien que por respectos distintos: el ciudadano y el fiel; ello aparte de otras diferencias que no vienen al caso entre el tratado propiamente dicho y el concordato eclesiástico.

Ahora bien, este cuasitratado priva, como el tratado mismo, sobre el Derecho interno del país concertante en todo aquello que le sea opuesto, a menos que se hagan las correspondientes y expresas salvedades en el propio instrumento, lo cual parece no haberse visto en toda su magnitud y todo su alcance en el arreglo que hicimos en 1964. Además, el concordato no permite que en el futuro se pueda legiferar contra lo por él previsto y concertado.

Hasta los autores más laicos de Europa y América, reconocen hoy que el concordato es un ordenamiento *vinculado*, un pacto intersoberano o interpotestativo que no puede ser interpretado unilateralmente.

Tratando de armonizar los distintos puntos de vista, pero cuidando más aún de no caer en un inadmisible sincretismo, mirando sobre todo los efectos prácticos antes que los basamentos teóricos (que son en esta materia el campo de Marte), sin salirnos de una mínima y pacífica zona, intentamos la definición del concordato, modernamente contemplado, en los términos siguientes:

Ley pontificia y civil que, revistiendo la forma de Convenio de Derecho Público mediante el cual se definen total o parcialmente las relaciones del Estado con la Iglesia en un país dado y en determinadas circunstancias políticas, sociales, étnicas o específicamente religiosas, sea *pro tempore*, con renovaciones o sin ellas, o bien a plazo indefinido, conlleva derogaciones tanto del Derecho Canónico general como de la legislación interna del país en cuestión, porque goza de la consideración efectiva de tratado internacional, en cuya virtud tampoco puede ser interpretado por una sola de las partes, ni éstas podrán legiferar contra lo pactado mientras dure el convenio.

Muy extensa la definición para ser tal, pero así lo exige la complejidad de lo definido. Observemos que en ella: a) No se habla de contrato ni de privilegio, debido al sabor economicista

de la primera palabra y desigualitario de la voz "privilegio", ya que buscamos pacíficas y consentidas realidades; b) Sus términos convienen tanto al Estado católico como al que no lo es, incluso el oficialmente arreligioso; c) Con la cláusula *rebus sic stantibus* que, por supuesto, implícitamente lo acompaña, está bajo el alero del Derecho de gentes y quedan salvadas para su extinción las razones que le dieron causa y origen; d) Considérasele una ley doble porque lo es, pontificia y civil, o sea, para la Iglesia y para el Estado; e) Sosláyase cualquier otro vocablo que pudiera llevarnos a la zona polémica con inacabable discusión, y f) Puede ser aplicada igualmente a un solemne concordato que al convenio, al acuerdo y al *modus vivendi* con la Iglesia Católica, pues estas formas menores son, genéricamente hablando —repetimos—, concordatos, asimismo.

El gran cambio de estatuto a pacto en materia religiosa ha sido posible en Venezuela porque "la situación histórica de la Iglesia —piensa un gran escritor y humanista de nuestros días, el médico Pedro Laín Entralgo— no es la misma en 1950 que en 1850; ha cambiado el mundo y va cambiando la Iglesia en lo que puede y debe".³

Con efecto, ya Benedicto XV, en su breve pontificado de gran Papa y gran diplomático, vio que, pasada la Primera Guerra Mundial, alboreaba una nueva Europa con la cual había que arreglarse sin que la Iglesia perdiese su tradicional fisonomía, con tanta mayor razón cuanto que no pocos Estados incitaban al arreglo. Esa fue la *era de concordatos* que tocó celebrar a Pío XI de 1922, hasta casi las vísperas de la Segunda Guerra Mundial, bien distintos, por cierto, muchos de esos pactos, de los concertados el siglo anterior. Ya en 1921, se había arreglado extraconcordataria-mente la situación con Francia.

La *Pacem in terris* de Juan XXIII preludió la declaratoria, que a poco se haría en el Concilio Ecuménico Vaticano II, de la *libertad de cultos*. Y esto no se había oído antes en la Iglesia Católica, que apenas transigía con la mera tolerancia de hecho, o a lo sumo *legal*, pero graduada por el príncipe civil según las circunstancias y previo, en todo caso, el consejo de la autoridad eclesiástica *para cada situación*. Mídase, pues, la magnitud del cambio.

3. *La Universidad, el Intelectual Europa*. Madrid, 1953. Folleto.

El maestro de León XIII, el tan virtuoso como intransigente e ilustrado sacerdote Luis Taparelli D'Azeglio, se vio contradicho en el Concilio al declararse también que la Iglesia no pide ahora protección sino libertad.⁴ Esto no conduce —y es bueno aclararlo desde un principio— a la parificación dogmática de las religiones que la Iglesia Católica nunca podrá admitir y que repugna también a la razón natural del protestante o del musulmán desde su punto de vista particular, ya que convenir en ello sería tanto como pensar que todas las religiones están en lo cierto y todas son verdaderas, lo que es absurdo.

Las declaraciones conciliares no se oponen a que en un país de mayorías católicas se dé a su *Ecclesia* un trato distinguido, lo que el Estado haría solamente por estrictas razones históricas, demográficas y sociales, mirando las cosas como son en la colectividad que rija y sin que ello importe una teologización de su parte ni discriminación alguna entre los ciudadanos. En una palabra, no debe *oficializarse* ninguna religión, pero se puede reconocer la preeminencia de alguna o algunas. El Estado no es teólogo para indicar dónde esté la verdad, pero ha de hacerse cargo, por ser Estado, de las realidades temporales. Así la Iglesia no gusta hoy de que la llamen *oficial*, pero no se opone a que la honren especialmente sin detrimento de la libertad de cultos.

Continúa siendo cierto lo que ayer fue. Mal anda el Estado que vea las religiones como simples asociaciones, los dogmas como opiniones de grupos, la moral o *morales* como series de costumbres honestas, y los actos de culto apenas como reuniones donde se ofrecen irrelevantes ceremonias. Ni la creencia es un parecer, ni el rito un convencionalismo social. En la Alemania de los filósofos esto se valoró quizás mejor que en otras partes, y de allí el privilegio no irritante que, en la práctica, rodea a las confesiones evangélica y católica. Hasta 1905, Francia tuvo en privilegio a estas mismas confesiones y a la judía.

En cuanto a la América Latina, que no dejó de ser creyente por abrazar la República y detestar eso del "Trono y Altar Unidos", lema de la Santa Alianza revanchista (con mengua del altar y del trono, dicho sea de paso) en la América Latina que no es cualquier cosa en el mundo actual, pues reúne la tercera parte de los

4. *Saggio teoretico di Diritto naturale*, t. II (apéndice). Prato, 1883. Obra clásica, muy usada en los seminarios romanos durante la segunda mitad del siglo XIX y parte del actual.

católicos que hay en los seis continentes del planeta, la más generalizada conducta de los Estados ha sido la de reconocer los hechos históricos y sociológicos que distinguen la situación de la Iglesia Católica en el seno de más de veinte naciones.

Siguiendo a Duguit, pudiérase hablar en nuestro subcontinente latino del "hecho católico americano", donde muchísima gente cree en el dogma trinitario, ve a Cristo como fundador de la Iglesia, mira en el Papa a Pedro y a los obispos como herederos de los apóstoles.

Ha estado bien, pues, que vistos los antecedentes que se han relatado y *en unión y de acuerdo* con esta realidad social e histórica, se haya perfilado en Venezuela una situación concordataria.

El paso dado en nuestro país en 1964 no fue tardío sino oportunísimo, bajo la luz del Concilio Vaticano II y del *aggiornamento* deseado por Juan XXIII desde 1959, que es tanto como afirmar estos dos grandes principios: libertad de cultos y libertad de la Iglesia.

Antes de pasar adelante en consideraciones sobre el Art. 130 de la vigente Constitución que permitió ese arreglo, el estado de los países americanos que entre 1961 y 1968, hicieron una mudanza parecida a la nuestra y la incidencia del Convenio patrio sobre los códigos nacionales, puntos que son la materia o contenido del presente estudio, bueno es que insistamos en algunas precisiones terminológicas.

Larrea llama la atención sobre el pacto lituano, que fue hecho con carácter temporal, aunque renovable, y se llamó concordato, y sobre el *modus vivendi* ecuatoriano de 1937, que lleva muchos años de vigencia pese a su precaria denominación oficial.⁵ Cassoria opina que un concordato es el arreglo conjunto de las cuestiones pendientes y un convenio sería el parcial de sólo algunas, ya que otras se dejan pasar en silencio o se dejan para mejores tiempos.⁶ Montero observa el praxismo de los *modus vivendi* y el principismo que caracteriza los concordatos.⁷ Giménez Fernández ve un plano

5. *La Iglesia y el Estado en el Ecuador*. Sevilla, 1954. El autor es actualmente Obispo Auxiliar de Quito, Doctor en Derecho y en Cánones, profesor en la Universidad Central del Ecuador y en la Universidad Católica de Quito.

6. *Concordati e Ordinamento Giuridico Internazionale*. Roma, 1953. Obra algo más moderna que la muy importante belga de veinte años atrás, original de Henri Wagnon, *Concordats et Droit International*.

7. *Derecho Público Eclesiástico*. Madrid, 1952, p. 352.

inclinado en la serie: concordato, convenio, acuerdo, *modus vivendi*, según el orden decreciente de los reconocimientos y contenidos.⁸ Maldonado distingue el acuerdo que deja resueltos los problemas planteados y un acta de "entendimiento práctico", o sea, el resultado parcial de un coloquio que será mantenido por las partes, como sucedió en Hungría en 1964.⁹

Entre nosotros, la Constitución citada habla de "convenios o tratados", lo que en este caso parece más que una enumeración disyuntiva, una sinonimia interesante, convenios o tratados que puedan celebrarse con la Santa Sede para regular las relaciones entre el Estado y la Iglesia; el Presidente Betancourt habló de *modus vivendi*, y con él casi toda la prensa desde 1959; la propia Ley-Convenio emplea los términos "acuerdo" y "convenio" para autodenominar el instrumento diplomático, luego hecho doble ley por las ratificaciones, mediante la aprobación parlamentaria.

La mención de Hungría nos recuerda que el internacionalista argentino, profesor Lucio Moreno Quintana, entiende por concordatos los "tratados que para resolver las cuestiones eclesiásticas, concierta la Santa Sede con los Estados de religión católica".¹⁰ Es reparable esta definición desde dos puntos de vista. La finalidad de los concordatos no es arreglar cuestiones de la *sola* Iglesia, porque a ello no se prestaría la Iglesia misma, sino materias comunes, principalmente, como son las mixtas, donde el Estado tiene algo que decir y estatuir. La otra parte de los concordatos con la Iglesia no son los Estados *católicos*, solamente, porque no lo era la Alemania de mayoría protestante en 1933, ni lo es el Túnez musulmán de nuestros días, ni lo son los Estados oficialmente marxistas, o sea, pues, arreligiosos, del Oriente europeo, como el ya mencionado.

Quedó claro desde líneas atrás que toda esa gama cualitativa y cuantitativamente hablando, de conciertos político-religiosos con la Santa Sede por parte de Estados que inclusive profesan el materialismo histórico como filosofía oficial, esas concordancias, extensas o reducidas, férvidas o gélidas, se llaman *in genere*, concor-

8. Artículo "Derecho eclesiástico", epígrafe "Derecho concordatario" en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Barcelona, 1950, t. I, pp. 440 y ss.

9. *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*. Madrid, 1967, p. 88. En Madrid oímos algunas clases de este profesor y usamos sus apuntes muy anteriores a la publicación de esta obra.

10. *Tratado de Derecho Internacional*. Buenos Aires, 1963, t. I, p. 539.

datos, porque todas ellas *en cada caso*, ya sea *modus*, convenio o acuerdo, son ordenamientos unitarios distintos del Derecho Eclesiástico general o común y del Derecho interno del Estado, revestidos, además, del sello internacional por ser también cuasitratados. El Papa, desde luego, puede celebrar propísimos tratados como Jefe del Estado Vaticano; pero los arreglos político-religiosos que haga como Cabeza de la Iglesia Católica, en uso de esta otra personalidad internacional que le está reconocida antes y después de la Ley de Garantías, antes y después de establecido el Estado Vaticano, esos arreglos —todos— se llaman genéricamente concordatos, y sus especies son las que hemos detallado.

El Pontificado Romano, que tanto admiraba el protestante Lord Macaulay, es algo único en el mundo y en la historia. Dos alemanes sabios, luteranos y famosos, el historiador Ranke y el teólogo Harnack, confesaban la soberanía espiritual del Papa como hecho incontrovertible que se impone a todo observador ecuaníme, decía el primero; hecho inexplicable, según el teólogo, que recuerda en su cohesión, unidad y fuerza al Imperio Romano.¹¹

Los católicos sí se explican el hecho incontrovertible, el hecho inexplicable: es la *sobrenaturalidad* de la Iglesia de Cristo, que irradia sobre todo el orbe desde esa urbe de sus grandes mártires.

En la América Latina, con la sola excepción del México juarista, porfiriano y después revolucionario, no ha conocido intermisión el reconocimiento de la personalidad internacional de la Santa Sede, esté o no asentada en los Estados pontificios, como ayer, o en la Ciudad vaticana, como hoy, pues, se trata del Jefe de la Cristiandad Católica y no del Jefe de un Estado o de varios. Solamente la Iglesia Católica en el mundo y en América ve a su Jefe así considerado. Ninguna otra religión en esto se le parece siquiera.

Nuestro Convenio no es un concordato, específicamente hablando, porque no abarca todas las materias concordables, ni está firmado en Roma por un cardenal diputado *ad hoc* o por el Secretario de Estado, sino en Caracas por el Nuncio Apostólico.

Con todo, es más amplio que su antecedente el ya citado *modus vivendi* ecuatoriano y que el *acuerdo* argentino de 1966.

11. Eguren, José María. *Derecho concordatario colombiano* (2ª ed., con el comentario del novísimo concordato de Colombia). Bogotá, 1974, p. 60.

Ejemplos recientes o relativamente recientes de concordatos hispanoamericanos son el dominicano de 1954, que sigue muy de cerca el español del año anterior, y el colombiano de 1973, que substituyó al casi nonagenario que venía rigiendo desde la "Regeneración" del doctor Núñez.

Otro país bolivariano que cabe mencionar es el Perú y su cuasi-concordato en bula papal con *exequatur* gubernativo, no sólo por esta peculiaridad formal sino por su origen y vinculación.

En todos esos convenios, acuerdos, *modus vivendi* o perfectos concordatos ha caído el jurisdiccionalismo americano, no hay inspección, pase y retención de bulas, no hay recursos de fuerza, no hay nombramiento de obispos por el gobierno y sí, tan sólo, una prenotificación secreta de la Santa Sede acerca de los candidatos a mitras diocesanas, con posibilidad gubernativa de tacha confidencial del propuesto. En ellos, o en instrumento separado, háblase del arreglo de las misiones de indígenas, y lo mismo cabe decir del Episcopado Militar o Vicariato General Castrense y sus capellanes subalternos. Mal podemos olvidar lo *escolar* y *matrimonial* que suelen connotar al concordato acabado y lo diferencian de las otras formas, menores, de concierto entre la Iglesia y el Estado.

He aquí el paso de los siglos, que todo lo mudan bajo el sol.

II

Llegado a este punto, el autor quiere sincerarse con los lectores y abre un paréntesis a la disertación para entrar a un coloquio.

En agosto de 1941, al disponernos a redactar nuestra tesis doctoral, ya sabíamos que a fines del siglo pasado Monseñor Castro y en el año centenario de la muerte de Bolívar, Monseñor Navarro, habían tachado la ley grancolombiana de desmedida en su injerencia y arcaica en su contenido.¹²

Parece que esto mismo opinaban del Regio Patronato Indiano, Santander y Bolívar en 1820, según Parra-Pérez,¹³ debido a lo cual no se decidían a establecerlo, y doy la preferencia a Santander porque la tiene en esto de la Ley de 1824; *no porque fuese más regalista* que el Libertador-Presidente.

12. Castro. *Observaciones sobre la Ley de Patronato Eclesiástico*. Caracas, 1898. Navarro. *Disquisición sobre el Patronato Eclesiástico en Venezuela*. Caracas, 1930.

13. *El régimen español en Venezuela*. Madrid, 1932, p. 111.

El arcaísmo era un hecho patente en 1940, cuando ya sabíamos por comunicación verbal del mismo señor Presidente del Senado que cita el cardenal Quintero —crítico por los mismos respectos de la añeja ley—,¹⁴ que había causado no poca incomodidad en el Congreso, tener que buscar y consultar la Constitución de Cúcuta para salir del paso en una elección de obispos que hubo el año anterior, y agregó más mi comunicante, político veterano: "Ya va siendo hora de que los venezolanos pensemos en otra forma de entendernos con la Iglesia. Esto no es un país de fanáticos, pero es una nación católica, gracias a Dios, y ante esta realidad hay que inclinarse".¹⁵

No obstante, quisimos salvar la institución ya que no era posible hacerlo con *esa* ley, reconociendo muchas de las críticas que se le habían hecho, y en 1942 rematamos nuestro aludido trabajo con un anteproyecto de sólo doce artículos frente a los cuarentitantos de la ley arcaica, limpiándola de lo secundario, excesivo y hasta ridículo, pero dejando en nuestro parvo articulado lo que nos pareció configurante y esencial.¹⁶

Todavía en 1947, con el mismo intento, dimos una larga conferencia en la Universidad de Los Andes, que el público oyó tolerante y que *El Herald*, de Caracas, dirigido entonces por don Heraclio Narváez y cuyo jefe de redacción era don Germán Borregales, creyó digna de insertarse, y así lo hicieron dichos señores en varias ediciones de agosto del mismo año. Ya para esa semana entera que se llevó la publicación, la Asamblea Nacional Constituyente había aprobado la importante reforma constitucional a que luego me referiré.

Durante esos cinco años, nuestras fuentes habían aumentado; conocíamos mejor la historia político-eclesiástica de la América Española, teníamos mayor acopio de doctrina jurídica sobre la materia y podíamos contrastar más juiciosamente los hechos. Entre

14. *El Convenio con la Santa Sede*. Caracas, 1976, p. 204.

15. Don José Rafael Pocater, quien presidió el Senado en 1939. La comunicación la recibió el autor del presente estudio en la casa del comunicante en Caracas y en 1940.

16. *Patronato y Concordato en Venezuela. Estudio histórico y jurídico*. Mérida, 1942. En la segunda parte de esta obra inédita, hay sendos capítulos sobre las "Observaciones" del Arcediano (Castro) y la "Disquisición" del Deán (Navarro) que eran las dignidades de estos dos eclesiásticos cuando escribieron su folleto y su opúsculo ya citados, respectivamente. Ambos alcanzaron el episcopado.

otras cosas, sabíamos que la República no elegía tales obispos ni erigía tales diócesis, pues si una y otra cosa se efectuaban por el Ejecutivo y el Congreso sin que se estuviese a lo que el primero había peconvenido con el Nuncio Apostólico, nada se conseguiría en Roma como no fuese indisponernos más y más con la Curia Vaticana.

Meses antes, editado por la Acción Católica, habíamos leído un folleto del doctor Arístides Calvani, quien redundaba en todas aquellas opiniones y señalaba lo indecoroso que venía siendo el empeñarse en mantener leyes de vigor sólo aparente contra la mano del tiempo, que nada respeta, y al defender la solución concordataria, señalaba el *modus vivendi* que diez años atrás habían firmado en Quito el Canciller Larrea y el Nuncio Monseñor Cento, para regular en pocos y breves artículos, siquiera por unos años, las relaciones del Ecuador con la Iglesia Católica.¹⁷ Vivía por cierto la hermana República bajo el gobierno *de facto* del ingeniero Federico Páez.

Al contestar al doctor Navarro la felicitación que tuvo a bien hacernos, muy estimulante, por la publicación de *El Herald*o, hubimos de apuntar en la respuesta lo poco idóneos que estábamos viendo a los gobiernos patrios en eso de entender con claridad y aplicar con acierto la Ley de Patronato. Luego hemos tenido ocasión de comparar a Rojas Paúl, por ejemplo, tan culto, tan católico y tan regalista, como buen venezolano de entonces, con otros que lo han sucedido, y de quienes no puede decirse lo mismo.

Si a todo eso hemos de agregar la actividad del Papa Juan en la linde del Concilio Vaticano II, la marcha de éste que siguió atenta la humanidad pensante sin distingo de credos, el gran cambio constitucional de Bolivia, cuyo Patronato era el mismo que le había dado su padre en 1826, conservado entero pese a reformas de mero accidente, y la bibliografía argentina que ya preludiaba el canto de variaciones no menos importantes en el sur del continente, y especialmente en la nación del Plata cuyo régimen de culto e incidencias históricas consiguientes siempre fueron muy parecidas

17. *La Ley de Patronato Eclesiástico ante la Asamblea Nacional Constituyente.* Este folleto del doctor Calvani pone de manifiesto que, para su fecha, ya había en Venezuela un movimiento religioso-político, como no lo hubo desde los primeros años de la reconstitución de Venezuela, separada de la antigua Colombia, decidido a combatir de frente, ahora, la institución del Patronato, estimada como opresiva de la Iglesia Católica por seculares ilustrados y celosos.

a los nuestros, se explicará bien que no pudieran medirse las cosas atañaderas al Estado y la Iglesia, aquí en la América Latina, en sus relaciones, con la vara de ayer, mezquina de suyo por los recelos que había de parte y parte.

Cierto que en 1954, se cometió el grave error de adaptar en la República Dominicana, bajo el régimen no dictatorial sino tiránico de *Trujillo, hijos y hermanos*, "razón social" que era la vergüenza de nuestra América, el concordato firmado el año anterior con el Caudillo español, lo que dio alas a sus "hispanizantes" para imaginarse que ese arreglo insular era el modelo para los países del contorno, y así lo oímos en 1956, en aulas de la Universidad de Madrid, cuando todavía su Facultad de Derecho funcionaba en la calle de San Bernardo. Y dio pie asimismo ese concordato para que se continuase hablando de la rara predilección del Vaticano en lo de estar casi siempre concertándose con gobiernos de hecho, dictatoriales y aun ferozmente despóticos, igual en Europa que en América: Hitler, Mussolini, Dollfus, Salazar, Franco, Núñez, Trujillo, etc.

Pero los hechos, lecturas y observaciones de 1960 en adelante nos hicieron recuperar el optimismo.

Firmado el Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela, pero no ratificado aún, declaramos a un diario capitalino que *Bolívar no había sido opuesto a la Ley de Patronato* ni hubo contradicción al respecto con el Vicepresidente Santander, y como una revista de tipo internacional y de muy conocida orientación, se hiciera eco de lo que sobre este punto ya habíamos leído aquí en Caracas en un solemne documento eclesiástico, nos pareció que debíamos fundar nuestra opinión como deben hacerse las cosas de esta entidad y naturaleza, y así creemos haberlo hecho en el recinto de la Academia Nacional de la Historia, que nos permitió hablar en su mesa de sesiones y publicó inmediatamente nuestra comunicación, junto con el solemne documento episcopal que acabo de mencionar, ya que su firmante principal, y en grandísima parte redactor, era y es numerario prestigioso de la Corporación.¹⁸

El saber histórico (pues no falta quiénes le nieguen el carácter de ciencia a la historia) a veces depara grandes sorpresas en

18. "El Patronato Eclesiástico y el Libertador-Presidente" (*Boletín de la Academia Nacional de la Historia*. Caracas, julio-septiembre de 1964).

materias y puntos donde se creía que ya todo estaba investigado y dicho. Así, parece no bien aclarado, en sus precisas circunstancias, lo de haber cesado el Patronato en Venezuela por la emancipación, o al menos, de creerse el Poder surgido entonces ayuno de facultades en la provisión de beneficios eclesiásticos y, en general, en la intervención de la disciplina exterior de la Iglesia Católica. La señora Watters alega el año de 1931, hechos que el jurista Wolf acoge en su obra de 1945,¹⁹ y libros nuestros posteriores y más especiales como los de Angel Francisco Brice y Carlos Felice Cardot,²⁰ exhiben datos, apreciaciones y documentos que pudieran con el tiempo convertir esa axioma en un mero postulado.

¿Convencimiento singularísimo de los venezolanos, contrario al de los neogranadinos que siempre creyeron poseer este derecho? ¿Rara excepción de la Caracas de entonces, cuando en el resto de América muchos y muy beneméritos eclesiásticos, por la piedad y la doctrina, miraron por lícita y honesta la asunción del Patronato Republicano, y parte de ellos y casi todos los seglares vieron que era, además, un *instrumentum regni* poderoso y necesario en los nuevos Estados? ¿Simple estrategia acaso, frente al Arzobispo Coll y Prat, de un lado, y esa inquietante presencia de Miranda y oficiales de sus tropas, extranjeros y acatólicos, del otro, para los cuales se decía entre el pueblo escandalizado que se abriría "cherchas" (*churchs*) propias de su culto? ¿Victoria del prelado eficazmente

19. Waters, Mary. *Telón de fondo de la Iglesia Colonial en Venezuela*, pp. 69-70. La traducción hecha en Caracas parece serlo de una obra mayor llamada *A history of the church in Venezuela*, publicada en los Estados Unidos en 1933. La traducción manejada por nosotros es de 1951. La autora, de religión protestante, trabajó en Venezuela con búsqueda, método y probidad intelectual. El contenido de la versión castellana excede de su título, pues abarca la independencia y toda la República hasta mucho más acá de Guzmán Blanco. Cfr. Wolf, Ernesto. *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas, 1945, t. II, pp. 116-117.

20. Felice Cardot, Carlos. *La Libertad de Cultos en Venezuela*. Madrid, 1959. *La Iglesia y el Estado en la Primera República*. Madrid, 1962. Brice, Angel Francisco: Prólogo a las *Actas del Congreso de Angostura*. Caracas, 1969. *El Constituyente de Venezuela durante el año de 1812*. Caracas, 1970. No pretendemos negar el hecho de que, a propuesta de la Comisión, decidiera el Congreso que el Patronato *había cesado*; lo que sí pretendemos es conocer hoy, en cuanto sea posible, hasta dónde esto fue una convicción y hasta dónde una simple medida política de quien está entre dos fuegos. De hecho y en la práctica, ni aquí ni en Buenos Aires cesó la intervención del Estado en la provisión de las altas dignidades de la Iglesia Católica, ni en el ejercicio mismo de su jurisdicción cuando rozaba aquella materia que el Estado creía ser un poco suya también, o simplemente donde la causa republicana podía hallarse en "entreviros" con los puntos de vista de la Roma vaticana.

servido por la comisión parlamentaria, donde había mayoría de sacerdotes, que trató con él todo lo relativo a asuntos eclesiásticos de la naciente República? ¿No es verdad que todo eso merece un más detenido análisis?

Investigación desinteresada hoy, porque no sería para aferrarnos al jurisdiccionalismo, pero ni siquiera al esencial *derecho de presentación* que sea como fuere de alguna manera veníamos ejerciendo antes del 6 de marzo de 1964, "culminación de un proceso natural en las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado en tiempos en que las cosas han cambiado tanto —dijo ese día el Canciller Falcón Briceño— que hacen baldío el temor de lesionar intereses cuya defensa sería para nosotros un deber sagrado".²¹

Investigación desinteresada, sí, pero conveniente a la verdad histórica y a la mayor honra de los Padres fundadores de la República que, en el menos favorable de los casos, vieron sus frustradas anticipaciones de entonces confirmadas trece años después en la Gran Colombia, quince años más tarde en Bolivia y en Guatemala y en el Perú, nunca puestas de acuerdo para ello en su espontaneidad; confirmadas por decenios en la Nueva Granada y por decenios en el Ecuador y por siglo y medio en Venezuela y por casi otro tanto en la Argentina, que de hecho venía ejerciendo la regalía antes de proclamarla en 1853; y confirmada en el sentir de algunos eminentes jurisconsultos de la actual Colombia que no hace cuarenta años deploraban la ceguedad de haber separado el Estado de la Iglesia, a mediados de la pasada centuria, dejando al primero indefenso cuando gozaba de las ventajas del Patronato.²²

21. Palabras del Ministro de Relaciones Exteriores en el acto de la firma del Convenio con la Santa Sede, en la Cancillería de la República, la tarde del 6 de marzo de 1964.

22. Tascón, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, 1944, pp.15-16. La primera edición de esta obra es de 1933. El doctor Tascón fue persona muy influyente en las reformas hechas a la Constitución colombiana de la "Regeneración" nuñista el año de 1936. De otra parte, si el Patronato americano tuvo su faz protectoria de la Iglesia, no es menos cierto que la otra faz, la defensiva del Estado, tenía por obvias razones que acusarse mucho más que lo que pudiera haberlo estado durante el Regio Patronato, como que las bases filosóficas del Estado monárquico absoluto del *ancien regime* no eran ni podían ser las mismas ni siquiera en el Imperio mexicano de Iturbide, ni el Imperio austromexicano de Maximiliano (aunque Habsburgo) ni mucho menos en la "república coronada" de Pedro II de Brasil. A nuestra Iberoamérica la han deshonrado las tiranías que llamó miserandas, porque en ellas nos ha salido el resto de barbarie que guardamos; pero no estas monarquías limitadas, ni aún la intrusa de México que acabamos de citar. Una nota es cortísimo espacio para lo que pudiera ser materia de un folleto, por lo menos. Lo que sí es obvio es que los Trujillo y Somoza

Por ello hemos creído siempre que la cuestión del regalismo americano mal puede ser tratada químicamente pura, en los límites únicamente nacionales:

Fernando VII de Borbón había sido repuesto en 1823 al trono absoluto por la Santa Alianza y consecuentemente se había abolido la Constitución de Cádiz y hasta la sombra de gobierno representativo en España.

El monarca español era para la Santa Sede el único y verdadero titular del Patronato Indiano que, concedido por ella, Austrias y Borbones habían incrementado y hecho más sólido y más adherido a su corona que el peninsular.

La familia real borbónica dominaba asimismo en parte de Italia.

La monarquía absoluta como forma de gobierno imperaba en la realidad política y en muchos criterios europeos de consideración.

El gobierno monárquico, puro y dinástico, *para que fuese legítimo*, era el que gozaba de mayor predicamento en el Vaticano y su Cuerpo Diplomático ante él acreditado, y el Papa era Cabeza de la catolicidad y Rey de los Estados Pontificios.

Y... ocurre que los gobiernos republicanos de América que, después de Ayacucho, podían mirar algo más tranquilos el porvenir, seguían en la necesidad imperiosa del reconocimiento papal, tanto desde el punto de vista religioso como desde el punto de vista político.

Desde el primero, porque siendo católicas las naciones que ellos regían, habiéndose exilado algunos obispos del Regio Patronato y otros hechos incompatibles con el nuevo orden de cosas, las arquidiócesis y diócesis hispanoamericanas carecían de legítimos pastores, o sea, que no había jerarquía eclesiástica en la América antes española.

Desde lo segundo, dado lo que la Santa Sede representa en el mundo y mucho más lo que entonces representaba, porque un reconocimiento siquiera indirecto suyo de los Estados americanos, como sería, verbigracia, el preconizar e instituir obispos que los

son bochornosos; pero no lo fue la dictadura bolivariana de 1828-30, no lo fue la de Vargas en el Brasil, ni lo hubiera sido el Imperio Constitucional de los Andes.

Jefes de estos Estados le postularan, resultaba no ya conveniente sino hasta necesario.

Así lo entendía el doctor Pedro Gual, Secretario de RR. Exteriores de la Gran Colombia, en las instrucciones que diera al enviado a Roma, don Ignacio Tejada.

Se hacían la ilusión algunos de estos políticos (que *otros como Bolívar y Santander parece vieron más claro desde un principio*) que la Santa Sede avendriase luego, casi inmediatamente, a firmar concordatos aseguradores del Patronato que sus Estados habían asumido y que no pocos de ellos —clérigos inclusive— creían de buena fe corresponderle a las nuevas patrias.

No puede subestimarse que el clero hispanoamericano era influyentísimo. Había en él verdaderas joyas del patriciado de la República y de la cultura filosófica y política, brillaba en los parlamentos y sus opiniones eran de muchísimo peso en los consejos oficiales y privados de los Jefes de Estado y sus ministros.

Pero no era menos cierto que el *pradtismo* contaba seguidores americanos, incluso tal o cual sacerdote espectable, todos proclives a una especie de Iglesia hispanoamericana, cuyos nexos con Roma no aparecían estrechos ni claros. . .

Ni era menos cierto que a la codicia anglosajona de Europa y América le placía mucho todo lo que contribuyera a *descatolizarlos*, pues, tal cambio de mentalidad sería ancho canal de penetración y amansamiento para sus tradicionales y conocidas miras.

Los Papas, de su lado, se sentían virtualmente descoyuntados por dos tracciones opuestas: la consecuencia que debían a la corona española como pontífices y como reyes, y en la ribera opuesta el estrecho deber, como vicarios de Cristo, en no descuidar el alma del insurgente americano. ¿Encenderían las iras del Rey de España con lo que España era en el orbe católico? ¿Hacer de nuevos Iscariotes y traicionar a Cristo por intereses humanos? Tal era la apretadísima situación de los pontífices romanos.

He aquí unos cuantos hechos:

El amago de cisma de Centroamérica, que tuvo por escenario a Guatemala y por eje al sacerdote salvadoreño presbítero doctor José Matías Delgado (hoy honrado con estatuas como Padre de la Patria centroamericana), y conato basado en la rémora del Papa a dar el Patronato y, por ende, el reconocimiento.

Las inclinaciones *pradtianas* manifiestas del Congreso Federal mexicano y sus deseos de comunicarlas a los demás gobiernos americanos, sin perjuicio de querer acudir al Papa para sus necesidades con la anualidad de cien mil pesos.

Las instrucciones de Simón Bolívar a los fines de la nunca celebrada reunión de Tacubaya en el sentido de establecer un patriarcado americano que confirmase a los metropolitanos, instituyese los obispos, etc., cuando el Libertador desesperaba de las gestiones de Tejada en Roma para que diesen bulas a los candidatos a mitras arquidiocesanas y diocesanas que él había presentado.

La festinación del Papa en preconizar esos candidatos, haciendo las veces de proceso canónico las informaciones de nuestro Obispo Lasso acerca de los obispables, ya que urgía al Vaticano desopinar el cisma de Centroamérica y frenar aquellas tendencias mexicanas y venezolanas, que también se habían sentido, quizás desde antes, en la Argentina con Rivadavia.

Las explicaciones que se dieron a Roma sobre la asunción del Patronato en la Gran Colombia; un Patronato, decimos aquí y ahora, que si *formaliter* pedía el Concordato, *materialiter* lo dificultaba, y sin embargo... pretendíase que el Papa lo ratificara.

El viraje en redondo que dio el Libertador por las preconizaciones y el considerable efecto que ellas causarían en Europa —donde se conocía la presentación gubernativa al Papa— y en América, que así lograba un principio de reconocimiento político a sus nuevos gobiernos.

El bienio dictatorial bolivariano durante el cual se apoyaron los objetivos de la Iglesia (y afincó Bolívar los suyos en ella...) sin tocar para nada la Ley de pocos años atrás; esa misma dictadura que había suprimido la Constitución de Cúcuta y bien podía abolir de un solo golpe la Ley eclesiástica, tanto más cuanto que se sabía que la prudencia de la Santa Sede prefería ignorarla y que los obispos y cabildos apenas la toleraban como expediente de meras circunstancias.

Ya en los años 30 de la pasada centuria el Cardenal Mauro Capellari, ahora Gregorio XVI, Papa, reconoce los primeros gobiernos americanos; pero no el de Venezuela, que debe reparar lo que tiene pendiente con Monseñor Méndez por la segunda expulsión de éste.

Tejada, ministro de la Nueva Granada, sigue en Roma siendo el consejero nato de sus colegas de América que —como nuestro O'Leary— por allá se acercan a buscar reconocimientos, a arreglar asuntos o a celebrar concordatos, porque el buen suceso de 1827, su experiencia, su conocimiento de las cosas de América y especialmente de lo que podía ser un concordato de la época con Bogotá o con México, Guatemala o Buenos Aires, Lima o Caracas, hacen deseable e interesante su opinión a los enviados.

Sin embargo, no es hasta 1852, ya bajo Pío IX, cuando pueden celebrarse y ratificarse los primeros concordatos de América Latina, en Guatemala y Costa Rica.

He aquí el resumen y concepto que nos hemos formado, tras viejas y nuevas lecturas²³ del origen del Patronato Eclesiástico en las flamantes repúblicas latinoamericanas. Se ve por encima, y una vez más, que si en Europa la unión ha costado siempre mucho y ha sido obra de la cultura, en nuestro subcontinente latinoamericano, sobre todo y como es natural entre los hijos de España aquende el mar, el previo entendimiento y la hermandad fueron y son un don divino del cual a veces nos hemos mostrado indignos.

-
23. En el claroscuro del nacionalismo (yo diría subcontinentalismo) semicismático de la América española durante los años veinte del siglo pasado, entraban no solamente como factores los escritos del Abate de Pradt, tan admirado por Bolívar, sino hasta la misma idea española de un Patriarcado para las Indias, que sería algo así como una subvicaría de ese regio vicariato que algunos miraron en el Rey de España, atendiendo por supuesto a la realidad de las cosas, *no a los cánones* que jamás permitieron que un seglar ejerciera la potestad de jurisdicción sobre clérigos. Sea lo que fuere, el tan patriarcado ha sido puramente honorario, con prohibición a su titular de pasar a las Indias; no hubo en verdad más "patriarca" que el Rey mismo; el Nuncio en Madrid jamás tuvo la menor intervención en las cosas de América y sus "regalías indianas", niñas de los ojos de los Borbones, especialmente. ¿Qué mucho, pues, que desde México y Centroamérica, pasando por la Gran Colombia y llegando a la Argentina, se pensara que si el Papa no daba el Patronato, con todo lo político que esto aparejaba en aquellas circunstancias, y no sólo eso, sino que además condenaba a los nuevos gobiernos americanos, formados por gente mucho más católica que esa hez de los tronos que fue el séptimo Fernando, la América antes española y siempre creyente podía tener su patriarcado, más o menos vinculado —eso sí— a la silla de Pedro? Lo muy conocidas que son las obras de Ayarragaray, Leturia desde luego, Esquivel Obregón y García Gutiérrez, Legón y otros, españoles, argentinos, mexicanos, etc., me excusan de hacer citas precisas. Mención especial merece la tesis doctoral en Historia por la Universidad Gregoriana sobre Mons. de Pradt, original de un jesuita muy vinculado a nosotros: el P. Manuel Aguirre Elorriaga, para quien este personaje fue "el consejero en asuntos religiosos de los nuevos gobiernos americanos".

III

Dispone el Art. 130 de la Constitución Política de la República de Venezuela, promulgada en 1961, que: "En posesión como está la República del derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejercerá conforme lo determine la Ley. Sin embargo, podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado".

Conviene hacer una sumaria historia de esta disposición.

Desde 1830 (y aún desde la época grancolombiana) la Constitución hubo de callar toda referencia a religión, excepción hecha de la de los Monagas, o mejor de uno de ellos, el general José Tadeo, que duró poco más de un año.

Antes de la Federación, nada había en la Carta Fundamental sobre libertad de cultos, la cual fue declarada por el Congreso Nacional en acto legislativo separado como "no prohibida", el año de 1934. Ya el anterior, por acto legislativo, separado también, el Congreso de Venezuela había ratificado el derecho de Patronato y la Ley que lo arreglaba, o sea, la grancolombiana de 28 de julio de 1924, por estimarla muy conveniente para las buenas relaciones entre ambas potestades.

Comenzó así lo que algunos expositores americanos han llamado la *desnaturalización* del Patronato, ya que éste supone Iglesia Católica oficial y sólo el culto católico permitido y además protegido, como era en los siglos coloniales.

Fue la Constitución Federal de 1864 la que dio acogida terminante y expresa a la libertad de cultos, bien que con una limitación que la acercaba a la mera tolerancia: "pero sólo la Religión Católica, Apostólica, Romana podrá ejercer culto público fuera de los templos". De otro lado, mantuvo el Patronato, del cual declaró poseedora a la nación.²⁴

Es de notar la evolución del precepto: Merced al carácter enunciativo de los derechos individuales (que la ciencia constitucional siempre ha reconocido) se declara primero que no está prohibida la libertad de cultos, y al proclamársela más tarde en la

24. Picón Rivas, Ulises. *Indice Constitucional de Venezuela*. Caracas, 1944, pp. 372 y 383, art. 14, numeral 13 y art. 98. A esta obra nos podemos remitir de una vez por todas en las demás referencias constitucionales patrias.

Constitución, se priva a los cultos disidentes del ejercicio extra-muros de sus respectivos templos.

Las siguientes constituciones hasta la de 1901, inclusive, precisaban que el Patronato se ejercerá "conforme lo determine la ley de la materia", y en 1881 se garantizó sin más la libertad religiosa, con lo cual se sobreentiende que los cultos disidentes en Venezuela podían hacer uso de calles y plazas, observando los reglamentos de policía urbana.

En 1901 se *rigidifica* la Ley de Patronato al cambiarse el subjuntivo "determine" por el indicativo y citársela por su fecha así: "conforme lo *determina* la Ley de 28 de julio de 1824".

En la Constitución de 1904, al solo y simple enunciado de la "libertad religiosa" en 1881 (que algunos juristas venezolanos miran como el año de la verdadera libertad de cultos en nuestra patria) se añadió esto: "con arreglo a las leyes y bajo la suprema inspección del Presidente de la República".

En la de 1909 (¡Oh vergonzosa proliferación de constituciones!) se fundieron en amasacotada redacción los dos principios, *libertad cultual* y Patronato *eclesiástico*, y se agregó el de "*suprema inspección* de todo culto establecido o que se establezca en el país" a cargo del "Ejecutivo Federal". Más adelante se prescribió: "En posesión como está la Nación del derecho de Patronato Eclesiástico, lo ejercerá conforme lo determina la Ley de 28 de julio de 1824". (Art. 23, numeral 13 y Art. 128, respectivamente).

Hasta 1947, exclusive, continúa la redacción con igual o muy parecido texto. Libertad religiosa *inspeccionada* y Patronato eclesiástico *constitucionalizado*, con el propósito de afirmar la soberanía del Estado y sobre todo de dificultar la reforma de la vieja Ley de 1824. Esto último era la opinión del catedrático de la asignatura respectiva en la Universidad Central, doctor José Manuel Hernández Ron.

Es muy importante no perder de vista algo que sucedió en 1911, erróneo sin la menor duda, pero revelador de la tendencia igualitaria o parificante de los cultos admitidos en el país, tendencia muy propia de la naciente América democrática y que siempre anduvo latente en el Congreso venezolano desde 1830. Por decreto ejecutivo se extendió el radio de acción del Patronato a los cultos no católicos... Disposición *antihistórica*, porque el Patronato se

dio y heredó en el campo católico exclusivamente. Disposición *ilógica*, porque las demás iglesias carecen de una organización que permita al Estado ejercer aquel derecho que *venía poseyendo*, según el Constituyente. Disposición *inconstitucional*, según lo tiene analizado el profesor Hernández Ron en otra obra con minuciosidad.²⁵ Disposición hoy reñida con la *moral cívica* y con la *moral religiosa* —según Torres Ellul—, porque los cultos no católicos se ven amenazados de una constante intervención que va mucho más allá de la "inspección", y eso hoy no debe aprobarlo un católico obediente a los preceptos del Concilio Vaticano II...²⁶ Pese a todas estas críticas, el "adefesio jurídico" (así lo llamamos en otra ocasión) se mantiene vigente... pero ineficaz. Y hoy más repelente aunque nunca a la conciencia pública ilustrada.

Y no es menos importante recordar que la Ley de 1824 preveía la celebración de un concordato en el cual no se podría *variar ni innovar* el Patronato. Ahora bien, distinguidos hombres de foro, ministros y consultores instruidos (en una época como aquella de 1901 a 1935, en que los seglares no eran tan ignorantes del Derecho Canónico) ya sabían que un Concordato fijador del Patronato *diseñado en 1824*, no lo aceptaría jamás la Santa Sede. Eso lo conocían hartó bien Arcaya, Baptista Galindo, Rubén González y otros.

La política igualitaria de los cultos, muy opuesta ciertamente al mantenimiento del Patronato sobre la Iglesia Católica, no dejó de conocer otras mitigaciones bajo la misma Federación. Como quiera que al Congreso de 1867 se introdujera un proyecto de secularización de los registros civiles de nacimiento, *matrimonio* y defunción, la mayoría parlamentaria lo rechazó nada menos que por perturbador del orden público y de la tranquilidad social, y el

25. En las dos ediciones de su *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, pero con mayor amplitud y fuerza en la 2ª, Caracas, 1943, t. III, pp. 542-544. Nuestro gobierno no necesita de semejante exabrupto legal para estos dos casos que son su único cometido en la materia: inspeccionar los cultos para que no haya en ellos nada que se oponga al orden público y a las buenas costumbres; y dictar medidas de policía, como en todos los países civilizados, precisamente para garantizar el uso armónico de la misma libertad de cultos. Esos poderes le vienen de la Constitución y no de ese achaparrado decreto de 1911, que es una vergüenza.

26. "El Convenio entre la Santa Sede y la República de Venezuela" (en *Revista Española de Derecho Canónico*, de la cual hemos usado la separata, 1967, pp. 23-24) y *La situación concordataria venezolana*, *id.* Salamanca, 1971, p. 21.

propio Jefe del Estado, Mariscal Falcón, tuvo frases muy elevadas para la santidad del matrimonio cristiano.

Ya veremos como la tendencia igualitaria y laicista, *pero sin neutralidad*, llega a culminar bajo los Guzmán.

Fue la Constitución de 1947 la que cambió el rumbo puramente regalista y además igualador de lo inigualable que llevaba Venezuela, al prescindirse del "tope" que venía siendo en las cartas anteriores la cita de la Ley de Patronato por su fecha de promulgación en Bogotá, capital de la antigua Colombia, y añadir esto muy promisor ciertamente para la Iglesia Católica: "sin embargo, podrán celebrarse convenios o tratados para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado".

He aquí la transacción a que se llegó en 1947 después de enconadas pugnas entre los diputados mantenedores al rojo vivo del Patronato eclesiástico (y escribimos así porque en algunos de éstos era patente la hostilidad a la Iglesia Católica) y los que, en el bando opuesto, querían sacar a la Iglesia de la "esclavitud galicanizante" en que, a su juicio, la había sumido la Ley grancolombiana, sin que nos detengamos ahora en el grave cargo de obsolescencia, incomodidad e impertinencia que también se le hacía a esa reliquia de nuestra legislación del tiempo heroico...²⁷

Por último, a nuestro Episcopado se le mostraba con ese añadido un porvenir más o menos próximo (o lejano) en esa apertura —como hoy se dice— a la vía concordada.

El precepto constitucional *bi-membre*: Patronato, sí, pero se puede hacer un arreglo bilateral, fue mantenido en la Constitución de 1961, que hemos copiado al comienzo de este apartado. Nos referimos, por supuesto, al Art. 85 de la Constitución de 1947, que es el 130 de la actual Constitución.

La dictadura que encabezara la Junta Militar de Gobierno presidida por el coronel Carlos Delgado Chalbaud, fue endureciéndose bajo una nueva Junta muy curiosa (¿no militar?) que

27. El doctor Calvani en su folleto y antes Mons. Navarro en su *Disquisición*, ya citados. Nosotros en 1947, hicimos un deslinde, que creemos algo minucioso, entre lo que para aquella época vimos como eficaz todavía, y lo que consideramos no ya obsoleto sino incumplidero, deslinde que reprodujo como "obra de los especialistas" el senador Acosta Saignes en la Cámara alta y en junio de 1964. El tal deslinde aparece en la reproducción que hizo *El Herald*, durante agosto del supracitado año, 1947, de nuestra conferencia en la Universidad emeritense, algunos meses atrás.

siguió al asesinato de dicho señor, y paró luego en tiranía bajo el régimen fementidamente constitucional y sí pluridelincuente de un triunviro de las dos anteriores Juntas, gravemente sospecho de haber auspiciado la disolución de la primera en la forma ya indicada y, sin duda, hombre fuerte en la segunda, pese a no mostrar ya ésta la connotación castrense para autodenominarse. El entonces canónigo de la Catedral de Mérida, presbítero doctor José Humberto Quintero, quien desempeñaba en tiempo de Delgado la Capellanía Mayor de las Fuerzas Armadas, habla en un libro que publica ahora, siendo Cardenal-Arzbispo de Caracas, de un proyecto que anduvo meditando en 1950 el coronel Delgado, en el sentido de una misión a Roma para tantear, confidencialmente, las bases del arreglo bilateral que prometía —sin mucho énfasis— la Constitución de 1947. La desempeñaría el doctor Leonardo Altuve Carrillo, embajador de carrera, para entonces Subsecretario de la Junta y hombre de nada común cultura religiosa.²⁸ El 13 de noviembre fue ultimado el Presidente de la Junta Militar de Gobierno. Se castigó a los ejecutores materiales. Nació entonces una furiosa "avenida de crímenes" que inundó a Venezuela por unos cuantos años.

De los cuatro grandes partidos que, con el poderoso auxilio de otras fuerzas —la militar en primer y principal término— derrocaron la tiranía que ya mencionamos, tres acordaron después un pacto llamado de "Punto Fijo", en el cual figuró como cláusula o artículo la *normalización* de las relaciones del Estado con la Iglesia Católica.

Y está muy bien que se empiece a hablar de *normalización*. Si el Patronato se mantenía, pero sabiéndose como se sabía que no se le iba a poder lograr por concordato, el constituyente, *sin embargo*, previene que *podrán* celebrarse convenios o *tratados* (o sea, no propiamente concordato, pero si ajustar un instrumento de rango internacional) *para regular las relaciones entre la Iglesia y el Estado* (con la Santa Sede, por supuesto, que es quien titulariza y actúa la personalidad internacional de la Iglesia Católica) no cabe otra interpretación, desde 1948, que la siguiente: el Patronato va de paso —*primer miembro*— y la meta es un buen convenio, o más de un convenio, bien pensado y hábilmente negociado con la Nunciatura, lo que habrá de ser visto como la línea *normal*

28. *El Convenio...*, citado, p. 71.

—segundo miembro— de nuestras relaciones estatales con la Iglesia Católica. Por ello, repetimos, estuvo bien que imperando la aún vigente Constitución de 1953, se hubiese acordado en "Punto Fijo" la *normalización* de dichas relaciones. Es la única interpretación histórica, lógica y propiamente jurídica del precepto *bimembre* contenido en el Art. 130 de la Constitución.

Los tres partidos firmantes del Pacto de Punto Fijo, a saber: Copei socialcristiano, el más interesado de los tres en un arreglo, como que ello era parte fundamental de su doctrina; Acción Democrática o aprista nacional, que lo había patrocinado en la Asamblea de 1947 más que el propio Copei, desde que lo necesitaba, más que éste ahora, para aplacar a la Iglesia por la racha anticlerical suscitada desde el año de 1946, y finalmente Unión Republicana, liberal de izquierda y nacionalista, que aun cuando amigo de mantener la regalía, bien que sabía ya que no podía seguir Venezuela con el vejestorio de 1824, estos tres partidos que en 1958, representaban el setenta y cinco por ciento, por lo menos, de la nación política y electoralmente organizada, se hallaron de acuerdo en *normalizar* aquellas expresadas relaciones del modo arriba indicado, único —además— que procedía.

No cabe en la modestia de esta pequeña monografía el reseñar siquiera la iniciación, marcha y cierre de las negociaciones que comenzaron desde 1959 en Roma, siendo Embajador ante la Santa Sede el ex Presidente del Gobierno Provisional, doctor Edgar Sanabria, y concluyeron en Caracas, en febrero de 1964, siendo Canciller de la República el antes citado señor doctor Marcos Falcón Briceño y Nuncio Apostólico de Su Santidad en Venezuela el Excelentísimo y Reverendísimo señor Luis Dadaglio. De esto se sabe todavía poco, y para lo poco que se sabe, nos remitimos a los libros de Rodríguez Iturbe y el Cardenal Quintero.²⁹

Pero sí nos incumbe destacar lo siguiente:

Primero: que al hablarse en el Pacto de Punto Fijo de "normalizar" las tantas veces repetidas relaciones, debe entenderse que los ilustrados políticos que formaron la comisión correspondiente (doctores Lorenzo Fernández, Gonzálo Barrios e Ignacio Luis Arcaya, respectivamente, por los supracitados: Copei, AD y URD) no pudieron pensar en otra vía que la fijada por la Constitución,

29. *Iglesia y Estado en Venezuela (1824-1964)*. Caracas, 1968, pp. 221-257 y la obra del Cardenal Quintero, ya citada, pp. 97 a 124.

esto es, *convenios* o *tratados* con la Santa Sede; ni pudieron ignorar estos avisados hombres públicos, juristas además —los tres—, que si la Iglesia no había concedido patronatos gubernativos en lo que iba del siglo, a partir de la postguerra primera no lo podía hacer por terminante prohibición del Código de Derecho Canónico, según lo aprendieron ellos de sus maestros los doctores José Ramón Ayala, José Manuel Hernández Ron y Caracciolo Parra León, profesores de *Derecho Público Eclesiástico* en la Facultad jurídica de la Universidad Central de 1925 a 1939, siendo Hernández y Parra autores de muy precisos apuntes de esta materia, donde aparece la mencionada prohibición canónica.³⁰

Segundo: que el Presidente Constitucional de la República don Rómulo Betancourt (discípulo que fue también de Ayala o de Hernández en el primer bienio de jurisprudencia que cursó y aprobó con sobresalientes en la misma Universidad) se refirió concretamente al asumir el mando, en febrero de 1959, a un *moderno modus vivendi* que substituyese los "inoperantes cartabones" de esa ley grancolombiana que también calificó de "prehistórica"; conceptos sobre los cuales volvió en su primer mensaje constitucional al Congreso reunido en legislatura ordinaria de 1961, al expresar que la Constitución recientemente promulgada y la de 1947 (adrede omitió la espuria de 1953, que en esto —ya lo sabemos— nada varió por cierto) hablaban de un *modus vivendi* con la Santa Sede, pacto que debía perfeccionar el Congreso; y advirtió finalmente que la Cancillería, andaba en ello, anuncio oficial de lo que en la calle se conocía.

Tercero: que con el nombre de *Convenio*, siempre usado por el Nuncio en sus conversaciones oficiales y privadas, o el más gra-

30. El pensar que todo, absolutamente todo, se puede arreglar por el Estado y desde el Estado ocasionó que gente que por su altura se hallaba obligada a mostrarse más informada, apareciera ignorando los dos cánones que desde 1918, prohíben conceder el Patronato en lo adelante, cánones que cita Hernández Ron en su *Cuaderno*, tesis 33, y ante los cuales se estrellaría cualquier Estado, cualquier gobierno, por muchos que fueran los títulos que alegara ante el Papa con el fin de que éste, pasando por encima de esos dos cánones, le concediera el Patronato. No eran solamente Ayala y Parra León los adversarios de la regalía. Ya antes de la clausura de la Universidad Central en 1912, aparece en las revistas estudiantiles de la época que el doctor Federico Urbano, en su cátedra de Derecho Administrativo hacía ver las inconsecuencias de un Patronato *desnaturalizado* e impugnaba ciertas leyes nacionales donde se ponían aquéllas de resalto. Lo cierto es que —como decimos en el texto— no es nueva entre nosotros la materia jurídico-elesiástica y durante la Venezuela reconstituida duró un siglo y década en las universidades.

to al Presidente de *Modus Vivendi* (términos cuyas distintas significaciones ya conocemos), fue principio director de las negociaciones el "poner en negro de tinta lo que ya estaba como sobreentendido en blanco", pasar sencillamente al papel lo que encontrábase en los hechos vividos, o —para usar las palabras del Canciller— "poner por escrito, dándole carácter jurídico, lo que es la práctica de todos los días desde hace muchísimos años".

Todo esto es del mayor interés:

Lo primero, porque nunca pudo nadie que interviniera con título en las negociaciones, partir de la base de que *se le iba a dar una nueva forma al Patronato*, como eufemistamente lo dijo el Episcopado en solemne pastoral colectiva a poco de firmado el Convenio,³¹ eufemismo repetido más tarde por el partido URD³² cuando el Congreso Nacional hubo de aprobarlo; y lo calificamos de eufemismo porque lo es: no sólo el *jus praesentandi* de los regalistas y de la Ley de 1824, no es ni se parece a la *prenotificación* oficiosa con la posibilidad de tacha confidencial *a posteriori*, en lo que respecta a la nominación de arzobispos, obispos y coad-

31. El importantísimo documento lo publicó la prensa de Caracas pocos días después de firmado el Convenio, y como la Academia de la Historia publicase en su *Boletín* de julio-septiembre, mi comunicación titulada *El Patronato Eclesiástico y el Libertador-Presidente*, donde pretendo contestar en su presentación formal y en su fondo la elemental idea de "Bolívar concordista y Santander patronista", el doctor Felice Cardot, Secretario de la Corporación, juzgó que debía insertarse completa la Pastoral donde aparece lo impugnado, con tanta mayor razón cuanto que la primera firma de ella es la del ilustre numerario de esa Academia S. E. el Cardenal-Arzobispo Quintero. La comunicación tuvo eco en la prensa; sus argumentos, hasta el presente, nadie los ha contrarreplicado.

32. *El Nacional*, 1º de julio de 1964, "URD y el Modus Vivendi". En mi trabajo-discurso académico de octubre de 1971 me vi obligado a mencionar, con cita de las páginas mecanografiadas de mi dictamen, cómo este partido se había apartado de él en algunos puntos en su citado "voto aprobatorio del *modus vivendi*". No será indiscreto que me defienda aquí de nuevo, pues, por los meses de la firma y aprobación legislativa del Convenio, ya se sabía en la calle que yo venía asesorando al referido y no han faltado quienes me imputen algo que ver en sus conceptos anticanónicos y antijurídicos. Menos mal que el ojo perito y pluma incisiva de Rodríguez Iturbe (*ob. cit.*, pp. 259-270) no me los ha cargado en cuenta. Por lo demás, aquel trabajo-discurso en la Academia no lo han "contrarreplicado" en eso ni en nada, aquéllos, mis asesorados de 1964, a quienes precisamente hube de impugnar en 1971. Cuando no hay jueces, el hombre tiene derecho a hacerse justicia por sí mismo, y quien publicó en *El Herald* y en 1947, los repetidamente citados artículos de agosto de ese año, no tiene por qué cargar encima semejante responsabilidad. En las hemerotecas se halla *El Herald*, de Narváez y Borregales, donde recuerdo escribía mucho, también, Alirio Ugarte Pelayo. En mi casa tengo copia del dictamen mecanografiado que envié a Unión Republicana Democrática, a su pedido. Cosa grave es apartarse de lo bien estudiado y científico para hacer apresurada "política".

jutores de ambos *cum jure successionis*, pues, ni siquiera aquel *jus* es el Patronato, sino parte —*muy principal*, sí— de todo él, como se le ha entendido antes y después de la vigencia del Código de Derecho Canónico.³³

Lo segundo, porque con natural asidero en aquello, mucha gente que habla de política y hasta diplomados en Derecho —y... hasta verdaderos jurisconsultos— andan con "la tema" de que la Ley de 1824 está solamente en suspenso y en todo caso derogada en *algunas* disposiciones, quedando *lo demás* de ella vigente, pues, *en la Ley-Convenio no aparece el artículo que expresamente la derogue...*, ya que una ley no puede ser derogada sino por otra, —argumentan— de lo cual resulta que la Ley que rigió en Venezuela por casi siglo y medio, ahora está en un *tres y dos*, lo que no será ridículo en el deporte del *beisbol*, pero sí lo es en el venerable estatuto de la época de la Gran Colombia y de la Venezuela reconstituida.

Y lo tercero es tan novedoso como llamativo pese a lo cual muy pocos lo hemos notado, porque no es cierto que se llevó al papel jurídico lo que se vivía cotidianamente, pues, en el Convenio se condujeron las cosas mucho más allá de esa consuetudinaria práctica y se ofreció en el preámbulo del Convenio lo que no debió ofrecerse, *dado el principio director*, y se copió en el artículo IV de él un concordato que no debió mirarse, habiendo otro muy importante, muy ilustrado, muy grato al Papa también, y muy digno de ser consultado en un país que ha bebido su legislación civil y penal del que precisamente ajustó ese otro pacto en 1929: me refiero, por supuesto, a Venezuela, primero, luego a la República Dominicana y por último a Italia, ya que a ésta debimos seguir en lo relativo a personalidad jurídica de las órdenes, congregaciones e institutos seculares, y no salir copiando el concordato quisqueyano de 1954, copia servil en esto, a su vez, del español del año precedente.

Bien sabemos que todo lo anterior tiene mucha entrelínea..., la cual dejamos al buen juicio del discreto lector.

33. Girón y Arcas, Joaquín. *La situación jurídica de la Iglesia Católica en los principales Estados de Europa y América*. Madrid, 1905, p. 209. Giménez Fernández, Manuel. *Instituciones jurídicas en la Iglesia Católica*. Madrid, 1942, t. III, pp. 17-22. Monroy Cabra, Marco. *Régimen concordatario colombiano*. Bogotá, 1975, p. 193.

Por lo que nos toca, y por lo que concierne a esa personalidad jurídica, hemos indicado desde la tribuna académica y desde el bufete,³⁴ cuál pueda ser el remedio de esto que no vacilo en calificar de error, tanto más cuanto que se tenía la experiencia de España durante no menos de diez años y había de por medio cavilaciones conocidas y hasta opiniones contrarias de los doctores Polanco Alcántara y Pérez Olivares,³⁵ respectivamente, acerca de la no felicidad redactoria de ese artículo IV del Convenio, bastante para abrir los ojos de los respetables negociadores, antes de enero de 1964 en que había tiempo aún para la corrección.

Evacuado y agotado, pues, el Art. 130 de la Constitución en su primer miembro: *posesión del Patronato*, rige ahora el segundo precedido de una locución adversativa: "*Sin embargo*, podrán celebrarse convenios o tratados. . .", etc.

Y el Convenio de 1964 responde a ese "sin embargo", y está derogada la antigua Ley de 1824, como lo vamos a demostrar al final de esta monografía, por un Convenio que al encerrar cuanto había de *vital, sólito, práctico y factible* en la Ley de Patronato, ha reemplazado no solamente la ley *sino el régimen mismo* de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, conforme a los artículos 85 de la Constitución de 1947 y 130 de la de 1961, vigente.

Con algunos reparos, como lo hemos insinuado, ese Convenio es bueno y responde a la época actual de la Iglesia Católica y al rumbo general de la América Latina, como aspiramos a probarlo en los dos apartados que siguen.

IV

Supuesto que la religión católica, y más aún su *ecclesia*, constituye una fuerza considerable en la América Latina, donde —repetimos— concentrada en los doscientos millones de habitantes existe la tercera parte de la catolicidad universal, y donde se realizó a comienzos del siglo XIX una síntesis de lo cristiano y lo revolucionario como no se conoció en Europa durante toda esa centuria; la década de los sesenta de la centuria que corre es im-

34. El antes citado discurso-trabajo y la consulta que evacuamos, junto con nuestro añorado amigo y colega de academia (q.e.p.d.), señor doctor Tito Gutiérrez Alfaro, para la Inspectoría Salesiana de Venezuela.

35. Reiteradamente me lo han dicho a través de los años estos dos eminentes profesores míos de la Facultad jurídica de la Universidad Central.

portantísima en todo el mundo, y más todavía, en la América Latina, que ha visto así revalidadas en el tribunal de la historia su razón de ser y sus tendencias en punto a Religión y Estado.

Desde muchísimos años antes del Concilio Ecuménico Vaticano II, máxima expresión de aquella reválida, no se hablaba *directamente* en los documentos eclesiásticos de la llamada "potestad indirecta" de la Iglesia sobre el Estado.

León XIII, el Papa moderno que más alto rayó en sus encíclicas sobre las relaciones entre ambas potestades, sí dejó ver en ellas que profesaba la doctrina, al menos no usó esas palabras de "poder indirecto" o "subordinación indirecta del Estado a la Iglesia en materias temporales, vistas respecto de lo espiritual".³⁶

En la actualidad postconciliar, teólogos como el famoso padre Raoul Congar, francés, y eclesiastistas como los profesores italianos Pietro D'Avack y Guido Saraceni, ponen en tela de juicio la teoría de ese llamado poder,³⁷ que uno de los últimos clásicos del Derecho Público de la Iglesia, como lo fue sin duda en tiempos recientes el padre Lorenzo Sotillo, elevó al rango de doctrina, agregándole que es "teológicamente cierta".³⁸ Pero no es menos seguro (aunque no actual, porque cuenta ya por siglos) que ningún Estado de nuestros días aceptará sin protesta inmediata suya que se diga que él está subordinado a otro *como Estado* —caso de la Iglesia teopolítica, de los siglos preconconciliares— aunque se palie un tanto la sujeción con el adjetivo "indirecta". O sea, pues, que por encima de discusiones hoy menos acres que ayer, la "doctrina" es

36. Jiménez Urresti, T. *Estado e Iglesia. Laicidad y confesionalidad del Estado y del Derecho*. Vitoria, 1958, pp. 342-343.

37. De la Hera, Alberto. "Posibilidades actuales de la teoría de la potestad indirecta" (en *Revista Española de Derecho Canónico*, N° 57, 1964, pp. 789 y ss.). La otra revista canónica que hay en España, en lengua castellana, y que se edita en Pamplona con el nombre de *Jus Canonikum*, viene dedicando en estos años postconciliares alguna especial atención a este punto, otrora postergado, de la potestad indirecta.

38. *Compendium Juris Publici Ecclesiastici*. Santander, 1951, p. 137. El P. Sotillo parece ser en la segunda mitad de este siglo, lo que fueron con sus textos Cappello y Ottaviani en la primera, y Cavagnis desde 1886, en los más importantes seminarios mayores del mundo. La verdad es que este Derecho Público de la Iglesia está en revisión y dependerá no poco de la nueva factura que habrá de presentar el Derecho Canónico post Vaticano II, que ya se está organizando. Si no estamos mal informados, Venezuela tiene el honor de contar en la comisión respectiva a su esclarecido hijo Mons. doctor R. Castillo Lara, antiguo Obispo Auxiliar de Trujillo, trasladado a Roma con este fin por su reconocida pericia.

apenas una "teoría"... (que ha cedido mucho) y la tal subordinación es algo inane, futilidad de canonistas preconciarios, vanidad de teólogos "sin los pies en la tierra".

Mejor conocida es la proclamación que hiciera el Concilio en la *Dignitatis humanae* (que algunos intérpretes quieren mirar como algo que ratifica, sin que nada mude) de la libertad de cultos, proclamación —más que mera declaración— en términos no usados antes por la Iglesia Católica; pero mucho más trascendental, a juicio nuestro, el haber declarado en la *Gaudium et spes* que ya no aspira a protección, sino que desea la Iglesia ante todo libertad, incluso disponiéndose a rechazar algunas manifestaciones de aquélla si pudieran venir en desmedro de su carácter y dignidad y en mengua de la esencia incomparable de la Iglesia.

Este viraje en redondo ocasionó que España tuviese que reconocer en su legislación aquella libertad de cultos sólo fugazmente conocida bajo las dos Repúblicas de 1868 y 1931, y que tanto su extenso concordato de 1953 (precedido de convenios liminares), como el no menos extenso y más delicado por su imbricación en los Tratados de Letrán y el concordato laterano de 1929, se halle en revisión, el primero y más o menos próximo a revisarse, el italiano.

No podemos pasar por alto lo ocurrido en Colombia (que con alguna justicia ha sido considerada "la otra España de ayer en América") por el régimen nacido en 1886, su Constitución de aquella época tal vez más confesional que la española de 1876, y su concordato Vélez-Rampolla, estimado como uno de los más puntiagudamente curialistas que América haya conocido (a no ser el ecuatoriano de García Moreno) según jurisconsultos e historiadores colombianos y extranjeros, antiguos y modernos.

Dice el presidente, que fue del Consejo de Estado y profesor de Derecho Constitucional en el Externado, doctor Tulio Enrique Tascón, que el problema religioso lo creó en Colombia la separación de la Iglesia y el Estado, hecha mala aconsejadamente en 1853, perdiéndose con ella las garantías que el Patronato grancolombiano le daba a la antigua Nueva Granada.³⁹ Enfrenta su opinión el no menos ilustre profesor en la Universidad Javeriana, ex ministro y gran figura del conservatismo, doctor Francisco de Paula Pérez, cuando expresa que dicho problema lo creó la reforma constitucional en 1936, de más de treinta artículos de la Carta, sancio-

39. *Retro.*, nota 22.

nada por el doctor Rafael Núñez a través de un Consejo de Delegatorios en 1886 (no de Congreso alguno) al dejar esa reforma a la Iglesia Católica insegura ante la posibilidad de un nuevo concordato, no inspirado ahora en aquella Carta "regeneradora", abiertamente confesional.⁴⁰

El tiempo ha hablado por la pluma del doctor José Gnecco Mozo cuando nos hace ver que la reforma de 1936, tan deseada por todos los liberales y no ajena al criterio de algunos conservadores moderados, de ningún modo podía tocar el concordato de 1888, y se limitó a deferir a uno futuro lo concerniente a las relaciones entre la Iglesia y el Estado en Colombia, facilitando, eso sí, la contracción de un nuevo pacto sobre otras bases que respondieran al Derecho concordatario europeo de la postguerra primera.⁴¹

Y esto —agregamos nosotros de nuestra cuenta— fue lo que se hizo en 1973, mostrando el Partido Liberal aquella misma ecuanimidad que lo distinguiera en las reformas constitucionales de 1936, por lo cual hoy tiene Colombia un nuevo concordato, *no impuesto al otro partido fuera de todo parlamento legal, sino estudiado y preconcertado entre las dos grandes colectividades históricas de la nación*, lo que le ha comunicado, aparte de su modernidad intrínseca —tanto más deseada cuanto que ya había trans-

40. *Estudios constitucionales*. Bogotá, 1936, pp. 305-325.

41. *La reforma constitucional de 1936*. Bogotá, 1938, pp. 184-189. Esta reforma la hizo el Congreso llamado "homogéneo" por tener en ambas Cámaras la mayoría el liberalismo, echado del poder desde medio siglo atrás. Según lo han manifestado incluso miembros del conservatismo, no abusaron de su potencia los liberales del año 36 ni desconocieron el "callo" que habían creado ciertos intereses de 1886 en adelante; pero le bajaron el tono a la Constitución y prepararon así la hechura de un nuevo Concordato, en el sentido de que Gil Fortoul, por ejemplo, aquí en Venezuela, no pudiera afirmar sin mendacidad, como lo afirmó en su *Historia*, sin exageración, que el régimen de Colombia más que civil parecía teocrático. La verdad es que la Colombia de la "Regeneración" nuñista superó con creces la "Restauración" borbónica en esto de Religión y Estado. Y *esto* es más que demasiado para ser cosa americana... Cada quien tiene su punto de vista. Lo cierto es que Colombia y México se han singularizado en el conjunto hispanoamericano: el uno con su legislación persecutoria o, al menos, de amenaza latente sobre la religión católica; el otro, con una confesionalidad teológica y jurídica que hizo de la Iglesia otro Estado dentro de nuestra vecina y hermana. Con el tiempo, Colombia, según las reformas de 1936 a la Constitución y el nuevo concordato de 1973-1974, ha pasado a la confesionalidad sociológica con pluralismo religioso, lo que, además, es conforme al Concilio Vaticano II; y México, posiblemente, se verá fraternalmente excitado por la opinión de sus hermanas de América Latina a pasar de un *statu quo* injusto y antipático a una separación amistosa de la Iglesia y el Estado. Hay en México un "callo" sociológico también, pero en sentido opuesto: allí no cabe ningún concordato, sino la separación.

currido el Concilio Vaticano II— mayor consentaneidad popular, más fuerza social y más segura estabilidad política.

El tiempo ha hablado, no ahora sólo con la voz jurídica de Gnecco Mozo, sino además con esa voz callada de los hechos a que se refirió el senador Armando Solano en una célebre conferencia dada sobre el asunto en el Teatro Municipal de Bogotá, frescas todavía las reformas constitucionales del año 36.

Pasemos a ver la caída del regalismo hispánico en América, conozcamos las formas derogatorias del Patronato Eclesiástico, en tres de los cuatro países hermanos que, todavía en 1960, lo tenían y usaban, y cómo y por qué se mantiene aún en el cuarto. Ello será por demás justificante en lo político y sociológico de lo hecho en Venezuela hace ya catorce años.

"Ultimamente (1963) sólo cuatro Estados se mantenían afe-rrados al Patronato como regalía heredada de los reyes españoles: Argentina, Venezuela, Paraguay y Bolivia. Prescindiendo por ahora del primero, es de advertir que Venezuela, luego de la caída del gobierno de Pérez Jiménez, inició gestiones, aún pendientes, para llegar a un concordato por el que se terminaría con los últimos vestigios del sistema. Paraguay, al aceptar la creación de vicariatos apostólicos con jurisdicción propia en tierras de misiones, ha substraído parte de su territorio al régimen de patronato. Por lo demás, estaría pronto a seguir el ejemplo de su vecina Bolivia, que en 1961 *suprimió todas las referencias constitucionales sobre el Patronato*, sancionando en su lugar un nuevo artículo 32 que dice: El Estado reconoce y sostiene la Religión Católica, Apostólica y Romana, garantizando el ejercicio público de todo otro culto. *Las relaciones con la Iglesia serán reguladas por acuerdos entre el Estado y la Santa Sede*".⁴²

Bolivia es, pues, el primer país sudamericano (los patronatos quedaban sólo desde un siglo atrás en Sudamérica) que ha suprimido el añejo sistema. El Presidente de la República goza de la atribución de responder las consultas que le haga la autoridad eclesiástica sobre la provisión de beneficios mayores. Y en efecto, la Santa Sede pasa una terna en consulta y el Presidente la con-

42. De Estrada, Santiago. *Nuestras relaciones con la Iglesia. Hacia un concordato*. Buenos Aires, 1963, p. 98. El doctor Estrada, profesor de Derecho Público Eclesiástico en la Universidad Católica rioplatense, fue Embajador del Presidente Frondizi ante la Santa Sede y autor de un proyecto razonado de concordato argentino.

testa. No hay propiamente *jus obiciendi*. Todo es confidencial.⁴³ Se nos ocurre agregar, por comentario, que este sistema conocido ya como *boliviano*, se parece mucho al que rige en Francia desde 1921, república laica por terminente expresión constitucional, no obstante lo cual, su Presidente es consultado oficiosamente por el Papa en materia de provisión de mitras diocesanas, para que continúe en Francia esa paz y esa armonía que hacen decir a muchos católicos, orgullosamente, que allí se vive una situación de cuasi-concordato. En la confección de la terna boliviana, interviene, parece, la Conferencia Episcopal. El nombramiento lo hace siempre la Santa Sede.

La hija del Libertador que lleva su nombre, recibió de su Padre el Patronato Eclesiástico en la Constitución de 1826 y desde entonces lo ha conservado hasta hace poco. Nos lo certifica el profesor doctor Ciro Félix Trigo, de la Universidad Mayor de San Andrés.⁴⁴ En 1851 se negoció un concordato que fue observado por el Congreso y en consecuencia no pudo ser aprobado ni ratificado luego por el Ejecutivo.⁴⁵ Más o menos como sucedió en Venezuela diez años después, bajo la dictadura del general Páez.

Paraguay vivió ya desde el gobierno consular del doctor Gaspar Francia y durante su posterior dictadura de un cuarto de siglo, el Patronato Eclesiástico, extremado por cierto en 1824 cuando se conoció la encíclica, de León XII, condenatoria de los gobiernos americanos por haberse alzado contra Fernando VII de España; encíclica sobre cuya autenticidad total se dudaba hasta hace unos cuarenta años, pero hoy se sabe totalmente cierta.

Los dos López, Carlos Antonio y Francisco Solano, continuaron el uso del sistema e hicieron largas exposiciones al Congreso

43. Oviedo Cabada, Fr. Carlos. *El Derecho de Patronato en los concordatos hispanoamericanos*. Madrid, 1960, pp. 12-15. En la obra de Gutiérrez Martín sobre *El privilegio de nombramiento de obispos*, que se publicó en Roma el año 1967, puede irse viendo cómo los distintos sistemas hispanoamericanos que aparecen en estos años postconciliares, se conocen y estudian allá en la Europa católica, al tratarse del punto a que su libro se contrae.

44. *Constitución política del Estado. Notas y concordancias*. La Paz (Bolivia) 1961.

45. De Estrada y Oviedo, *obs. cit.* Alguna vez hemos leído que a Santa Marta llegó tarde un pliego boliviano por el cual se le proponía al Libertador, que acababa de morir, el cargo de agente confidencial de Bolivia ante la Santa Sede con vistas a un concordato. Mal podía recibir el Libertador una plenipotencia cuando todavía el Papado no había reconocido a ningún gobierno americano. Pero... hermosísimo beso de la hija que llevaba su nombre y que don Simón recibiera en la yerta mejilla.

y al Papa sobre el derecho tradicional y consuetudinario, que ellos —como presidentes— decían tener en la materia, para defender la República y estorbar el acceso de extranjeros a las sedes episcopales. Todavía en 1948 el Presidente Natalicio González, gran escritor de fama americana, sostenía que el Patronato era una institución fundamental, llamada a conservar y transmitir a las nuevas generaciones un Paraguay católico y *paraguayo*, tales sus palabras. Erraba cuando lo confundía con uno de sus elementos, el *ius inspiciendi*, y pensaba que su régimen se podía extender a los demás cultos "para que el catolicismo no se halle en posición disminuida", también decía,⁴⁶ pero error que nos permite ver el libre-cultismo igualador, siempre latente en nuestra América, pese a que —bueno es confesarlo— *desnaturalizaba* el Patronato "heredado" que tanto se quería retener.

En 1967 y en trance constituyente, se habló mucho y bien en el Parlamento del Concilio Ecuménico que había terminado sus sesiones pocos años antes, se abandonaron al mismo tiempo el Patronato y la mera tolerancia de cultos, se declaró la plena libertad religiosa, si bien manteniendo la religión católica en carácter de "oficial" (palabra esta que no es ciertamente del gusto de la Iglesia) y se abrió la posibilidad de "concordatos u otros acuerdos bilaterales" entre la República y la Santa Sede.⁴⁷ Tal fue la transacción a que llegaron los partidos, reteniendo algo del ayer y poniendo más del hoy en la vigente Constitución paraguaya.

Argentina. Ya hace noventa años, en sus *Estudios constitucionales* decía Arosemena, hijo de un Panamá todavía colombiano,⁴⁸ que los regímenes de culto más parecidos entre sí en la América hispana eran el venezolano y el argentino. Dudosos ambos países en proclamarlo, ejercieron no obstante el Patronato desde sus comienzos, hasta la declaración formal grancolombiana en la minuciosa Ley de 1824 y los varios artículos de la Constitución argentina de 1853. En la antigua Colombia, la Mayor, se derogó

46. Soler, Juan José. *Introducción al Derecho paraguayo*. Madrid, 1954, pp. 236-238 y 429. González, Natalicio. *El Estado servidor del hombre libre*. México, 1960, pp. 161-165. Dana Montañó, S. "Orientaciones y tendencias de la revisión constitucional paraguaya" (en *Revista de Derecho Español y Americano*. Madrid, octubre-diciembre 1968).

47. *Constitución política de la República del Paraguay*. Asunción, 1968, arts. 6º y 70.

48. Arosemena, Justo. *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*. París, 1888, t. II, pp. 58-59, 82-84, 153-155, y 180-187. Obra vieja, pero de provechosa lectura todavía.

sobre esta materia la Recopilación indiana; en la Argentina quedó subsidiando los preceptos constitucionales, parvos de suyo. La nueva Colombia, según sabemos, hizo en ese mismo último año citado, la separación de la Iglesia y el Estado. Pocos años más tarde el Ecuador se unió más a la Iglesia mediante el famoso concordato *garciano*. Venezuela, también lo sabemos, ratificó la vigencia de aquella ley especial y pudo mantenerla hasta el Convenio que es el objeto principal de este trabajo.

Copiosa y docta la bibliografía sobre Patronato Nacional y posibilidades concordatarias en la Argentina,⁴⁹ quizás desde la consulta que hiciera Rosas a Vélez Sarsfield, de la cual salió un libro *vademecum* del jurista y del gobernante en materia de relaciones del Estado con la Iglesia y especialmente del Patronato argentino.⁵⁰ Escasa la venezolana, pese a que el *kulturkampf* criollo de Guzmán Blanco ha podido estimularla; realmente lo que vale la pena en la materia es todo lo del presente siglo. Fracasaron en la Argentina varios intentos proconcordato y fracasaron dos o tres en Venezuela, siendo de notar que la misión Campillo de aquel país no prosperó por la misma causa del insuceso de la nuestra de Pulido: Su Santidad Pío IX había celebrado con Guatemala un concordato en 1852 que, ratificado y canjeado, pareció a la Santa Sede el modelo al cual debían someterse los proyectos americanos. Esto no lo aceptó la Argentina,⁵¹ lo rechazó Venezuela al negar su aprobación al concordato Guevara-Antonelli y lo volvió a rechazar cuando retiró a su mencionado diplomático. (No conocemos todavía qué hubo de concreto en la corta presidencia de Rojas Paúl, veinticinco años después, y creemos que este otro intento frustrado, permanece aún inexplorado en el Archivo Vaticano).

Es curioso también que allá y aquí hayan sido los partidos conservadores más celosos del Patronato que los liberales, por lo que en ambos Estados mal puede decirse que el Patronato lleva el cuño del anticlericalismo y el intento proconcordato emane del

49. En otros de nuestros trabajos hemos citado algunos títulos argentinos. Aquí destacamos por conciso, moderno, documentado y contraído al punto, a: De la Fuente Ramiro. *Patronato y concordato en la Argentina*. Buenos Aires, 1957.

50. *Relaciones del Estado con la Iglesia*. Impresa en 1854 y varias veces reimpressa, la edición de 1930, que hemos manejado, lleva un prólogo crítico de Ricardo Rojas.

51. De la Fuente, *ob. cit.*, pp. 95-103. Esquivel, Héctor. *Régimen eclesiástico argentino*. Buenos Aires, 1928, pp. 308-313. Y por lo que hace a nuestra misión venezolana del doctor Pulido, Gil Fortoul, José. *Historia constitucional de Venezuela*. Caracas, 1930, t. III, p. 292.

catolicismo ortodoxo. Por nuestra parte, hemos podido verificar lo dicho por Arosemena, si bien recalcando el adjetivo "parecido", con lo cual se descarta cualquier posible identidad, porque, tanto en la teoría como en la práctica, guardan no despreciables diferencias ambos Patronatos. Quizás el último rasgo que acerca los dos regímenes, el del Caribe y el del Plata, sea que el "acuerdo" argentino de 1966, tuvo presente todo el expediente del "convenio" nuestro de dos años atrás⁵² y ambos instrumentos son breves: diecisiete artículos el nuestro, sólo siete el argentino, bien que allá hay un convenio anterior, hecho bajo el régimen patronático, sobre vicariato general castrense.

Los presidentes Frondizi e Illía, radicales ambos, encargaron a sus embajadores ante el Vaticano la negociación de un arreglo que vino a rematar bajo el régimen *de facto* de Onganía en el "acuerdo" de 1966, referido. Por cierto que el embajador del primero, doctor Estrada, es autor de un proyecto *largo* de acabado y verdadero concordato que, por lo visto, no fue considerado.⁵³

El "acuerdo" argentino se concreta a los tres grandes puntos siguientes: erección de diócesis, nominación de obispos y libertad de la Iglesia. De área un poco más extensa es el nuestro de 1964, aunque en Venezuela no pasó en las negociaciones el artículo o artículos del vicariato militar, y Argentina lo tiene *desde el tiempo patronático*, mediante acto bilateral separado.⁵⁴

Alguna vez escribimos, y aquí lo repetimos, que es una honra para la América Latina que en España e Italia se hable ya de sistema *boliviano*, sistema *venezolano* y sistema *argentino* cuando se trata de la provisión de sedes episcopales. "América Latina entra en escena", diría Tibor Mende.

52. Comunicación verbal del Director que fue de Cultos en el Ministerio de Justicia, señor doctor Santiago Gerardo Suárez.

53. El doctor Miguel Zabala Ortiz, Ministro de R. Exteriores del Presidente Illía, dejó listo e "inicialado" el acuerdo que vino a firmarse en 1966, como lo prueba su folleto: *Negociaciones para el acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, publicado en el mismo año 66 en Buenos Aires. Hay otro proyecto largo de verdadero concordato, hecho a través de las pautas razonadas del eminente salesiano presbítero doctor Cayetano Bruno, en su obra de 1947, *Bases para un concordato entre la Santa Sede y la Argentina*.

54. De la Fuente Ramiro. "El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina" (en *Revista Española de Derecho Canónico*, enero-abril de 1967, pp. 111-125. Salamanca).

Perú. Caso único en la América Latina y quizás en el mundo, porque consiguió no solamente el Patronato como antes lo había ofrecido la Santa Sede a Venezuela y Argentina (esto es, no el mero *jus praesentandi* con el cual no puede confundirse *todo* el Patronato), sino que lo logró vinculado expresamente al Patronato indiano, y lo adquirió en los mismos términos que éste. Tamaña adquisición la hizo el Perú, no por concordato o instrumento *ad hoc* bilateral, sino por bula de Pío IX que lleva el *exequatur* del Presidente Piérola.⁵⁵

Advirtamos desde ahora que el Perú ejerció de hecho ("empíricamente", diría Pérez Mier) el Patronato sobre la Iglesia Católica después de Ayacucho, como lo prueba la letra de sus constituciones políticas y lo demuestra la historia constitucional del Perú, en los cincuenta años que median entre aquella gloriosa batalla que terminó con el poder español en América y la fecha de la concesión papal referida.⁵⁶ Quizá a esto se deba el lustro habido de la concesión al *exequatur*, porque la doctrina más extendida sobre el punto de aquella República era y es que el Patronato peruano ya lo poseía la nación cuando el Papa lo ratificó.

No tuvo el Perú una ley especial de Patronato sino que, por el estilo del Libertador con la Constitución boliviana y el que años después se seguiría en la Argentina, está consignado en varios artículos de la Constitución política del Estado. Por ello no fue poco lo que tuvo que subsidiar en el Perú y la Argentina la legislación indiana, en Venezuela derogada en esto.

De los tres países, el Perú parece ser el de más abundante legislación menor sobre materia eclesiástica.

El Perú, en efecto, hizo presentaciones a Roma para arzobispos y obispados desde 1825. Según leyes de 1832 y 1833, las parroquias no pueden ser provistas en propiedad sino mediante presentación del Ordinario al Gobierno (o sea, que el Ejecutivo nombraba), presentación que deberá estar acompañada de una certificación de patriotismo y adhesión a la República por parte del candidato; en el entretanto, la parroquia la proveería *ad interim* el obispo diocesano. Se vio muy intervenida por el legislador la vida externa y la administración económica de las órdenes religio-

55. Oviedo, Fray Carlos, *ob. cit.*, pp. 24-29.

56. Pareja y Paz Soldán, José. *Comentarios a la Constitución Nacional*. Lima, 1939, p. 301.

sas. También se dictó una ley contra la mano muerta. Por esos mismos años se escribió y publicó mucha literatura —alguna famosa— sobre la cuestión Iglesia-Estado, ya por regalistas, ya por ultramontanos. Luego fue notoria la resistencia a celebrar un concordato, según Basadre, "estimado como no necesario a las secciones independientes de América".⁵⁷ Se exigió a los prelados diocesanos, antes de tomar posesión de la arquidiócesis o diócesis, el juramento de "no perjudicar las regalías de la nación y acatar lo prevenido en la Recopilación de Indias". En 1849, abortó un proyecto de concordato porque las instrucciones que, conforme a la Constitución, dio el Senado al Ejecutivo para su celebración, discutidas que fueron en público y habiendo llegado a oídos de Roma en detalle, impedirían su negociación siquiera. Durante los doce primeros años de la segunda mitad del siglo, el Presidente Mariscal Ramón Castilla se condujo siempre con gran respeto hacia la Iglesia, pero mantuvo el Patronato con decisión, no en balde eran conocidos regalistas los más poderosos de sus ministros.

Luego, y "quizás en premio de la actitud asumida por el representante peruano en ocasión de la toma de Roma por las tropas del Rey de Italia, el Sumo Pontífice otorgó al Presidente de la República, por carta de 5 de marzo de 1875, el privilegio de presentar a la Sede Apostólica para las sedes arquiepiscopales y episcopales vacantes, personas eclesiásticas idóneas. El Senado negó el pase a este documento pontificio *por entender que en él se concedía como gracia lo que por derecho correspondía al Perú*. Durante muchos años se prescindió del privilegio concedido por Pío IX y, en el orden interno, para los nombramientos episcopales se ponía en juego el procedimiento indicado en la Constitución, que los atribuía al Congreso, a propuesta en terna del Poder Ejecutivo. Esta situación equívoca perduró hasta la reforma constitucional de 1933, por la cual los nombramientos quedaron exclusivamente en manos del Presidente, para que éste hiciese la presentación al Papa". (Destacado nuestro).

Añade Estrada, de quien es la larga cita que precede⁵⁸ esto que queremos destacar muy bien: "en realidad, la presentación se hace dentro de una terna de candidatos propuesta confidencialmente por la Santa Sede, y el Sumo Pontífice no sólo confiere la

57. Basadre, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Lima, 1961, t. I, pp. 438-459, y t. II, pp. 557-560, 622, 784 y 843.

58. De Estrada, Santiago, *ob. cit.*, p. 97.

institución canónica, sino que es quien elige la persona instituida". Y lo destacamos, porque esta práctica, no *contra* sino *al margen* de la ley (que por cierto, no es lo mismo), este uso *paralegal* se parece muchísimo a lo que Bolivia facilitó veintiocho años después, en 1961, con la atribución presidencial de responder a las consultas hechas por la autoridad eclesiástica sobre la provisión de sedes, etc., que ya conocemos. ¿Nos resolveremos a decir sin ambaje, qué era —sin terna siquiera— lo que se hacía en Venezuela, pues, ya el Congreso sabía de antemano que la terna ejecutiva (como antes de 1933, en el Perú) llevaba *un solo candidato efectivo* que era el escogido por el Nuncio y el Ministro del ramo (Papa y Presidente *anuentes*), y era el número uno de esa terna, curiosamente *uninominal*, el que debía elegirse por el Congreso para que no hubiese el menor inconveniente en la presentación a Roma (ya convenida) y en las subsiguientes preconización papal, institución canónica y consagración del electo? He aquí en el fondo, *mutatis mutandis*, lo que se practicaba en los cuatro países sudamericanos que tenían su Patronato Eclesiástico para el año de 1960. De lo que hacían los Reyes de España a esto que hacían los gobiernos americanos ¿no hay diferencia?

Según don Francisco García Calderón, quien publicó su *Diccionario* legal antes del pase que diera el señor Piérولا a la bula *Praeclara inter beneficia* aludida, el Perú no tenía necesidad de concesión pontificia alguna para ejercer el Patronato, y esa bula no era más que el reconocimiento de un derecho, agregando: "Como esa bula no ha tenido el pase con arreglo a las leyes del país, no es ley del Estado; la insertamos, sin embargo, para ilustración de nuestros lectores".⁵⁹

Discrepamos en algo del muy clásico jurisconsulto peruano: desde Gregorio XVI, a quien tocó reconocer nuestros primeros gobiernos americanos, pasando por sus sucesores Pío IX, León XIII, Pío X, Benedicto XV, los otros dos Píos que últimamente ha conocido la humanidad, Juan XXIII el Papa del Concilio, Pablo VI y el actual Pontífice, Su Santidad Juan Pablo II, nadie ha reconocido a ninguno de los gobiernos americanos un Patronato que la Santa Sede no haya previamente concedido, ya sea por vía expresamente concordada o por vía *tácitamente* concordada, que es el caso concreto de la bula que comentamos.

59. *Diccionario de la Legislación peruana*. Lima, 1879, art. "Patronato Nacional", p. 1.483.

Los presupuestos de la bula fueron: 1º El auge de la religión católica en el Perú, que ha dado santos a la Iglesia; 2º La protección material que la República le ha prodigado, y 3º La profesión exclusiva del catolicismo con no permisión del ejercicio público de otros cultos en el Perú.

García Calderón advierte que, abolidos los diezmos por Ley de agosto de 1856, se mandó pagar el presupuesto de culto y clero por los fondos del Tesoro Nacional.

Las condiciones que fijó el Papa en 1875, fueron: la no mutación de la situación económica de la Iglesia y la prosecución del gobierno peruano en su línea de favor y protección a la religión católica.

Opina en nuestros días Oviedo Cabada, con oportunas citas canónicas,⁶⁰ que la *Praeclara inter beneficia* con el pase gubernativo, es un concordato, pues, el Papa concedió mediante ella el Patronato, Ley de la Iglesia, a tenor de condiciones que el Estado se obligó por el *exequatur* a mantener en el Perú, Ley del Estado. Así vino a ser una ley pontificia y civil a la vez que un acuerdo interpotestativo, lo cual es precisamente un concordato entre la Iglesia y el Estado.

La forma de bula papal con aceptación tácita o expresa de la autoridad secular, fue conocida antes y después de la *Praeclara* en la concertación de arreglos de varios monarcas con la Santa Sede para materias propias de los concordatos. Hoy no se estila.

El Concilio Ecuménico Vaticano II ha rogado a los gobiernos que tengan privilegios pontificios en materia de sedes, que buena-mente renuncien a ellos,⁶¹ pues, hoy carece de todo sentido la intervención *a priori* gubernativa en el nombramiento de obispos y arzobispos.

Ignoramos cómo haya respondido la República del Perú a este ruego del Concilio. Hay, según la prensa, tendencias de separación amistosa, como existe ya en Chile, desde hace más de medio siglo.

60. *Ob. cit.*, pp. 25 y 26 con su nota.

61. "Decreto sobre el deber pastoral de los obispos en la Iglesia" (que comienza en su original latino con las palabras con que se le distingue, como es de práctica: *Christus Dominus*), N° 20. Este decreto lo promulgó S. S. Pío VI el 28 de octubre de 1965. Puede consultárselo en *Concilio Vaticano II. Constituciones, Decretos y Declaraciones*. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1966, pp. 357-400.

Adrede nos hemos extendido sobre la situación político-eclésiástica de aquella República y su historia, por ser poco conocidas en Venezuela. Sobre todo, peculiarísimo el segundo nacimiento o ratificación papal del Patronato eclesiástico peruano.

V

Conocemos suficientemente que uno de los principios directores del Convenio eclesiástico —tal vez el más importante— fue pasar del hecho al derecho, trasladar al papel lo que estaba en la vida, trocar el *modus vivendi facti* en *modus vivendi juris*, convertir en sincero pacto ese *aliquid* de tolerancia que había por parte de Roma y nuestros obispos de lo que hacía el gobierno, y por parte de éste, a su vez, sincera convicción respecto de algunos artículos de la Ley de Patronato que no podían cumplirse, estudiada negligencia respecto de otros que pudiéndose cumplir, no se cumplían, y vista gorda, por último, sobre otros más que ni el magistrado ni el obispo querían cumplir. Esta era la realidad. Y esto es que debió llevarse al Convenio para respetar fielmente el principio director, por que *esto* era la realidad.

Sin embargo, el *principio director* no fue respetado en el preámbulo, donde aparece que el Convenio es para arreglar "materias de particular urgencia", y que las partes se proponen hacerlo en "futuros acuerdos" respecto de "todas las cuestiones de interés común". Ya empezamos mal.

Preguntado por mí, años después, el Canciller Falcón Briceño sobre el preámbulo, me contestó: "Eso no pasa de ser una frase usual de casi todos los convenios y, además, la Iglesia, con tantos y tan graves problemas como tiene hoy en día, no está para solicitarnos eso otro que ni es preceptivo en el Convenio, ni será fácil de conseguir en la realidad".

Es cierto —me dije a solas— que algo parecido hay en el Ecuador con su *modus vivendi*, que cuenta ya treinta y tres años (para la fecha de mi conversación con el doctor Falcón Briceño) sin que se haya agregado una plumada a lo hecho en 1937.

Pero sigo creyendo que empezamos mal. El exceso comienza en el preámbulo, que así está ofreciendo (*ad kalendas graecas*, pero ofreciendo) un concordato parciario y progresivo. Y lo hay en el articulado, donde sí es inmediato y preceptivo el cambio de situación respecto de los hechos vividos.

Ya con relación a lo primero dio la campanada el doctor Rodríguez Iturbe, quien al final de su *Iglesia y Estado* nos llama la atención acerca de que el Convenio de 1964, es un punto de *partida* y no un punto de *llegada*.⁶²

Y con respecto a un artículo muy importante, el IV, aparte de extensiones que *no autorizaba* ese tan proclamado principio director, se siguió una redacción muy desdichada para ambas partes... Y no fue por falta de oportuna advertencia.

Ligo en mi mente la despreocupada respuesta del ex Canciller con la *gravitas* que contiene el golpe de vista de Rodríguez Iturbe, y... sigo pensando que comenzamos mal.

Venezuela no ha sido ni es Colombia (a la que admiro y envidio bellas cosas del espíritu que no tenemos aquí, al menos en su medida) en punto a cuestiones religioso-políticas, muy especialmente desde 1886. Aquí no veremos a ninguna mayoría parlamentaria dirigirse al Arzobispo de Caracas para escrutar sus simpatías acerca de precandidaturas del partido a la presidencia de la República, como lo hicieron en 1930 los conservadores, en carta pública al Metropolitano de Bogotá, con una obsecuencia que jamás será venezolana y con una consecuencia desastrosa, por cierto, para aquel partido. Aquí no se conocerá algo parecido a lo que ocurrió entre 1937 y 1942: se negocian en Roma prolijamente unas reformas al concordato "regenerador", se cierran las negociaciones, el Papa aguarda lo negociado para que, aprobado por el Congreso, él pueda ratificarlo y canjearlo, y... un seglar se declara por sí y ante sí, mejor conocedor de los intereses eclesiásticos que el Nuncio en Bogotá y que el Papa en Roma; no es Pío XII quien sabe lo que tiene entre manos, sino el ingeniero Laureano Gómez, y se divide el Episcopado, y se divide la opinión y las reformas apenas llegan al Congreso... Aquí en Venezuela hay materias que se pueden mejorar en el texto de la ley o del código para atemperarlas a los nuevos y cordiales rumbos que toma esa histórica tensión *Estado-Iglesia*; pero si se pretende concordarlas como lo hizo Colombia hace casi un siglo, no es arriesgado pronosticar que habrá

62. *Ob. cit.*, p. 292. Rodríguez Iturbe es uno de los pocos seglares venezolanos que además de poseer formación de historiador, conoce el Derecho Canónico y sabe Teología. Abogado y buen parlamentario, además, estos reconocimientos no implican mi adhesión a todos sus puntos de vista, como lo habrá notado un lector avisado. Lo que sí puedo afirmar también es que jamás dirá ineptias, como tantos —de uno y otro bando— que se meten a escribir de lo que ignoran.

jaleo, y mucho peor que el habido en Bogotá con las reformas concordatarias de 1942, pero en sentido inverso, pues no se concibe aquí la jurisdicción episcopal en la enseñanza oficial y pública, salvo en la asignatura de religión, por no hablar del campo matrimonial que está dinamitado.

Dice el fraile dominico, don Antonio Picardo Joly, en su tesis doctoral en Derecho por la Universidad Central de Venezuela, sustentada por esos mismos días en que se aprobó el Convenio,⁶³ que éste "eleva a la categoría de reconocimiento oficial lo que en la práctica se venía cumpliendo". No es cierto lo que afirma Fray Antonio, al comentar precisamente el Art. IV.

No es cierto, porque se reconoce allí personalidad civil a entes que no la tenían. No es cierto porque, reconocida esa personalidad, no se supo distinguir entre los entes reconocidos aquellos que son primarios y fundamentales en la Iglesia Católica y aquellos que son secundarios y contingentes.

Y advierto desde ahora que no sólo no estuvo mal, sino que estuvo bien que se le reconociera personalidad civil a la diócesis (que ya la tenía), al capítulo, al seminario y a la parroquia. Y que, *facilitándose una ulterior regulación especial*, se le reconociese igualmente dicha personalidad a la orden religiosa, a la congregación y al instituto secular de perfección cristiana. Pero entonces que no se diga que *se está escribiendo lo que se hace*.

Aquello del preámbulo y esto del artículo IV son dos inelegancias jurídicas que (aparte de no ser muy guisadas en la alta gente que las acordó) pudiera la una dar que hacer —y grave— y la otra ya lo ha dado.

Italia, más que Francia, ha inspirado nuestro Derecho Civil.⁶⁴ ¿Por qué entonces no se consultó para esto de la personalidad civil de los entes eclesiásticos el respectivo concordato, que es el italiano, muy elogiado por el Papa? ¿Por qué se fue a copiar, sin más ni más, el artículo IV del concordato dominicano, que a su vez es copia del español?

Nunca nos hubiéramos opuesto a que, *saliéndonos del principio trazado*, con cabal conciencia de lo que *ya era tiempo de que*

63. *La propiedad eclesiástica en Venezuela*. Apéndice donde hace ligeros comentarios a cada uno de los diecisiete artículos del Convenio. Me refiero concretamente a su comentario al Art. IV.

64. Y así lo previene en su comentario el Art. IV nada menos que Fray Valentín en su citada obra. ¿Por qué entonces nos salimos del sistema jurídico

se hiciese, se hubiera reconocido al cabildo, al seminario y a la parroquia la personalidad civil, no hablando de la diócesis y entes equiparables porque siempre la tuvieron conforme a la Ley de Patronato (y al Código Civil) y los entes misionales, además, por la Ley más especial de Misiones.

Tampoco a que órdenes tan ilustres como son los capuchinos y los jesuitas, por ejemplo, y congregaciones tan beneméritas como la salesiana, y hasta el llevado y traído por moderno instituto *Opus Dei*, la hubieran gozado. Esto era ya de justicia con la Iglesia y de alta conveniencia para el Estado. Y esto lo sabíamos porque, con finura histórico-jurídica, lo vio mejor que nadie el año de 1915, el doctor José Santiago Rodríguez en la Comisión que redactó el código del año siguiente⁶⁵ donde otros no vieron la esplendente condición jurídico-pública de la Iglesia en la diócesis venezolanas y los entes misionales que ya se preparaban a ingresar al Derecho venezolano (la Ley de Misiones es de 1915), ni se les alcanzó la personalidad jurídico-privada, como *cuerpos morales*, de esas mismas diócesis y entes, y también de las órdenes y congregaciones religiosas (no había "institutos seculares de perfección cristiana" que hicieron su entrada al Derecho Canónico en 1947), órdenes y congregaciones a las cuales hubiera podido hacerse en el Código Civil de 1916, un lugar especial, como alguien lo propuso en dicha Comisión Codificadora.

Insistimos en que si en 1915, se hubieran visto las cosas de personalidad de las iglesias como las vio el doctor Rodríguez, y se hubiera entendido bien qué es eso de *cuerpo moral*, según la construcción jurídica italiana, y se le hubiera dado entrada al reconocimiento, debidamente regulado, de las comunidades religiosas en general, menos posibilidades de obnubilación jurídica habríamos tenido medio siglo después, cuando nos resolvimos a cambiar el estatuto de 1824 por un pacto bilateral. No se siguió a Santo Tomás en aquello de: "Distinguir para unir, unir para distinguir".

Vio claro Italia en 1848, que la diócesis, el capítulo, el seminario y la parroquia eran (y son) la Iglesia en Italia, porque el

que en lo civil debía iluminarnos (con tanta mayor razón cuanto que, en este punto, S. S. Pío XI elogió a los autores del concordato italiano, y hasta le hizo una advertencia especial a la Congregación de Religiosos) y nos fuimos a copiarle su concordato al *Caudillo* y al *Benefactor*?

65. *Gaceta Jurídica*. Caracas, enero-febrero de 1915, p. 56. En esta revista particular se publicaban los trabajos de la Comisión que redactó el anteproyecto de Código Civil, promulgado en 1916.

Sumo Pontificado es universal. Y vio claro en 1925, al comenzar a prepararse el concordato de cuatro años después, que el Estado perdía al ignorar la existencia de entes religiosos que ya vivían de hecho en Italia y la consistencia económica de esos mismos entes, a los que importaba mucho *sincerar* de una vez por todas en la legislación italiana civil. Esto no lo hubiera hecho solamente el fascista Rocco, Ministro de Justicia, pues, lo hubiera hecho también el liberal Orlando quien ya desde 1919, venía entendiéndose con Su Santidad Benedicto XV, acerca de estos y otros particulares, a los efectos de arreglar —allá, por supuesto— la “Cuestión romana”.

Si esto se hubiera tenido en cuenta en Venezuela en 1964: 1º No se hubiera visto afectado el Código Civil como lo está, y sobre todo de la manera que lo está, y 2º Las órdenes, las congregaciones y los institutos hubieran podido acogerse al Convenio de inmediato, y resulta que *no han podido*.

Pocos días antes de la firma del Convenio y a través de un partido político, el Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Marcos Falcón Briceño, y el Nuncio Apostólico de Su Santidad en Venezuela, Monseñor Luis Dadaglio, me hicieron conocer el texto de algunos artículos, el primero, y el texto *completo* del proyecto de la Nunciatura, el segundo. No será extraño ahora que en 1971, al recibirme en la Academia, apareciese yo sabedor de un artículo muy importante que fue eliminado, para el 6 de marzo de 1964, día de la firma. Ello explica también la gentil invitación que me hiciera la Cancillería para tan solemne acto. Hoy puede el público saber algo más de esto por la obra repetidamente citada del Cardenal Quintero, donde está una parte de las negociaciones en su estado de mediados de 1963.⁶⁶ Tal vez no coincide esto ahora pu-

66. Ya notábamos en el discurso-trabajo de 1971 (y vemos ahora por la obra citada del Cardenal Quintero lo fundado de nuestra impresión) que si en 1963 las negociaciones del Convenio habían tenido un ritmo normal, incluso con las intermisiones que representaban las consultas que el Nuncio Dadaglio hacía a las respectivas Congregaciones romanas sobre estas o aquellas cláusulas, a medida que avanzaban los tratos, hubo a fines de ese año una pausa todavía inexplicada, y luego —ya quizás en enero de 1964— una rara prisa en sacar adelante el Convenio. Hoy podemos ver más claro lo que también barruntamos en 1971: Copei era el solo partido verdaderamente interesado en el pacto, y por lo que al partido de gobierno entonces —Acción Democrática— puede referirse, quizás no sea exagerado decir que solamente el señor Betancourt, su caudillo y a la sazón Presidente de la República, fue el único percatado de lo importante que era, políticamente, arreglarse de una vez por todas con la Iglesia. No creo que esté aislado en aquel partido el doctor Rodríguez Iturbe cuando piensa que este Convenio es un punto de *partida* y no de *llegada*. Así se explica que todo lo que

blicado por él y por mí con lo que tiene que decir el embajador Sanabria por lo que toca a las negociaciones *en su fase de Roma*, que conozco a grandes rasgos, pero no estoy autorizado para dar al papel. Insisto en que algún día tendrá que publicarse *entera* la historia, o por lo menos la crónica, de las negociaciones de un instrumento tan importante como este que puso fin al Patronato en Venezuela. Mis conversaciones con la Cancillería se hicieron principalmente a través del doctor Armando Molina Landaeta, asesor jurídico de ella, en mi despacho de la Universidad; con el Excelentísimo Nuncio en su palacio de la avenida La Salle de esta ciudad de Caracas, y con el embajador Sanabria, ya dimisionario, por teléfono. No quiero perder la ocasión de repetir mis gracias públicamente al Ministerio por la honra, y darlas afectuosamente al gran Nuncio y al ilustre compañero de Academia el ex Presidente del Gobierno Provisional de la Nación, doctor Sanabria, por la confianza.

Es el caso que desde un principio hube de manifestar al doctor Molina Landaeta que, en mi opinión, quedaban afectados por el Convenio los artículos 841, 848, 1.436 y 1.437 del Código Civil de 1942, vigente. Esto hube de repetirlo cuando, ya firmado el Convenio y en estado parlamentario, el partido URD que ya venía consultándome, y los partidos Acción Democrática y Frente Nacional que lo hicieron en sus oficinas del Congreso de la República, me dispensaron el honor de requerir pareceres.

Se me alegó entonces, y se sigue alegando por abogados, inclusive, que esos preceptos del Códodigo son de *orden público*.⁶⁷ Dije, entonces, y ahora repito, que el mayor de los "órdenes públicos" —si puede haber plural— es el internacional, e insisto en que es de *abecé* en Derecho diplomático y Derecho concordatorio europeo

saliera de la Nunciatura Apostólica sería bueno para los que tal pensaban y sentían. Por lo demás, en el otro partido, en el de gobierno, estoy seguro de que no había persona adecuada para negociar de quien a quien con la Nunciatura, por la notoria impreparación en materias tan especiales que la incultura jurídica fundamental —muy generalizada en Venezuela, por desgracia— ha estimado siempre como "asunto de curas" o de gente "beata". El señor Betancourt ha escrito que esto de ser audaz es muy venezolano; y modestamente yo agregaría: desprevenido también. Las dos cosas juntas se pagan casi siempre muy caras.

67. Así también veían las cosas alrededor de 1860 y en torno a la antigua legislación castellana y el Concordato isabelino de 1851, los señores Marichalar y Manrique en sus famosas *Recitaciones de Derecho Civil de España*. El marqués de Marichalar no publicó esta obra durante el siglo y la vino a editar su hijo Luis, abogado y académico, en Madrid y en 1915-16. El pasaje interesante, puede verse al t. III, pp. 382-383.

y americano (pues no creo que en los demás continentes haya el menor inconveniente) que las normas de Derecho interno opuestas a las de un concordato, quedan derogadas por éste *desde el canje de ratificaciones*, a menos que en el texto del mismo instrumento se hagan con toda precisión las salvedades del caso. Ya se ha fijado, pero no está demás recalcarlo, que ni siquiera un Constituyente posterior puede legiferar contra lo pactado... a menos que previamente se haya denunciado el instrumento, como es lo diplomático y lo decente. Mis lectores perdonen la machaconería, pero esto es necesario.

Los artículos del Código Civil son los siguientes:

"841: Son igualmente incapaces de heredar por testamento: 1º Las iglesias de cualquier credo y los institutos de manos muertas; 2º Los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto, a menos que el instituido sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente consanguíneo del testador, dentro del cuarto grado inclusive".

El 848, nulifica las disposiciones testamentarias en favor de estos incapaces, aun simuladas bajo la forma de contrato oneroso, o mediante interpósitas personas, y por tales reputa el legislador a los padres, descendientes y cónyuge del incapaz.

"1.436: No pueden adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento en los casos y del modo establecido en el capítulo que trata de las sucesiones testamentarias".

El 1.437 es respecto a donación el equivalente al 848 respecto a testamento, y hace nula aquélla, incluso aunque esté presentada bajo la forma de cualquier otro contrato.

Notemos en primer lugar que los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto siguen siendo incapaces para *heredar* por testamento y para adquirir por donación, salvo los parentescos allí expresados. El Convenio no ha mejorado la situación de sacerdotes, pastores y rabinos extraños.

Notemos en segundo lugar que heredar por testamento no es lo mismo que recibir por testamento. Hereda por testamento quien ha sido instituido heredero, pero no hereda por testamento quien por ese mismo testamento ha recibido un legado.

Aquí nos interesan sobremanera "las iglesias de cualquier credo" y los llamados "institutos de manos muertas".

Para ir limpiando el terreno, descartemos de una vez por todas "los institutos de manos muertas". El Código Civil, artículo 1.144, aparte único, los define como aquellos que por sus leyes o reglamentos constitutivos no pueden enajenar los inmuebles de su pertenencia, y allí mismo se les veda adquirir esta clase de bienes. Nuestra Suprema Corte de Justicia, por sentencia de 28 de enero de 1935 (entonces llamada "Federal y de Casación") dejó sentado que estos institutos no existen actualmente en Venezuela, ni pueden existir, y en todo caso quien alegue su existencia en juicio, así debe probarlo.⁶⁸ Además, la Santa Sede ha dictado hace algunos años disposiciones sobre la enajenación de bienes eclesiásticos que *alejan toda idea de mano-muerta* en cualquier abadía, convento, monasterio, que eran las especies que más figuraban entre los institutos genéricamente estimados como tales.⁶⁹ O sea, pues, que la Iglesia no es instituto de este género, ni hay en su seno este género de institutos. Por eso los descartamos.

Vengamos ahora con "las iglesias de cualquier credo", y aquí tenemos que ver con el *credo* católico, en el sentido de religión o iglesia organizada:

Cierto es que, como opina el doctor Tomás Polanco, no hay quien represente *unitariamente* a la Iglesia Católica en la República,⁷⁰ ya que la idea de que el Arzobispo de Caracas (y esto es comentario nuestro) es el "jefe de la Iglesia Católica en Venezuela", en primer término, proviene del hecho de cuando sólo había un arzobispo y hasta con el doble título de origen *colonial* "Caracas y Venezuela"; y en segundo término, proviene del error del común de las gentes que no saben, por supuesto, nada de cánones, e ignoran que tan arzobispo y metropolitano es el prelado de Ciudad Bolívar o el de Barquisimeto o el de Mérida, como el de Caracas, todos ellos arzobispos, ya que no hay sede primada en Venezuela y el primado de Monseñor Castillo en Caracas fue solamente *ad personam*, y murió con él.

68. Granadillo, Víctor Luis. *Tratado de Derecho Civil Venezolano*. Caracas, 1971, t. IV, p. 209.

69. Azócar Chaves, Pedro: "Recientes disposiciones de la Santa Sede acerca de la enajenación de bienes eclesiásticos" (en *Revista de la Universidad de Concepción*. Chile, enero-marzo de 1964).

70. *La libertad religiosa en la Declaración de los Derechos del Hombre y en el ordenamiento jurídico de Venezuela*. Caracas, 1966, p. 40.

Pero no obstante no haber en Venezuela un jefe unitario de la Iglesia, como dice Polanco, a nuestro juicio la Iglesia Católica está presente y debidamente *jefaturada* en cualquier lugar de nuestro país, y lo está en las iglesias particulares, o sea, las diócesis y entes equiparables. Ejemplificaré, porque es un método socorrido y casi siempre exitoso en Derecho: Juan testa en Caracas a favor de la Iglesia Católica, inmuebles sitos en Guanare y Maturín. En mi concepto, los señores obispos de estas dos diócesis últimamente citadas deben moverse a lo pertinente. Si donde está Pedro está la Iglesia universal (y la diócesis romana por supuesto), donde esté un apóstol está la Iglesia particular; el Papa en Roma es Pedro y aquí en Venezuela los apóstoles son los obispos *residenciales*, cabezas de las diócesis y vicariatos apostólicos. Estas diócesis y estas entidades misionales son la Iglesia Católica en los dos lugares de mi ejemplo, y en Tucupita y en Perijá, cuyos ordinarios son los misioneros vicarios papales. Ahora bien, el Convenio predomina sobre el Código porque la diócesis es persona jurídica con capacidad civil sin limitación alguna, pues no la expresa el Convenio, y como quiera que la diócesis (y el vicariato) es la Iglesia particular, el obispo guanareño y el obispo maturinés deben instar lo correspondiente en el testamento del Juan de mi ejemplo.

Así debo ahora destacar no solamente la personalidad civil que por el Código, primero, y el Convenio, después, tienen las dos iglesias sobredichas (y los vicariatos, además, por la Ley de Misiones) sino también que estas iglesias católicas particulares, y las demás que son como ellas, *pueden heredar por testamento* porque el Convenio no aclaró que dejaba a salvo esta incapacidad que las hería según el Código. Y el Convenio está por encima del Código.

He leído alguna vez que en la Inglaterra protestante (anglicana por más señas) si alguien testa o lega a favor de la Iglesia Católica sin determinar cuál de sus entes sea el favorecido, el juez británico defiere la herencia o el legado bien a la Santa Sede, bien al obispo con jurisdicción en el lugar donde se halle el inmueble, el dinero, la cosa, o donde según la ley británica ha de reputarse que se halla.⁷¹

71. Badi, Cesare. *Il Diritto Ecclesiastico Italiano secondo la Dottrina e la Giurisprudenza*. Firenze, 1921, p. 48. Desde ahora proponemos esta cuestión al estudio de la gente indicada para ello. ¿Es la Iglesia, sin que se aclare más nada, persona incierta en los testamentos en que aparezca como heredera o legataria?

Por ello, pese a la objeción del doctor Polanco, aquella *última voluntad* a favor de *la Iglesia*, no recae en persona incierta sino en la diócesis, la prelatura *nullius*, el vicariato o prefectura. Tal es nuestro parecer que sometemos a otro mejor fundado. Advertimos desde ahora que no pretendemos confundir *eclesiológicamente* a la Iglesia con la diócesis, sino hablar de Derecho a los efectos prácticos, lo que sí nos incumbe.

El Convenio, también y además, ha reconocido la capacidad civil a los capítulos canónicos, las parroquias eclesiásticas y los seminarios conciliares. Y todo eso ha estado bien. Pero entonces debió hablarse un poco más claro desde el principio, y no decir que *se escribía lo que se estaba haciendo*, porque esas personalidades no se hallaban reconocidas antes.

Ya es bastante el daño que se ocasionó al copiar el artículo IV del concordato dominicano que ni en esta República ni España, donde está su origen, ha permitido a las órdenes, congregaciones e institutos vivir sinceramente la vida del Derecho en el campo de lo patrimonial. La ligereza en adoptar esa redacción, que no distingue entre los entes eclesiásticos aquellos tradicionales y esenciales para la actividad diocesana y los que el Derecho argentino llama contingentes (pues el Derecho argentino que es afín del nuestro en la materia, debió consultarse asimismo, con tanta mayor razón cuanto que ofrece una buena cantidad de expositores), esa negligencia sube de punto si se atiende a la complejidad de territorios, niveles y sujetos que presenta la personalidad jurídica civil de las comunidades religiosas en general, en lo cual sí tiene y debe tener mucho interés el Estado. He aquí un tema que ha preocupado ya a más de un estudioso de estas cuestiones, v. gr. Torres Ellul.

Tratando de remediar lo hecho y en obsequio de esas comunidades que, *en tres de sus especies*, menciona el Convenio patrio de 1964, hallamos un sistema aquí en la América Latina que bien pudiera seguirse en Venezuela. Me refiero al ecuatoriano dependiente de su *modus vivendi* que hace mucho tiempo Monseñor Larrea hallaba muy considerado y conveniente para todas esas comunidades.⁷² Al comentar sobre este punto nuestro repetido discurso-trabajo de 1971, decía el director de la *Revista Española de Derecho Canónico*, dos años después, en la correspondiente recensión:

72. *Ob. cit.*, pp. 110-122. También el doctor Luis Tobar. *Las personas jurídicas en el Ecuador*. Quito, 1956, cap. IV, sobre personas eclesiásticas.

"Con su aparente generosidad (la del artículo IV del Convenio) es posible que multitud de entidades optaran hoy por el sistema más restringido que el autor propone".⁷³ Quizás por eso y por el inconveniente señalado en el párrafo anterior, nos vimos consultados, para honra nuestra, por una de las congregaciones más notables en la vida religiosa de Venezuela, que ha dado incluso obispos a la Iglesia y a la Patria.

Y porque guarda relación con el Código Civil, nos haremos cargo, para finalizar este apartado, de una llamativa opinión del doctor Polanco sobre la no necesidad de hacer preceder la declaración civil de nacimiento y el acto civil matrimonial al sacramento, en los casos de bautizo y bodas respectivamente, ya que, en su concepto, siendo el bautismo y el matrimonio *actos de culto* (aparte de sacramentos ambos) se hallan amparados en la libertad específica del Convenio respecto de la Iglesia Católica, que no es la genérica libertad religiosa contemplada en la Constitución.⁷⁴ Esto último siempre lo hemos visto claro. O sea que no ha sido para nosotros "una repetición".

Aceptando que la Iglesia Católica goza hoy por el Convenio de una libertad propia que *no es la general* contemplada en la carta fundamental (punto este que algunos portavoces políticos en el parlamento no vieron claro tampoco, creyendo ingenuamente que se trataba de lo mismo que ya estaba en la Constitución, o estaba en el Código Civil respecto de la personalidad pública de la Iglesia), aceptando eso desde luego, no podemos seguir al doctor Polanco en su opinión.

Destaquemos, en primer término, que la expresión contenida en el artículo I del Convenio respecto del Estado: "continuará asegurando y garantizando" rige tanto para "el libre y pleno ejercicio del poder espiritual" como para "el libre y público ejercicio del culto". Hay, pues, un *statu quo* respecto del Estado que éste se compromete a no mudar ni alterar: *las cosas deben seguir como están*. Por otra parte, si el bautismo y el matrimonio son sacramentos y son también *actos de culto*, son *más todavía que actos de culto* y no se parecen a la audición de una misa (participada y todo como hoy debe ser) ni a una visita al Santísimo, porque su radia-

73. Echeverría, presbítero doctor Lamberto. N° 29 de la citada Revista, pp. 503-504. Salamanca.

74. *Ob. cit.*, pp. 45-46.

ción social va allá del alma de quien asiste al santo sacrificio o dialoga con el Señor. Estos dos actos piadosos no admiten comparación con los otros dos actos sacramentales.

Viene muy a cuento observar que el registro civil y el matrimonio son materia de previsiones *muy especiales* y detalladas de los concordatos del siglo, cuando éstos quieren afectarlos, porque es natural suponer que, en los medios rurales sobre todo, los contrayentes vivirán en unión concubinaria y sus hijos no serán legítimos (al menos legalmente, no canónicamente) si se les permite olvidar al juez y al jefe civil para el matrimonio y la declaración de nacimiento.

Lo que se busca con lo pretendido (y me perdonará mi replicado) es darle *indirectamente* validez civil al matrimonio canónico, sobre lo cual ha habido en Venezuela *reiterada y conteste oposición* en no menos de dos Congresos, en no menos de dos Comisiones redactoras del Código Civil y en muchos juristas desde que, hace un siglo, conocimos aquí la secularización de los registros civiles. Particularmente vivas fueron las discusiones en 1942, al sancionarse el Código Civil que nos rige, pues, se llegó a injuriar desde el Congreso y desde las páginas de una revista, a mujeres que se oponían a aquella validez y a la supresión del divorcio. Estas cosas no debe favorecerlas el Estado.

No me cansaré de repetir, con el tono reiterativo de un convencido, que si las materias *nupcial* y *escolar* se pueden reformar en el Código y en la ley especial para acercarlas un poco más al sentir de la Iglesia Católica, se harán inflamables en este país, con impredecibles consecuencias, si se pretende concordarlas. Todo político, todo legislador, todo escritor jurídico tenga presente que, en esto, Venezuela no es Colombia ni es España. Toda la América española y nuestra Madre son católicas; pero, como notaba ese gran reaccionario que fue Sardá y Salvany, diversas maneras hay de sentir y profesar la religión.

Ello no significa que no estén vivos los sentimientos religiosos. La pareja católica que se halle en estado de contraer matrimonio *in facie ecclesiae*, debe ir a la parroquia. En 1937, si mal no recordamos, la Corte Superior del Estado Zulia concedió el divorcio por injuria grave a una señora que, habiendo casado civilmente, fue instada por el marido a la consumación del matrimonio, sin lograrla, pues, la mujer decía no sentirse casada ante Dios si el

sacerdote no bendecía la unión, primero, contralegando el marido que en este país el único enlace válido oficialmente es el civil. Sin negar este último argumento, la Corte, velando por la intimidad religiosa de la mujer así ofendida, hizo lugar a la demanda. Este fallo mereció elogios de juristas agnósticos y aun desafectos a la Iglesia. La señora quedó libre ante la Iglesia por no haber ido ante ella, libre ante el Estado por una sentencia de divorcio vincular, y doncella ante los médicos, pues tal era su caso.

VI

Vayan tomando nota los que quieren enfrentar disposiciones de *orden público* a normas concordadas; los que no parecen admitir que el orden internacional priva sobre el interno. O, lo que parece ser la causa de esto, no se acaban de dar cuenta de lo que es *un concordato*.

Si hay algún Código en el ordenamiento interno de cualquier país civilizado que sea de *alto orden público*, lo es el penal, sin duda.

Pues bien, el Código Penal de Venezuela de 1926, reformado posteriormente (*bien que en la materia que nos ocupa no fue objeto de reformas*), está igualmente tocado por el Convenio *en todo aquello en que el supuesto delictual sea cualquier norma de la Ley de Patronato Eclesiástico*.

El primero de nuestros penalistas que se hizo cargo de esta repercusión fue el doctor Héctor Febres Cordero, en uno de los tomos que está publicando sobre la parte especial del Código Penal, parte cuya enseñanza regenta en la Universidad de Los Andes.⁷⁵ En consecuencia, nos dice que muchos de los hechos que antes se consideraban punibles en tanto violaban la Ley de Patronato Eclesiástico, "han dejado de ser tales". Y seguidamente cita el artículo II del Convenio, donde se reconoce a la Iglesia "el libre ejercicio del derecho de la Iglesia Católica de promulgar bulas, breves, estatutos, decretos, cartas encíclicas y pastorales en el ámbito de su competencia y para la prosecución de los fines que le son propios".

A nuestro modo de ver, debe citarse aquí también el artículo I, que es más importante aún y en cierto modo cubre el II, en

75. *Curso de Derecho Penal*. Parte especial (vol. I). Mérida, 1966, cap. V.

aquello del "poder espiritual" y que dice así: "El Estado venezolano continuará asegurando y garantizando el libre y pleno ejercicio del Poder Espiritual de la Iglesia Católica...", etc.

¿Es que acaso no estaba ya reconocido este poder a la Iglesia?

En 1888 hablaba de él Francisco Ochoa al comentar, por vez primera, nuestro Código Penal.⁷⁶ Sin embargo, en ese Código por él comentado —de 1873— se hallaba muy restringido dicho poder, y fuera de aquél había leyes que lo limitaban. Se hallaba en vigor el *exequatur* para las letras apostólicas y el pase para los documentos episcopales, se podían interponer recursos de fuerza de los fallos canónicos para ante los jueces civiles, etc. Si bien el *exequatur* regía solamente para la ejecutoriedad, no para la publicidad, y su uso empezaba a escasear. Añadamos que los recursos de fuerza fueron eliminados del Código de Procedimiento Civil en 1916, porque ya uno de nuestros viejos procesalistas decía haber visto sólo un caso en su vida. En cuanto a los demás controles estatales al poder eclesiástico, han caído por obra del Convenio.

El caso es que se le ha dado a la Iglesia una *garantía internacional de libertad específica* de publicar su doctrina, incluso en aquél en que ésta disuene de las leyes e instituciones del Estado. La limitación de "ámbito de su competencia" y "fines que le son propios" no la inhibe de criticar, desde su punto de vista dogmático y canónico, aquella ley, aquella institución que estime contraria al dogma católico o a la sana moral, o a ambas juntamente.

Si alguno se creyó que las garantías específicas contenidas en los artículos I y II del Convenio eran (otra vez el error) una *repetición* del artículo 66 de la Constitución sobre libertad de expresión y difusión del pensamiento, ya de palabra o por escrito, ya mediante la prensa, radio o televisión, etc., muy equivocado anda, porque en la misma Constitución se hace la salvedad de quedar sujetas a pena, conforme a la ley, aquellas expresiones constitutivas de delito, y en el Convenio la configuración limitativa es la doctrina de la Iglesia, su competencia y sus fines propios.

He aquí por tanto que no hay repetición de la Constitución en el Convenio. La garantía, o garantías, es cosa específica, *nueva*, y de *mayor alcance en el instrumento diplomático que en la Carta Política*. Algunos parlamentarios nuestros, al parecer, no enten-

76. *Exposición del Código Penal Venezolano*. Maracaibo, 1888, p. 207.

dieron o no quisieron entender lo novedoso, y prefirieron hablar de "repeticiones".

El consagrado y llorado maestro de Derecho penal doctor José Rafael Mendoza en su *Curso*, edición posterior al Convenio⁷⁷ stampa unos juicios de carácter general sobre *Estado-Iglesia* que no podemos pasar por alto: En el t. IX, a la p. 238, dice, que en Venezuela existe la separación de la Iglesia y el Estado, y a las pp. 251 y 257 del mismo tomo que: "la mayor parte de las disposiciones de la Ley de Patronato han sido derogadas por el Convenio..." "pero a nuestro entender quedan vigentes algunas disposiciones de la Ley de Patronato que pueden infringirse y a las cuales me referiré".

No puedo estar de acuerdo con nada de lo anterior, pero debo reconocer que el no haber estampado la cláusula derogatoria en el Convenio de cuanto se le opusiere, como es de práctica general en concordatos, y el apaño, el amaño (o el daño) de estar diciéndose por gente autorizada en ambos campos: "se ha mantenido el Patronato"... "hay una nueva forma de Patronato", aquella omisión y este hecho, repito, han dado pábulo a que jurisconsultos de la talla del doctor Mendoza crean en la vigencia parcial de la Ley de 1824.

En primer término, Venezuela no se halla separada de la Iglesia Católica, según piensa el doctor Mendoza. Ayer mediante el Patronato, y hoy, con más aceptación de la Iglesia todavía, mediante el Convenio, está unida a esta Iglesia. No lo estará *en la medida de Colombia o de Santo Domingo*, pero está en una situación concordataria que la hace presentar los rasgos definidores siguientes: libertad completa de cultos, iglesia privilegiada y no oficial. Repito, ayer estas *dos* cosas por estatuto; hoy estas mismas *dos* mediante pacto. No olvidemos que en América ha habido, y seguirá habiendo, modos y matices en estas relaciones.

En segundo lugar, creemos haber demostrado ya que la letra, muy clara, del Convenio, su espíritu y finalidad evidentes, sus labores preparatorias y la abundante, confirmada jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de derogación implícita de leyes, amén de la doctrina, escasa sí, pero autorizada (como lo es también la voz de nuestro difunto replicado) dejan menos, pero mucho me-

77. *Curso de Derecho Penal Venezolano*, t. IX ("Delitos contra la cosa pública"). Caracas, 1968.

nos que dudas sobre la pretendida vigencia parcial de la Ley de 1824.

Nuestra réplica no envuelve que algunos de los abusos de los ministros de culto en el ejercicio de sus funciones o prevaliéndose de su carácter de tales (por no estar vinculados sus hechos, dichos o escritos a la Ley de Patronato, o por no ser la exposición de la doctrina y/o moral católicas, en el periódico, en la televisión, en la radio o en el púlpito mismo) se hallen exentos de pena, como sin duda lo están, sí, las pastorales, los escritos cualesquiera, los sermones, las homilías, etc., que se contraigan a exponer el dogma o la moral, o ambos, de la Iglesia Católica, Apostólica Romana. Se trata de cosas muy distintas, completamente distintas.

Italia hubo de poner gran seriedad en su Código Penal a los delitos propios del clero católico porque éste, en mucha parte de él, era enemigo jurado y activo de la Unidad Italiana, cuyo lema *Italia una e Roma capitale* hería los intereses papales al pretender la anexión de los Estados pontificios.

Aparte de esta especial situación, en la misma España donde la Iglesia vivía y vive en altísimo privilegio, hubo siempre normas represivas de los clérigos que atentasen contra las regalías de la Corona en materia eclesiástica, siendo aquellas más duras aún si del Patronato indiano se trataba.

Así en Venezuela el ministro de cualquier culto que, en el ejercicio de sus funciones, se refiera con público desprecio a vilipendio a las instituciones, las leyes de la República o los actos de la autoridad, será pasible de arresto.

El doctor Febres Cordero subraya estos *animi* del comisor y deja a salvo la simple crítica, que no será punible, ya que —a juicio nuestro— los ministros de culto, por serlo, no han dejado de ser ciudadanos. Y a su obra y al tomo citado del doctor Mendoza nos remitimos, puesto que no estamos comentando el Código Penal sino haciendo ver la incidencia del Convenio en este Código.

También será reprimido con arresto el ministro de cualquier culto que prevaliéndose de su carácter, en cualquier parte, lugar u ocasión, excite a menospreciar y desobedecer las instituciones, leyes o disposiciones de la autoridad, o los deberes inherentes a un oficio público; lo cual es más grave que tratarlos con desprecio o vilipendio.

Graduándose, por supuesto, la misma pena: el que con igual prevalimiento, induzca, persuada o constriña a alguien a realizar

actos o a hacer declaraciones contrarias a las leyes, o en perjuicio de los derechos adquiridos en virtud de éstas, todo lo cual es mucho más grave que lo anterior.

Nos hemos venido refiriendo a los artículos 210 y 211 del Código Penal. En cuanto al 212 habrá que tomar en cuenta, primero, que la pena de expulsión del territorio nacional no puede ser impuesta hoy a venezolanos por prohibirlo terminantemente el artículo 64 de la Constitución. Parece haber aquí en este artículo 212 del Código algunas figuras delictuales no vinculadas a la tantas veces repetida Ley, ni ser ellas constitutivas del ejercicio del "Poder Espiritual" de la Iglesia, ni difusión o prédica de la doctrina en punto o dogma y/o moral. Pasibles de confinamiento se harán los autores venezolanos, y de expulsión si son extranjeros.

Ya hemos dicho que hace noventa años el doctor Francisco Ochoa se ocupaba en sus comentarios del "Poder Espiritual", y añadiremos ahora que recomendaba a los jueces mucha prudencia en lo relativo a delitos de ministros de cultos, y especialmente del *clero católico*, contra leyes e instituciones de la República, en primer lugar por la naturaleza de aquel poder y su influjo social, que hará gravísima cualquier injusticia, y en segundo lugar, por la necesidad de reprimir a toda clase de ministros religiosos que, prevalidos de su carácter o en el ejercicio de sus funciones, declamaban o incitaban contra aquellas instituciones o leyes.⁷⁸

En cuanto a lo que hemos leído en el *Cuaderno de Apuntes de Derecho Público Eclesiástico* del doctor Hernández Ron en el sentido de que el gobierno puede optar, en atención a las circunstancias y en uso de la "alta policía" del Estado, por decretar *ejecutivamente* el castigo del obispo, canónigo, párroco o simple sacerdote cuya falta amerite represión a juicio del gobierno,⁷⁹ esto no hemos logrado explicárnoslo sino recordando la expulsión gubernativa del Obispo de Valencia, Monseñor Salvador Montesdeoca, dos años antes de la distribución de esos *Apuntes* del mencionado catedrático.

78. *Ob. cit.*, pp. 293 y ss., especialmente la 298.

79. Año lectivo 1930-31. *Dispensas*, llaman esto en Italia. *Sebenta* en Portugal. *Policopias* en Francia. *Copias* en Venezuela. Las de Hernández Ron, mecanografiadas. Las de Parra León (año 1933-1934) multigrafiadas de versiones taquigráficas de los entonces bachilleres estudiantes Rafael Caldera y Manuel V. Tinoco. La cátedra fue suprimida, como decimos en el texto, el año de 1940, ya muerto el doctor Parra León.

De otra parte, no podemos creer que esa medida tomada en Consejo de Ministros, fuera llevada a la práctica sin la aquiescencia del entonces oficialmente llamado "Benemérito" general Juan Vicente Gómez, pese a que no ejerciera a la sazón la presidencia de la República y el cargo lo estuviese "ocupando" el doctor Juan Bautista Pérez. A todo el que conoció o vivió el gomecismo (lo conocimos y, en cierta medida, lo vivimos) se le hará muy cuesta arriba lo de que "El Benemérito" revocó en 1931, ya Presidente titular de nuevo (pues de hecho siempre lo fue), "eso que hicieron solos, Pérez y sus ministros en 1929". Tal *cuento*, a los niños de ahora. No a los que ya entrábamos al bachillerato por entonces y nos dábamos *cuenta* de muchas cosas...

El brioso y celosísimo Obispo Montesdeoca tenía derecho a proceso. No vale alegar la Constitución de 1929, en su artículo 26 para justificar la expulsión sin sombra alguna de juicio previo. En él se hubiera podido probar, verbigracia, que el prelado llamó "delincuentes" a los casados canónicamente que, divorciados por el juez civil, intentan contraer, o contraen, nuevo matrimonio. Todo el mundo sabe que en Valencia, ciudad pequeña entonces, había un cómitre muy querido del Benemérito Jefe, tocado muy de cerca por la "Instrucción" sobre el matrimonio que publicara el señor Montesdeoca en un diario de aquella urbe. Ni el prelado estuvo exento de personalismo, ni la expulsión fue justa, ni mucho menos ignorado el decreto por parte del general Gómez cuando se preparaba, como se ha pretendido.⁸⁰

Hace unos veinte años leímos en los cables de la prensa que el Obispo de la diócesis toscana de Prato había excomulgado a una pareja católica que optó por la forma civil del matrimonio, y los contrayentes fueron llamados por escrito episcopal "pecadores públicos y concubinos". Mediante querella de los agraviados, el Obis-

80. Disentimos por tanto del Cardenal Quintero en otra de sus obras: *Para la historia*. Caracas, 1974, cuya primera parte está dedicada al caso del señor Montesdeoca y se pretende en ella la indemnidad del general Gómez como ignorante de la preparación del decreto. También nos apartamos de lo que opina el doctor César González, hijo de su defendido, en el libro, *Rubén González, una vida al servicio de Venezuela*. Caracas, 1972, pp. 80-86, cuando trata de justificar la medida. Hasta donde hemos podido averiguar, el decreto lo propuso —anueste Gómez, y cómo no— el Ministro del Interior, doctor Rubén González, lo aprobó el Gabinete con la excepción del Ministro del Exterior, doctor Pedro Itriago Chacín, que salvó el voto, y lo confirmó —por supuesto y cómo no— el Presidente doctor Pérez. Meses después, el general Gómez hablaba socarronamente del "caraqueño hereje", refiriéndose a Pérez, hombre de más religión y de más moralidad que el "Benemérito", por cierto. Así paga el Diablo...

po fue condenado a prisión por el Juez competente de Primera Instancia. La Corte de Apelación de Florencia, estimando que el edicto "fue emitido en el libre ejercicio de su autoridad espiritual" (la del obispo) revocó el fallo apelado.

Aun cuando el confesionalismo de Italia es mayor por su constitución y por la peculiar imbricación Tratado-Concordato hecha en 1929, con gran habilidad a favor del Vaticano, en este país nuestro muy bien pudiera presentarse un caso parecido y al juez venezolano le tocaría apreciar con esa prudencia que recomendaba Ochoa, hasta dónde había sólo ejercicio del Poder Espiritual (o en el caso de un sermón, exposición doctrinal, ya dogmática, ya moral, ya de ambas especies) y hasta dónde injuria para el querrelloso. Pero lo cierto es que un clérigo que diga hoy en el púlpito que no hay matrimonio sin sacramento y que quien creyendo vivir en aquél no haya celebrado éste, es un concubino y un fornicario, tal sacerdote no puede ser condenado hoy, a menos que haya personalizado el ataque, lo cual lo hará injurioso. Monseñor Bosset no podría ser condenado por su pastoral de Mérida, aun cuando estuviese en vigencia el "elaborado informe de penalidades para crímenes del clero católico" —que así veía la señora Watters⁸¹ el Código Penal de 1873, mandado hacer por Guzmán Blanco y redactado por el doctor Rojas Paúl y el licenciado Cecilio Acosta, muy católicos por cierto—, porque si al mismo tiempo que rigiera ese "elaborado informe" estuviera en vigor el Convenio que ahora tenemos, privaría sobre aquél, y Monseñor Bosset, debidamente enjuiciado, habría logrado probar que sólo exponía la doctrina católica sobre el matrimonio en su pastoral. No pasemos adelante sin prevenir que lo hecho con él entonces fue una alcaldada de Guzmán.

Contamos ya unos cuantos años en este mundo y mucho más de cuarenta de haber iniciado, con práctica anexa de bufete y tribunal, los estudios de Derecho en las dos universidades oficiales

81. *Ob. cit.*, p. 189. Vale la pena hacer la comparación del Código guzmaníaco de 1873 y su artículo 188 que es el más especificado en ese catálogo delictual, con la sobria redacción del Código de 1926, que nos rige en este punto y cuyos Arts. 210 y 13 son muy escuetos. Los epígrafes no son menos elocuentes, porque no es lo mismo hablar de los delitos del *clero católico* que de los delitos de los *ministros de cultos* sin singularización. Como dice el doctor Chiossone en sus *Anotaciones al Código Penal* (Caracas, 1938, pp. 97-103) estas figuras delictivas son de origen italiano, salvo un artículo típico nacional, sacado —y resumido— del Código guzmaníaco de 1873, estrechamente vinculado al Patronato Eclesiástico y en aquel viejo Código el más "elaborado" de todos.

que había entonces, y no recordamos haber visto u oído hablar de un proceso de esta clase, incoado ni siquiera a simple sacerdote.

Tal vez será por esa "indiferencia religiosa" que nos caracteriza según el doctor Godoy Fonseca⁸² por lo que no ha habido denuncias sobre el particular, ya que casos de ataque en el púlpito a las instituciones patrias no han faltado.

Hace unos cuantos decenios, vimos en la prensa que se estaban dando los pasos necesarios para enjuiciar a uno de los obispos de nuestro occidente por haber presenciado, durante una visita pastoral, uniones matrimoniales de parejas que no habían celebrado el acto civil de matrimonio. He aquí un caso de usurpación de la jurisdicción civil que *entonces y ahora* podría ser objeto de proceso, según el artículo 212 del Código Penal. El obispo (muy atacado y muy defendido en los periódicos) salió de su diócesis con destino a Roma, y a su regreso encontró que nadie había vuelto a hablar del asunto.

Sea lo que fuere, hoy no son pasibles de sanción penal: 1º Los infractores de una ley inexistente, como es la de Patronato; 2º Los expositores por escrito o verbalmente que se limiten a la doctrina católica, sea de dogma o de moral, sin mezcla de excitación, *animus* particular, directa o indirecta personalización, que el juez sabrá apreciar y demostrar en su sentencia.

El legislador, cuando se vuelva por la reforma del Código Penal, deberá hacerse cargo de estas desviaciones y de esta realidad sociológica venezolana, no para suprimir el epígrafe correspondiente en el Código, sino para adecuar su articulado, tanto a lo que hoy permanece vigente como a lo que todavía pudiera estimarse como indiscreto por parte del Estado. La voz de Ochoa sigue resonando... ¡Mucha prudencia! No estamos en la Italia del *Risorgimento*. Esta no es la época en que Manzini escribió su admirable y extenso Derecho Penal.

82. Citado por el doctor Mendoza, t. IX, pp. 239-240. Godoy Fonseca, pensando tal vez en el alzamiento de los "cristeros" de México, fresco entonces, dice que la acumulación de estas prédicas subversivas puede, a la larga, hacer brotar la chispa de guerras aparentemente civiles, pero en el fondo religiosas. No obstante, pensamos que no es mucha la autoridad moral de aquellos gobiernos en materia de libertad religiosa porque en dicha política hubo siempre algo de demagogia anticlerical y en las actuales circunstancias del mundo y de América la posición mexicana es indefendible por varios respectos jurídicos y sociológicos.

VII

En este apartado VII y último del presente estudio, queremos volver sobre algunos puntos ya tocados, principalmente sobre la *sedicente derogación parcial* de la Ley de Patronato Eclesiástico y su *probable reviviscencia* en caso de denuncia del Convenio, rematándolo con algunas consideraciones históricas y políticas de carácter general.

La derogación total de la Ley de 1824, por el Convenio de 1964, se ha enseñado en los cursos doctorales de la Facultad de Derecho (hoy denominada *de Ciencias Jurídicas y Políticas*) de la Universidad Central, y de allí salió el útil trabajo de Espinosa Venero que tanto hemos citado aquí.

Eso mismo se le dijo a tres partidos políticos, en dictamen escrito y en exposiciones orales cuando el Convenio, ya firmado, hubo de tomar estado parlamentario.

Las lecciones de aquellos citados cursos universitarios, los dictámenes escritos y orales para las fracciones parlamentarias de Unión Republicana, Frente Nacional y Acción Democrática y las conversaciones con el asesor gubernativo, doctor Molina Landaeta, fueron aprovechados por el profesor de aquéllos y el autor de éstos, en su también repetidamente citado discurso-trabajo acerca de *Las personalidades jurídicas de la Iglesia*, leído en octubre de 1971.

Después hemos sabido que así lo viene enseñando también el doctor Humberto J. La Roche en su respetable cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad del Zulia.⁸³

Los textos de los artículos XVI y XVII del Convenio no dejan lugar a dudas:

Según el XVI, las partes contratantes se comprometen a resolver amistosamente cualquier diferencia que pudiera surgir en al interpretación y aplicación del Convenio "Y, EN GENERAL, EN LAS MUTUAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO". Por el XVII y final, luego de prevenirse que el Convenio, entrará en vigor desde el momento de su canje, tal como

83. *Derecho Constitucional. Parte Especial*. "Instituciones constitucionales". Maracaibo, 1970, p. 327. "...que reemplazaba la anacrónica y vetusta Ley de Patronato Eclesiástico...". Nada absolutamente hay en La Roche que nos haga pensar en vigencia parcial siquiera de dicha Ley, *reemplazada* como está por el Convenio, o mejor, por la Ley-Convenio.

es propio de los tratados públicos, se añade en aparte único que: "Una vez ratificado, SERA LA NORMA QUE CONFORME AL ARTICULO 130 DE LA CONSTITUCION, REGULARA LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO".

Las mayúsculas y el destacado son nuestros.

Que el Convenio es hoy una Ley de la República al mismo tiempo que un instrumento bilateral intersoberano con rango de tratado público internacional, eso no lo puede negar nadie en la actualidad. El *jus pacti* y el *jus legationis* siempre reconocidos al Papa en la América Latina, se los reconoce hoy el mundo entero, y se los reconoce independientemente de que sea el soberano temporal del Estado Vaticano, porque la Santa Sede, como Cabeza de la Cristiandad *Católica*, goza hoy unánimemente de personalidad jurídica internacional. Esta, repetimos, siempre y en todo momento reconocida en la América Latina, excepción hecha de México a partir de la reforma de 1857, país donde imperan todavía una Constitución y una legislación recelosas, desigualitarias, y no laudables hoy en punto a libertad religiosa.

Que a los tratados públicos, *cuando la letra es clara*, no hay que buscarles más interpretaciones; y que se debe estar siempre a la *intención de las partes* y, por el contrario, nada se debe interpretar que conduzca a lo *inútil* o a lo *absurdo*, eso es elemental en materia de interpretación de tratados desde los tiempos de Wattel, y así nos lo enseñó a los americanos todos nuestro Bello desde Chile, y lo trae muy ampliamente el venezolano Barceló en su manual diplomático.⁸⁴

Que por ser tratado bien pudo hacer el Canciller Falcón Bri-ceño dos "entendimientos" al momento de la firma y antes de la aposición de la de él y la del Nuncio, uno de ellos materia de cruce de cartas con la Nunciatura en la misma fecha de la firma, y el otro con el silencio del Nuncio en el acto mencionado, *amén del respaldo de una carta antecedente del Papa Juan XXIII*⁸⁵ al

84. Bello, Andrés. *Principios de Derecho de Gentes*. París, 1847, pp. 150-158. Barceló, Simón. *Manual diplomático y consular*. 1909, pp. 202-217.

85. He oído en medios autorizados que esta carta de Juan XXIII se ha extrañado. Copia de algunos párrafos de ella aparecen en la obra de Fray Valentín Espinosa, comentario al Art. VII del Convenio, nacionalidad de los obispos, que el pacto exige sea *venezolana* y el "entendimiento" de la Cancillería precisó "de nacimiento". Copia íntegra se halla en la obra del Cardenal Quintero sobre: *El Convenio*, pp. 77-79. Todo esto se vendrá abajo, por supuesto, si se nivela completamente al naturalizado con el venezolano de nacimiento.

Presidente del Gobierno Provisional doctor Edgar Sanabria (quien después sería justamente el Embajador ante la Santa Sede y primer iniciador del Convenio, que —ya antes como Jefe de Estado— había preludiado a través de Monseñor Pulido Méndez, Obispo de Maracaibo) esos dos “entendimientos” —repetimos— sobre misiones de indígenas y nacionalidad de los episcopables que hiciera nuestro Canciller antes de la aposición de las firmas, son igualmente jurídicos y valederos, aun cuando la Secretaría de Estado de Su Santidad haya dicho respecto del segundo que *per la Santa Sede tale dichiarazione, completamente unilaterale, non ha valore*,⁸⁶ y Fr. Valentín Espinosa en sus *Comentarios* lo tenga nada menos que por “inconstitucional”.⁸⁷

Que cuanto no había sido ya roído por una obsolescencia progresiva a través de siglo y medio, irreversible, además, por estar cualquier gobierno en la imposibilidad material, y por lo tanto jurídica, de comunicar vida alguna a lo obsoleto, algunos artículos de la Ley de 1824, donde había cierta vigencia eficaz, se habían tornado muy incómodos en su aplicación concreta y práctica, ya que ni los cánones eclesiásticos ni las leyes del Estado eran los vigentes desde el remoto año de 1824, por lo cual se hubo de pensar alguna vez en reformar la Ley de Patronato, eso, *todo eso* se conoce en el Ministerio de Justicia, Dirección de Cultos, donde

86. Quintero, *ob. cit.*, pp. 155 y ss. con la traducción castellana de toda esa carta del Secretario de Estado, Card. Amleto Cicognani. Epístola de inoficioso contenido, sutilmente reprensiva del Card. Quintero que siempre, desde canónigo de Mérida, trabajó por llegar a ese pacto de Venezuela con la Santa Sede; que nunca descuidó sus deberes pastorales como Arzobispo de Caracas ni jamás hizo valer su cardenalato para invadir ni un milímetro de las atribuciones del Nuncio (quien, dicho sea de paso, en todo momento se llevó muy bien con el doctor Quintero). De otra parte, esa carta y ese concepto de ella que he copiado en italiano, jamás pesará en Venezuela como lo pretende el Card. Cicognani: El entendimiento (o declaración, que también se le dice) hecho *coram populo*, junto al Nuncio, por el doctor Falcón Briceño, antes de la aposición de las dos firmas y con apoyo en la carta de S. S. Juan XXIII, es cosa jurídica y el Vaticano habrá de tomarla muy en cuenta si en hora infeliz (a menos que esto de la nacionalidad siga en Venezuela otro rumbo constitucional) se le ocurriera proponer a la consideración del Gobierno patrio un episcopable que no sea venezolano de nacimiento: el *jus obiciendi* de la Cancillería, del Ministerio de Justicia y del Presidente mismo funcionarán de inmediato. Sobre esta clase de actos interpretativos cuando son concomitantes con el tratado, consúltese: Fenwick, Charles. *Tratado de Derecho Internacional* (trad. esp. del original norteamericano). Buenos Aires, 1963, p. 500, y sobre todo por más concreto a Genet, Raoul: *Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique*, obra clásica en la materia, París, t. III, pp. 510 a 514.

87. Opinión muy personal, y a nuestro juicio excesiva, del bien recordado ex alumno nuestro del doctorado en Derecho, Fray Valentín Espinosa Venero, repetidamente citado aquí en este estudio.

hay archivado un erudito trabajo del doctor Fernando Amores y Herrera sobre el particular, desde 1954.⁸⁸

Que tan imposible es que el Papa logre que un obispo extranjero o sólo naturalizado designado para Venezuela por sobre el óbice del Gobierno patrio, entre a ejercer su jurisdicción episcopal en nuestro país, como lo es para el Gobierno tratar de revivir la Ley de Patronato en caso de denuncia del Convenio, a pretexto de la curiosa vigencia *latente* que con ella se pretende, eso es tan evidente como que en el primer caso la Iglesia habrá de ceder, y en el segundo, nuestro Gobierno, aunque no estemos en Colombia, tendrá que corear a quien dijo a Sancho: "con la Iglesia topamos..." y cantar la palinodia.

Y por creer impensables siquiera ambas desgraciadas hipótesis, creemos también que en Venezuela, Argentina, Bolivia y Paraguay el Patronato Eclesiástico, venerable institución indiana y republicana, *ha pasado ya definitivamente a ser una sección de la Historia del Derecho*, y no será raro que pronto pase a serlo en el Perú, con lo cual quedará cerrado el ciclo de *jurisdiccionalismo* americano en materia eclesiástica.

La omisión en el Convenio de la cláusula derogatoria expresa de la Ley de Patronato parece ser el argumento-aquiles de los que pretenden alguna vigencia para dicha Ley. Esa omisión responde al deseo de *ocultar al pueblo venezolano que la Ley de Patronato había sido derogada*, ya que si algunos autores han escrito que Bolívar era amigo del Concordato y enemigo del Patronato (gran ligereza ciertamente que no se compadece con lo complejo del asunto y en la cual aparecen contradichos además, los sostenedores), otros han llegado a decir que la Ley de Patronato se dictó por recomendación expresa del Libertador, quien luego de adoptar sus preceptos más esenciales en la Constitución boliviana, no tocó siquiera la Ley en su bienal dictadura grancolombiana (concepto sin duda exagerado, pero no falaz y que *ha corrido con más suerte que el anterior*). Esto es lo que llama el Cardenal Quintero

88. En 1955 nuestro querido maestro (más, muchísimo más en el coloquio amistoso que en la cátedra) doctor Amores Herrera, nos facilitó en préstamo una copia de su dictamen. Igualmente conocemos otro del doctor Sanabria, que concluye en lo siguiente: "dejar las cosas como están"... para aquella época. Ministro requeridor de ambas consultas fue el doctor Luis Felipe Urbaneja, titular de la cartera de Justicia y quien creó el Negociado de Cultos, hoy Dirección en esa Secretaría de Estado.

el "fetiche" que había que pulverizar... sin que se viese el polvo.⁸⁹ De allí que la cláusula derogatoria expresa, general en concordatos, y que si aparecía en uno de los papeles de la negociación, la Cancillería venezolana la hiciese quitar⁹⁰ Llegándose al fin a las expresiones sin duda felices de los artículos XVI y XVII que hemos transcrito. Felices... aunque sin éxito pleno, o al menos inmediato.

Pero hay más: el estudio que hizo Joaquín Sánchez Covisa sobre derogación tácita, en su celebradísima tesis doctoral de Caracas, y la reiteradísima jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que, sobre derogación virtual, coleccionó Silvestre Tovar Lange y comentó Francisco José Parra, con extensas consideraciones de los dichos jurisprudenciosos que no podemos transcribir aquí, no dejan lugar a dudas de que en Venezuela *si es posible* la derogación *tácita, o implícita o virtual* de leyes por leyes posteriores, *aunque no haya cláusula derogatoria expresa, ni se copie el texto de la ley derogada*.⁹¹

Recordemos, además, que la Ley-Convenio (ahora interesa mucho que la llamemos, así, por su nombre completo) no solamente es posterior a la Ley de Patronato, sino que es más especial y sobre todo y por encima de todo, es ley de carácter internacional

89. *Ob. cit.*, pp. 53, 147 y 149. Con una admirable constancia, digna de causa más cierta, nuestro ilustre amigo el primer venezolano que ha vestido la púrpura eclesiástica, viene sosteniendo desde hace cuarenta años que *la idea de Bolívar fue el Concordato y la de Santander el Patronato*. Y lo sigue repitiendo sin que, por otra parte, se haya dignado replicar los argumentos que pública y decorosamente se le han opuesto. Su Eminencia parece tener nuevas razones, que todavía ignoramos, para continuar viendo con *sancta simplicitas* lo que no deja de ser complejo.

90. *Ob. cit.*, p. 101. Poseo además y las guardo preciadamente como recuerdo de Monseñor Dadaglio, unas páginas mecanografiadas que el actual Nuncio en España puso en mis manos, donde hay tachados y enmiendas de su puño y letra. Allí está la cláusula que aparece en el libro del Cardenal Quintero y que el Gobierno suprimió, temeroso sin duda de que se le hiciese el cargo de atentar contra la soberanía nacional y de extinguir la *ley de Bolívar*; imputaciones frívolas e insubstanciales a las cuales debió hacer frente, porque los gobiernos no están solamente para representar a los pueblos sino para orientarlos y enseñarlos cuando sea preciso.

91. Parra. *Trabajos jurídicos y otras materias*. Caracas, 1945, pp. 75 a 77. Sánchez Covisa: "La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano" (en *Obras Jurídicas*, publicación póstuma que en honor del doctor Sánchez Covisa hiciera la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 168-175). Esta jurisprudencia y esta doctrina habrá de merituarlas nuestra Corte Suprema de Justicia si algún día va a sus estrados lo de la tal vigencia, siquiera parcial, de la Ley grancolombiana de 1824.

que obra retroactivamente sobre cualquier norma anterior que la contradiga y para el futuro invalidando cualquier ley nacional que se le oponga.

No subestimemos las cosas, sin embargo: esta opinión, muy errónea a juicio nuestro, de que la Ley de 1824 está vigente, siquiera parcialmente, error el cual fomentaron por igual el Episcopado con su interpretación eufemista ya relatada y el partido Unión Republicana Democrática con su —narrada también— sinonimia identificadora, mantendrá en cierta nébula toda la base del Convenio que celebramos hace ya catorce años. Mientras se reforma el Art. 130 de la Constitución, la Corte Suprema debe aclarar de una vez por todas el dudoso punto.

Tal error, por otra parte, serviría para mantener en sombra de vigencia también el adefesio jurídico que constituye el decreto de 1911, por el cual se extiende el Patronato a los demás cultos admitidos en la República.

(Qué dirán los adeptos de una cierta [o incierta] *Luz* para quienes su Gurú es... ¡Dios, sí señores! ¿Y cuál será el Vicario o *Papita* y cuáles los obispos y párrocos de este nuevo "Fundador", a quienes se aplicará el decreto de marras?).

Acabamos de ver en los dos apartados que preceden cómo el Convenio ha incidido felizmente en el Código Penal cuando deja sin efecto cualquier figura delictual vinculada a Ley de Patronato (sin que el doctor Mendoza haya logrado convencernos de que exista una siquiera) pero quedando vigentes, como es natural, otras figuras no vinculadas a esta ley, ni constitutivas de sola prédica oral o escrita de la doctrina católica sobre moral, dogma y culto, la cual doctrina se haya amparada también por el Convenio con garantía *específica* de la religión católica, y sólo de ella.

No podemos decir lo mismo de la incidencia en el Código Civil, de cierto desventurada, porque, si era mucha la prisa que había en 1964 por sacar adelante el Convenio, y no hubo tiempo en 1963 para que los asesores del Gobierno se impusieran del concordato italiano, del *modus vivendi* ecuatoriano y de la buena literatura jurídica argentina sobre comunidades religiosas y su personalidad jurídica, se hubiera podido salir del paso con un punto y al párrafo en el artículo IV para que el inciso respectivo quedase así: "La personalidad civil de las comunidades religiosas será objeto de una reglamentación especial, aprobada mediante cruce de

notas entre la Cancillería y la Nunciatura". ¿Es que no se conocieron las advertencias oportunas e ilustradas de Tomás Polanco Alcántara y Enrique Pérez Olivares?

Los Códigos Nacionales —civil y penal— no son las únicas leyes afectadas por el Convenio. Hoy no puede el Estado legislar sobre división territorial eclesiástica, la Ley de Mayordomías de Fábrica ha caído y en materia misional rige el principio del *pacto* y no del *estatuto*. Este cambio de principio, que preside altamente el Convenio todo, fue lo que no vieron claro algunos señores congresales de 1964 que creyeron estar sancionando una ley, pero olvidaron que era también convenio, y que por lo tanto nunca podría el Gobierno interpretarla unilateralmente, ni siquiera conforme a las "instrucciones" del Congreso (?!).

Tenemos entendido que la Conferencia Episcopal Venezolana, presidida por el Excelentísimo y Reverendísimo señor doctor Crispulo Benítez Fontúrvel, Arzobispo de Barquisimeto, nombró hace meses una comisión de juristas para que asesorase a dicha entidad eclesiástica sobre la puesta en marcha *íntegra* del Convenio. ¿Habrán hecho lo mismo acaso el Ministerio de Justicia? ¿Piensa el Gobierno que esta materia puede seguir tratándose con la *nonchalance* que ha caracterizado a este país incluso en lo de sus fronteras? ¿No es bastante el buen ejemplo que nos ha dado Colombia, al formar en 1970 una comisión bipartidista de juriconsultos para que estudiase las reformas al concordato nonagenario y lo pusiese al día, según la tradición colombiana y las demandas de la hora presente, alumbrada ésta por el Concilio Vaticano II, comisión de la cual saliera ese instrumento de 1973 en el que algo tendrá que aprender cuanto país latino de América o de Europa vaya a celebrar un perfecto concordato, ya sea en un solo pacto o mediante acuerdos parciales y sucesivos?

América Latina sigue entrando en escena... Países de la historia político-religiosa de España o de las grandes mutaciones de hace medio siglo, consolidadas en hechos poco menos que irreversibles, como Italia, mirarán hacia Colombia y su último concordato. Países que respondan a otras realidades políticas y cuya historia contemporánea no aparezca tan entrelazada con la de la Iglesia, verán en los últimos arreglos hispanoamericanos, ya hechos, ya por hacerse (México no podrá seguir como está, y de otro lado, el Perú tampoco), el rumbo que han de tomar para sus

acuerdos, o convenios o *modus vivendi* o concordatos, si así quiere llamarlos, salvo los que pasen a separaciones amistosas como la brasileña desde 1888, y la chilena desde 1925, por citar sólo dos ejemplos.

Por los días en que concluyó los borradores de este estudio veo que Argentina y Chile han nombrado mediador de sus diferencias territoriales a Su Santidad el Papa Juan Pablo II.

Ya Bismarck, pasados los días de *Kulturkampf* en que su orgullo no quedó bien parado, declaraba que el árbitro natural de muchos países de Europa, hasta protestantes, era el Papa, a quien, él, *Canciller de Hierro*, trataba de *Sire*.

Esta hora de la Iglesia Católica es buena para la unión con ella y en torno a ella; por supuesto que cada país lo hará según su temperamento. Cuando hace muchísimos años se le preguntaba a un hercúleo cazador de búfalos, moldeador por cierto de alguna parte de nuestra historia internacional, qué podría hacerse con nosotros para asimilarnos de un todo a la potencia hegemónica, contestó: "Primero será preciso *descatolizarlos*".

Tenía razón el Búfalo *canalero*.

Y la tenía el Príncipe de Bismarck, tan protestante de fe como el presidente aludido.

Duguit —ya lo dijimos al comenzar este trabajo— el catedrático francés de Derecho Constitucional, escribió en su *Tratado* magistral unas líneas que han llegado a ser clásicas en Jurisprudencia y en Sociología acerca del por él denominado "hecho católico". Con razón podemos hablar del hecho católico *hispanoamericano*, especie dentro del género, pues el Concilio Vaticano II ha revalidado nuestro modo de ser en cosas de religión, siempre favorable a una Iglesia *Eclesiástica* y a la libertad de cultos, y de nuestra Augusta Madre Patria vienen ahora estos conceptos de un artículo de fondo de *ABC*, el veterano diario católico y monárquico de Madrid, en su edición aérea de 21 de diciembre que ya finaliza, conceptos que voy a copiar sin el menor comentario:

"Una conclusión se desprende también de estos dos días notables de nuestra historia: la Constitución no es ni católica, como la de 1876, ni anticatólica, como la de 1931, sino respetuosa para con la Iglesia, a la que pertenecen la inmensa mayoría de los españoles, de otra religión, o sin ella. Así se cierra en plena paz un

período casi bisecular de lucha entre clericales y anticlericales y librepensadores que hoy nos parece va muy anticuada. Al evacuar la plaza pública y adentrarse en el edificio sagrado, la Iglesia gana en el respeto general, y podrá dedicar su esfuerzo a la educación religiosa de sus feligreses, con no poco beneficio para todos”.

COMPETENCIA DEL PODER NACIONAL

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REGIONALIZACION EN VENEZUELA

NECTARIO ANDRADE LABARCA

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Regionalización y Desarrollo. 3. Etapas de la Regionalización: A) Regionalización Selectiva. B) Regionalización Generalizada. C) Dificultades para la Regionalización: a) La División Territorial. b) El Centralismo. 4. La Regionalización Administrativa: A) El Decreto de 1969 sobre Regionalización. B) El decreto de 1972 sobre Regionalización. 5. Características de la Regionalización. 6. La Regionalización a partir de 1974. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Cuando se nos invitó a participar en el homenaje que se le rinde con toda justicia y merecimiento al doctor Rafael Caldera a través de esta publicación, afloró en nuestra mente de modo casi espontáneo el tema de la regionalización. Varias razones, algunas si se quiere de carácter hasta personal, debieron obrar, juntamente con las de índole general, como factores determinantes de aquella inclinación.

Consideramos, en efecto, que la regionalización constituye tema de apasionante actualidad y renovada vigencia. Directamente vinculada al desarrollo regional, del cual viene a ser clave y fundamento, la regionalización sigue teniendo para el país excepcional importancia, de donde deriva la necesidad y conveniencia de referirse a ella cuantas veces propicia coyuntura lo haga posible o aconsejable. Y ninguna coyuntura más oportuna para abordar esa materia, que la que nos brinda la publicación de esta obra, como que fue durante el gobierno presidido por el eximio profesor universitario y destacado hombre público a quien va dirigido

este homenaje, el doctor Rafael Caldera, cuando se enfocó la cuestión atinente a la regionalización como fruto de una concepción global, clara y precisa de la misma, y cuando, por consiguiente, se definió una política integral al respecto, y se puso en marcha, de manera sistemática, orgánica y coherente, un vasto plan de regionalización. Por eso en el IV Plan de la Nación (1970-1974) se establecía como una de las estrategias fundamentales del Plan, la política de regionalización.¹

Puede afirmarse sin hipérbole que durante el gobierno presidido por Caldera, se pasó de la etapa que pudiera llamarse de la "regionalización selectiva", a la etapa que en el lenguaje de los técnicos podría calificarse de "regionalización generalizada". Durante el gobierno que presido —dijo en cierta ocasión el presidente Caldera—, hemos puesto en marcha en Venezuela una concepción firme del desarrollo regional.²

Parece lógico entonces que no falte en una obra cuya finalidad es rendir homenaje a quien adelantó desde el gobierno un proceso bien concebido de desarrollo regional, la consideración del tema relativo a la regionalización. Y resulta, además, obligante la exposición del mismo, si se tiene presente su importancia, y la necesidad, impostergable y urgente, de llevar adelante una política adecuada de regionalización, como el medio más idóneo de reorientar un proceso de desarrollo que, como el nuestro, acusa profundos desequilibrios.

Pero la difusión de la materia reviste interés bajo otros aspectos: cuanto se escriba sobre ella contribuirá a que se tenga un mejor conocimiento de su compleja temática, y a que se vaya formando conciencia en torno a su necesidad. De este modo se estará en condiciones de interesar a todos los sectores en la cuestión, y se facilitará su participación en las múltiples y variadas facetas que lleva aparejadas el asunto. Porque la impulsión de la política de regionalización compete fundamentalmente al Estado, como que a él le incumbe por modo principal y prioritario la tarea de promover el bienestar general, y una de las formas de lograrlo es precisamente estimulando y fomentando el desarrollo

-
1. Brewer-Carías, Allan R.: *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 402.
 2. Caldera, Rafael: Discurso pronunciado en la ciudad de Barquisimeto el 30-11-72, con motivo de la inauguración del edificio sede de FUDECO. Ver dicho discurso en el libro *Metas de Venezuela*, tomo VIII, p. 422.

regional, pero la responsabilidad estatal de este campo, como en tantos otros, no excluye ni margina la responsabilidad del organismo social. Todas las personas, sectores y grupos sociales tienen un papel importante que desempeñar, porque la empresa del desarrollo regional, como lo manifestamos en cierta solemne ocasión, no puede ni debe ser exclusiva misión del Estado, ni exclusiva tarea oficial.³ Todos tenemos un papel importante que desempeñar, pues una de las características de una política de regionalización bien orientada es la participación. La democracia de participación, hacia la cual hay que tender como medio de vigorizar y dinamizar el sistema democrático, encuentra marco apropiado para su cabal realización en los mecanismos que lleva aparejados el desarrollo regional. Las estructuras orgánicas y funcionales a través de la cuales tiende a materializarse el proceso de regionalización, no pueden dejar de contemplar adecuados canales de participación, que hagan viable, efectiva y real, la conjunción de capacidades, voluntades y esfuerzos, en el empeño solidario de empujar el progreso, extender sus beneficios y abrirle cauce amplio al bienestar general.

Lo expuesto parece suficiente como acopio de razones que justifican el que decidiéramos abordar como tema de nuestra colaboración, el ya enunciado de la regionalización. Sin embargo, tenemos otras razones y consideraciones que, aunque de tipo personal, si se quiere, revisten legitimidad como para fundamentar el derecho que nos asiste de, cuando menos, mencionarlas.

En los dos últimos años del gobierno presidido por el doctor Caldera, desde la honrosa posición que entonces desempeñábamos, culminación, en cierto modo, de las otras que habíamos tenido el honor de ejercer, tuvimos oportunidad de dispensarle especial atención, en cuanto de nosotros dependió, al proceso en marcha de regionalización. Las dos Convenciones de Gobernadores (XV y XVI) que en ese lapso nos tocó convocar, se realizaron bajo el signo de la regionalización. Sus deliberaciones se conformaron a temarios en los cuales predominó lo relativo al desarrollo regional. Previamente tuvimos participación activa y directa en la constitución y puesta en funcionamiento de los diversos órganos de nivel regional que contemplaban las normas vigentes sobre regionalización; colaboramos también en dos jornadas sobre pre-

3. Andrade Labarca, Nectario: *Por el desarrollo de las regiones al desarrollo integral del país*. Caracas, 1973, p. 14.

supuesto regional consolidado, y promovimos y presidimos, llevándolas a feliz término, sendas Convenciones por regiones.

Por ello pudo decir el doctor Caldera con toda propiedad, en el discurso de instalación de la XVIª Convención de Gobernadores: "Domina esta reunión la idea del desarrollo regional. Venimos con una conciencia más clara de regionalización, con una institucionalización de los principales órganos del desarrollo regional armónico, y con un deseo vehemente de que éste constituya la norma orientadora de los programas de desarrollo nacional".⁴

Tuvimos, pues, una participación personal muy directa en esta materia, lo que nos autoriza también para referirnos a ella, al amparo de la experiencia de nuestra propia actuación.

2. REGIONALIZACION Y DESARROLLO

El proceso de regionalización en Venezuela se halla estrechamente ligado a la idea del desarrollo. Se trata, como se ha dicho, de una política dirigida a impulsar el desarrollo de las regiones atrasadas o deprimidas. Las preocupaciones en torno al desarrollo regional, comienzan a manifestarse entre nosotros en la década de los años sesenta. El despuntar de una nueva era democrática, iniciada con el año de 1958, que se prolonga y consolida para bien del país, puso de manifiesto, con todo patetismo, una tremenda realidad: la coexistencia, dentro de un mismo marco geográfico, de una Venezuela rica y opulenta, desarrollada y próspera, y otra marginal, atrasada y misérrima a pesar del petróleo. Se habló entonces con mucha insistencia, en lenguaje si se quiere literario, pero no por ello menos revelador de una realidad dramática, de las dos Venezuelas a que dejamos hecha referencia.

El incipiente régimen de libertades estimuló la sensibilidad de gobernantes y gobernados y propició el enjuiciamiento crítico y acuciante de aquella realidad, frente a la cual todos parecieron coincidir en que era necesario, inaplazable y urgente la adopción de medidas y la puesta en práctica de iniciativas destinadas a encararla.

En tal virtud, comenzaron a producirse las más variadas y disímiles decisiones, no siempre acertadas, con la clara finalidad

4. Caldera, Rafael: Discurso pronunciado el 6-4-73, en el acto de instalación de la XVIª Convención de Gobernadores. Ver dicho discurso en volumen que recoge los trabajos de dicha Convención, Caracas, 1973, tomo I, p. 1.

de incentivar y estimular las economías regionales, o de generar actividades económicas potencialmente importantes. De ese modo da comienzo en el país una etapa que aceptamos calificar —sirviéndonos del lenguaje de los técnicos— de "*regionalización selectiva*", a la que habremos de referirnos con más detenimiento en el lugar correspondiente. Por lo pronto lo que nos interesa señalar, bajo este rubro, es que el desarrollo regional suele mirarse en este período, fundamentalmente, en su aspecto económico. En cierto modo pareciera identificarse en esta etapa "*desarrollo*" y "*crecimiento económico*". Posteriormente se avanza en el proceso de regionalización, y se le concibe dentro de una estrategia global y con la mira de lograr un desarrollo integral y armónico. El desarrollo espontáneo había conducido a profundos desequilibrios. El desarrollo regional orientado debía conducir a superar tales desbalances. Apunta a partir de este interesante momento una nueva concepción del desarrollo, en función, como se ha dicho con frase feliz, "de todo el hombre y de todos los hombres"; es decir, teniendo al ser humano como sujeto y centro de todo progreso y bienestar, y considerándolo además, no sólo en su dimensión estrictamente personal, sino también en su naturaleza social, y en las relaciones con su ambiente y con los recursos que éste le proporciona o debe proporcionarle para la oportuna y adecuada satisfacción de sus necesidades.

Se generaliza así el proceso de regionalización, vinculado siempre, como no podía ser de otro modo, a la idea del desarrollo, pero entendido éste en la forma indicada, lo que comporta, además, una fundamentación doctrinaria del mismo. Es la etapa de la "*regionalización generalizada*", a la que también nos referiremos luego, la cual se inicia en 1969, a los pocos meses de instaurado el gobierno presidido por el doctor Rafael Caldera.

El siguiente período arranca de 1974 y será igualmente objeto de consideración, en el lugar que corresponda.

3. ETAPAS DE LA REGIONALIZACION

Como lo hemos mencionado en el número anterior, en Venezuela pueden deslindarse dos etapas en el proceso del desarrollo regional. En la primera prevalecen, a juzgar por las decisiones que se adoptan y las medidas que se toman, algunas características, al parecer evidentes: la falta de una concepción clara sobre el particular; consecuentemente, no se advierte una política defini-

da, notándose, en tal virtud, la ausencia de una estrategia global. Se actúa, si se quiere, bajo el impacto de presiones generadas por una realidad apremiante, a cuyo impulso emergen organismos de la más variada índole, con funciones diversas y áreas geográficas de actuación igualmente disímiles. Es la etapa que hemos aceptado llamar de la "*regionalización selectiva*", en contraste, conforme dejamos dicho, con la llamada de "*regionalización generalizada*", a las cuales pasamos a referirnos.

A) *Regionalización selectiva*

Se inicia este período con la década de los años sesenta. Se caracteriza por la adopción de "acciones no aplicables a todo el país".⁵

El problema del desarrollo regional se encara en forma aislada, parcial, inconexa. En el ámbito administrativo la acción estatal se traduce en la creación de numerosos entes descentralizados institucionalmente, con lo que se incrementa de modo notable la administración descentralizada. Manifestaciones concretas de esta actividad las constituyen la formulación, mediante Decreto N° 430, del 29 de diciembre de 1960 (*Gaceta Oficial* N° 26.445, del 30-12-60), del "Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana", por el cual se creó la Corporación Venezolana de Guayana (CVG) como Instituto Autónomo adscrito a la Presidencia de la República, con la finalidad precisa de atender el desarrollo de la zona que aparece delimitada en dicho Estatuto. En 1964 surgieron, como filiales de la CVG, la CVG Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), y la CVG Electrificación del Caroní (EDELCA). Por Decreto N° 675, del 8 de enero de 1962, se creó la Comisión Promotora del Desarrollo de Los Andes, la cual cedió el paso a la Corporación del Desarrollo de Los Andes, creada por la Ley del 4 de diciembre de 1964, reformada parcialmente en 1971. Dicha Corporación también adoptó la forma de Instituto Autónomo.

La promulgación de la Constitución vigente, de 1961, frenó el crecimiento de la administración descentralizada en general y, naturalmente, la originada en propósitos de desarrollo regional, al cerrarse el compás que abrió desmesuradamente la Constitución de 1953, y requerirse de Ley para la creación de Institutos

5. Sánchez Melean, Jorge: *Regionalización, Participación y Desarrollo*. Maracaibo, 1978, p. 52.

Autónomos.⁶ "Esta disposición limitativa, sin embargo, no redujo la política de descentralización que a nivel ejecutivo se venía desarrollando, y la misma se ejecutó a través de canales irregulares o distintos a los exigidos por la Constitución".⁷

En el orden del asunto que nos ocupa surgió entonces la Fundación para el Desarrollo de la Región Centro-Occidental (FUDECO), con fecha 29 de octubre de 1964. Por decreto de la Gobernación del Estado Zulia, N° 42, del 27 de agosto de 1964, que acoge recomendación de la Primera Asamblea Pro Desarrollo Económico del Zulia, se creó el Consejo Zuliano de Planificación y Promoción (CONZUPLAN), en el cual quedaron fusionados e integrados los organismos que en dicho Estado actuaban con los nombres de Comisión Pro Desarrollo Industrial del Zulia y Consejo Zuliano de Planificación. Mediante decreto N° 546, del 26 de mayo de 1966, se creó una Comisión compuesta de veintiocho miembros, para el Desarrollo de la Región Nor-Oriental del país. Por decreto N° 1.090, del 8 de abril de 1968, se designó un Comité Coordinador para el Desarrollo de la Región del Delta del Orinoco; y por decreto N° 1.248, del 19 de noviembre de 1968, se creó el "Comité Promotor del Desarrollo del Tuy Medio", que fundamentalmente miraba a la fundación de una ciudad satélite. Por decreto ejecutivo N° 1.313, del 11 de febrero de 1969, se creó un Comité Coordinador para el Desarrollo de la Región de Barlovento.

La antedicha enumeración parece más que suficiente en punto a demostrar lo que ya hemos señalado: la existencia de una preocupación seria y respetable hacia los problemas del desarrollo regional, pero sin que la misma llegara a cristalizar en una política definida y coherente sobre el particular, ni se tradujese en un intento ponderado y metódico de regionalización del territorio nacional, lo que sí viene a producirse a los pocos meses de inaugurado el gobierno presidido por el doctor Caldera, pasándose de esa manera a la segunda etapa antes mencionada, de la cual pasamos a ocuparnos a continuación.

B) *Regionalización generalizada*

A partir de 1969 se adopta en Venezuela una política de "*regionalización generalizada*", entendiendo por tal la división

6. Brewer-Carias, Allan R.: *op. cit.*, p. 388.

7. Brewer, Allan R.: *op. cit.*, p. 388

del país en regiones administrativas.⁸ Desde luego, conviene tener presente que una política de esta índole tropieza entre nosotros con serias dificultades. La división político-territorial que contempla nuestra Constitución (art. 9º) es en Estados, cuyo número es de veinte desde hace ya bastante tiempo, más el Distrito Federal, los Territorios Federales y las Dependencias Federales. Además se consagran los municipios, los cuales podrán ser agrupados (y vienen agrupados desde hace mucho tiempo) en distritos; y podrán, asimismo, constituir mancomunidades para determinados fines de su competencia. Esta última posibilidad también ha comenzado ya a practicarse, al parecer con buen suceso. Tanto los Estados como los Municipios gozan de autonomía. En efecto, el Poder Público se reparte entre el Poder Nacional, el de los Estados y el Municipal, con arreglo a la distribución de competencias que establece la Constitución. Esa división, fruto de nuestras vicisitudes políticas, y la forma de repartición entre tales entes territoriales del poder público, constituye a juicio de calificados estudiosos de la materia, obstáculo poco menos que insalvable para llevar hasta sus últimas consecuencias, una apropiada política de "*regionalización generalizada*".

Otro inconveniente suele hallarse en que, no obstante ser la República de Venezuela un Estado Federal, prevalece acentuado centralismo en nuestra organización político-administrativa, circunstancia que determinó a los proyectistas del texto constitucional en vigor, a consignar en el artículo 2º, que contiene aquella declaración, la advertencia de que es un Estado Federal "en los términos consagrados en la Constitución". Otro obstáculo no fácil de superar aunque ciertamente superable, es el estado un tanto anárquico de nuestra organización administrativa. La Administración Pública venezolana sigue reclamando con urgencia una auténtica reforma, que la ponga a tono con los requerimientos de un Estado que al dilatar de modo inusitado el horizonte de sus fines, ha ensanchado, consecuentemente, el ámbito de sus funciones y cometidos. Durante el gobierno presidido por Caldera se realizó un esfuerzo extraordinario en este sentido. Como fruto del mismo, la Comisión de Administración Pública consignó en un extenso informe en dos densos volúmenes, sus propuestas sobre el particular.⁹

8. Sánchez Melean, Jorge: *op. cit.*, p. 31.

9. Comisión de Administración Pública, Informe sobre la Reforma de la Admi-

Lamentablemente, la Comisión referida comenzó por ser sustituida en sus funciones, a comienzos de 1974, por otra Comisión, y terminó por desaparecer, como tantas otras cosas de provechosa actuación e innegable rendimiento, dentro de esa tendencia que nos caracteriza de no mantener la debida continuidad en la acción del Estado.

Mas, volviendo al asunto en examen, parécenos empero conveniente ahondar un poco más en la consideración de los obstáculos y dificultades mencionados.

C) *Dificultades para la regionalización*

a) *La División Político-Territorial.* Se ha dicho que la regionalización generalizada "debe plantear una reforma en las estructuras de la Administración Pública que sustituya a los actuales Estados Federales como unidades básicas de la organización política de la República por las regiones administrativas", lo que implica, se agrega, "una reforma de la Constitución Nacional que dé a las regiones el rango que deben tener".¹⁰

Dentro de la misma orientación se sostiene desde hace varios años "que una regionalización —que establecido un sistema de planificación nacional se hará imprescindible— conlleva una revisión total de la división político-territorial y materialmente la eliminación de los Estados, como últimos resabios de una federación que siempre fue centralista y que como tal nunca existió".¹¹

Es cierto que nuestra división político-territorial ha sido muy accidentada y estuvo sujeta casi siempre a los vaivenes de nuestro acontecer político, no menos accidentado. Por ello se ha dicho con sobra de razón que "pocos serán los países del mundo donde se han sucedido cambios tan frecuentes en la división político-territorial y en los nombres de los Estados, como en nuestra República. Se han aumentado o disminuido el número de los Estados siguiendo los vaivenes de la actuación política imperante, para dar satisfacción a los caprichos del mandatario, y sin responder tales

nistración Pública Nacional, Caracas, 1972, 2 tomos. Las citas subsiguientes referidas a dicho Informe, señalarán sólo *Informe cit.*, y luego el tomo y pág.

10. Sánchez Mclean, Jorge: *op. cit.*, pp. 31-32.

11. Brewer-Carías, Allan R.: "Las transformaciones de la Administración Pública para el desarrollo" (conferencia), inserta en *Informe cit.*, tomo I, apéndice N° 1, p. 65.

cambios, en la generalidad de los casos, a verdaderas necesidades administrativas...".¹²

Es posible, y hasta nos atrevemos a admitirlo, que nuestra división político-territorial sea realmente un escollo para una adecuada política de regionalización, y que la torne particularmente difícil, pero estimamos que fue acertado emprenderla sin proponerse previamente la reforma constitucional en punto a dicha división. La idea de sustituir los actuales Estados por regiones —con este nombre o con aquel— puede ser, al menos teóricamente, una meta hacia la cual pudiera tenderse, pero que no es indispensable para avanzar en el camino de la regionalización administrativa en función del desarrollo regional; ni creemos deba hacerse sin sopesar la carga afectiva e histórico-cultural que vincula el individuo a "su Estado". Las realidades no pueden desconocerse, como que se nos imponen, querámoslo o no; tampoco se puede abrigar respecto de ellas la pretensión de creer que basta con negarlas para que desaparezcan o se transformen. Así como la región, como elemento natural, conforma un marco geográfico definido y definible, si no se quiere caer, bajo otras denominaciones, en creaciones igualmente artificiales y hasta caprichosas que sirve de escenario a una actividad económico-social y cultural asignada de peculiares características tipificadoras, y marcada, inclusive, por una estructura mental y afectiva identificable, por ser expresión —la región— de una auténtica vivencia, la llamada entidad federal, los Estados, también han pasado a constituir entre nosotros, al cabo de luengos años de existencia, una realidad vivencial que se nos impone con la fuerza incontrastable de los hechos y que no puede dejarse de lado de la noche a la mañana, así su ámbito pueda no dimensionar el marco apropiado para una reestructuración administrativa cónsona con las exigencias del desarrollo. Nos inclinamos a pensar que el ente territorial estatal nuestro, si bien puede constituir una dificultad para la regionalización, no es, empero, un obstáculo insuperable, y debe mantenerse, al menos mientras no se opere un cambio de mentalidad y aun de sentimientos que haga viable la introducción de modificaciones sustanciales, si acaso llegara a ser posible. El Estado, salvo casos de Estado-región, el Zulia, por ejemplo, podría verse más bien como un elemento de integración dentro del marco más

12. Hernández Ron, J.M.: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, 2ª edición. Caracas, Editorial Las Novedades, tomo II, p. 273.

amplio de la región, con lo que la regionalización se constituiría en factor integracionista, y serviría para fomentar entre otros objetivos, una solidaridad interestadal inspirada en propósitos de justicia social interna y orientada hacia la más cumplida realización del bien común.

La experiencia iniciada en 1969 y los avances logrados, bien que limitados entonces y menoscabados de un tiempo a esta parte, constituyen prenda cierta de cuanto dejamos dicho, y, por consiguiente, debieran servir de estímulo para retomar el camino, actuando con prevaleciente sentido de apego a una sana política de continuidad administrativa, lo que no implica, en modo alguno, sujeción irrestricta a rígidos patrones, ya que en este campo es donde la acción oficial, precisamente por tratarse de una experiencia nueva y todavía novedosa, requiere moverse con mayor flexibilidad y prudencia.

b) *El centralismo.* Es evidente e incuestionablemente cierto que la estructura funcional político-administrativa en nuestro país, viene singularizada así desde el arranque como nación independiente, por un intenso, profundo y acentuado centralismo.

Jamás ha obstado a ese proceso de progresiva centralización, la proclamación formal de Venezuela como un Estado Federal. Existen ciertamente "autonomías regionales" con el nombre de Estados, pero el más ligero examen de la competencia constitucional definidora de dicha "autonomía", nos muestra que se trata de competencias minadas por lo que podríamos llamar anemia profunda. Los Estados, como entes públicos territoriales acusan un estrangulamiento irremediable en su competencia entre la plétora del Poder Nacional y la relativamente escuálida autonomía municipal.

Ya en 1879, en Mensaje dirigido al Congreso de Plenipotenciarios para abogar por la reducción a siete de los veinte Estados entonces existentes —en definitiva se les redujo a nueve—, Guzmán Blanco destacaba el centralismo imperante, en estos términos: "La experiencia nos prueba, sobre todo la del bienio último, que nuestros principios fundamentales, aunque muy libres, dando mucho poder a la entidad central, y disminuyendo el poder de las entidades autonómicas, pone a merced de la ambición de aquélla, la libertad y la estabilidad de la unión Federal". Y agregaba: "El grave defecto de las Constituciones del 64 (consagró

—anotamos— el sistema federal) y 74 *proviene de que el Presidente de la República dispone de toda autoridad, toda renta nacional, ejércitos y parques, empleos y gracias, además de la represión y la fuerza que tiene para difundir el terror entre los Estados, que no pueden en tal eventualidad, resistir, por despoblados, desarmados y casi paupérrimos*".¹³

Ese poder no ha hecho sino aumentar, primero por la plétora de funciones y cometidos que el Estado ha ido asumiendo, y luego por la acumulación y concentración incesante de los poderes de ese Estado hipertrófico, en las autoridades centrales y, señaladamente, en el llamado Poder Ejecutivo Nacional. "Una de las características fundamentales del Estado venezolano desde el punto de vista institucional es el de la excesiva centralización. Es decir, la excesiva concentración del poder político, administrativo y jurídico en la Administración Nacional...".¹⁴

Seguimos siendo un Estado federal que dejó de serlo hace ya muchos años, o que nunca lo fue, ni en lo político ni en lo administrativo, pero que en todo caso lo es ahora sólo "en los términos consagrados en la Constitución" (art. 2º), y esos términos no justifican sino bajo el punto estrictamente formal aquella calificación.

Tenemos, para decirlo en otra forma, un federalismo *sui generis*. Por eso se ha llegado a decir de él, que ha sido una ficción y una farsa "que no impidió al Poder Nacional intervenir en la administración de los Estados" y que fue en lo administrativo, durante el siglo XIX, "una entelequia formal que encubría una administración centralizada...".¹⁵

"La situación de Venezuela se caracteriza desde el punto de vista político, por la centralización y concentración de la autoridad política y administrativa a nivel central y por la existencia de centros inoperantes y débiles a nivel local".¹⁶ No es de extrañar que se abogue entonces, por considerarlo como necesidad inaplazable para poder avanzar en el camino de una sana política de regionalización, por "una profunda reforma en la que los

13. Guzmán Blanco, Antonio: "Mensaje al Congreso de Plenipotenciarios", en *Gaceta Oficial* (edición de la mañana). Caracas, 28-04-1879.

14. Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, p. 415.

15. Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, p. 421.

16. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 388.

principios del federalismo decadente de 1864, den paso a un proceso más moderno y provechoso para el país como es la política de regionalización del desarrollo. La regionalización debe ser el nuevo nombre del Federalismo".¹⁷ La excesiva centralización que se deja referida en el ámbito de la administración pública nacional, ha proyectado sus efectos, como parece obvio que ocurriera, en el sector privado, el cual se ha organizado en forma similar, "ya que siendo el primero la principal fuente de financiamiento, el mayor empleador y el más importante consumidor, es lógico que la localización empresarial se haya hecho tomando en consideración dichos factores, lo que conlleva la ubicación de las grandes empresas en la capital administrativa que se convierte en esta forma, además, en capital financiera".¹⁸

Pero no sólo la excesiva centralización constituye seria dificultad para el proceso de regionalización; más que esto, que al fin y al cabo podría obviarse mediante la utilización de mecanismos constitucionales y legales existentes, conforme lo señalaremos más adelante, creemos que lo que más obstaculiza y dificulta dicho proceso, es la mentalidad centralista que sin lugar a dudas impera en el seno de la Administración Pública Nacional, y aun fuera de ella; mentalidad forjada quizás de manera insensible al amparo de la profunda tendencia centralizadora que signa nuestro devenir político administrativo, y que se halla de tal modo arraigada, que hasta cuando razonamos en favor de una descentralización ponderada y progresiva por juzgarla condición indispensable, entre otras, de un moderado proceso de regionalización, suele asaltarnos la duda de si no estaremos siendo traicionados por nuestro propio pensamiento, que pareciera no poder librarse de las ataduras que involucra la referida mentalidad.

Algunas disposiciones constitucionales parecieron ser el fruto más expresivo y elocuente de ese estado mental. Nos referimos, por ejemplo, a los artículos 22 y 137 del texto constitucional en vigor. El primero prescribe: "La ley podrá establecer la forma de elección y remoción de los Gobernadores (de los Estados), de acuerdo con los principios consagrados en el artículo 3º de esta Constitución. *El respectivo proyecto deberá ser previamente admitido por las Cámaras en sesión conjunta, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros.* La Ley respectiva no estará sujeta

17. Sánchez Melean, Jorge: *op. cit.*, p. 27.

18. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 388.

al veto del Presidente de la República. *Mientras no se dicte la ley prevista en este artículo, los Gobernadores serán nombrados y removidos libremente por el Presidente de la República'* (el subrayado es nuestro). ¿No apunta de modo claro en este dispositivo constitucional la mentalidad referida, cuando se somete la admisión de la ley a que se contrae dicho dispositivo a exigencias y requisitos especiales, inclusive una alta mayoría calificada referida a la totalidad de los miembros de las Cámaras, lo que no ocurre respecto de otras leyes aun teniendo el carácter de orgánicas? Por otra parte, la Constitución lleva ya más de dieciséis años de vigencia, por lo que procede a preguntarse: ¿se dictará algún día la mencionada ley? Iguales consideraciones hace pertinentes el texto del artículo 137 citado antes. Dice así dicha disposición: "El Congreso, *por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara*, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa". Una disposición similar, aunque adminiculada a otra materia, se consignó en la Constitución de 1947 (ver art. 139 de dicha Carta). Cuando se debatió ese artículo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, prevaleció en determinado momento la objeción que se hizo a la mayoría calificada que exigía la disposición original, pero en definitiva se aprobó el artículo manteniéndose el requisito de las dos terceras partes, que reproduce el texto constitucional en vigor.¹⁹

Inclusive la posibilidad de descentralizar ya no territorialmente, sino por servicios, mediante decreto ejecutivo, quedó cerrada al prescribir el artículo 230 de la Constitución vigente, que "sólo por ley, y en conformidad con la ley orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos..."

La actitud del funcionario público, acorde con esa mentalidad, suele ser poco permeable al traspaso de atribuciones y facultades de su esfera de acción hacia otros niveles. Por lo general se mueve con el celo de un señor feudal, presto a convertir el ámbito de sus atribuciones en una especie de coto cerrado e infranqueable. Y esto, que pudiera pensarse tipifica una actitud excepcional, es por el contrario la regla, y se extiende a todos los niveles, rangos y jerarquías.

19. Asamblea Nacional Constituyente (1947), *Diario de Debates*, sesión del día 25-03-47.

Desde luego, no es invencible esa resistencia. Somos calificados testigos de cómo al acometerse en 1969 el proceso de reforma administrativa, del cual formó parte importante la regionalización administrativa, bajo el signo de una nueva estrategia —nueva porque antes no se había definido ninguna— y con el lema: “lograr la reforma de la administración por toda la administración”, se fue abriendo paso una receptividad creciente de parte de los servidores del Estado; y ello permitió los avances paulatinos aunque lentos, fuerza es reconocerlo, que se fueron logrando y que ya hoy conformarían jalones de importancia en dicho proceso, con sólo haber mantenido la insistencia, empeño y entusiasmo que caracterizaron la etapa inicial de la regionalización administrativa generalizada en Venezuela.

No podemos cerrar el acápite enumerador de las dificultades que restan dinamismo al proceso regionalizador entre nosotros, tornándolo lento y penoso, aunque no imposible, sin hacer referencia al crecimiento de nuestra administración pública nacional, y sobre todo, a las formas de ese crecimiento. Nos resistimos a calificarlo de caótico, pero si lo hiciéramos no estaríamos pecando por exceso. “La creación en menos de 40 años (1936-1973) de más de 80 entidades descentralizadas, muchas de las cuales han sido desgajadas de la administración central ministerial, sin que dicho proceso haya obedecido a algún plan previo o se haya realizado con base a criterios preestablecidos, no sólo ha producido una desintegración del conjunto de la administración pública, originando innumerables problemas de coordinación y control, sino que ha afectado la autoridad y poder ministerial, tan importante dentro de la estructura formal del Poder Ejecutivo”.²⁰ Y ciertamente uno de los mayores tropiezos que tuvo la implementación del proceso regionalizador, fue la situación caótica en materia de regionalización o zonificación que presentaban los diversos organismos públicos al momento de promulgarse el primer decreto, en 1969, sobre regionalización administrativa.²¹

4. LA REGIONALIZACION ADMINISTRATIVA

En las circunstancias expuestas, el empeño regionalizador tuvo que limitarse al aspecto administrativo y se inicia en 1969 con lo que hemos dado en llamar “regionalización generalizada”

20. Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, p. 389.

21. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 400.

por extenderse a todo el país. Nos referimos, pues, a ésta de modo particular. Comenzaremos señalando la función instrumental que le incumbe a la administración pública, dentro de un Estado social de derecho, como ahora suele decirse, para servir en forma idónea, oportuna, permanente y eficiente a los objetivos del desarrollo nacional. Bajo una concepción semejante lo primero que se impone es la adecuación de la administración, mediante la reforma que sea menester, a las exigencias y requerimientos de aquellos objetivos. En el caso de nuestra administración, crecida al impulso de variadas circunstancias, sin orden ni concierto, como antes se ha expresado, la reforma sigue teniendo el carácter de un imperativo insoslayable y urgente. El esfuerzo que se acometió en 1969 debe ser continuado, a cuyo efecto serán de gran utilidad los estudios, serios por bien documentados y apoyados, extensos y profundos, que como fruto de su encomiable labor dejó terminados, en 1973, la Comisión de Administración Pública.

Mas, volviendo al punto inicial de referencia, diremos que la regionalización administrativa, extendida y generalizada a partir de 1969, a pesar de todos los obstáculos y dificultades existentes, presupone varias cuestiones, a saber: la determinación de las regiones. Nosotros preferimos decir identificación, porque partimos de la noción de la región como realidad geosociocultural e histórica, esto es, como algo natural, con elementos caracterizadores y peculiaridades específicas, que permiten —con dificultades, pero lo permiten— identificarla y tipificarla.²²

Se ha definido la región "como un espacio intermedio para la planificación. Constituye un área de tamaño adecuado para armonizar los esfuerzos de la Administración Nacional, Estatal y Municipal; es a nivel regional donde mejor se puede lograr el mutuo conocimiento de las actividades proyectadas y una eficaz sincronización de las operaciones de ejecución. También es a nivel regional donde se pueden aglutinar las fuerzas sociales espon-

22. Cuando advertimos las serias dificultades para una precisa determinación regional, caemos en la cuenta de que tampoco debió resultar fácil —entonces menos que ahora— llegar a nuestra actual división político-territorial en estados, territorios y dependencias federales. Hasta qué punto, pensamos, cuando Guzmán Blanco proponía la reducción a siete de nuestros Estados, no se estaba adelantando, aunque en el fondo lo determinarán otras razones, a los recientes intentos de regionalización. Por lo demás, las dificultades para hacer o determinar una adecuada división por regiones, queda demostrada con los múltiples estudios y propuestas existentes al respecto (IRFED, CENDES, FRIEDMAN, etc.), amén de lo que resulta de los propios decretos de regionalización administrativa.

táneas".²³ Esa posibilidad de aglutinación de las fuerzas sociales será más factible, agregamos, en tanto en cuanto la región realice el desiderátum de su naturalidad como entidad geosociocultural e histórica, sin que falte, también como elemento natural, aunque no decisivo o determinante, el ingrediente económico.

"Si alguna noción ecológica tiene raíz de realidad auténtica es el concepto de región. No podemos desconocer que en determinada conjunción de medio y grupos se forman vivencias comunes, comunes emociones y reacciones similares ante los factores actuantes, sin que se pueda muchas veces circunscribirlas en términos de geografía política. Esta comunidad regional en que se integran la comunidad vecinal y el municipio, así como en el municipio se integra la comunidad familiar, tiende a su vez naturalmente a integrarse dentro de la comunidad nacional, signo de plenitud en la expansión social del hombre...".²⁴

La región debe resultar, en consecuencia, el ámbito apropiado para lograr, a su nivel, en el caso venezolano, tomando en cuenta nuestra organización político-administrativa, una doble convergencia: de la acción administrativa nacional, centralizada y descentralizada, y de la acción administrativa estatal y municipal.

Presupone asimismo la regionalización una adecuación a los términos o áreas regionales de los órganos desconcentrados de la administración nacional, centralizada y descentralizada, así como de los órganos de los entes locales (estadales y municipales), estos últimos mediante los mecanismos que consienta el ordenamiento jurídico.

Presupone, además la estructuración de órganos propios de las regiones, en los cuales se realice una adecuada integración del sector público, y de éste y el sector privado a nivel regional, con miras de lograr una conjunción de esfuerzos que atienda a satisfacer, mediante una efectiva participación, las tareas de planificación, coordinación, control de ejecución y evaluación, en el ámbito regional.

Presupone, igualmente, un proceso paulatino de desconcentración funcional, el cual puede comenzar por una prudente dele-

23. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 422.

24. Caldera, Rafael: *El Mito del Andinismo*, conferencia dictada en la ULA el 29-05-58, al recibir el título de Profesor Honorario. Ver dicha conferencia en la obra del nombrado autor *Temas de Sociología Venezolana*. Caracas, 1970, Editorial Tiempo Nuevo, p. 133.

gación de funciones hacia los órganos desconcentrados de la administración nacional, seguir con una efectiva desconcentración, y tender, a plazo mediano, hacia una auténtica descentralización, institucional cuando sea aconsejable, y territorial cuando se estime juiciosamente que están dadas las condiciones para ello.

Supone también la asignación de recursos suficientes para atender a la promoción y financiamiento de proyectos y programas de desarrollo regional, canalizada tal asignación a través de los mecanismos institucionalizados para cumplir esa finalidad.

A) *El Decreto de 1969 sobre regionalización*

Con fecha 11 de junio de 1969, se expidió el Decreto Ejecutivo N° 72 sobre Regionalización Administrativa. Se partió del criterio de que "la ejecución de una sana política de regionalización hace indispensable el que se tomen una serie de medidas básicas tendientes a lograr una mayor desconcentración del poder del gobierno central hacia las regiones, una participación más activa de las unidades de gobierno estatal en el orden político, la consulta y utilización de las diversas opiniones tanto económicas como políticas de la región, una mayor preocupación del gobierno central por los problemas locales y una mayor flexibilidad de acción a nivel regional...".²⁵

El instrumento mencionado comienza por dividir el territorio nacional en ocho regiones administrativas, a los fines de la ordenación de las actividades que el Ejecutivo Nacional desarrolla en todo el país.

Precisa el decreto los nombres y composición de las regiones, las cuales resultan de la agrupación total o parcial de una o más entidades federales (estados y territorios), con excepción de la Región Zuliana, constituida por el Estado Zulia únicamente (caso típico de Estado-Región).

Contempla el decreto el funcionamiento en cada una de las regiones de una Oficina Regional de Coordinación y Planificación (ORCOPLAN), dependiente de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN), y les señala y define sus atribuciones. Al mismo tiempo prevé la posibilidad para CORDIPLAN de delegar total o parcialmente en otros organismos de

25. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, pp. 390-391.

desarrollo regional, el cumplimiento de las funciones atribuidas a los ORCOPLANES. En uso de dicha facultad se delegó en CONZUPLAN, organismo planificador de la Región Centro-Occidental, el ejercicio de tales funciones en sus respectivas regiones.

Otros órganos de carácter regional previstos en el instrumento mencionado para cada una de las regiones, fueron los Comités Regionales de Coordinación (CORECOS). Estaban integrados por los Gobernadores y los jefes de los servicios dependientes de la Administración Nacional, de los Institutos Autónomos y de las Empresas del Estado que actúan en la región, y por el Director del respectivo ORCOPLAN, quien actuaba como Secretario Ejecutivo. Se contemplaba la posibilidad de invitar a los organismos estatales, municipales o privados a participar en las reuniones del Comité a título consultivo. Los CORECOS serían presididos sucesivamente por cada uno de los Gobernadores de las entidades federales integrantes de la región. A dichos organismos también se les señalaban, como resulta obvio, sus atribuciones.

Se crearon igualmente sendos Consejos Regionales de Desarrollo (COREDES), de carácter consultivo, integrados por los miembros de los CORECOS; los Presidentes de los Concejos Municipales; los Presidentes de las Asambleas Legislativas; tres representantes de los sectores culturales, en especial de las Universidades; tres representantes de los colegios profesionales; cinco representantes del sector laboral urbano y campesino, y cinco representantes de los sectores de la producción, comercio y servicios. El Director de ORCOPLAN regional actuaba también como Secretario Ejecutivo. Se preveía que formasen parte también de estos organismos los Presidentes de las Fundaciones de Desarrollo Regional donde éstas existan; se establecían las reuniones una vez al año, por lo menos, y se determinaban sus atribuciones. Como una de las finalidades del Decreto, según resulta de sus Considerandos, era posibilitar las labores de coordinación de actividades de los Ministerios, Institutos Autónomos y Empresas del Estado a nivel regional, lo que resultaba dificultado por la "no coincidencia de las zonas" en que dichos organismos han dividido el territorio nacional, se consignó en sus disposiciones la obligación para dichas dependencias de adaptar gradualmente su organización a las regiones definidas en el citado texto, y se fijó para

ello un lapso que finalizaba el 1º de enero de 1970. Se contempló la posibilidad de establecer excepciones temporales o permanentes para dicha adaptación, por razones debidamente comprobadas por la dependencia respectiva. Se le asignó a las Corporaciones Venezolanas de Guayana y a la de Los Andes, además de las funciones que tenían por los instrumentos que determinaron su creación, la de cumplir en sus respectivas regiones con las funciones propias de los ORCOPLANES. Finalmente, se exceptuaron de los términos del decreto los servicios relativos a la defensa nacional y la seguridad del Estado.

Las funciones de los organismos regionales que se dejan reseñados pueden resumirse así: los ORCOPLANES, en líneas generales, cumplir tareas de asesoramiento (de las administraciones estatales y municipales de la región, en la elaboración y control de ejecución de sus presupuestos, cuando les fuera requerido por el Gobernador o el Presidente del Concejo Municipal respectivo); la planificación del desarrollo regional dentro del ámbito del Plan de la Nación, y la coordinación de actividades de los servicios dependientes de la administración nacional y de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, entre sí, y con las de los gobiernos estatales y municipales de la región.

Los CORECOS, fundamentalmente funciones de coordinación a nivel regional; y los COREDES, proponer políticas económicas y sociales para la región, lo que supone el conocimiento de la situación económica y social de la región y de los planes de desarrollo.

Simultáneamente se elaboraron los proyectos en base a los cuales se solicitaría —como se solicitó— del Congreso la sanción de las leyes respectivas para la creación de las correspondientes Corporaciones Regionales de Desarrollo. Surgieron de ese modo la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), creada por ley de 9 de julio de 1969 (*Gaceta Oficial* Nº 28.979, del 26-7-69); la Corporación de Desarrollo de la Región Nor-Oriental (CORPORIENTE) (*Gaceta Oficial* Nº 29.313, del 8-9-70), y la Corporación de Desarrollo de la Región Centro-Occidental (CORPO-OCCIDENTE) (*Gaceta Oficial* Nº 29.711, del 18-9-72). En 1971 se reforma la Ley relativa a la Corporación de Desarrollo de Los Andes (CORPOANDES) (*Gaceta Oficial* Nº 29.623, del 24-09-71). Por Resolución Nº 51 del Ministerio de Obras Públicas, del 3 de julio de 1969 (*Gaceta Oficial*

Nº 28.962, del 4-7-69), se creó la Comisión de Desarrollo del Sur (CODESUR).²⁶

Las Corporaciones atendían fundamentalmente las funciones de promoción y financiamiento del desarrollo regional en sus respectivas regiones. En las regiones Capital y Central tales funciones seguíanse cumpliendo, aunque no estuviera establecido para ese momento de modo expreso, por la Corporación Venezolana de Fomento (CVF).

Huelga decir que el Decreto de 1969, por constituir el punto de partida en materia de regionalización administrativa generalizada, debió tropezar con serias dificultades, entre las cuales procede señalar las siguientes: a) la adecuación de los órganos descentrados de la administración nacional, centralizada y descentralizada, a la división por regiones, no podía resultar fácil debido a la situación poco menos que caótica, anárquica si se quiere, existente en este sentido. De allí que hasta inicios de 1972, vencido largamente el lapso señalado en el decreto para ello, el proceso de adaptación y uniformidad no se había efectuado en la medida de lo esperado.²⁷

"Dos fueron las razones más importantes que retardaron la implementación de ese proceso: la ausencia de instrumentos para llevar a cabo la acción de adaptación; y la situación caótica en materia de regionalización o zonificación que presentaban los diversos organismos públicos al momento de la promulgación del Decreto".²⁸

La función de coordinación como tarea de los ORCOPLANES no debió resultar por lo demás operativa, pues no tenían dichos órganos la jerarquía ni la autoridad suficiente para cumplir aquella función, respecto de una constelación de unidades de campo zonificadas conforme a los criterios más variados y habituadas a actuar cada una por su lado, sin reconocer por lo general más autoridad que la del órgano superior directo, ubicado a nivel

26. CODESUR tendría a su cargo el estudio, evaluación y planificación del desarrollo del área integrada por el Distrito Cedeño del Estado Bolívar y el Territorio Federal Amazonas. Sobre el trabajo cumplido por dicha Comisión, consúltese el libro de José Curiel Rodríguez, ex Ministro de Obras Públicas, intitulado *Pensando en Venezuela*. Caracas, Cultural Venezolana S.A. pp. 23-132.

27. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 400.

28. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 400.

central. A los propios Gobernadores de Estados, agentes del Ejecutivo Nacional en su respectiva circunscripción, les resultaba muchas veces difícil esa tarea, cuanto más no habría de resultarle a los ORCOPLANES. La tarea de planificación regional tampoco debió resultarles expedita por la ausencia de información debidamente ordenada, sistematizada y procesada. Sólo aquellos organismos de nivel regional que ya venían cumpliendo tales funciones y que continuaron teniéndolas desde ese momento por delegación, estuvieron en capacidad de dar un rendimiento inmediato (CONZUPLAN y FUDECO). El primer Plan Regional del Zulia se publicó a principios de 1972.

Los CORECOS, por su composición, hubieran estado quizás en condiciones de cumplir la tarea de coordinación que como actividad principal se les asignaba. La presencia en ellos de los Gobernadores, juntamente con la del Director del respectivo ORCOPLAN, lo hacía factible; sin embargo, su composición numerosa, pues a los nombrados funcionarios debían añadirse los Jefes de los servicios dependientes de la Administración Pública Nacional y de los Institutos Autónomos y Empresas del Estado, actuantes en la región, terminaba por hacer poco operantes dichos organismos. La experiencia, recogida luego en el Decreto sobre Regionalización de 1972, así lo demostró.

Por lo demás, en la organización regional que contemplaba el Decreto, estaba presente como preocupación importante, la idea de participación, fundamental dentro de una concepción democrática que aspire a superar la noción meramente formal y estrictamente electoral de la misma, y tienda a realizarse plenamente como gobierno del pueblo y para el pueblo; y apuntaba también, naturalmente, la idea de planificación democrática, "cuya característica esencial reside en el llamado que se hace a la colectividad para que exprese, directa o indirectamente, sus preferencias".²⁹

B) *El Decreto de 1972 sobre regionalización*

Como fruto inmediato de la experiencia derivada de la aplicación del Decreto comentado antes, se le derogó y sustituyó por el dictado bajo el N° 929, de 5 de abril de 1972, denominado *Reglamento de Regionalización Administrativa*. El citado Reglamento mantiene en ocho el número de las regiones, pero intro-

29. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 438.

duce ligeras modificaciones en la composición de algunas de ellas, como consecuencia de las agrupaciones estatales contenidas en las leyes creadoras de ciertas Corporaciones Regionales de Desarrollo. Se crea en cada región un Comité Regional de Gobierno (COREGO), integrado por los Gobernadores de los Estados que componen la región, en su carácter de Agentes del Ejecutivo Nacional, por el Presidente de la Corporación de Desarrollo Regional y por el Director del ORCOPLAN regional, quien actuará como Secretario Ejecutivo.

La Presidencia del COREGO se ejercía en forma rotativa anual por los gobernadores respectivos, conforme al orden alfabético de las entidades correspondientes. Este organismo, por la forma de su estructuración: número reducido de personas, la jerarquía de los funcionarios integrantes, las funciones que ejercían y su representatividad, así como el carácter con el cual participaban en dicho organismo los gobernadores, vino a resultar —al menos es lo que se pudo evidenciar durante su limitada vigencia, pues fueron suprimidos en el quinquenio gubernamental siguiente— muy operativo y eficaz en el cumplimiento de sus cometidos, que eran fundamentalmente de promoción, coordinación y control de ejecución de proyectos y actividades a nivel regional.

Por las observaciones que nos permitimos formular precedentemente en relación a los CORECOS, se reemplazó a éstos por los Comités Sectoriales Regionales de Coordinación (COSERCOS), integrados por los Delegados o Directores Regionales de los Ministerios, Institutos Autónomos y Empresas del Estado, responsables de las delegaciones o direcciones que el propio Decreto prescribía como forma de organización y adaptación al nivel regional, de los diversos organismos de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, que llevan a cabo actividades en las regiones; por sendos representantes de los organismos estatales, municipales o privados que se considerasen convenientes, y por un representante del ORCOPLAN. Cumplían funciones de coordinación de carácter sectorial. El Decreto mantenía el Consejo Regional de Desarrollo (COREDES) y creó el Consejo Nacional de Desarrollo Regional (CONADES), para cumplir, fundamentalmente al nivel nacional, funciones de armonización de los planes de desarrollo regional, y proponer al Ejecutivo Nacional a través de CORDIPLAN, políticas económicas y sociales de índole nacional, relativas al desarrollo regional; y función muy impor-

tante desde el punto de vista de la adaptación y consolidación de la organización regional, la de "promover entre las organizaciones y federaciones económicas, laborales y profesionales, nacionales y regionales, la adopción de la división regional establecida por el Decreto, a los fines del funcionamiento de las mismas".

Contemplaba el Reglamento en examen la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de crear áreas de programación especial y subregiones técnicas o administrativas, en presencia de razones que lo justificasen.

Se establecieron en dicho Reglamento normas atinentes a las Convenciones de Gobernadores. Se contemplaron normas apropiadas para la desconcentración de la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada. Se consignó expresamente la delegación, en los términos siguientes: "Los Ministros delegarán, en la medida de lo posible, la firma en los funcionarios que tengan a su cargo direcciones o dependencias regionales, sobre los asuntos que conciernen a la región, de conformidad con el Reglamento de Delegación de Firmas de los Ministros del Ejecutivo Nacional" (art. 28). Otro dispositivo de singular importancia es el que obliga a canalizar las actividades de la administración pública nacional, de carácter no bancario, tendientes a la concesión de créditos en las regiones para el financiamiento de proyectos de desarrollo, a través de las Corporaciones de Desarrollo Regional (art. 30). El Reglamento en cuestión constituyó un paso de avance significativo en el proceso de regionalización. Todos los organismos que contemplaba como mecanismos operativos a nivel regional, se constituyeron oportunamente y comenzaron a funcionar, notándose inclusive, mucho entusiasmo en sus componentes en el cumplimiento de su cometido. Prueba de ello fueron las dos jornadas sobre Presupuesto Regional Consolidado, que se llevaron a cabo con evidente éxito; las Convenciones Regionales, ocho en total, cumplidas también con mucho éxito. Se aprovechó, inclusive, la realización de tales Convenciones para dejar constituidos, juramentados y en actividad, algunos CONSERCOS pendientes de estructuración. Y las Convenciones nacionales de Gobernadores Nos. XV y XVI, las cuales se efectuaron, conforme se deja indicado (ver Introducción), bajo el signo del desarrollo regional.

Por otra parte, los Ministerios de Educación y de Hacienda tomaron la iniciativa de adaptar su organización en el interior del país, a la división por regiones establecida en el Reglamento

antes indicado. Las Oficinas Regionales de Educación (ORE) comenzaron a instalarse en 1970, en las Regiones Capital, Central, Zulia y Centro-Occidental, y prosiguieron hasta copar todas las regiones, contemplándose zonas a nivel de los Estados. En lo que respecta al Ministerio de Hacienda, la adopción se hizo conforme a los términos del Decreto N° 924, del 5 de abril de 1972, denominado "Reglamento sobre Competencia de las Administraciones Regionales, Sectores y Unidades de Hacienda".³⁰

El Reglamento en cuestión creó las Administraciones Regionales de Hacienda, coincidiendo con las ocho regiones administrativas definidas en el Reglamento sobre Regionalización; creó, además, los Sectores, "subordinados a una Administración de Hacienda, y las Unidades, que dependerán de una Administración o de un Sector de Hacienda" (art. 4°). Atribuyó a las Administraciones de Hacienda competencia para conocer de los asuntos referentes a las rentas de acuerdo con las atribuciones que las respectivas leyes determinen y conforme a lo que dispusiera el Ministro de Hacienda. Puso al frente de cada Administración Regional a un funcionario denominado Administrador Regional de Hacienda, con el carácter de Inspector Fiscal General de Hacienda y las atribuciones que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional asigna a los Inspectores y Fiscales de Hacienda. En una palabra, el Reglamento de regionalización del Ministerio de Hacienda, vino a ser el instrumento idóneo para llevar a cabo, respecto de ese Ministerio, un verdadero proceso de adaptación de su organización a la división territorial por regiones, al mismo tiempo que de desconcentración orgánica y funcional.

Lo expuesto hasta el presente pone de manifiesto que la regionalización, bien que difícil por las circunstancias y peculiaridades que se han dejado señaladas, no era —ni es— imposible; que avanzaba sobre bases cada vez más firmes hacia su consolidación, y que iba camino de cumplir las etapas que se habían previsto, a saber: la división regional; la adaptación orgánica y funcional a dicha división, y la adecuada concertación de actividades, en orden a lograr la regionalización del presupuesto, la desagregación por regiones del Plan de la Nación, "instrumento valioso para la formulación de los planes regionales, al permitir conocer con respecto a cada región los objetivos y metas, los pro-

30. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 29.777, del 11-4-72.

gramas de inversión y los programas de gastos de operación y financiamiento"³¹ y, finalmente, la articulación y compatibilización de los planes regionales con el Plan Nacional.

5. CARACTERISTICAS DE LA REGIONALIZACION

La regionalización adelantada hasta ese momento, presentaba las siguientes características: adecuación del elemento participativo, fundamental para una verdadera y auténtica democracia; marcado carácter integracionista y solidario, fundamentales para el fortalecimiento de la unidad nacional. En este punto traemos a memoria lo que expresamos en el discurso de clausura de la XV Convención de Gobernadores: "Una de las tareas que más me entusiasma, uno de los empeños que más me emociona, una de las aspiraciones que más hondamente sacude mi fibra de ser venezolano —porque la considero además como una de las medidas de más acendrado acento nacionalista de este Gobierno—, es esta que trata de impulsar el desarrollo, pero con un sentido de desarrollo regional; porque no se trata de desatender ni desentenderse de ninguna región, ni de ninguna comunidad, como tampoco se trata de volcar en una sola de ellas toda la atención y todos los recursos. Se trata, por el contrario, de atenderlas a todas por igual, de volcar en todas ellas la atención oficial, de promover y favorecer el entusiasmo y la participación de todos, personas, instituciones y sectores en esta empresa del desarrollo regional, que no puede ni debe ser exclusiva misión del Estado, ni exclusiva tarea oficial. Y en la medida, pienso, en que tal cosa hacemos, estamos contribuyendo a vencer resistencias, estamos contribuyendo a erradicar soterrados resentimientos. En una palabra, estamos contribuyendo a fortalecer la unidad nacional, que es uno de los altos fines consagrados en el preámbulo de la Constitución Nacional".³² Realización práctica de la justicia social en el orden interno; iniciación de un proceso de desconcentración con miras a llegar a verdaderas y adecuadas formas de descentralización; nuevo estilo de gobierno, caracterizado por el diálogo como elemento de intercompenetración entre gobernantes y gobernados; conciencias de las posibilidades regionales y de que la participación de las regiones en la planificación, ejecución y control de su propio desarrollo, en armonía con los planes e intereses nacionales,

31. Comisión de Administración Pública, *Informe cit.*, tomo I, p. 444.

32. Andrade Labarca, Nectario: *op. cit.*, p. 14.

es la vía más cierta, clara y segura para lograr un desarrollo acelerado, integral y armónico, capaz de hacer realidad la justicia, fomentar la solidaridad social, propiciar el bien común, y fortalecer la unidad nacional.

6. LA REGIONALIZACION A PARTIR DE 1974

De comienzos de 1974, fecha de instauración de un nuevo gobierno, para acá, se han promulgado varios decretos a los cuales, expresa o implícitamente, se les ha asignado incidencia, así sea parcial, sobre el desarrollo regional. Centraremos la atención en aquellos a los cuales les atribuimos vinculación más directa con la materia, limitándonos, por lo que hace a los demás, a una rápida referencia.

Decreto N° 133, del 4 de junio de 1974. Impone la obligación a los Ministerios, Ejecutivos Regionales, Corporaciones, Institutos Autónomos y Empresas del Estado, de contratar los estudios de investigación que requieran, con las Universidades, Academias Nacionales, Institutos de Educación Superior y de Investigación, con prioridad en cuanto a los centros ubicados en la región de que se trate. Plausible la finalidad, no es en realidad un mecanismo de regionalización, aun cuando pretende incentivar los estudios e investigaciones al nivel regional. Aparte de lo dicho, proceden fundadas dudas acerca de la legitimidad de la potestad del Ejecutivo Nacional para imponerle obligaciones de esa índole a los Ejecutivos Regionales.

Decreto N° 134, del 4 de junio de 1974. Se propone promover la desconcentración industrial mediante el ofrecimiento de estímulos e incentivos. Tiene relación con el Decreto N° 135, también del 4 de junio del mismo año, el cual con fundamento en los poderes extraordinarios dados por el Congreso al Presidente de la República, "prohíbe la instalación de nuevas industrias en el Area Metropolitana de Caracas, y en las zonas adyacentes a las carreteras que salen de Caracas", las cuales se determinan en el decreto, salvo las medianas y pequeñas industrias que autorice el Ejecutivo Nacional, por estimarlas necesarias para el abastecimiento o servicio regular de la población. Este decreto fue reformado por el N° 713, de 21 de enero de 1975, y complementado por el N° 1.477, del 23 de marzo de 1976, que divide el país, a los efectos de trazar la política de desconcentración industrial para la industria manufacturera, en cuatro áreas que no

guardan adecuación con la regionalización administrativa vigente. Se dictó también, en relación al mismo asunto, el decreto N° 1.478, de 23 de marzo de 1976, referente a las industrias que pueden continuar en el área capitalina o establecerse en ella.

Como fácilmente se observa, estos decretos apenas se refieren o consideran aspectos que pueden incidir en el desarrollo regional, como el relativo a la desconcentración industrial, pero son, en todo caso, medidas aisladas, parciales, y desconectadas, inclusive, de la regionalización generalizada, como ya se deja indicado.

Decreto N° 136, del mismo 4 de junio de 1974, prescribe la obligación para los Ministerios, Gobiernos Regionales, Corporaciones Públicas, Institutos Autónomos y Empresas del Estado, de confiar a oficinas o empresas domiciliadas en la respectiva región, los proyectos y obras que se propongan contratar. Aunque persigue finalidades que enmarcan dentro del desarrollo regional, consiste en medidas aisladas, como antes se ha dicho, de discutible factibilidad, si se toma en cuenta la estructura de la administración nacional, la morosidad de sus procedimientos y los mecanismos de control a que está sujeta.

Decreto N° 137, también del 4 de junio de 1974, repite para las dependencias y entes mencionados en los decretos ya referidos, la obligación de adquirir los bienes y servicios que requieran en las respectivas localidades. Proceden los comentarios hechos precedentemente.

Decreto N° 141, del 4 de junio de 1974, establece la obligación para las dependencias y entes mencionados, de difundir los Avisos Oficiales sobre obras y actividades a realizarse en una región, en los medios de comunicación social de la región de que se trate. Proceden iguales comentarios a los ya hechos. En punto a la regionalización globalmente considerada, los Decretos que revisten mayor interés son el N° 479, del 8 de octubre de 1974, y el N° 1.331, del 16 de diciembre de 1975. El primero se propone, según resulta de sus términos, facilitar la permanente coordinación por parte del Presidente de la República, de las actividades, planes y programas de las Corporaciones Regionales de Desarrollo.

Le asigna a la Comisión de Desarrollo Regional del Consejo de Institutos Autónomos la coordinación de las actividades y la supervisión del cumplimiento de las funciones de las Corporacio-

nes Regionales de Desarrollo, para su adecuación a los planes y programas que sobre desarrollo económico y regionalización apruebe el Ejecutivo Nacional. Las funciones que le asignan a dicha Comisión son bastante similares a las que el Decreto de Regionalización Administrativa de 1972, puso a cargo del Consejo Nacional de Desarrollo Regional, organismo creado, como se recordará, por este último Decreto. Ello se explica si se tiene presente que el Decreto de octubre de 1974 a que venimos haciendo referencia, derogó las disposiciones del Capítulo V, artículos 22 al 25 del Decreto de Regionalización de 1972, que justamente consagraba las normas relativas al Consejo Nacional de Desarrollo Regional.

El segundo decreto de los dos mencionados precedentemente, o sea el N° 1.331, de 16 de diciembre de 1975, contiene el nuevo Reglamento de Regionalización Administrativa. Dicho decreto deroga las disposiciones que aún permanecían en vigencia del de Regionalización de 1972, y las que le resulten contrarias del Decreto N° 479, de 8 de octubre de 1974, ya comentado.

Se comienza por modificar la estructura regional preexistente y elevar el número de regiones a nueve. Restaura el Consejo Nacional de Desarrollo Regional, que un año antes se había suprimido, pero modifica su composición y amplía sus atribuciones, de cuyo contenido trasciende el retorno a un marcado espíritu centralista, el cual comenzaba a desaparecer en el decreto de 1972. Para comprobarlo, basta consultar en el referido decreto de 1975 las disposiciones de los ordinales 1, 4, 5, 6 y 7 del artículo 7°; el artículo 9° sobre evaluación de la actuación cumplida por las Corporaciones Regionales de Desarrollo; el aparte del artículo 13 y el artículo 17. El decreto elimina los Consejos Regionales de Desarrollo y crea en cambio Comités Regionales; pero estos últimos parecen reemplazar más bien a los COREGOS del decreto de 1972, dada la similitud de funciones, con lo que se hizo desaparecer un órgano de nivel regional, que por su composición y otros aspectos que nos permitimos señalar en su lugar, estaba llamado a ser y venía siendo realmente, un instrumento muy operante de coordinación a ese nivel. Elimina dicho Decreto las Oficinas Regionales de Coordinación y Planificación (ORCOPLANES), las cuales tenían tiempo funcionando y habían comenzado a acumular apreciable experiencia, para confiar sus funciones a Oficinas de Planificación, Proyectos y Presupuestos dentro

de las Corporaciones Regionales. Eliminó también los COSERCOS, organismos que, por su composición y funciones, constituían mecanismos de convergencia y concertación a nivel regional de los representantes del sector público, y también valioso órgano de coordinación por sectores de actividad. Y ello a pesar de la importancia que la Ley Orgánica de Coordinación de la Inversión del Situado Constitucional con los Planes Administrativos Desarrollados por el Poder Nacional, de 31 de julio de 1974, le atribuye a la coordinación y programación por sectores de actividades.

Lo expuesto parece indicar que si bien se han promulgado instrumentos normativos relacionados parcial o globalmente con la regionalización, o con aspectos que dicen relación con el desarrollo regional, se ha roto la continuidad en una materia que por nueva y aun novedosa, valía la pena mantener, dentro de un seguimiento atento y cuidadoso que permitiera su adecuación oportuna y prudente a las variables que la experiencia fuera sugiriendo. Vivir de ensayo en ensayo, sobre todo en campos requeridos de una experimentación juiciosa, no parece lo aconsejable para un país que acusa profundo desequilibrio en su desarrollo, pero que cuenta con inmensos recursos de toda índole, los cuales racionalmente utilizados podrían servir para superar, en plazo prudencial, esa situación. En todo caso, cabe esperar, o cuando menos desear, que se reactive el proceso de regionalización, y tomen cuerpo de viva realidad los mecanismos instituidos al respecto, ya que sólo así se podrán obtener proficuos resultados, capaces de aportar una experiencia que sirva para jalonar progresos incesantes en esta materia, como medio el más cierto y seguro de avanzar en el desarrollo integral y armónico de la nación.

7. CONCLUSIONES

No tenemos en Venezuela una estructura regional instituida constitucionalmente sobre la base de la división político-territorial en regiones, con el carácter éstas de entes autónomos con poderes normativos, administrativos y financieros, como ocurre en otras naciones, Italia, por ejemplo. Tenemos, sí, las entidades autónomas denominadas Estados, con autonomía muy limitada, como se ha señalado, debido al excesivo centralismo. Pero aunque ello constituya dificultad para arribar al establecimiento de un efectivo gobierno y administración regional, no es, empero, un obstáculo insalvable para iniciar un proceso de regionalización que

comience por lo administrativo, conforme se ha venido haciendo, y se proponga como meta el objetivo señalado, alcanzable mediante las reformas que fueren pertinentes del ordenamiento jurídico, inclusive a nivel constitucional. Existen, por lo demás, mecanismos constitucionales y legales para avanzar en ese propósito. Por vía sólo de ejemplos nos permitimos señalar los dispositivos de los artículos 10, 22, 28, 30, 137 y 229 de la Constitución Nacional; leyes (decreto-ley) como la que instituyó el sistema de planificación nacional y la ley de inversión y coordinación del situado constitucional; y reglamentos como el de Coordinación de Institutos Autónomos y el de Delegación de Firmas de los Ministros. Los Estados podrían, inclusive, conservarse aun llegándose a establecer constitucionalmente una reestructuración territorial por regiones, para evitar, como atinadamente se ha señalado, "la sustitución de una centralización nacional por una centralización regional".³³ Lo que sí resulta evidente, inaplazable y urgente, es la necesidad de avanzar en el camino de la regionalización, no sólo como medio de lograr un proceso de planificación, coordinación, evaluación y control de ejecución que impulse las regiones hacia un desarrollo acelerado, integral y armónico, sino que contribuya, además, a restaurar la confianza en la capacidad de la provincia para tomar en sus manos la responsabilidad de su progreso y bienestar. Esto último lo consideramos muy importante. Es necesario que la provincia, tenedora y proveedora generosa de recursos materiales inapreciables, perecederos y no perecederos o renovables, sienta que su elemento humano, igualmente importante por su número y calidad, es capaz de hacerla progresar incesantemente, y que dicho elemento cuente con las condiciones requeridas para realizarse sobre el propio escenario natural que le dimensiona su región, y sienta, además, que está contribuyendo a desarrollar su país, y acendrando, a través de su cotidiano quehacer regional, la plenitud de su amor a la patria.

33. Brewer-Carías, Allan R.: *op. cit.*, p. 434.

LA REGIONALIZACION EN VENEZUELA

FROILÁN ALVAREZ YÉPEZ

"La Regionalización —contrario a regionalismo— es integración, fortalecimiento de la Nación".

FAY, Conferencia, 1962

SUMARIO: 1. Se hace un examen somero de la vocación de Desarrollo Regional de las regiones venezolanas y cómo se ha recogido en distintas expresiones, en las Constituciones. Se sostiene que esa vocación no tuvo una respuesta en el ejercicio de la administración pública, porque no se había desarrollado un mecanismo capaz de interpretarlo. 2. Se dan razones justificando la necesidad de la regionalización, valorizando la función intelectual de los habitantes de la provincia. Injerencia directa de los instrumentos de regionalización en los planes y programas propios, como la mejor opción a la realidad venezolana y al logro del desarrollo integral del país. 3. Se hace una breve enumeración de los pasos que se han dado en favor de la institucionalización del desarrollo regional.

1. FUNDAMENTOS HISTORICOS. REFLEJOS CONSTITUCIONALES

La Declaratoria de Independencia, cuando dice: "Los Representantes de las Provincias Unidas de Caracas, Cumaná, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida y Trujillo, que forman la Confederación Americana de Venezuela", constituyó la primera manifestación de la voluntad de las provincias, de las regiones, de ser parte activa en las decisiones políticas y administrativas que afecten al país y por supuesto, en primera opción, ser factores determinantes de sus regiones manteniendo la unidad de la

nación, dentro de la voluntad de la desconcentración administrativa manifestada después tantas veces.

La Constitución de 1811 en su Declaratoria inicial señala el carácter nacional: "Establecer la siguiente Constitución, por la cual se han de gobernar y administrar estos Estados". En su capítulo preliminar manifiesta: "En todo lo que el pacto federal no estuviere expresamente delegado a la autoridad general de la confederación, conservará cada una de las provincias que la componen, su soberanía, libertad e independencia, en uso de ella tendrán el derecho exclusivo de arreglar su gobierno y administración territorial, bajo las leyes que crean convenientes, con tal que no sean comprendidas en esta Constitución...". Es evidente la voluntad de las provincias de no renunciar a su derecho de administrarse, de conocer sus recursos, mantener y respetar las características de sus pueblos. Tal delegación de derechos hubiese sido cambiar de metrópoli, antes subordinada a una nación, ahora a la capital de la República.

En la Constitución de 1830 se elimina el carácter federativo, señalándose en el artículo 5, título 1º, lo siguiente: "El Territorio de Venezuela comprende todo lo que antes de la transformación política de 1810 se denominaba Capitanía General de Venezuela. Para su mejor administración se dividirá en Provincias, Cantones y Parroquias, cuyos límites fijará la Ley". Ya esta disposición caracteriza cierta voluntad de desconcentración como fórmula administrativa, aun cuando la Constitución se hace centralista. Pero no se es consecuente con lo manifestado en el artículo citado, cuando el artículo 23, "de la administración interior de las provincias", que es de una pobreza deprimente, el capítulo sólo se refiere a la forma de nombrar los diputados cantonales y algunas generalidades de formalidad político-legal, sin ninguna referencia a la gestión directa para el conocimiento de la provincia, ni aportes administrativos que consoliden los postulados del artículo 5 del título 1º.

La Carta Fundamental de 1857, conserva lo enunciado en el artículo 5 del título 1º de la Constitución de 1810, pero aquí se menciona, título XVI, "Del Poder Municipal", que se ejerce por los Concejos Municipales de las cabeceras de Cantón, con ciertas prerrogativas o atribuciones de administración municipal, comprensiblemente limitadas por los pocos recursos financieros disponibles y la ausencia de técnicos para proveer una gestión capaz

de generar propuestas y trabajos con fisonomía propia en lo económico y en lo social; que de existir y actuar así, produciría una robusta nacionalidad, por los aportes regionales y por lo contrario no sería el desborde de las subculturas desde una metrópoli que se alimenta del exterior, ignorando y olvidando lo auténtico nacional.

La Constitución de 1858, minimiza el Poder Municipal propiamente dicho y resalta la función de las Legislaturas, que enmarca dentro del Poder Municipal. Las atribuciones de éstas dentro de esta versión de nuestra Constitución son importantes y da una jurisdicción más amplia que la de los Consejos Comunales, incluye algunas que podrían haber significado verdaderos avances dentro del Desarrollo Regional, como es el numeral 10 del artículo 128, título XVIII, que reza: "Promover la instrucción, el progreso de las ciencias y artes y los establecimientos de enseñanza práctica industrial, la apertura y mejora de las vías de comunicación terrestres y fluviales, el establecimiento de hospitales y casas de beneficencia y todo lo relativo a mejoras interiores y el numeral 11 del mismo título dice: "Legislar sobre todas las materias que no estén reservadas al Poder Nacional", magnífica legislación regional, responsabiliza a organismos locales, de desarrollo y servicios que deben administrarse según los recursos locales y con las prioridades reales y no perdidas en la confusión de las consideraciones nacionales.

En la exposición o motivación que precede a la promulgación de 1858, hay una expresión muy importante en el sentido, en el espíritu, cuando al referirse al tema se habla de regionalización como órgano genuino de la opinión nacional. "La descentralización del poder público se ha efectuado de la manera más compatible con el estado actual de la República y con las *indicaciones de la opinión*, en el ensanche dado al Poder Municipal"... indudablemente encontramos una vez más el espíritu nacional proclive a la desconcentración, pero aún no se encontraba la forma pragmática de expresarlo; sin embargo, ya se llega a una formulación próxima, cuando en los debates se menciona el hecho de una "descentralización en lo administrativo".

La expresión político-administrativa de una democracia integral, donde los ciudadanos capitalinos y los de la provincia disfrutasen de igual participación, igual acceso a manifestaciones culturales o científicas y adelantos de la humanidad o participar

en la solución de los problemas, se manifiesta teóricamente con las proposiciones federalistas, que hoy tienen su expresión en los mecanismos que favorecen la desconcentración y la regionalización administrativa. Ya desde entonces se acusa al Gobierno Central como el "gran instrumento de la corrupción". Sobre todos los argumentos, sobre todos los análisis sociológicos, administrativos o políticos hay un hecho innegable, que debería explotarse en sentido positivo y prioritario, cual es el espíritu igualitario del venezolano expresado en el trato diario, en manifestaciones literarias, cuando aparece el orgullo individual del venezolano, que en la medida en que las manifestaciones y avances culturales y económicos se hacen presentes en el país y se difunden, se siente con derecho a su acceso. Este sentimiento aprovechable con fines educativos, debería analizarse usando instrumentos regionalizados.

La Constitución de 1864, en el título II, Bases de la Unión, artículo 12, establece: "Los Estados que forman la unión venezolana reconocen recíprocamente sus autonomías, se declaran iguales en entidad política y conservan en toda su plenitud la soberanía no delegada expresamente en esta Constitución". Igualmente, en este Estatuto se consagra a las legislaturas de los Estados como representantes legítimos del pueblo, a ellas ha de acudir cuando el Ejecutivo considera inconstitucional una ley sancionada por el Congreso.

La lucha federal tiene una expresión auténtica: Federación igual Democracia, como anhelo igualitario, que es cierto en la medida en que se equiparan las posibilidades del ciudadano de la metrópoli con el de la provincia; es ahora que realmente hemos encontrado una expresión, una posibilidad administrativa en la regionalización, que comenzó con una expresión tímida en el quinquenio 63-68 y prosigue mediante una búsqueda intensa y una acción, en el período 68-73. Lamentablemente durante el quinquenio que termina en 1979, hay una absoluta confusión, con las acciones que se señalan como desconcentración administrativa, cuando en verdad son una deformación que acentúa la centralización.

No es propósito de este somero análisis, estudiar a fondo todas las implicaciones regionales contenidas en nuestras constituciones y menos aún el filón federal con todas las causas y especulaciones que de ello pudieran derivarse, pero sí deseamos llamar la atención del espíritu regional que signa todo este pro-

ceso. No estamos muy convencidos de la certeza de la expresión atribuida a los federalistas: "Si los contrarios hubieran dicho Federación, nosotros hubiéramos dicho Centralismo". Aceptar tal expresión sería suponer una gran ignorancia de la realidad venezolana en los líderes federales. Era evidente que todo movimiento igualitario, había tenido un gran apoyo en las masas populares y el Centralismo había demostrado que cercenaba los derechos paritarios de las provincias. Los errores políticos, corruptelas y ventajismo tenían el repudio de los desposeídos y de los hombres justos. No pretendemos generalizaciones, ubicando en función de la calidad humana a los bandos; pretendemos, sí, justificar plenamente el apoyo popular a la federación, aun cuando tantos de sus líderes traicionaron y tantos de los llamados conservadores fueron hombres justos y honestos.

La Federación abre un camino al espíritu igualitario del ciudadano común. Espíritu que desborda el Conservatismo en las distintas etapas de nuestra vida republicana. Sin embargo, todo ese afán igualitario, expresión auténtica del venezolano, se ha visto apagado por las dictaduras más dañinas en el siglo XX, cuando tantos movimientos, tantos conocimientos del hombre se vieron vedados a los venezolanos. Hoy, cuando la democracia representativa se consolida, debemos interpretar dentro del marco político-administrativo ese sentimiento que es parte integrante del espíritu nacional.

Se suceden las Constituciones de 1874, de 1881, de 1891, de 1893 y de 1901, sin que aparezcan en ellas disposiciones que cambien el espíritu en la materia que nos ocupa.

La Constitución de 1904 trae la división político-territorial de los Estados y establece una fórmula de agrupaciones de Estados para el nombramiento de la Corte Federal y de Casación. Mencionamos esta fórmula que se repite y amplía en otras cartas fundamentales, por el hecho significativo de que es el primer intento de agrupar Estados en función de las características poblacionales y de vecindad, pues no otra podría interpretarse para la conformación del Poder Judicial; así encontramos las agrupaciones siguientes:

1. Agrupación: Edo. Miranda y Dtto. Federal.
2. Agrupación: Edos. Aragua y Guárico.
3. Agrupación: Edos. Carabobo y Yaracuy.

4. Agrupación: Edos. Lara y Falcón.
5. Agrupación: Edos. Táchira y Trujillo.
6. Agrupación: Edos. Mérida y Zulia.
7. Agrupación: Edos. Bermúdez y Bolívar.

Es de notar que en la Agrupación 5, Táchira y Trujillo, se rompe la característica de vecindad.

En la enmienda de 1909, aparecen ya los 20 Estados, observándose además variación en el criterio de las agrupaciones. No aparece el Dtto. Federal, el criterio de la vecindad y facilidad de comunicaciones parece que adquiere más peso. Pero sobre todo ello, lo más importante es que estas agrupaciones se forman para el nombramiento de representantes al Consejo de Gobierno, que es la primera manifestación del deseo de la intervención de los Estados en la administración política del país.

En el artículo 94, se señala como atribuciones del citado Consejo: 1º) Emitir su voto consultivo dentro del lapso de ocho días hábiles en cualquiera de los casos del artículo 81, que por órgano del Ministerio respectivo someta a su consideración el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela y en los casos declarados urgentes por el Ejecutivo deberá limpiar dicho voto en el lapso de dos días hábiles. 2º) Prestar o negar su asentimiento para que se ejerza por el Presidente de la República cualquiera de las atribuciones que se le confieren por el artículo 82. 3º) Prestar o negar su consentimiento para los créditos adicionales que solicitan los Ministros en sus respectivos ramos. 4º) Emitir su dictamen en cualquier otro asunto relacionado con la Administración General que se someta a su estudio. 5º) Presentar anualmente al Congreso los informes y observaciones que estime convenientes sobre leyes y administración.

Evidentemente es una injerencia muy importante que se da a la representación de la Venezuela integral, las agrupaciones que se hacen por dos Estados que tienen afinidades para que uno sólo pueda representar a la agrupación.

Para los efectos del Poder Judicial, las agrupaciones se hacen de a tres Estados.

Después de 1909 se suceden varias Constituciones: En 1914, dos en abril (provisional) y en junio, 1922, 1925, 1928, 1929 y en 1931, las que además de ser inocuas en el sentido de querer ma-

nifestar características y voluntad del pueblo venezolano, sólo tratan de consolidar el oprobioso régimen dictatorial imperante para entonces.

Las Constituciones de 1936 y de 1947 se caracterizan por una búsqueda a la garantía de estabilidad política, a establecer derechos de los venezolanos y fórmulas democráticas, por lo cual no hay aportes a fórmulas administrativas, aun cuando en la de 1947, al hablar del Poder de los Estados, establece el derecho de éstos a dictar su propia Constitución y de modificar su división político-territorial.

En la Constitución de 1961, no encontramos tampoco incursiones decididas a los aspectos administrativos, en buena parte también por las razones de la preocupación fundamental de buscar estabilidad al sistema democrático. Sin embargo, se manifiesta la preocupación de los legisladores en la necesidad de dejar una ventana, una posibilidad a la desconcentración, cuando en el artículo 137, permite que "el Congreso, por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados y a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de *promover la descentralización administrativa*".

Al consultar algunos documentos sobre la Constitución del 61, encontramos significativas alusiones a la necesaria atención al país en su totalidad.

En el libro de Ambrosio Oropeza, *La nueva Constitución venezolana, 1961*, encontramos lo siguiente: "No existe, seguramente, en la historia de nuestro derecho público, una palabra tan cargada de resonancias emocionales ni sistemas políticos que hayan originado conflictos tan profundos como la palabra «Federación» y «Sistema Federal»". Pero señala asimismo el autor que nunca hubo realmente una Federación, puesto que tampoco nunca hubo Estados realmente autónomos que renunciaran a prerrogativas de autonomía originaria, en beneficio de un poder superior.

Hemos sostenido que no hubo una expresión que recogiera esa emoción, esa aspiración venezolana y de tantos otros países, dando una fórmula eficiente, cual es la regionalización administrativa.

Efectivamente, la fórmula federal no recogía exactamente los deseos y la voluntad de las provincias que suscriben la Unión de la Constitución de 1811, puesto que eran pueblos iguales

tanto en raza como religión; sólo con diferencias de prerrogativas socioeconómicas; pero se pretendía con la fórmula de unión, más o menos federalista, evitar la hegemonía administrativa de la provincia capital. Esto que se quería evitar, sucedió como consecuencia de la alta centralización ocurrida, que conformó un país monstruoso, que hizo inmanejable el desarrollo equilibrado. Y es desde la capital del país, que sufre como ninguna otra ciudad los efectos del Centralismo, con una visión distorsionada de la realidad, que se toman decisiones para todos.

Aun cuando la Constitución sólo señala el término federación, debemos entender e interpretar el sentimiento y la voluntad, como lo expresa brillantemente Ambrosio Oropeza en una intervención en el Senado de la República: "De manera pues, que cuando nosotros decimos que Venezuela es un Estado Federal, no queremos decir o significar unión de Estados autónomos en virtud de un pacto integrador o unificador, queremos decir más bien que la federación está cargada en nuestro caso de aquellas sustancias y valores que nuestro pueblo adjudicó a la palabra «Federación», muy absurdamente desde luego, pero valores y sustancias por los cuales nuestro pueblo peleó y se desangró con una resolución, con una abnegación, con una bravura, que hoy no pueden ser indiferentes a los legisladores de este país", y agregamos nosotros, ni pueden ser indiferentes los gobernantes, cuando fórmulas modernas de administración se ofrecen para darle un sentido, para concretar una aspiración histórica.

La historia venezolana refleja las luchas internas por acciones de caudillos nacionales y locales, que dieron al traste con el espíritu descentralizado de las constituciones, por fallas en la cabal interpretación, como consecuencia del interés personal, constantemente contrapuesto al interés público. Guzmán Blanco centraliza la administración de los recursos para sus obras faraónicas, y sucesivamente, hasta la dictadura de Pérez Jiménez, cuando se llega a la centralización de la administración de servicios, que fueron siempre jurisdicción municipal y que crea un mayor desorden, proclive a la corrupción administrativa en todos los niveles, todo ello en nombre de una mayor tecnificación, cuando lo que correspondía era realizar una gestión coordinadora, con normas nacionales que contribuyera a una más ágil administración municipal, fácil de extender a otros servicios.

2. EL PORQUE DE LA REGIONALIZACION. JUSTIFICACION

Refiriéndose a Francia, Pierre Mendés France decía: "La región es una realidad económica, pero que no ha hallado hasta hoy ninguna expresión institucional, ningún medio propio de acción, ningún órgano dotado de decisión". Referido a Venezuela, no diremos que es una realidad, es más bien una necesidad administrativa para el desarrollo integral del país, para la eficiente utilización de los recursos. Una región dotada de organismos de acción con suficiente autoridad, un adecuado financiamiento y una estructura de estudio, coordinación y planificación, está equipada para utilizar las tecnologías con discreción y prudencia, ejercer control al urbanismo y en general, crear conciencia en la ciudadanía para evitar continuar en los errores del desarrollo destructor. El mundo vive hoy la angustia creada por un urbanismo cada vez más inhumano, una industrialización desenfrenada, que se confundió en décadas pasadas con desarrollo, y mientras los países líderes en lo económico y cultural, tratan de buscar rectificaciones, los llamados países del tercer mundo insistimos en repetir los errores de aquéllos, situación que es más grave en los altos ingresos económicos, transitorios o circunstanciales, que por su mal empleo causan daños permanentes en detrimento del futuro bienestar del hombre. Esta situación debe enfrentarse por la acción adecuada de todos, la cual es altamente factible cuando una organización administrativa regionalizada es una realidad.

Venezuela y Latinoamérica están en pleno proceso de integración, dentro de distintos convenios y pactos multilaterales de integración económica, que tiene cada vez más influencia en los procesos nacionales, lo que requiere un desarrollo integral en todo el espacio nacional, con unidades geográficas de suficientes recursos humanos capaces de participar en los planes regionales, de integrar a las ciudades y a la región toda con conciencia del resguardo del bienestar del hombre, de mantener vigilancia en el uso y conservación de los recursos, como patrimonio nacional precioso y escaso.

La tendencia del crecimiento monstruoso de las capitales de Estado o determinadas poblaciones es un fenómeno que se observa, mientras vemos cómo las poblaciones pequeñas o medianas, aunque muchas veces aumentan en población, se estancan, o se deteriora el nivel de vida de sus habitantes, aun cuando son centros de alguna zona agroindustrial, ausencia de medios recrea-

cionales, la asistencia a la salud pública y la educación es inferior y en general hay desamparo. Una de las líneas esenciales de estrategia de Desarrollo Regional, dentro del aprovechamiento integral del espacio, es la de dinamizar y complementar los centros poblados, que propicie y soporte la producción en su área de influencia.

En lo puramente administrativo y burocrático, es indudable que un funcionamiento regional con la autoridad necesaria, hace más eficiente los servicios. Es posible disminuir la distracción de fondos públicos, los movimientos falsos, las dilaciones en las resoluciones, la subutilización de la capacidad directiva del hombre, para mencionar sólo algunas de las ventajas de la descentralización. Hemos mencionado en primer lugar la distracción de fondos públicos porque estamos convencidos de que la deshonestidad es el peor lastre para una eficiente administración, más allá de lo puramente ético.

En general, una regionalización bien concebida y conducida con decidido apoyo de las colectividades y de los organismos nacionales, es el mejor esfuerzo hacia una democracia integral, tan deseable desde el punto de vista de respeto y consideración a la dignidad del hombre como a la estabilidad del sistema democrático al que le confiere autenticidad.

Con frecuencia se distorsiona tanto el concepto de regionalización como el de desarrollo. Vemos cómo el auge de la construcción en ciertas regiones, el traslado de industrias y de instituciones públicas a ciudades interioranas, se interpretan como regionalización. Este proceso que se viene realizando sin que un plan rector de las ciudades receptoras haya sido formulado, como resultado de un proceso integral, administrado con autonomía y recursos por autoridades regionales, es simplemente un crecimiento monstruoso, que deteriora la constantemente mencionada calidad de vida.

La aspiración de las regiones de buscar soluciones locales a nivel local, utilizando talento propio en sus programaciones y en la determinación de las prioridades regionales, es que se encuentre que la administración pública, dentro del marco de políticas nacionales, resuelva, actúe con la relativa autonomía que permita actuar sin el peregrinar del país a la capital en busca de las soluciones más elementales.

Por otra parte, con la desconcentración del intelecto, logremos que los planes nacionales sean realmente el reflejo del país por la influencia deseable de la provincia en la planificación.

Uno de los mayores defectos de la administración pública en su funcionamiento es la ausencia de evaluaciones. Los programas y hasta las instituciones se constituyen, crecen o desaparecen sin que se conozca el resultado de su gestión. Realizar una evaluación a nivel nacional es costosa e inexacta, la gestión de los organismos de estudio a nivel regional permite una evaluación que redundará rápidamente en favor de la eficiencia administrativa.

La realización y mantenimiento actualizado del diagnóstico de la región es labor esencial para su funcionamiento y el organismo más idóneo para realizarlo es el organismo de estudio, planificación, coordinación regional, que además es el instrumento asesor por excelencia de la colectividad.

3. ANTECEDENTES DE REGIONALIZACION

La primera organización regional que se constituye es la Corporación Venezolana de Guayana, pero su objetivo esencial no es el estudio y formación de la región, es un mecanismo administrativo para dirigir una forma descentralizada de desarrollo y explotación de grandes recursos; agua en condiciones excepcionales para producir energía, favorecer la vialidad, así como hierro en abundancia y tener también unas riquezas excepcionales. Estos recursos de por sí son capaces de generar un desarrollo económico, no sólo de una región, sino también de un país. La presión ejercida por la presencia de estos recursos tan grandes y valiosos obligó a la entidad CVG a ocuparse en proporción muy alta de la implementación, de la organización de la explotación en sí y del área de influencia inmediata. Se descuidó por este motivo la preparación de la población para asimilar este cambio de vida, para crear toda la infraestructura habitacional, educación, salud pública y recreación. La región está todavía estremecida por el cambio ocurrido tanto por el crecimiento económico como por el cambio de la población venida desde otras regiones del país y del exterior. La región vive un grave problema de abastecimiento y de infraestructura habitacional.

La provincia vivía una situación de desamparo técnico y de retraso educacional después de la dictadura 1948-1958 y comienzan presiones regionales, angustiados clamores para la atención

de tal situación. Se forman grupos solicitando organismos que promuevan y orienten el desarrollo. No aparece una orientación determinada, de manera que los organismos tienen características y distintas dependencias. Se crean la Corporación de Los Andes, el Consejo Zuliano de Planificación, Fundación para el Desarrollo de la Región Centro-Occidental (FUDECO).

La primera se constituye por una Comisión que se forma dirigida por el doctor Ramón J. Velázquez, quien aglutina un conjunto de personalidades y se forma el organismo como una Corporación.

El Consejo Zuliano de Planificación (CONZUPLAN) se forma por un acuerdo de la Oficina Central de Coordinación y Planificación (CORDIPLAN) con el Ejecutivo del Edo. Zulia.

A la Fundación de la Región Centro-Occidental le da origen un Estudio Preliminar para el Desarrollo de la Región Centro-Occidental que fue contratado por el entonces Ministro de Agricultura y Cría, doctor Víctor Giménez Landínez. Este estudio fue a manera de un diagnóstico de una parte de la hoy Región Centro-Occidental. Coincide con la terminación de este diagnóstico un conjunto de voluntades que en el mismo sentido se venían moviendo y que con el apoyo del mismo Despacho de Agricultura se forma una Junta Promotora que da origen a la FUDECO, que se constituye legalmente a comienzos de 1965. Como se ve, la fórmula institucional en los tres casos es distinta: la CORPOANDES como un Instituto Autónomo, CORPOZULIA como una dependencia del Ejecutivo del Estado Zulia y FUDECO como una Fundación con aportes modestos del sector privado y sustancial del Ejecutivo Nacional y aportes de los Ejecutivos Estadales.

Además de los organismos mencionados, a todo lo ancho del territorio del país se habían ido creando una gran cantidad de Fundaciones con jurisdicción estatal, distrital o específico de una ciudad. Era la manifestación, la explosión del país en busca de mecanismos que promovieran, que coordinaran un desarrollo que se sentía como una imperiosa necesidad.

En 1969, el 11 de junio, aparece el Decreto N° 72 de la Presidencia de la República, sobre regiones administrativas, que recoge ese sentimiento que le da legalidad a esa necesidad, como se expresa en sus considerandos, que el país revela profundas diferencias en el grado de las distintas regiones, recoge como una nece-

sidad el impulsar el desarrollo regional dentro de un proceso acelerado y reconoce la "indispensable" de coordinar la gestión de la Administración Pública, reconociendo la ausencia de criterio uniforme en las divisiones administrativas de los Despachos, Institutos Autónomos y Empresas del Estado.

El Decreto establece una agrupación en ocho regiones, aunque al principio no ciñéndose a la división político-territorial de los Estados, situación que hubo de salvarse en breve tiempo por las grandes dificultades que se crearon, tanto en los sentimientos de la opinión en los Estados cuyos distritos quedaron en regiones distintas, como por el esfuerzo, no fácil de realizar, del ordenamiento estadístico y jurisdiccional.

Se establece entre los objetivos de la Oficina de Coordinación y Planificación Regional, el buscar la mayor participación de los pobladores en el análisis y formulación de políticas de desarrollo. Estudios de necesidades, programaciones, control en la ejecución del Plan de la Nación y diversas gestiones de promoción y coordinación.

Se establece el funcionamiento de un mecanismo que se denomina Comité Regional de Coordinación, integrado por los Gobernadores y los Jefes de los servicios dependientes de la administración pública coordinado por el Jefe de la Oficina de Coordinación y Planificación, quien actuaría como Secretario Ejecutivo. Otro mecanismo que se crea es el Consejo Regional de Desarrollo, formado por los miembros del Comité Regional de desarrollo adicionados de los Presidentes de los Concejos Municipales y Asambleas Legislativas, de las Universidades, Colegios Profesionales, sectores laborales y representantes de los sectores de la producción. Una disposición muy importante llena el decreto y es que ordena que todos los despachos e Institutos Autónomos deben conformar su organización a las regiones establecidas en el decreto.

Paralelas a este derecho fueron promulgadas las leyes de las Corporaciones Regionales donde no existían tales organismos y en la modificación del decreto se establecen las formas en que los distintos Despachos y Organismos Públicos procedían a la descentralización y desconcentración.

El decreto 929, del 5 de abril de 1972, que contiene el Reglamento de Regionalización Administrativa, lleva algunas de las modificaciones al decreto 72 ya anotadas. El decreto 929 establece

un canal de financiamiento a través de las Corporaciones de Desarrollo Regional.

El Decreto 1.331, del 16 de diciembre de 1975, contentivo del Reglamento de Regionalización Administrativa, modifica varios aspectos del decreto 929. Modifica las regiones creando una novena región, la Insular, formada por el Estado Nueva Esparta y las Dependencias Federales. Elimina la participación de organismos de desarrollo regional no creados por los decretos o leyes y en general aparece como reduciendo la autonomía de las regiones.

En nuestro concepto, la experiencia habida en el proceso de regionalización es muy interesante y debe servir para las rectificaciones, por lo cual, sin entrar a analizar en detalle, creemos importante una evaluación a fondo de todo lo actuado y reiniciar la marcha a través de esa experiencia.

En líneas generales, buscando un instrumento regional que promueva en primer lugar el desarrollo intelectual y el ejercicio de estudio de los recursos y problemas regionales; de evitar duplicaciones con los organismos nacionales y desconcentrados y agilizar el funcionamiento de los órganos regionales de decisión.

XI

EL CONGRESO

BICAMERALISMO

EL BICAMERALISMO VENEZOLANO

JESÚS RONDÓN NUCETE

SUMARIO: I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES. III. LOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS. IV. LA DIFERENCIACIÓN FUNCIONAL.

I. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA

El bicameralismo ha sido una institución permanente en la historia venezolana. La primera de nuestras constituciones, la del 21 de diciembre de 1811, adoptó el sistema bicameral. No existían en Venezuela para ese momento las condiciones que había dado origen a la institución en otros países, pero nuestro constituyente la tomó de la Constitución de los Estados Unidos que le sirvió de modelo.¹ Todas las constituciones posteriores han adoptado el

-
1. El Congreso de 1811 encomendó redactar el Proyecto de Constitución a Francisco Xavier Ustáriz, quien se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos. Durante la discusión se hicieron modificaciones al Proyecto, algunas de importancia; pero, en lo esencial, el sistema de gobierno adoptado fue muy parecido al establecido en los Estados Unidos, cuya Constitución, incluso, fue presentada en las sesiones como modelo a seguir. Véase, en este sentido: *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela, 1811-1812*. Estudio preliminar de Ramón Díaz Sánchez, e vls., Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1959 (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Nos. 3 y 4). La influencia del sistema norteamericano se aprecia, igualmente, en la organización que se dieron las Provincias: el Código Constitucional del Pueblo Soberano de Barcelona Colombiana, el 12 de marzo de 1812 y la Constitución de la Provincia de Caracas, del 31 de enero del mismo año, establecieron cuerpos legislativos integrados por una Cámara de Senadores y una Cámara de Representantes. Pero la Constitución Provincial de Mérida, del 31 de agosto de 1811, la Constitución de Trujillo, del 2 de septiembre del mismo año, así como el Plan de Gobierno para la Provincia de Barinas, del 26 de marzo de 1811, crearon asambleas unicamerales. Las constituciones provinciales pueden verse en: *Las Constituciones Provinciales, Estudio Preliminar de Angel Francisco Brice*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1959 (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, N° 7).

mismo sistema: un Congreso integrado por dos cámaras, con las características de las que componen los parlamentos federales.

Sin embargo, el bicameralismo de tipo federal ha sido entre nosotros objeto de discusiones. Aún en fecha reciente la prensa nacional recogió la opinión sobre el tema de algunas personalidades;² pero, la discusión es mucho más antigua y se remonta a la época de la Independencia. En las actas del Congreso de 1811 no consta la oposición de ninguno de los representantes al establecimiento de un órgano bicameral, aun cuando no fueron pocos los que se mostraron contrarios a la estructura federal del Estado. Con anterioridad, Miranda, en su "Proyecto de Gobierno Federal", de 1801, había propuesto la creación de un cuerpo legislativo unicameral llamado *Dieta Imperial*.³ Más tarde, Bolívar en 1819 expuso ante el Congreso de Angostura un proyecto de organización bicameral para el poder legislativo, muy similar a la inglesa y en su "Discurso ante el Congreso de Bolivia", de 1826, proponía la creación de una tercera cámara. Más cerca de nosotros, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1947 y en las sesiones extraordinarias de 1960 se propuso la eliminación del Senado y la adopción del sistema unicameral.⁴ Es de advertir, sin embargo, que

-
2. Durante el mes de junio de 1970, el diario *El Nacional* (Caracas) efectuó una serie de entrevistas sobre la materia. El doctor Ramón Escovar Salom se manifestó en contra del mantenimiento del bicameralismo (14 de junio de 1970). El doctor J. G. Sarmiento Núñez emitió, en cambio, una opinión favorable (17 de junio de 1970). En marzo de 1977 el mismo diario recogió la opinión de dirigentes políticos y juristas sobre el sistema. Los doctores Gustavo Planchart Manrique (16 de marzo de 1977), Gonzalo Barrios (22 de marzo de 1977) y Rafael Caldera (27 de marzo de 1977), se mostraron favorables al sistema bicameral. El doctor Oswaldo Alvarez Paz (19 de marzo de 1977) propuso la creación de una asamblea unicameral. Había expresado la misma opinión en declaraciones suministradas a la prensa con anterioridad (*El Nacional*, 1º de abril de 1975). El doctor Luis B. Prieto Figueroa, por su parte, propuso recientemente el establecimiento de un gobierno de asamblea con una cámara única (*El Nacional*, 17 de febrero de 1976).
 3. Miranda, Francisco de: *Textos sobre la Independencia*, estudio preliminar de José Nucete Sardi, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1959 (Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, N° 13).
 4. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1947, los diputados Gustavo Machado, Jesús Farías y E. Fuenmayor, del Partido Comunista de Venezuela, propusieron la eliminación del bicameralismo alegando que el Senado, por su origen y atribuciones, tendía a convertirse en un cuerpo conservador. Los diputados J. M. Siso Martínez y Andrés Eloy Blanco, de Acción Democrática, sostuvieron la defensa del sistema bicameral, haciendo ver que el Proyecto establecía la elección popular de los senadores (véase: *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela*, Caracas, 26 de marzo de 1947, pp. 21, 22, y 19 de julio de 1947, p. 40). En la Comisión de Reforma Constitucional de 1959 y 1960, el diputado Guillermo

la discusión nunca ha constituido punto importante en los debates parlamentarios y que el establecimiento de una asamblea única casi siempre se ha planteado más como una tesis doctrinaria que como una proposición concreta.

Resulta interesante señalar que nuestro primer congreso constituyente era una asamblea unicameral como lo habían sido la Convención de Filadelfia en 1787 y las Asambleas de la Revolución Francesa, en las cuales se inspiró. Este precedente va a ser importante: en Venezuela cada vez que se produzcan cambios importantes en la evolución política, se reunirán asambleas unicamerales para redactar los nuevos textos constitucionales. Así ocurrió en 1819, 1821, 1830, 1858, 1864, 1893, 1901, 1947 y 1953 y aun en 1904 y 1914 cuando, bajo el pretexto de elaboración de nuevas constituciones, se hicieron reformas que sólo buscaban legalizar la permanencia en el poder de los dictadores de turno.⁵ Pero, en

García Ponce, del Partido Comunista de Venezuela, propuso la creación de un órgano legislativo unicameral (véase: *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela. Actas de la Comisión Redactora del Proyecto*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1971, p. 14). La Comisión, sin embargo, adoptó desde el comienzo de sus trabajos el sistema bicameral. En las sesiones extraordinarias de 1960 los diputados Domingo Alberto Rangel, del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, y Pedro Ortega Díaz e Isabel Carmona de Serra, del Partido Comunista de Venezuela, propusieron la eliminación del Senado (véase: *Diario de Debates de la Cámara de Diputados de la República de Venezuela*, Caracas 19 de octubre de 1960, p. 302; 28 de octubre de 1960, p. 476, y 21 de noviembre de 1960, p. 827).

5. Así, fueron asambleas unicamerales:

- el Congreso General de Venezuela, que fue convocado por la Junta Suprema el 10 de junio de 1810 y que se reunió en Caracas a partir del 2 de marzo de 1811;
- el Congreso Nacional de Venezuela, convocado por el Consejo de Estado el 17 de octubre de 1818 y que se instaló en Angostura el 15 de febrero de 1819;
- el Congreso General de Colombia convocado por la Ley Fundamental de la República de Colombia el 17 de diciembre de 1819 y que se reunió en la Villa del Rosario de Cúcuta a partir del 6 de mayo de 1821;
- el Congreso Constituyente de Venezuela, convocado por decreto del General J. A. Páez el 13 de enero de 1830 y que se instaló en Valencia el 6 de mayo del mismo año;
- la Convención Nacional, convocada por decreto del General Julián Castro el 19 de abril de 1858 y que se reunió en Valencia el 5 de julio siguiente;
- la Asamblea General Constituyente de la Federación, convocada por decreto del Mariscal J. C. Falcón el 13 de agosto de 1863 y que se instaló en Caracas el 24 de diciembre de ese mismo año;
- la Asamblea General Constituyente, convocada por decreto del General Joaquín Crespo de 1º de enero de 1893 y que se reunió en Caracas a partir del 4 de mayo siguiente:

1959 se resolvió seguir el procedimiento establecido en la Constitución de 1953 para la reforma constitucional, por lo que la Constitución de 1961, vigente en la actualidad, fue elaborada por el órgano legislativo ordinario, un Congreso bicameral, como había ocurrido en 1857, 1874, 1881, 1891, 1909, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936 y 1945.

La Constitución de 1811 estableció que el *Congreso General de Venezuela* estaría integrado por un Senado y una Cámara de Representantes. Sin embargo, a diferencia del sistema norteamericano, se dispuso que el número de senadores sería proporcional a la población de las Provincias. De esta manera, el constituyente no acogió el rasgo esencial del bicameralismo norteamericano —la igualdad en la representación de los Estados en el Senado—, a pesar de crear un Estado federal. Esta circunstancia es explicable si se toma en cuenta que las Provincias venezolanas, sometidas a un proceso de integración desde 1776, no tenían la misma vocación autonomista de los Estados norteamericanos. La misma Constitución hacía del Senado, cuerpo elegido por un número

-
- la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por decreto del General Cipriano Castro de 3 de octubre de 1900 y que se instaló en Caracas el 20 de febrero de 1901;
 - el Congreso Constituyente que sancionó la Constitución de 1904. El Congreso se había convertido en Constituyente el 20 de abril de aquel año a petición de las Municipalidades y de las Asambleas Legislativas de los Estados;
 - el Congreso de Diputados Plenipotenciarios de Venezuela, convocado por los Estados al vencerse el período constitucional el 20 de febrero de 1914 sin que se hubiesen renovado los poderes públicos y que se reunió en Caracas a partir del 19 de abril del mismo año. Este Congreso sancionó dos textos constitucionales: el Estatuto Constitucional Provisorio de la última fecha y la Constitución del 13 de junio de 1914;
 - la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 15 de marzo de 1946 y que se instaló en Caracas el 17 de diciembre del mismo año; y
 - la Asamblea Constituyente convocada por decreto de la Junta de Gobierno de 19 de abril de 1951 y que se reunió en Caracas el 9 de enero de 1953.

Además, fueron asambleas unicamerales:

- el Congreso de Plenipotenciarios de los Gobiernos de los Estados, convocado por el General Antonio Guzmán Blanco el 27 de abril de 1870 y que se instaló en Valencia el 11 de julio del mismo año. Este Congreso tenía por misión solamente convocar a elecciones y elegir el Presidente de la República y los Designados; y
- la Asamblea Constituyente, convocada por decreto del General Francisco Linares Alcántara el 12 de septiembre de 1878 y que se reunió en Caracas el 10 de diciembre del mismo año. Esta Asamblea no pudo cumplir sus funciones, pues hubo de disolverse en febrero de 1879 al triunfar la Revolución Reivindicadora.

reducido de electores, una verdadera "cámara de reflexión" más que una "cámara federal". El sistema bicameral se mantuvo en la Constitución de 1819 que, bajo la inspiración de Bolívar, acentuó el mismo carácter del Senado al establecer que los obispos serían miembros honorarios del cuerpo.⁶ La Constitución de 1821 introdujo una modificación importante: la igualdad en el número —cuatro— de senadores por Departamento. Así, la Constitución de Colombia, que no creaba un Estado federal, adoptó, sin embargo, la integración propia de las cámaras federales para nuestro Senado.

Esa integración se mantiene, aun cuando el número de miembros varía ocasionalmente (son dos senadores a partir de 1830, salvo en las Constituciones de 1881, 1891 y 1893, que elevaron el número a tres) y aun cuando el Estado no adoptó una estructura federal en 1830, 1857 y 1858. En la Constitución de 1947 se hicieron reformas importantes en la integración del Senado: se estableció la participación del Distrito Federal en su formación (representado por igual número de miembros que los Estados), la elección popular de los miembros que hasta entonces correspondía a los órganos legislativos regionales y la elección de los senadores adicionales en representación de las minorías. Las dos últimas disposiciones, de indudable carácter democrático, fueron suprimidas por la Constitución de 1953, pero de nuevo establecidas en la Ley Electoral de 23 de mayo de 1958 y en la Constitución de 1961. Esta estableció, además, que los ex Presidentes de la República son senadores vitalicios. De esta forma, los textos de 1947 y 1961 modificaron el carácter exclusivamente federal que el Senado había tenido entre nosotros para hacer de ese cuerpo no sólo la expresión de la igualdad de las entidades federales, sino igualmente, y como en las primeras constituciones, una "cámara de reflexión" de elección popular.

La Cámara de Diputados (conocida hasta la Constitución de 1857 como Cámara de Representantes) siempre ha tenido en Venezuela el carácter de órgano representativo del pueblo. Por eso, desde 1811 se estableció que el número de miembros que correspondía en ese cuerpo a cada entidad variaba en proporción a la

6. Bolívar en su Discurso de Angostura propuso la creación de un Senado hereditario, especie de "cuerpo neutro" que "pararía los rayos del Gobierno, y rechazaría las olas populares" y que cumpliría las mismas funciones que el Senado romano y la Cámara de los Lores inglesa (Bolívar, Simón: *Obras Completas*, 3 vols., Caracas, Ediciones CIBEMA, T. 3, pp. 686 y 687).

población de cada una. Hasta la Constitución de 1961 el número de diputados se determinaba en base a un número de habitantes que fijaba el propio texto constitucional.⁷ Pero, para evitar el aumento indefinido en el número de miembros de la Cámara (110 en 1947, 133 en 1958, 177 en 1958, 214 en 1968), en razón del crecimiento constante de la población, la Constitución vigente previó que ese número se fijara de acuerdo a una base proporcional de población que no podrá exceder del uno por ciento. En este sentido, la Ley Orgánica del Sufragio establece que "la base de población para elegir un diputado será igual al 0,55 por ciento de la población total del país" (art. 3), con lo cual se establece un número fijo de 183 diputados, a los que ha de agregarse un número variable de diputados adicionales elegidos en representación de las minorías. En las cuatro primeras constituciones se estableció la elección indirecta de los representantes a través de asambleas de electores. Desde la Constitución de 1857 se dispuso la elección directa de los diputados (aunque la materia quedó reservada a los Estados en la de 1864) hasta 1936, cuando se confió a las Asambleas de Concejos Municipales. A partir de 1947 se implantó la elección universal y directa.

En las primeras constituciones se observa una clara tendencia hacia la diferenciación en las atribuciones de las cámaras. Teniendo como modelo el sistema bicameral diferenciado de los Estados Unidos, los constituyentes señalaron a cada uno de los cuerpos legislativos algunas atribuciones específicas. Sin embargo, esa diferenciación no tuvo mayor importancia, porque las funciones que fueron confiadas a cada una de las cámaras carecían de significación real o no fueron prácticamente cumplidas. A ello debe agregarse que, como en la mayoría de los parlamentos federales, se consagró siempre la participación igual de los cuerpos legislativos en la elaboración de las leyes. El bicameralismo paritario quedó establecido en los textos y en la práctica desde 1864. En 1947 comenzó una tendencia favorable a la distinción funcional, tendencia que fue recogida por la Comisión de Reforma Cons-

7. Un diputado cada 20.000 habitantes en las constituciones de 1811, 1819 y 1830; uno por cada 30.000 habitantes en la de 1821; uno por cada 25.000 habitantes en las de 1857 a 1874; uno por cada 35.000 en las de 1881 a 1945 salvo en las de 1901 y 1904, que como la de 1947 fijaban 1 diputado por cada 40.000 habitantes. La de 1953 dejaba la materia a la Ley.

titucional de 1959 y 1960 y que consagra la Constitución vigente. Esta, como dice la Exposición de Motivos, "se aparta del bicameralismo paritario de las constituciones venezolanas al establecer (nuevas) atribuciones privativas para el Senado y la Cámara de Diputados. Esta división de competencias tiene por objeto distribuir entre las Cámaras la mayoría de las funciones que venían realizando ellas en sesión conjunta".⁸ Sin embargo, y a pesar de las innovaciones introducidas en 1961, el constituyente no pudo apartarse completamente del sistema paritario establecido desde 1864, aunque sí sentó las bases para una futura diferenciación orgánica y funcional más acentuada.

El sistema bicameral está, pues, arraigado en la tradición constitucional venezolana. El Parlamento en nuestro país ha estado siempre integrado por dos cámaras, lo que se debe a la adopción de la estructura federal en 1811 y en 1864. Las Constituciones de 1941 y 1961, tomando en cuenta las recientes tendencias constitucionales, realizaron un esfuerzo para democratizar la elección de las cámaras y dar un significado preciso al bicameralismo, inspirándose en la "idea de hacer de ambas cámaras cuerpos orgánicos, con funciones propias y determinadas responsabilidades".⁹ Pero, a pesar de todas estas circunstancias, la institución del bicameralismo ha sido objeto, como ya lo señalamos, de discusiones que se refieren tanto a las conveniencias de su establecimiento como a la forma de su realización.

II. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El bicameralismo ha sido adoptado en los Estados y bajo los regímenes más diversos. Puede decirse que no está ligado a una determinada forma de Estado o a un cierto sistema político. Sin embargo, el fundamento y la razón de ser de la institución no son los mismos en todas partes. En los Estados federales el bicameralismo es considerado como el sistema más acorde con los principios que rigen la unidad de la estructura estatal. En los Estados unitarios se impone en virtud de consideraciones muy diversas y su adopción "refleja, en la organización del poder legis-

8. "Exposición de Motivos al Proyecto de Constitución, 1960", *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, N° 37, abril-mayo-junio 1961, p. 83.

9. Caldera, Rafael: "Una Nueva Constitución para Venezuela", en *Revista Política*. Caracas, N° 2, octubre de 1959, pp. 44 y 45.

lativo, opciones políticas fundamentales en cuanto a la naturaleza misma de cada régimen".¹⁰

La doctrina constitucional considera el bicameralismo como una institución inherente al Estado federal. Y, en efecto, en casi todos los Estados federales que existen actualmente, el bicameralismo ha sido adoptado como forma de organización del poder legislativo nacional.¹¹ Sin embargo, la fundamentación teórica del bicameralismo federal fue posterior a su aparición histórica. En los Estados Unidos, país donde tuvo su origen, fue el resultado de un compromiso que permitió la creación de la Unión. Sólo después se elaboró la teoría que justificó la institución, expuesta en lo fundamental por Hamilton y Madison en *El Federalista*.

La doctrina considera que la existencia de dos cámaras en los parlamentos federales está determinada por la estructura del Estado y que su integración viene dada por los caracteres propios de toda federación. Según la doctrina, el Estado federal presenta al mismo tiempo los caracteres de un Estado unitario y de una federación de Estados. Se presenta, en primer lugar, como un Estado unitario, pues desde un punto de vista jurídico, en tanto que sometidos a un mismo poder, los territorios y las poblaciones de las entidades particulares no forman más que un solo territorio y un solo pueblo. Pero se diferencia del Estado unitario

10. Union interparlementaire, *Parlements*, Une étude comparative sur le structure et le fonctionnement des institutions représentatives dans cinquante-cinq pays, rédigée par Michel Ameller, Préface d'André de Blonay et G. Codacci Pisanelli, 2^{ème} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1966, p. 3.

11. En América, tienen parlamentos bicamerales Canadá, Estados Unidos, México, Venezuela y Brasil. Igualmente, Argentina tuvo un Parlamento de este tipo hasta 1976. En Europa, los parlamentos de la República Federal de Alemania, Austria y Suiza, son bicamerales. El Soviet Supremo de la Unión Soviética, la Asamblea Nacional de Checoslovaquia y la Asamblea de Yugoslavia están integrados por dos cámaras. En Africa, Nigeria tenía hasta 1966 un parlamento bicameral; pero en Tanzania, la Asamblea Nacional es unicameral. En Asia, el Consejo Federal de la Unión de Emiratos Arabes es unicameral. En la India y Malasia existen parlamentos bicamerales. También Pakistán tuvo un Parlamento de este tipo hasta 1977. El Congreso Nacional del pueblo de Birmania es unicameral. En fin, en Australia el Parlamento está integrado por dos cámaras.

Sin embargo, debe anotarse que en el Canadá no existe una verdadera cámara federal, pues el Senado se asemeja más a una cámara aristocrática, como la de los lores inglesa. En la India y Malasia, las cámaras altas tienen, también, algunas de las características de aquel cuerpo.

El Consejo Federal de la Unión de Emiratos Arabes es una cámara federal en la que se encuentran representados los Emiratos y no existe una cámara de representación popular.

porque las entidades conservan, en la medida de su competencia, la facultad de determinarse libremente y son, además, llamadas a participar en la integración y en la formación de la voluntad del poder federal.¹² De esta tesis se deduce que el Estado federal se caracteriza por la conjugación de dos principios: el de la *autonomía*, que implica la existencia de colectividades políticas individualizadas y distintas, cada una de las cuales tienen su propio orden jurídico y sus propios órganos gubernamentales; y el de la *participación*, según el cual las entidades que se unen participan en la constitución de los órganos federales y en la elaboración de sus decisiones. Esa participación de las entidades particulares se realiza de diversas maneras según se trate del ejercicio de las funciones constituyentes, legislativas, administrativas o jurisdiccionales confiadas al Estado federal. En el plano legislativo, la participación de las entidades se realiza mediante el bicameralismo.¹³

El órgano del poder legislativo nacional está integrado por dos cámaras: una que representa a todo el pueblo y en la cual cada porción de la población tiene la misma representación, y otra que representa al pueblo agrupado por entidades y en la cual cada una de las entidades tiene igual representación, independientemente del número de sus habitantes. *El Federalista* expresaba admirablemente estas ideas. "Si es cierto —decía— que en un pueblo reunido en una nación, cada distrito debe tener una parte proporcional en el gobierno, y que entre los Estados independientes soberanos y unidos por una simple liga las partes deben tener una influencia igual en los órganos comunes, no sin razón parece ser que una república compuesta, que presenta a la vez el carácter nacional y el carácter federal, el gobierno debe reposar sobre una combinación de los principios de la representación igual y de la representación proporcional".¹⁴

12. Carré de Malberg, R.: *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat*. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, tomo 1, p. 102 (reimp. par le Centre National de la Recherche Scientifique, 1962).

13. Prélôt, Marcel: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Aémé éd., Paris, Dalloz, 1969, p. 68. Véase, en este sentido, igualmente: Durand, Charles: "El Estado Federal en el Derecho Positivo", en *Federalismo y Federalismo Europeo*, trad. de Raúl Morodo, Madrid, Editorial Tecnes S.A., 1965, p. 196 y ss. (Colección de Ciencias Sociales, N° 41).

14. *The Federalist*, by A. Hamilton, J. Madison and J. Jay, edited by Benjamin Fletcher Wright, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 1961, p. 512.

Algunos autores¹⁵ llegaron a afirmar que los integrantes de la cámara en la cual las entidades tienen igual número de miembros debían ser considerados como representantes de la misma. Sin embargo, gran parte de la doctrina discute ese carácter debido a que los integrantes de esa cámara no reciben instrucciones del gobierno de la entidad que los ha nombrado o en la cual han sido electos.¹⁶ No obstante, en algunos Estados ese carácter está expresamente reconocido.¹⁷

Ahora bien, en su concepción más estricta, la doctrina constitucional exige dos condiciones en la organización de los parlamentos federales:¹⁸

a) Igualdad en la representación atribuida a las entidades en la cámara que integran como partes constitutivas del Estado federal. La representación ha de ser la misma para todas, por cuanto cada una se afirma jurídicamente igual a las otras. Esta idea tuvo enorme importancia en el momento de la formación de algunos Estados federales, pues permitió superar el obstáculo que representaba para algunas entidades integrarse junto a otras de mayor población a un Estado en el cual perdían su soberanía;¹⁹ y

b) Igualdad en los poderes de ambas cámaras con el objeto de que las decisiones del órgano legislativo sean el resultado de la voluntad mayoritaria del pueblo como un todo y del pueblo integrado en entidades.

Sin embargo, pocos Estados federales llenan esta doble condición. En el siglo XIX la norma de la igualdad en la representación fue admitida en todos, pero hoy en día tal regla no tiene

15. Calhoun, John, C.: "Discurso sobre la Constitución y el Gobierno de los Estados Unidos", en *Derecho Federal*, Colección de escritos de los más afa-
mados publicistas de los Estados Unidos del Norte, 4 vols., Caracas, Imprenta
de la Gaceta Oficial, 1879; y Jellinek, Georg, *L'Etat Modern et son Droit*,
Trad. par George Fordis, 3 vols., Paris, V. Giard et E. Briere, 1911-1913
(Bibliothèque Internationale de Droit Public).

16. Carré de Malberg, R.: *op. cit.*, tomo I, p. 114.

17. Es el caso de la República Federal de Alemania y de la Unión de Emiratos
Arabes.

18. Union Interparlementaire: *op. cit.*, p. 3.

19. Véase en relación con los Estados Unidos: Tocqueville, Alexis de: *De la Dé-
mocratie en Amérique*, Avant-propos de Jean Pierre Peter, Paris, Union Gén-
érale d'Editions, 1963, pp. 86-87 (Collection "Le Monde en 10-18", Nos. 111-
112); y en relación con la Unión Soviética, Stalin, J.: *Informe sobre el
Proyecto de Constitución de la URSS*, Moscú, Ediciones en Lenguas Extran-
jeras, 1955, p. 39.

el mismo valor.²⁰ Igualmente, en el siglo pasado los poderes de ambas cámaras eran iguales y en algunos casos existía supremacía de la cámara federal. Pero las transformaciones que han sufrido los parlamentos han tendido a reducir los poderes de esta última, estableciendo, en muchos casos, la desigualdad.

En Venezuela se ha afirmado siempre que el bicameralismo se fundamenta en la estructura federal. Y en efecto, como ya lo dijimos antes, fue el resultado de la adopción del federalismo en 1811 y 1864. Esa afirmación debe ser revisada en atención a las disposiciones que establece la Constitución vigente sobre la estructura del Estado y a las modalidades propias de nuestro bicameralismo.

La federación fue una realidad, desde el punto de vista político, en los inicios de la República y en las décadas que siguieron a 1864.

Pero dejó de serlo cuando por las fuerzas de las armas Castro y Gómez liquidaron los poderes políticos regionales e impusieron la centralización política y administrativa. Hoy en día es casi una ficción, si se toma el término federación en el sentido que tiene en la doctrina constitucional. Así lo reconoció expresamente la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, que estimó que la federación "sigue siendo en el espíritu de la mayoría un *desideratum* hacia el cual debe tender la organización de la República".²¹ El propio texto constitucional señala que Venezuela "es un Estado federal en los términos establecidos por esta Constitución" (art. 3), es decir, no en el sentido que se da a la expresión en la ciencia constitucional, sino en la medida y forma que determinan nuestras normas jurídicas fundamentales.

Por eso, si bien durante el siglo pasado pudo sostenerse que la estructura estatal determinaba la organización bicameral del Congreso, no puede afirmarse actualmente lo mismo. Las entida-

20. En el Canadá las provincias no tienen igual representación en el Senado. En Alemania y en Austria, así como también en la India, el número de miembros es proporcional a la población. En la Unión Soviética, además de las Repúblicas Federadas otras entidades tienen representación en el Soviet de las Nacionalidades, como en Yugoslavia, además de las Repúblicas, las Provincias tienen también representación en las dos cámaras. En la India y en Malasia, como ocurría también durante la vigencia de la Constitución en Nigeria, el Jefe de Estado designa un cierto número de miembros en la Cámara Alta. En el Consejo Federal de la Unión de Emiratos Arabes cada entidad tiene una representación conforme a su importancia.

21. *Exposición de Motivos al Proyecto de Constitución 1960, op. cit., p. 63.*

des que integran el Estado han perdido gran parte de su autonomía y, en la práctica, son más circunscripciones para el ejercicio del poder nacional que partes constitutivas que aspiren a participar en la formación de los órganos del poder federal. De allí que en Venezuela, la existencia de dos cámaras no se fundamenta en la necesidad de hacer participar, en alguna manera, las entidades estatales en la integración del poder legislativo nacional, sino que responde más bien a otras precauciones que han sido la justificación del bicameralismo en no pocos Estados unitarios. Ambrosio Oropeza señala, en este sentido, que en la Comisión de Reforma Constitucional no se pensó en hacer del Senado un cuerpo representativo de los Estados.²² Por eso, algunos opinan que en nuestro país no existen "razones suficientes para la defensa del bicameralismo".²³

Por otra parte, las reglas básicas señaladas por la doctrina para la integración y funcionamiento de los parlamentos federales no se acogen estrictamente en nuestra Constitución. En efecto, las entidades teóricamente iguales, no tienen en el Senado la misma representación, debido a que algunas, generalmente las de mayor población, se ven beneficiadas por la institución de los senadores elegidos y por cuociente nacional en representación de las minorías.²⁴ Y, como veremos más adelante, las cámaras no tienen las mismas atribuciones. Si bien se mantiene la participación igual en el proceso de elaboración de las leyes, se tiende a una diferenciación en las funciones administrativas.

A pesar de lo dicho, debe anotarse que al Senado se le confieren en la Constitución de 1961 dos atribuciones que son propias de una cámara representativa de las entidades federales: la de ratificar los convenios celebrados entre los Estados, y aprobados por las Asambleas Legislativas, para fusionarse o para mo-

22. *La Nueva Constitución Venezolana*, 1961, 2ª ed., Caracas, Italgráfica S.R.L., 1971, p. 425 y ss.

23. Escovar Salom, Ramón: *El Nacional*, Caracas, 14 de junio de 1970.

24. Para el período 1959-1964 se eligieron 9 senadores adicionales: 1 por los Estados Anzoátegui, Falcón, Lara y Miranda, 3 por el Estado Zulia y 2 por el Distrito Federal; para el período 1964-1969 se eligieron 3: 1 por el Estado Zulia y 2 por el Distrito Federal; para el período 1969-1974 se eligieron 10: 1 por los Estados Carabobo y Miranda, 3 por el Estado Zulia y 5 por el Distrito Federal; para el período 1974-1979 se eligieron 5: 1 por los Estados Anzoátegui, Miranda y Zulia y 2 por el Distrito Federal; y para el período 1979-1984 han sido electos 2: 1 por el Estado Miranda y 1 por el Distrito Federal.

dificar sus actuales límites o para acordarse compensaciones o cesiones de territorio; y la de ratificar los convenios celebrados entre el Ejecutivo Nacional y los Estados para modificar los límites o acordar compensaciones o cesiones de territorio entre el Distrito Federal o los Territorios o Departamentos Federales y los Estados (art. 10).

III. LOS FUNDAMENTOS POLITICOS

En Venezuela, desde 1947 la existencia del bicameralismo se ha fundado más en razones de orden político que en las tesis de la doctrina constitucional sobre el Estado federal. Se ha argumentado que el bicameralismo permite obtener mejores resultados del trabajo de los cuerpos legislativos y que introduce un factor de equilibrio y moderación en un órgano que es esencialmente político.²⁵

En primer lugar, se afirma que la existencia de dos cámaras permite obtener mejores resultados del trabajo parlamentario, pues implica análisis distintos de todos los asuntos tratados, con lo cual se impide la adopción de iniciativas y reformas apresuradas. En efecto, sólo lograrán su aprobación aquellos proyectos que las dos cámaras consideren como verdaderamente oportunos y convenientes. Es este uno de los más viejos argumentos en favor del sistema bicameral y en algunos países, como es el caso de Islandia y Noruega, su único fundamento. En ambos países todos los miembros del Parlamento son elegidos directamente por el pueblo y según las mismas modalidades. La separación en dos cámaras se efectúa luego de las elecciones: los parlamentarios designan, teniendo en cuenta la representación proporcional que corresponde a cada grupo político, un cierto número de ellos (una tercera parte en Islandia, una cuarta parte en Noruega) para formar la Cámara Alta. Siendo iguales la composición política y los poderes de las cámaras, el bicameralismo es formal y se explica por el interés de mejorar el trabajo parlamentario y, especialmente, el de la elaboración de la ley, gracias a un doble examen de los proyectos presentados.

Sin embargo, la necesidad de estudiar cuidadosamente la legislación no exige en forma imperiosa la existencia de dos cámaras. En efecto, una sola cámara puede reunir las condiciones nece-

25. Oropeza, Ambrosio: *op. cit.*, p. 407 y ss.

sarias para preparar y dictar adecuadamente las leyes. En este sentido, puede pensarse en elevar el nivel de formación de los miembros; en asegurar un buen asesoramiento a través de comisiones constituidas por expertos o mediante la obligación de escuchar en las comisiones parlamentarias a conocedores e interesados en la materia; en fin, en establecer para asuntos especialmente importantes una obligada demora en el procedimiento legislativo, a objeto de que pueda expresarse cabalmente la opinión nacional antes de la definitiva aprobación de la ley.

Por otra parte, es conveniente señalar que la existencia de dos cámaras no es garantía absoluta de análisis detenido y serio de las decisiones. Tal garantía no existe cuando un partido, centralizado y disciplinado, obtiene mayoría en los cuerpos legislativos y está interesado en la aprobación rápida de los proyectos necesarios para la puesta en marcha de un programa gubernamental. Entonces, como ocurrió en nuestro país durante el último período constitucional, la lentitud desaparece y se utilizan todos los procedimientos de urgencia para aprobar las medidas que interesen al partido mayoritario, que generalmente es el mismo al que está confiado el Poder Ejecutivo.

Ahora bien, si es cierto que el trabajo legislativo puede resultar mejor elaborado por la intervención de dos órganos distintos, la actividad parlamentaria se realiza más lentamente. El doble examen de los proyectos y la exigencia del consentimiento de ambas cámaras para la sanción de los actos, necesariamente retarda el proceso legislativo, especialmente en caso de conflicto de opinión entre los dos cuerpos. Esa lentitud origina precisamente una de las críticas que más frecuentemente se hace a los parlamentos bicamerales.²⁶ En el Mensaje que el Presidente de Chile, Salvador Allende, dirigiera al Congreso de su país con ocasión de proponer diversas modificaciones a la Constitución, el 13 de noviembre de 1971, expresaba: "Dentro de la compleja organización que implica un Estado moderno, la eficacia de su acción de-

26. En Venezuela, cuando se discutía el Proyecto de Constitución, la cuestión fue analizada en las intervenciones de Ramón Escovar Salom (*Diario de Debates de la Cámara del Senado de la República de Venezuela*, Caracas, 20 de junio de 1960, N° 27, p. 302), Aristides Beaujón (*Diario de Debates de la Cámara de Diputados de la República de Venezuela*, Caracas, 28 de octubre de 1960, N° 25, p. 476), e Isabel Carmona de Serra (*idem*, 21 de noviembre de 1960, N° 36, p. 827). El doctor Oswaldo Alvarez Paz (*loc. cit.*) atribuyó recientemente la ineficiencia del Congreso de la República a su estructura bicameral.

pende, en gran medida, de la oportunidad y prontitud con que se adopten las decisiones. El sistema bicameral ha significado en los hechos un serio escollo de carácter estructural para el cumplimiento de este requisito básico a toda adecuada acción gubernamental. Un proyecto debe recorrer largas etapas de tramitación en el Congreso para llegar a ser Ley, lo que resta de inmediato a esa norma gran parte de su efectividad".²⁷ Por eso, en algunos países, especialmente en aquellos de reciente independencia o sometidos a procesos de profundas transformaciones, la necesidad de adoptar decisiones rápidas ha llevado al establecimiento del sistema unicameral. Pero es de advertir que la crítica mencionada fue señalada ya por la doctrina clásica. Duguit la anotaba y la reconocía como acertada, pero se felicitaba de la lentitud de la obra legislativa, "pues lo importante para un país no está en tener muchas leyes, sino en tener buenas leyes".²⁸

En las democracias occidentales, las más recientes constituciones han previsto procedimientos especiales para evitar que la consideración de los proyectos por dos cámaras retrase innecesariamente su aprobación. La Constitución francesa de 1958 estuvo inspirada, en gran medida, en la necesidad de hacer más efectivo el trabajo parlamentario e introdujo un procedimiento especial que permite una rápida aprobación de los proyectos, aun cuando exista desacuerdo entre las Asambleas Nacionales y el Senado.²⁹ Esta tendencia ha sido seguida en otros países. En Venezuela, la Constitución vigente contiene algunas disposiciones en materia de la elaboración de la Ley (como el llamado procedimiento de urgencia previsto en el artículo 168), que son resultado de la misma preocupación por obtener mayor eficacia en el trabajo legislativo. En fecha reciente, el doctor Rafael Caldera ha propuesto una reforma para que las cámaras sean más funcionales y más operantes, por lo menos cuando actúan como "cámaras revisoras".³⁰ De esta forma, pretenden combinarse la necesidad de aligerar los procedimientos de elaboración de la ley y el deber de analizar con detenimiento y atención las normas jurídicas que han de ser dictadas.

27. Cámara de Diputados de la República de Chile. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín N° 903-71-1, 11 de noviembre de 1971 (ed. mim.).

28. *Traité de Droit Constitutionnel*, T. 2, 3ème éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie. Editeurs, 1928, p. 708.

29. Véase el artículo 45 de la Constitución francesa de 5 de octubre de 1958.

30. *El Nacional*, Caracas, 27 de marzo de 1977.

También para salvar el inconveniente que significa la lentitud de los procesos legislativos, se ha pensado en traspasar parte de la potestad legislativa al Poder Ejecutivo. En Francia, la Constitución de 1958 ha confiado al Reglamento la regulación de ciertas materias y ha previsto la posibilidad de autorizar al Gobierno para dictar normas con fuerza de Ley.³¹ La Constitución italiana de 1947 admite la delegación de la función legislativa en el gobierno.³² En nuestro país, la Constitución vigente establece que el Presidente de la República puede "dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por la ley especial" (ord. 8 del art. 190). Y algunos han señalado la conveniencia de prever la delegación de la función legislativa.³³

No siempre, sin embargo, la lentitud legislativa puede atribuirse a la estructura bicameral. En nuestro país, juristas y dirigentes políticos han señalado que muchas veces se debe a otros factores como: la composición política de las cámaras, el nivel de formación de los legisladores, su bajo rendimiento, la poca eficiencia en el trabajo de las comisiones, las exigencias reglamentarias para la celebración de las sesiones y los procedimientos, ya anticuados, que se siguen en la discusión de las leyes.³⁴ Se han propuesto, por eso, algunas reformas: obligatoriedad en la asistencia a las sesiones de las cámaras y las reuniones de las comisiones, creación de comisiones técnicas asesoras, otorgamiento de mayores facultades a las comisiones permanentes, dotación de mayores recursos, disminución del quórum, discusiones generales de los proyectos, etc. Pero sobre todo se ha insistido en la necesidad de reformar el sistema de elección de los parlamentarios. Se ha propuesto establecer alguna forma de elección uninominal que deje a salvo, sin embargo, la representación proporcional de las minorías y separar la elección legislativa de la del Presidente de la República. Con ello se pretende que el elector pueda hacer una mejor escogencia y que el elegido asuma mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

31. Véase los artículos 37 y 38 de la Constitución francesa de 5 de octubre de 1958.

32. Véase el artículo 77 de la Constitución italiana de 31 de enero de 1947.

33. Aguilar, Pedro Pablo: *El Nacional*, Caracas, 11 de junio de 1970.

34. Véase, en este sentido, las series de entrevistas realizadas por el diario *El Nacional* (Caracas) entre el 7 y el 21 de junio de 1970 y entre el 14 y el 27 de marzo de 1977.

En segundo lugar, se afirma que el bicameralismo permite introducir un factor de equilibrio y moderación en el órgano legislativo, que por su origen y sus funciones es esencialmente político. Se argumenta, en este sentido, que la dualidad de cámaras puede ser un freno útil a los excesos del Parlamento, especialmente en períodos de perturbación. El doctor Gonzalo Barrios ha recordado que fue precisamente la existencia de dos cámaras lo que evitó el colapso de la democracia venezolana durante el período constitucional del presidente Rómulo Betancourt por el papel moderador que desempeñó el Senado en aquella época.³⁵

Se ha señalado, y no sin razón, que una asamblea única que ejerce en forma exclusiva la función legislativa y que tiene importantes atribuciones gubernamentales, tiende fácilmente a aumentar su poder y a caer en el exceso y la arbitrariedad. Por eso, para limitar su acción, la doctrina clásica propuso la división del Parlamento en dos cámaras que se controlan mutuamente y cuyo concurso es necesario para votar las leyes y adoptar resoluciones. Ya Montesquieu, comentando la Constitución inglesa señala, que estando el cuerpo legislativo compuesto en dos partes, las dos se frenan entre sí por la facultad que cada una tiene de moderar a la otra.³⁶ Los clásicos sostuvieron este punto de vista movidos por su preocupación por impedir el establecimiento de cualquier absolutismo y por garantizar los derechos individuales frente a las posibles arbitrariedades del poder legislativo. De manera que el sistema bicameral, como dice Esmein, en algunos casos "tiene ante todo por finalidad debilitar el poder del órgano legislativo."³⁷

Debemos recordar, para comprender la posición de la doctrina clásica, que las asambleas del período Cromwell en Inglaterra y de la Revolución Francesa fueron unicamerales, como lo han sido también las de algunos regímenes revolucionarios más recientes. Y en Venezuela, señala Ambrosio Oropeza, "los más ardorosos, los más tumultuosos y desenfrenados debates" se han presentado en asambleas unicamerales.³⁸

35. *Loc. cit.*

36. Montesquieu, Carlos barón de: *Del Espíritu de las Leyes*, Trad. de Nicolás Estevanez, tomo II, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1939.

37. Esmein, A.: *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7ème. éd., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, V. 1, p. 129.

38. *Op. cit.*, pp. 407 y 408.

Pero, como lo advierte acertadamente Carré de Malberg, "es necesario convenir que la división del Parlamento en dos asambleas no presta, en última instancia, más que una garantía imperfecta: el Parlamento recobra un poder ilimitativo cuando las dos cámaras se hallan de acuerdo sobre la política a seguir y las decisiones a adoptar".³⁹

Se argumenta también que la elaboración de la Ley, como toda actividad intelectual, debe ser el resultado de un proceso en el cual se combinen la iniciativa y la imaginación con la reflexión y el análisis. De esta forma la ley debe ser objeto de discusión por dos cuerpos o cámaras distintos, uno que representará la iniciativa y la impulsión y otro la reflexión y la moderación. El Parlamento adoptará, entonces, la solución más conveniente al reflejar las tendencias que se enfrentan en la sociedad.⁴⁰

Este argumento es uno de los más frecuentemente esgrimidos por los partidarios del bicameralismo. Pero debe reconocerse que en ocasiones puede servir para limitar el proceso de democratización de los parlamentos si se pretende distinguir al lado de una cámara que es expresión de la voluntad popular, otra que vendría a ser representación de las fuerzas conservadoras. Por otra parte, un argumento como éste tiene validez si efectivamente una y otra cámara representan posiciones distintas; pero carece de significación real cuando ambas cámaras representan los mismos intereses por tener el mismo origen. Esto, precisamente, se ha señalado en nuestro país, donde ambas cámaras son elegidas por los mismos electores y en el mismo acto.⁴¹ "Si las dos cámaras tienen la misma formación, decía Mathieu de Montmorency en

39. *Op. cit.*, V. 2, p. 137.

40. En la Asamblea Nacional Constituyente de 1947, Andrés Eloy Blanco, en defensa del bicameralismo, hizo referencia a una anécdota de la Convención de Filadelfia de 1787. Recordó que en cierta ocasión, mientras tomaban el té discutían Washington, partidario del congreso bicameral, y Jefferson, inclinado a la asamblea unicameral. Cuando Jefferson vació el té de la taza al plato para enfriarlo, Washington le dijo que con las manos le estaba dando la razón: tiene usted en la mano izquierda a la Cámara de Representantes y en la mano derecha al Senado. En la Cámara el té está muy caliente, pero al vaciarlo en el Senado el té se enfría y se puede tomar. "Querría decir él —agregaba el diputado Andrés Eloy Blanco— que el Senado venía a ser un recinto donde las violentas discusiones de la Cámara Baja iban a atemperarse y a cobrar una mayor amplitud y una mayor sensatez". (Véase: *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela*, Caracas, 26 de marzo de 1947, p. 21).

41. Véase, en este sentido, las intervenciones de Domingo Alberto Rangel (*loc. cit.*) e Isabel Carmona de Serra (*loc. cit.*).

la Asamblea francesa de 1789, una de ellas es inútil... si su formación no es la misma y se adopta la idea de un senado, se establecerá la aristocracia".⁴² En efecto, para que las cámaras cumplan papeles diferentes (iniciativa y reflexión) deben tener espíritu y tendencia distintos, y para ello su origen no debe ser el mismo. Se corre entonces el riesgo de establecer la elección popular de una de ellas, que tendrá carácter democrático, y la formación de la otra por un procedimiento aristocrático (designación, sufragio restringido, etc.).

Sin embargo, como lo plantea Duguit,⁴³ se puede encontrar un sistema que, estableciendo para cada cámara un modo de formación diferente, haga de las dos una representación de la voluntad total del país. Esta es la solución que se adopta en los países democráticos y la búsqueda de un sistema de tal naturaleza es uno de los problemas esenciales en la organización de los parlamentos modernos. Pero, precisamente, los defensores del monocameralismo afirman que si ambas cámaras son expresión de la misma voluntad —la voluntad popular—, la existencia de dos cámaras no se justifica, pues una sola voluntad debe estar representada por un órgano único. Esta tesis fue expuesta desde 1789 por Rambaud-Saint Etienne.⁴⁴ Sin embargo, debe admitirse que, como lo asienta Duguit,⁴⁵ la creación de dos cámaras no implica en forma alguna la división de la soberanía, pues "a pesar de la dualidad de Cámaras, el Parlamento es uno; es complejo en su estructura, pero es uno en su esencia, y la delegación no es dada más que a un solo órgano. El Parlamento se compone de individuos, sin que pueda decirse que la representación esté dividida entre tantos individuos como miembros tiene el Parlamento. De la misma manera, no se puede decir que la representación está dividida en dos porque los miembros del Parlamento estén agrupados en dos Cámaras. Creando dos Cámaras no se distinguen dos voluntades en el pueblo. Solamente es el órgano de representación una estructura interna que parece permitirle cumplir más eficazmente su función".

Persiste en muchos países democráticos, entre ellos Venezuela, la tendencia a hacer de uno de los cuerpos legislativos una "cá-

42. Duguit, Leon: *op. cit.*, p. 706.

43. *Op. cit.*, p. 709.

44. Duguit, Leon: *op. cit.*, p. 706.

45. *Op. cit.*, p. 709.

mara de reflexión", de elección popular, pero integrada por miembros más moderados. En nuestro país no es admisible utilizar con esa finalidad la técnica de la *elección directa*, empleada en otras partes, que tiende a atenuar las corrientes renovadoras confiando la elección a quienes ya han recibido un mandato; tampoco es admisible el establecimiento del *sufragio restringido*, porque tanto la elección directa de los representantes como el sufragio universal se consideran como conquistas esenciales de nuestra democracia. En Venezuela con ese propósito se utilizan dos mecanismos que permiten lograr que la integración de una de las cámaras sea más moderada:

a) *La exigencia de determinada edad*. En Venezuela, como en la mayoría de los países democráticos, se exige una mayor edad para ser miembro de una de las cámaras. La Constitución establece que para ser senador se requiere ser mayor de treinta años (art. 149). La exigencia de este requisito se basa en el supuesto de que ciertas cualidades, fundamentalmente la experiencia y la moderación, sólo pueden obtenerse cuando la persona ha alcanzado por lo menos esa edad. Aun cuando el criterio es discutible en cada caso particular, los estudios realizados sobre el comportamiento de los representantes señalan que las tendencias moderadas son, en general, tanto más fuertes cuanto mayor es la edad del elegido; y

b) *La adscripción de miembros "ex officio"*. En algunos países son miembros de una de las cámaras, por derecho propio, las personas que posean determinadas cualidades. En Venezuela la Constitución vigente dispone que son miembros del Senado los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República por elección popular o la hayan ejercido por elección del Congreso por más de la mitad de un período, a menos que hayan sido condenados por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones (art. 148). La Disposición Transitoria Octava completa la norma citada.⁴⁶

46. Esta Disposición Transitoria establece que se declara aplicable lo dispuesto en el artículo 148 de la Constitución al ciudadano que ejercía la Presidencia de la República para la fecha de la promulgación del texto constitucional (es decir, a don Rómulo Betancourt), una vez terminado su mandato, al ciudadano que ejerció constitucionalmente la Presidencia de la República en el período 1936-1941 (es decir, al General en Jefe (r) Eleazar López Contreras) y al ciudadano que por voto popular fue elegido Presidente de la República para el período constitucional iniciado en 1948 (es decir, a don Rómulo Gallegos).

La institución de los senadores vitalicios persigue dos finalidades: de una parte, permite dotar a los ex Presidentes, que no pueden aspirar a una reelección inmediata, de una tribuna de alta jerarquía desde la cual pueden influir intensamente sobre el país,⁴⁷ y al mismo tiempo, asegura la presencia en el Senado de importantes hombres públicos que, por su autoridad moral o su prestigio político, deben dar su consejo y transmitir su experiencia. La institución fue tomada de la Constitución italiana de 1947.⁴⁸

La participación de los senadores vitalicios en los debates de la Cámara ha sido hasta el presente bastante limitada. Sólo los ex presidentes Raúl Leoni, ya fallecido, y Rafael Caldera, han asistido con frecuencia a las sesiones.⁴⁹ El último de los nombrados ha utilizado la tribuna del Senado, en ocasiones importantes, para hacer conocer sus opiniones a todo el país. El Reglamento Interior y de Debates del Senado estipula que no están obligados a asistir a las sesiones y actos de la cámara y que, para los efectos del quórum, se computarán en el total de senadores, cuando hagan acto de presencia en una sesión.

IV. LA DIFERENCIACION FUNCIONAL

El bicameralismo se nos presenta bajo dos modalidades principales según las funciones que ejercen las cámaras. En efecto, las cámaras pueden tener las mismas atribuciones, en cuyo caso estamos en presencia del *bicameralismo paritario*, o por el contrario, ejercer atribuciones distintas, lo que se conoce como *bicameralismo diferenciado*. Existe una tercera modalidad, forma intermedia de las dos anteriores, en el cual se establece una diferenciación muy elemental.

En el bicameralismo paritario las cámaras cumplen las mismas funciones. Algunas, como la elaboración de la ley, las ejercen por

47. Caldera, Rafael: *Una Nueva Constitución para Venezuela*, op. cit., p. 45.

48. El artículo 58 de la Constitución italiana dispone que son senadores vitalicios los ex Presidentes y cinco ciudadanos nombrados por el Presidente de la República.

49. El general López Contreras y don Rómulo Gallegos asistieron pocas veces a las sesiones del Senado. Don Rómulo Betancourt, quien se incorporó a la Cámara una vez concluido su mandato presidencial, asiste sólo a algunas sesiones importantes. Siendo Presidente, al contestar a una pregunta formulada en rueda de prensa en el Palacio de Miraflores el 3 de diciembre de 1963, dijo que no tenía "tradición ni vocación parlamentaria". (Véase: Betancourt, Rómulo: *La Revolución Democrática en Venezuela*, V. 4, Imprenta Nacional, 1968, p. 208).

separado y otras, por lo general actos políticos y administrativos, en sesión conjunta. No existe, pues, especialización funcional de las cámaras y ninguna tiene supremacía sobre la otra. Ya dijimos que el bicameralismo paritario es teóricamente una de las exigencias del Estado federal. Pero como se señaló anteriormente, pocos Estados cumplen este requerimiento de la doctrina. Salvo en la Unión Soviética, Checoslovaquia y Suiza, los poderes de ambas cámaras son diferentes.⁵⁰

En el bicameralismo diferenciado las cámaras cumplen funciones distintas. Sin embargo, en el ejercicio de algunas atribuciones participan los dos cuerpos, aunque no siempre con los mismos poderes. La diferenciación de funciones puede dar origen a la preponderancia de una de las cámaras, lo que conduce, en ocasiones, al establecimiento de un verdadero monocameralismo. Es lo que ocurre en la mayoría de los países de régimen parlamentario, en los cuales una de las cámaras carece de atribuciones políticas, lo que determina el predominio de la otra.

En la tercera modalidad las cámaras tienen, en principio, iguales poderes, pero ejercen atribuciones, generalmente en materia administrativa, que son las propias y específicas. Así, ambas cámaras participan en la elaboración de las leyes, aunque por lo general, se atribuye la iniciativa de algunos proyectos a una de ellas. Casi siempre a la llamada "cámara alta" le corresponde iniciar la discusión de los proyectos de leyes aprobatorios de tratados internacionales, y a la "cámara baja" los referentes a materia presupuestaria y régimen tributario. Al mismo tiempo, se confían a cada cámara atribuciones específicas con el objeto de facilitar el trabajo y evitar, cuando no es necesario, el doble examen de los asuntos. En algunos casos, como en los Estados Unidos, esta distribución de funciones permite un cierto predominio de una de las cámaras. Pero, en general, se busca establecer un sistema equilibrado que permita mantener el principio de la igualdad de los cuerpos legislativos. La Constitución venezolana acoge esta modalidad del bicameralismo.

Como ya se dijo, si bien nuestras primeras constituciones pretendieron realizar la diferenciación funcional de las cámaras, desde 1864 se tendió netamente al establecimiento del bicamera-

50. Véase: *Las funciones de los modernos Parlamentos Bicamerales*. Caracas, Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Ediciones del Congreso de la República, 1971.

lismo paritario. A partir de entonces se estableció la igualdad de las cámaras en la elaboración de la ley y se suprimieron poco a poco las atribuciones que anteriormente habían sido confiadas a cada una de ellas. Sin embargo, desde 1947 se observa de nuevo una tendencia favorable a la diferenciación.

La Constitución de 1811 estableció que las leyes impositivas debían presentarse en la Cámara de Representantes y la Constitución de 1858 dispuso que también tendría su origen en la Cámara de Diputados la Ley de Presupuesto. Pero la Constitución de 1864 estableció que las leyes podían tener origen en cualquiera de las Cámaras sin señalar ninguna excepción. Sólo en la Constitución de 1947 se volvió a las disposiciones de 1858; pero en 1953 se consagraron nuevamente las de 1864. La Constitución de 1961 establece que corresponde al Senado iniciar la discusión de los proyectos de leyes relativos a tratados o convenios internacionales (ord. 1º del art. 150) y que corresponde a la Cámara de Diputados iniciar la discusión del presupuesto y de todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario (ord. 1º del art. 153). También señala que los proyectos de enmienda constitucional se iniciarán en el Senado cuando hayan sido propuestos por las Asambleas Legislativas de los Estados (ord. 3º del art. 245).

En 1811, la Constitución atribuyó al Senado la potestad para juzgar y sentenciar las acusaciones hechas por la Cámara de Representantes contra los empleados principales al servicio de la Nación por ciertos delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Tal atribución, que tenía su origen en el procedimiento del *impeachment* establecido en la Constitución de los Estados Unidos y que era práctica constitucional desde tiempo atrás en Inglaterra, se mantuvo con ciertas modificaciones hasta 1893, cuando se suprimió del texto constitucional. Pero, en nuestro país, debido al carácter autoritario de casi todos los gobernantes del siglo XIX, esa potestad reconocida a las Cámaras no podía tener ningún efecto práctico. En 1848, la Cámara de Representantes admitió la acusación de la Diputación Provincial de Caracas contra el presidente José Tadeo Monagas, pero el Senado no pudo llegar a decidir debido a los sucesos del 24 de enero de 1848, que constituyeron la primera intervención del Poder Ejecutivo contra el Congreso en nuestra historia republicana. En 1860 la Cámara de Diputados admitió la acusación formulada contra el presidente Julián Castro, y el Senado, constituido en Gran Jurado, lo condenó por el delito

de alta traición, aunque se abstuvo de imponerle pena alguna. Sin embargo, es de observar que para el momento del juicio ya Julián Castro había sido derrocado y se encontraba prisionero. Hoy en día, de esa antigua atribución sólo le queda al Senado autorizar el enjuiciamiento del presidente de la República, previa declaratoria de la Corte Suprema de Justicia de que hay mérito para ello (ord. 8º, art. 150).

A partir de la Constitución de 1830 se dieron a la Cámara de Representantes funciones de control político. Se le señaló como atribución examinar la cuenta anual del Poder Ejecutivo, disposición que se mantuvo hasta 1901. Y desde la Constitución de 1864 se le atribuyó la potestad de dar voto de censura a los Ministros, que aún conserva, pero que desde 1925 hasta 1947 y nuevamente en 1953 fue limitada en sus efectos, pues el Presidente de la República no tenía en ningún caso la obligación de remover al Ministro censurado. La Constitución vigente establece que la moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Cámara, la cual podrá decidir, por el voto de las dos terceras partes de los diputados presentes, que el voto de censura acarrea la remoción del Ministro. La Cámara puede, además, ordenar el enjuiciamiento del Ministro censurado (ord. 2º del art. 153). Estas atribuciones de control político no sirvieron para diferenciar la Cámara de Diputados del Senado, pues hasta épocas muy recientes, y debido a las largas dictaduras que no admitían cuerpos legislativos de oposición o de control, no fueron prácticamente ejercidas.⁵¹

En fin, algunos textos constitucionales confiaron a una u otra Cámara ciertas atribuciones específicas.⁵² La Constitución de 1961,

51. Hasta esta fecha, ningún voto de censura ha provocado la remoción de un ministro.

52. Al Senado se le atribuyó en 1830, 1857 y 1858 y luego a partir de 1914 autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel y Capitán de Navío (en 1901 le correspondía conceder los grados militares); a partir de 1901 acordar los honores del Panteón Nacional; y desde 1904 dar su asentimiento a los empleados nacionales para admitir recompensas de naciones extranjeras. En 1858 se le señaló como atribución perfeccionar la elección y admitir las renunciaciones de los Miembros de la Corte Suprema, y en los textos de 1914 y 1922 someter a árbitros las controversias de límites que llevarán ante él los Estados.

A la Cámara de Representantes se atribuyó en 1819 velar por la educación pública; en el mismo año y en 1821 ejercer la inspección de los empleados y funcionarios públicos; y en 1830 y 1857 velar sobre la inversión de las rentas nacionales. Fue, igualmente, atribución de la Cámara de Diputados a partir de 1893 y hasta 1925 la elección del Procurador General de la Nación.

con el objeto de lograr la diferenciación y de evitar en lo posible la realización de sesiones conjuntas, que se reservan para los actos de mayor trascendencia, atribuyó al Senado las funciones que algunas constituciones anteriores le habían asignado: autorizar el ascenso de oficiales de las Fuerzas Armadas desde Coronel o Capitán de Navío; acordar a los venezolanos ilustres los honores del Panteón Nacional; y autorizar a los funcionarios o empleados públicos para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros. Igualmente, le confió el ejercicio de otras que antes correspondían a las Cámaras en sesión conjunta: autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la nación; autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país; autorizar al Presidente de la República para salir del territorio nacional; y autorizar el nombramiento del Procurador General de la República y de los Jefes de Misiones Diplomáticas permanentes (art. 150). Es de advertir que en la Comisión de Reforma Constitucional de 1959 y 1960 existió el criterio de especializar cada Cámara en ciertas materias; el Senado en los asuntos de política internacional y la Cámara de Diputados en las cuestiones financieras y presupuestarias y el control de la administración pública nacional. El Proyecto preveía, por eso, como atribuciones de la Cámara de Diputados: la autorización de los créditos adicionales al Presupuesto, a solicitud del Ejecutivo Nacional, la elección del Contralor General de la República y el examen de las Memorias y Cuentas de los Ministros.⁵³ Pero el Proyecto fue, en este sentido, sensiblemente modificado durante la discusión en las Cámaras.

Algunos autores han insistido en la necesidad de acentuar la diferenciación funcional prevista en la Constitución. El doctor Rafael Pizani propuso con tal finalidad que el reglamento específicamente determine las atribuciones del Senado y de la Cámara de Diputados para lograr una mayor distribución del trabajo⁵⁴ y el doctor Rafael Caldera se mostró partidario de aumentar las atribuciones propias del Senado.⁵⁵

Pero el bicameralismo venezolano presenta características que pueden permitir una mayor diferenciación de las Cámaras sin modificar la Constitución. Una de ellas es el carácter eminente-

53. *Exposición de Motivos al Proyecto de Constitución 1960, op. cit.*, p. 84.

54. Pizani, Rafael: *El Nacional*. Caracas, 12 de junio de 1970.

55. Caldera, Rafael: *El Nacional*. Caracas, 27 de marzo de 1977.

mente político de la Cámara de Diputados. Como se señaló, le corresponde dar voto de censura a los Ministros. Esta atribución, propia de las cámaras de representación popular en los regímenes parlamentarios, no ha tenido entre nosotros una importancia especial. Pero las nuevas circunstancias políticas hacen posible que la Cámara la ejerza realmente. De ser así, la Cámara de Diputados se convertiría en un *órgano de control político*, lo que originaría un cambio en el bicameralismo paritario que en la práctica sigue existiendo.

Otra de estas circunstancias es el carácter de *órgano de colaboración* que tiene el Senado. En efecto, algunas de las atribuciones que la Constitución le confiere a este cuerpo, hacen de él un órgano cuya colaboración resulta indispensable al Poder Ejecutivo, con el cual debe mantener las más estrechas relaciones. Por eso, en la Comisión de Reforma Constitucional, el doctor Jóvito Villalba manifestó que el Senado debía ser concebido "como un órgano destinado a estrechar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo".⁵⁶ En los hechos desde 1959 ha habido una relación armoniosa entre la Cámara Alta y el Poder Ejecutivo, afianzada por la práctica constitucional —establecida definitivamente desde 1969— según la cual la Presidencia de ese cuerpo corresponde a un senador electo en las listas del partido de gobierno.⁵⁷ No debe olvidarse, por otra parte, y esta es una circunstancia de carácter político, que es más fácil de obtener la colaboración del Senado (cuerpo de un reducido número de miembros y donde están representados pocos partidos) que la de la Cámara de Diputados, y que esta colaboración puede ser fundamental para evitar la obstrucción parlamentaria a las funciones gubernamentales, que es posible en un sistema político como el nuestro. En efecto, nuestro sistema presidencial con sujeción parlamentaria no sólo supone la colaboración de las Cámaras con el Poder Ejecutivo para que éste pueda cumplir cabalmente las funciones que le están encomendadas (lo que es una consecuencia del sistema de colaboración de poderes previstos en el

56. Villalba, Jóvito: *La Constitución de 1961 y la Evolución Constitucional de Venezuela*, op. cit., tomo I, p. 121.

57. Desde 1959 la Presidencia del Senado correspondió al partido de gobierno que tenía mayoría en esa Cámara. En 1968 fue elegido para el cargo un senador de la fracción de un partido de oposición. A partir de 1969, por acuerdo de los partidos mayoritarios, la Presidencia del Senado corresponde a un senador electo en las listas del partido de gobierno, aun cuando éste no tenga mayoría en la Cámara, como ocurrió en el período 1969-1974.

artículo 118 de la Constitución), sino que, además, permite a las Cámaras entabrar o dificultar la acción gubernamental.⁵⁸ Por eso, si el Poder Ejecutivo no puede obtener lo primero, debe, por lo menos, evitar lo segundo. Y esto puede lograrlo, como se ha visto en la práctica,⁵⁹ mediante la formación de alianzas mayoritarias en el Senado. Estas circunstancias contribuyen a hacer del Senado un órgano diferente a la Cámara de Diputados. Sin embargo, no puede aún decirse que la práctica constitucional y la vida política hayan establecido plenamente el bicameralismo diferenciado.

Por último, podría pensarse para diferenciar aún más ambas Cámaras, no ya en sus funciones, sino en su estructura, en separar la elección de sus miembros y en alargar el período de los senadores y acortar el de los diputados. En los Estados Unidos este es uno de los factores que más ha contribuido a la diferenciación de las Cámaras y a establecer el mayor prestigio del Senado. En Venezuela podría servir para acentuar el carácter de "cámara de reflexión" que el constituyente quiso imprimir a la cámara alta. Esta reforma ha sido propuesta en nuestro país por políticos y juristas.⁶⁰

Como puede observarse, es posible lograr la diferenciación de las Cámaras. Pero para ello es necesario realizar algunas reformas reglamentarias referentes a su funcionamiento que les permitan cumplir cabalmente sus atribuciones específicas, exigir de ambos cuerpos el cumplimiento de las funciones que les están señaladas, y llevar adelante las reformas legales requeridas para hacer la elección de senadores y diputados procesos con características específicas que determinen una estructura propia a cada una de las cámaras.

La Constitución consagra el bicameralismo paritario en el procedimiento para la elaboración de las leyes. En efecto, las

58. Véase, en este sentido: Brewer-Carías, Allan Randolph: *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, Editorial Tecnos, 1975, p. 327 y ss. (Colección de Ciencias Sociales. Serie de Ciencias Políticas).

59. Entre 1959 y 1968 y nuevamente entre 1974 y 1979, el Poder Ejecutivo tuvo un sólido respaldo en el Senado. Mientras que sólo lo logró entre 1959 y 1962, 1964 y 1967 y 1974 y 1969 en la Cámara de Diputados.

60. Gustavo Planchart Manrique (*El Nacional*, *loc. cit.*) propuso que la elección de los diputados se hiciese cada dos años y que los senadores se renovasen por terceras partes cada dos años. Rafael Caldera (*A los 15 años de la Constitución venezolana*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1976, p. 19) planteó que el período de los senadores fuese de seis años y el de los diputados de tres años.

Cámaras son cuerpos colegisladores, con iguales poderes, en el ejercicio de la función legislativa (art. 162). En la práctica, existe una diferencia entre la cámara de origen, que puede ser cualquiera (art. 164), salvo en lo que respecta a los proyectos de ley relativos a tratados y convenios internacionales, al presupuesto y a los proyectos de ley concernientes al régimen tributario, y la cámara revisora. Esta no puede volver a discutir los proyectos que ha devuelto a la cámara de origen cuando la última no acepta las modificaciones que le ha hecho, porque entonces se convoca una sesión conjunta de las cámaras para resolver las diferencias (art. 167).

Cuando las cámaras tienen iguales poderes, las diferencias no pueden resolverse por la decisión de una de ellas. Es, entonces, necesario prever un procedimiento que permita superar el conflicto, respetando el principio de la igualdad de los cuerpos legislativos. En algunos países la única solución posible es la consideración repetida de la materia por las cámaras hasta que ambas adopten una misma decisión. Pero puede ocurrir que las diferencias se mantengan, lo que puede causar graves inconvenientes, sobre todo si se trata de asuntos fundamentales o que requieren decisiones rápidas. En otros países, y es el caso de Venezuela, las divergencias de las Cámaras se resuelven mediante la realización de una sesión conjunta. Este procedimiento tiene la ventaja de ofrecer una solución rápida y práctica, pero establece una situación favorable a la Cámara más numerosa. En la práctica, sin embargo, la otra Cámara tiene el recurso de no asistir a la sesión conjunta. En nuestro caso, el Reglamento del Congreso establece que la Cámara invitada a la celebración de una sesión conjunta no puede dejar de convenir en ello y está obligada a fijar día y hora para llevarla a cabo.

La sesión conjunta no constituye en Venezuela sólo un procedimiento para la solución de conflictos. La Constitución establece que las Cámaras ejercen en sesión conjunta las siguientes atribuciones:

a) Recibir el juramento del Presidente de la República al tomar posesión de su cargo (art. 186);

b) Elegir, por votación secreta, el Presidente de la República cuando se produzca falta absoluta después de la toma de posesión; y fijar la fecha de la elección universal y directa cuando

se produzca falta absoluta del Presidente electo antes de tomar posesión del cargo (art. 187);

c) Decidir si debe considerarse que hay falta absoluta del Presidente de la República cuando la falta temporal se prolonga por más de noventa días (art. 188);

d) Elegir los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 214);

e) Elegir el Fiscal General de la República (art. 219) y el Contralor General de la República (art. 238) y proceder a llenar las vacantes en caso de falta absoluta;

f) Recibir el mensaje anual que el Presidente de la República debe presentar sobre los aspectos políticos y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (art. 191) y los informes o mensajes especiales que les dirija (ord. 20 del art. 190);

g) Recibir la Memoria de los Ministros sobre la gestión del Despacho en el año anterior y sobre los planes para el año siguiente y la Cuenta de los fondos que hubiesen manejado (art. 197);

h) Considerar el decreto que declare el estado de emergencia u ordene la restricción o suspensión de garantías (art. 242) y las medidas de alta policía (art. 244);

i) Autorizar al Presidente de la República para hacer cesar el estado de emergencia y revocar el decreto de restricción o suspensión de garantías al cesar las causas que lo motivaron (art. 243);

j) Pronunciarse sobre la procedencia de las reformas de la Constitución (ord. 2º del art. 246) y señalar la Cámara en la cual ha de iniciarse la discusión (ord. 3º del art. 246);

k) Escutar los votos de las Asambleas Legislativas sobre las enmiendas a la Constitución y declararlas sancionadas en los puntos en que hayan sido ratificadas por las dos terceras partes de aquellos organismos (ord. 5º del art. 245); y

l) Fijar la oportunidad del referéndum sobre la reforma constitucional, realizar el escrutinio correspondiente y sancionar la nueva Constitución (ord. 4º del art. 246).

BIBLIOGRAFIA

Para la elaboración del presente trabajo, el autor hubo de consultar especialmente la antigua *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venenela*, hoy *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*.

Dos documentos de gran valor son el *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela. 1811-1812*, y las *Constituciones Provinciales*, publicados por la Academia Nacional de la Historia.

Documentos de gran importancia para el estudio de nuestro bicameralismo resultan el *Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1946-1947)*, las *Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución de 1960*, y los *Diarios de Debates de la Cámara de Diputados y de la Cámara del Senado de la República de Venezuela (1960)*, así como la *Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de 1960 y el Proyecto de Constitución de 1960*.

Los textos constitucionales venezolanos se encuentran en:

MARIÑAS OTERO, LUIS: *Las Constituciones de Venezuela*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1965.

PICÓN RIVAS, ULISES: *Índice Constitucional de Venezuela*. Caracas, Editorial Elite, 1944.

Gran parte de los datos históricos necesarios para la elaboración del trabajo se encuentran en:

GIL FORTOUL, JOSÉ: *Historia Constitucional de Venezuela*, 5ª ed., 3 vols. Caracas, Ediciones Sales, 1964.

GONZÁLEZ GUINAND, FRANCISCO: *Historia Contemporánea de Venezuela*, 15 vols. Caracas, Ediciones de la Presidencia de la República, 1954.

RONDÓN MÁRQUEZ, R. A.: *Guzmán Blanco. El Autócrata Civilizador*, 2ª ed., 2 vols. Madrid, Imprenta García Vicente, 1952.

Además de las obras citadas en las notas del texto, se consultaron las siguientes:

ANDUEZA, JOSÉ GUILLERMO: *El Congreso*. Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1971.

DUVERGER, MAURICE: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 11ème, ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1970.

LA ROCHE, HUMBERTO: *Monocameralismo y Bicameralismo*. Caracas, Tipografía Cervantes, 1956 (Publicaciones de la Universidad Nacional del Zulia).

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 9 vols., Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.

TOVAR, ORLANDO: *Derecho Parlamentario*. Caracas, Publicaciones del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, 1973 (Colección Historia Constitucional de Venezuela).

XIFRA HERAS, JORGE: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Barcelona, Editorial Bosh, 1962.

Igualmente, se consultaron las siguientes Constituciones:

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949.

Constitución de la Nación Argentina, de 1º de mayo de 1853.

Constitución del Commonwealth de Australia, de 9 de julio de 1900.

Constitución de la República de Austria, de 1º de octubre de 1920.

Constitución de la Unión de Birmania, de 4 de enero de 1974.

Constitución de la República Federativa del Brasil, de 20 de octubre de 1969.

Acta de la América Británica del Norte (Canadá), de 29 de marzo de 1867.

Ley Constitucional de 27 de octubre de 1968 sobre la Federación Checoslovaca.

Carta de la Federación de Emiratos Arabes, de 1º de diciembre de 1971.

Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787.

Constitución de la República Francesa, de 5 de octubre de 1958.

Constitución de la India, de 26 de noviembre de 1946.

Constitución de Islandia, de 17 de junio de 1944.

Constitución Italiana, de 31 de enero de 1947.

Constitución de la Federación de Malasia, de 16 de septiembre de 1963.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, de 1º de mayo de 1917.

Constitución de la República Federal de Nigeria, del 1º de octubre de 1960.

Acta Fundamental de Noruega, de 17 de mayo de 1814.

Constitución de la República Islámica de Pakistán, de 14 de agosto de 1974.

Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 29 de mayo de 1874.

Constitución Provisional de la República Unida de Tanzania, de 10 de julio de 1965.

Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (Ley Fundamental), de 10 de octubre de 1977.

Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 24 de febrero de 1974.

un canal de financiamiento a través de las Corporaciones de Desarrollo Regional.

El Decreto 1.331, del 16 de diciembre de 1975, contentivo del Reglamento de Regionalización Administrativa, modifica varios aspectos del decreto 929. Modifica las regiones creando una novena región, la Insular, formada por el Estado Nueva Esparta y las Dependencias Federales. Elimina la participación de organismos de desarrollo regional no creados por los decretos o leyes y en general aparece como reduciendo la autonomía de las regiones.

En nuestro concepto, la experiencia habida en el proceso de regionalización es muy interesante y debe servir para las rectificaciones, por lo cual, sin entrar a analizar en detalle, creemos importante una evaluación a fondo de todo lo actuado y reiniciar la marcha a través de esa experiencia.

En líneas generales, buscando un instrumento regional que promueva en primer lugar el desarrollo intelectual y el ejercicio de estudio de los recursos y problemas regionales; de evitar duplicaciones con los organismos nacionales y desconcentrados y agilizar el funcionamiento de los órganos regionales de decisión.

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

CONSTITUCION, INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y DELITO MILITAR

HERMANN PETZOLD PERNÍA

"Un principio cuya misión deba aún decidirse políticamente, no está todavía maduro para ser fijado en sentido jurídico".

JOSEF ESSER

SUMARIO: I. DERECHO Y POLÍTICA. II. RAZÓN DE ESTADO, INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y DELITO MILITAR. III. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA. IV. CONSTITUCIÓN Y PARTIDOS POLÍTICOS. CONCLUSIONES.

I. DERECHO Y POLITICA

En la Venezuela contemporánea, pocos problemas de índole constitucional están tan íntimamente vinculados con la política y con la actividad de los partidos políticos venezolanos, como el referente a las relaciones entre la inmunidad parlamentaria y el delito militar.

En consecuencia, resulta harto difícil elaborar un trabajo objetivo y adiafórico, es decir, libre de subjetivismo y de connotaciones ideológicas.

Por ello es que, conscientes de tales obstáculos, hemos procedido a estudiar el problema adoptando un enfoque de acuerdo con el cual el "derecho es la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas",¹ en la búsqueda de "un ordenamiento

1. Fuller, Lon L. *La Moral del Derecho*. Trad. del inglés por Francisco Navarro. México, F. Trillas, 1967, p. 120 (también pp. 56 y 110). ("Law

razonable de la convivencia humana",² lo que exige la consideración de los valores y de los intereses que el derecho positivo promueve y trata de realizar o satisfacer, ya que "sólo una reflexión sobre la esencia del derecho puede proporcionar a los juristas claridad acerca de las posibilidades fundamentales de dominar jurídicamente el actuar político".³

Ahora bien, desde esa perspectiva es necesario recordar que "por lo que toca a las relaciones entre derecho y política, a la opinión de que la política está libre de normas y no es justiciable puede oponerse la opinión de que también la política está sometida al derecho en todos sus aspectos".⁴

Y dentro de esa última corriente de opinión puede ubicarse a E. Wolf, quien declara: "Después de *Grotius* nadie en la historia política de Occidente ha podido atreverse impunemente a renunciar a una fundamentación jurídica de los hechos históricos creados por el desarrollo del poder".⁵

Empero, si como apunta Karl Engisch, el "derecho es quien tiene competencia en caso de conflicto y el campo de la política es principalmente de lucha",⁶ lamentablemente, "no se impone en todos los tiempos contra el *homo politicus*. El relativismo filosófico sublima la eterna lucha entre las pretensiones del derecho y del poder en un conflicto de concepciones del mundo, y podrá saberse perfectamente quién es quién, según se sirva de fórmulas jurídicas o políticas para presentar el «proceso eternamente pendiente y nunca definitivamente resuelto entre el derecho y el poder», es decir, «la amarga lucha entre el Estado y las pretensiones jurídicas» ¿Se podrá convencer de lo contrario al político que considera que la determinación del rol y del campo de acción del derecho en la vida comunitaria es una cuestión política y no jurídica?".⁷

is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules": *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1964, p. 96).

2. Josef Esser, citado en UTZ, Arthur Fridolin. *Ética Social*. Trad. del alemán por Alejandro Ros. Barcelona, Herder, 1965; t. II, p. 73.

3. Engisch, Karl. *El Ambito de lo no jurídico*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdés. Córdoba (R.A.), Universidad Nacional de Córdoba, 1960; p. 51.

4. *Ibidem*, p. 36.

5. E. Wolf; citado en *ibidem*, pp. 36-37.

6. Engisch, Karl, *op. cit.*, p. 50.

7. *Ibidem*, pp. 50-51.

Sin embargo, aunque exista la pretensión de los hombres de la política de consagrar para su actividad un *ámbito vacío de derecho*,⁸ es cada vez mayor la conciencia de que el derecho positivo debe regular no solamente los cambios estrictamente políticos, sino también todas las transformaciones sociales, *lato sensu*, que se den, tanto en el seno de una determinada colectividad nacional, como a nivel de la sociedad internacional de los Estados.

O en otras palabras, mientras que el político estima que su actuar está fuera del derecho o, al menos, que éste es un instrumento al servicio de la política, el jurista tiende a restringir ese pretendido espacio libre de juridicidad, siendo, precisamente, el problema analizado en este estudio, un ejemplo típico al respecto, ya que se han resuelto políticamente las cuestiones jurídico-constitucionales planteadas, pero dándole a las decisiones tomadas una justificación basada en argumentos jurídicos.

II. RAZON DE ESTADO, INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y DELITO MILITAR

Según el iuspublicista argentino Juan A. González Calderón, denominánse "privilegios parlamentarios, en el tecnicismo jurídico, los derechos e inmunidades que el estatuto político del país expresa o incidentalmente otorga a las asambleas legislativas, consideradas como poderes públicos de existencia necesaria, y a quienes las integran, considerados individualmente, con el objeto de asegurarles un funcionamiento independiente y una libre acción en el desempeño de su misión constitucional".⁹

Y Paolo Biscaretti Di Ruffia, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Pavía (Italia), señala que las *garantías* (expresión esta, a nuestro juicio, más feliz que la de "privilegios", generalmente empleada) *parlamentarias* —conforme al ordenamiento constitucional italiano, semejante en este punto al venezolano—, "se traducen en *prerrogativas* específicas —o excepciones al derecho común— concedidas a los mencionados funcionarios (los miembros del Parlamento) (considerados colectiva o singularmente), no ya en su interés personal (puesto que ten-

8. Cf. *ibidem*, pp. 49 y 107.

9. González Calderón, Juan A. *Curso de Derecho Constitucional*. 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 347-348.

dríamos entonces meros *privilegios* como los reconocidos a los componentes de algunas clases en el *Ancien Régime*), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que *no son renunciables* y atribuyen a sus beneficiarios no *derechos públicos subjetivos*, sino simples *intereses legítimos*.

"Las mencionadas *garantías*, además, encuentran hoy en día su razón de ser simplemente en la independencia que debe caracterizar a toda Cámara en su cualidad de órgano constitucional del Estado y no ya en la necesidad de tutelar el Poder Legislativo de eventuales presiones del Ejecutivo".¹⁰

Aunque compartimos, en general, la opinión antes citada, no estamos de acuerdo con la afirmación de que las referidas garantías no tienen su justificación en la necesidad de proteger al Poder Legislativo de los ataques del Poder Ejecutivo, ya que, entre nosotros, esa es una de las causas de la existencia de las mismas, pues, como pertinentemente declarara —el 10 de octubre de 1960, en el Senado— el doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa, la "inmunidad parlamentaria fue concedida a los senadores y diputados para impedir que éstos puedan ser coartados en el libre uso de las garantías que precisan como legisladores o como representantes populares, y esta inmunidad fue necesaria porque muchas veces los representantes del pueblo eran objeto de coacciones por la autoridad respectiva".¹¹

Ahora bien, en la Constitución venezolana vigente, las garantías parlamentarias aparecen consagradas en los artículos 142 y 143.

Así, el primero de ellos establece: "No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los senadores ni a los diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos".

Y el segundo dice: "Los senadores y diputados gozarán de inmunidad desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y,

10. Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Trad. del italiano por Pablo Lucas Verdú. 1ª ed. reimpres. Madrid, Tecnos, 1973; p. 379.

11. Luis Beltrán Prieto Figueroa. *Diario de Debates*. Senado, 10 de octubre 1960, citado en Arcaya, Mariano, *Constitución de la República de Venezuela* (Constitución de 1961). Caracas, El Cojo, 1971; t. II, p. 278.

en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.

"En caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un senador o diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada. Esta medida cesará si dentro del término de noventa y seis horas la Cámara respectiva o la Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado mientras se decide sobre el allanamiento.

"Los funcionarios o empleados públicos que violen la inmunidad de los senadores y diputados incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados de conformidad con la ley".

En concordancia con las disposiciones constitucionales, antes transcritas, se encuentran los artículos:

144, que declara: "El Tribunal que conozca de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso, practicará las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia a los fines del ordinal 2º del artículo 215 de esta Constitución. Si la Corte declara que hay mérito para la continuación de la causa, no habrá lugar al enjuiciamiento sin que preceda el allanamiento del indiciado por la Cámara respectiva o por la Comisión Delegada";

145, que dispone: "Las Cámaras o la Comisión Delegada no podrá acordar el allanamiento sino en sesión expresamente convocada, con no menos de veinticuatro horas de anticipación, y mediante acuerdo razonado aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros";

146, que consagra: "En los casos en que el allanamiento hubiere sido acordado por la Comisión Delegada, la Cámara respectiva podrá revocarlo en las sesiones inmediatas siguientes";

147, que a la letra dice: "La inmunidad parlamentaria se suspende para el senador o diputado mientras desempeñe cargo público cuyo ejercicio acarree separación de la Cámara o mientras goce de licencia por el tiempo de ésta que exceda de veinte días, siempre que proceda la convocatoria del suplente respectivo, de acuerdo con el reglamento.

"Los suplentes gozarán de inmunidad mientras estén en el ejercicio de la representación, a partir de la convocatoria y hasta veinte días después de concluido aquel ejercicio", y

215, que expresa: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

"(...)

"2º Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso... y, en caso afirmativo, pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso".

Según el iuspublicista belga J. Velu, la primera de las garantías parlamentarias, es decir, la establecida por el artículo 142 de nuestra Constitución (que equivale al artículo 44 de la Constitución de Bélgica), "es una inmunidad verdadera",¹² mientras que la otra, o sea, la consagrada en el artículo 143 *eiusdem* (artículo 45 de la Constitución belga), "establece lo que ciertos autores llaman una «inviolabilidad temporal». Es mejor hablar, sin embargo, de una *causa de suspensión de la acción pública*".¹³

Y refiriéndonos, concretamente, a la garantía parlamentaria contenida en el artículo 143 de nuestra Carta Magna, debemos señalar, con J. Velu, que en estos casos, "el constituyente ha querido impedir, sobre todo, que el gobierno pueda entablar la buena marcha del trabajo parlamentario provocando, durante la sesión, actos de persecución contra los parlamentarios que le fueran adversos.

"El artículo 45¹⁴ no acuerda un privilegio a los parlamentarios sino simplemente una garantía que tiene por fin asegurar la independencia del Parlamento contra la acción de las autoridades.

12. Velu, J. *Droit Public*. 1ère. éd. (retirage). Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970; p. 680.

13. *Ibidem*, p. 681.

14. El artículo 45 de la Constitución belga expresa: "Ningún miembro de una u otra Cámara puede, durante el tiempo de la sesión, ser perseguido ni detenido en materia de represión, sin la autorización de la Cámara de la cual forma parte, salvo en el caso de flagrante delito.

"Ninguna coacción corporal puede ser ejercida contra un miembro de una u otra Cámara durante la sesión, sin la misma autorización.

"La detención o la persecución de un miembro de una u otra Cámara es suspendida durante la sesión y por toda su duración, si la Cámara lo requiere". (Cf. Velu, J., *op. cit.*, p. 683).

"Esta garantía no crea ni un privilegio de jurisdicción ni una verdadera inmunidad".¹⁵

Según el profesor argentino Rafael Bielsa —él se refiere a la garantía parlamentaria establecida en el artículo 61 de la Constitución de la República Argentina—,¹⁶ el "privilegio contra el arresto de los legisladores se justifica... , por la defensa de la integridad del cuerpo legislativo, la que se afectaría si se pudiera arrestar a sus miembros como a cualquier particular, con la sola acusación, o visos de verosimilitud de un hecho que justifica el arresto; y también se afectaría a una parte del pueblo soberano al privársele —aunque sea momentáneamente— de la actuación de alguno de sus representantes. En suma: es una garantía política del *sistema representativo* y de la libertad de opinión en la *función legislativa*, aunque el medio sea indirecto".¹⁷

Ahora bien, después de la entrada en vigencia de la Constitución venezolana de 1961, se han planteado algunos casos en que algunos parlamentarios han sido detenidos y enjuiciados, acusados de haber incurrido, supuestamente, en delitos militares, sin que se haya procedido, previamente, al allanamiento de la inmunidad parlamentaria de los mismos, conforme al procedimiento constitucionalmente previsto.

Tales hechos han sido cumplidos mediante decisiones tomadas por tribunales militares y han provocado una amplia discusión en el país que ha culminado con la sentencia pronunciada el 25 de agosto de 1976 por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, a la cual nos referiremos oportunamente.

Así, por ahora, queremos señalar, en primer término, que no siempre se ha considerado innecesario, en Venezuela, el levantamiento previo de la inmunidad parlamentaria, para poder proceder

15. Velu, J., *op. cit.*, pp. 683-684.

16. El artículo 61 de la Constitución argentina —(ed. oficial de 1963) (Bielsa, en su obra publicada en 1952, remite al artículo 62, pero en todo caso la redacción es la misma)—, dice: "Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho" (Cf. *Diccionario de la Constitución Nacional*. Publicación Oficial, 2ª ed. Buenos Aires, Dirección General del Boletín Oficial e Imprentas, 1963).

17. Bielsa, Rafael. *Compendio de Derecho Público* (Constitucional, Administrativo y Fiscal). Buenos Aires, 1952, pp. 232-233.

a arrestar, o detener o enjuiciar, por ante un tribunal militar, a un senador o diputado, ya que con relación a los diputados Eloy Torres, del Partido Comunista de Venezuela, y Simón Sáez Mérida, del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, el procedimiento establecido en la Constitución venezolana vigente fue cumplido y terminó con el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del primero de los citados.

Así, a solicitud del Consejo de Guerra Accidental con sede en Ciudad Bolívar, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, con fecha del 18 de junio de 1962, resolvió —con los votos salvados (fundados en razones diferentes) de dos de sus integrantes—, que "corresponde a la Corte declarar, conforme a lo dispuesto en los artículos 144 y 215, ordinal 2º de la Constitución de la República, con vista de las diligencias sumariales enviadas por el Tribunal de la causa, si hay o no mérito para la continuación del procedimiento sobre allanamiento por lo que respecta a los diputados nombrados, previo el pronunciamiento sobre allanamiento que, en caso afirmativo, correspondería hacer a la Cámara de Diputados, de acuerdo a lo establecido en los artículos 144 y 145 *eiusdem*...

"Con base a lo anteriormente expuesto, considera la Corte que existen méritos para la continuación de la causa iniciada contra los diputados Simón Sáez Mérida y Eloy Torres, a fin de que el órgano jurisdiccional competente, determine, en definitiva, la responsabilidad en los ya referidos hechos de rebelión; y por ello, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 144 y 215, ordinal 2º de la Constitución Nacional, considera procedente remitir a la Cámara de Diputados, copia de esta decisión".¹⁸

Respecto a la citada solicitud de levantamiento de inmunidad parlamentaria, la Cámara de Diputados —según consta en oficio de su Presidente, dirigido al Presidente de la Corte Suprema de Justicia—, "en su sesión del día 18 de los corrientes (octubre de 1962), conforme a lo establecido en el artículo 145 de la Constitución Nacional, acordó acceder a la petición de allanamiento al diputado Eloy Torres, formulada por ese alto cuerpo con fecha 18 de junio del presente año...

"Asimismo cumpla en participarle que este Cuerpo, al acceder a la petición de allanamiento, aprobó la proposición presentada

18. Citado en el diario *El Nacional*. Caracas, 22 de junio de 1962, p. 1.

por el ciudadano diputado Luis E. Solórzano Bruce cuyo texto es el siguiente:

"«Que en el mismo oficio en que el Presidente de la Cámara remita a la Corte Suprema de Justicia el Acuerdo en que se accede a la petición de allanamiento del diputado Eloy Torres, se le exprese el deseo de esta Cámara de que el diputado Eloy Torres sea juzgado por sus jueces naturales con las garantías personales necesarias y de acuerdo con las normas del procedimiento ordinario»".¹⁹

Con referencia al diputado Simón Sáez Mérida, en vista de que las fracciones parlamentarias de AD-ARS y URD no estuvieron de acuerdo en allanarle la inmunidad parlamentaria, al contrario de lo que sucedió con el diputado Eloy Torres, la Cámara de Diputados, con fecha del 23 de octubre de 1962, declaró: "En cumplimiento de lo establecido por la parte final del artículo 145 de la Constitución Nacional:

"Considerando:

"Que en el juicio militar abierto con ocasión de los sucesos de Carúpano, al diputado Simón Sáez Mérida, se han transgredido expresas normas procesales:

"Considerando:

"Que los recaudos producidos por la Corte Suprema de Justicia, no son precisos y suficientes, a juicio de esta Cámara, para inferir la participación activa del diputado Simón Sáez Mérida en los hechos que se le imputan:

"Acuerda:

"Art. 1º Rechazar la petición de allanamiento promovida en contra del diputado Simón Sáez Mérida;

"Art. 2º Transcribir el presente Acuerdo a la Corte Suprema de Justicia a los fines de ley. . .".²⁰

Con relación al acuerdo, inmediatamente antes transcrito, conviene señalar que en el voto salvado del doctor Saúl Ron, presentado con ocasión de la decisión de la Corte Suprema de Justicia,

19. Citado en *ibidem*, 20 de octubre de 1962, p. 21.

20. Citado en *ibidem*, 24 de octubre de 1962, p. 1.

de 18 de junio de 1962, se expresa que "los recaudos producidos para resolver acerca del mérito en el enjuiciamiento al diputado Simón Sáez Mérida no son suficientes para fundamentar la decisión de la Sala".

Asimismo, que la Dirección General de Policía (Digepol) es un "organismo que en el caso estudiado no tiene competencia para abrir ni practicar la inquisición sumarial y, por consiguiente, carece de facultades para adelantar ninguna diligencia que tenga conexión con aquella".

"...en el supuesto negado de que la investigación sumarial pudiera llevarse a cabo mediante el procedimiento previsto en el artículo 100 del Código Militar,²¹ es decir, por órgano de las autoridades policiales ordinarias, las diligencias practicadas en tal forma estarían limitadas a las actuaciones indispensables que hubiera que adelantar para evitar toda dilación, pero sujetas siempre a la reserva de ser ratificadas o confirmadas por ante los funcionarios judiciales militares, para que pudieran tener algún efecto probatorio"; requisitos que, en el caso estudiado, no se cumplieron, a juicio del magistrado disidente.²²

O sea, que en el caso de la solicitud de allanamiento de la inmunidad del diputado Simón Sáez Mérida, la Cámara de Diputados acogió la tesis expuesta, en el voto salvado del magistrado doctor Saúl Ron, para fundamentar su negativa a conceder el referido allanamiento. Sin embargo, aquí cabe observar, con el profesor P. Biscaretti di Ruffia, que la Cámara legislativa —a la cual pertenece el parlamentario cuya inmunidad es objeto de una petición de allanamiento— "en su decisión, no debe sustituir al juez (contrastando la culpabilidad o no, del imputado), sino que debe comprobar, con *criterio exquisitamente político*, si tras la imputación no se oculta una persecución contra el parlamentario y, de todos modos, si parece oportuno actuar el proceso o asumir la provisión requerida".²³

21. El artículo 100 del Código de Justicia Militar de Venezuela dice: "Además de los Jueces Militares de Instrucción son competentes para iniciar las primeras diligencias sumariales cualesquiera autoridades militares, policiales o judiciales ordinarias, a reserva de ser ratificadas o confirmadas tales actuaciones por los funcionarios judiciales militares, a quienes se debe pasar las actuaciones a la mayor brevedad".

22. Ver nota 18.

23. Biscaretti di Ruffia, P., *op. cit.*, pp. 382-383. (El subrayado es nuestro). Conviene transcribir, aquí, el artículo 68 de la Constitución italiana vigente, que establece: "Los miembros del Parlamento no pueden ser perseguidos

Vale decir, que si bien en apariencia el procedimiento constitucionalmente previsto, para suspenderle la inmunidad a un miembro del Senado o la Cámara de Diputados de nuestro país, es formalmente jurídico, desde el punto de vista material o, más exactamente hablando, de su concreción, es esencialmente político. Van a ser los intereses en juego en la Cámara legislativa, de la cual es miembro el parlamentario afectado por una solicitud de levantamiento de la inmunidad, los que determinarán que se conceda o no a éste, todo ello independientemente de los aspectos jurídicos del proceso judicial que se pretende seguir a aquél. Evidentemente, que esto no significa que ellos sean irrelevantes al momento de ir a decidir sobre la petición de allanamiento, sino que no son determinantes en la resolución a tomar por la Cámara.

Es justamente, la naturaleza eminentemente política de este procedimiento constitucional lo que condujo a que se buscara, por parte de los tribunales militares, obrando como instrumentos del Poder Ejecutivo venezolano, una vía fundada, básicamente, en una interpretación de los artículos 143, 144 y 215, ordinal 2º, de la Constitución vigente, aislada del resto del ordenamiento constitucional y de los principios jurídicos fundamentales de éste.

Entonces, pues, procederemos ahora, a estudiar las decisiones tomadas por la jurisdicción militar en contra de determinados miembros de las Cámaras legislativas nacionales, sin acatar lo establecido por las normas constitucionales con relación a la suspensión de la inmunidad parlamentaria.

Así, con fecha del 4 de octubre de 1963, el Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas dictó un auto de detención donde dijo: "Este Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, conforme orden emanada del ciudadano General de Brigada Ministro de Defensa, en oficio número 6.013, de fecha 30 de septiembre de mil novecientos sesenta

por las opiniones expresadas y por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones.

"Sin la autorización de la Cámara a que pertenezca, ningún miembro del Parlamento puede ser sometido a procedimiento penal; no puede ser arrestado o privado de cualquier otro modo de la libertad personal, o sometido a registro personal o domiciliario, salvo si es sorprendido en flagrante delito para el que sea obligatorio el mandato y la orden de arresto.

"Igual autorización se requiere para arrestar o mantener detenido a un miembro del Parlamento en ejecución de una sentencia, incluso aunque sea firme" (Cf., *Constituciones Europeas*. Selección y traducción por Manuel García-Pelayo, Pedro Bravo Gala y Juan Carlos Rey. Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1960, pp. 169-170).

y tres, en uso de la atribución que le confiere el ordinal 2º del artículo 163 del Código de Justicia Militar,²⁴ procedió a dictar el auto de proceder correspondiente, en relación a presuntos hechos delictivos de carácter penal militar, de acuerdo a la disposición taxativa e imperativa del artículo 167 *eiusdem*,²⁵ y practicadas las actuaciones del caso de autos se desprenden los siguientes elementos de prueba: ... *Tercero*: Por cuanto de las anteriores probanzas aparece plenamente demostrado que un grupo de personas, cuales son: Gustavo Machado, Eduardo Machado, Pompeyo Márquez, Jesús Faría, Simón Sáez Mérida, Domingo Alberto Rangel, Carlos Núñez Tenorio, Gustavo Villaparedes, José Miguel Salazar Jiménez y Petra Francisca Hernández Sierra, desarrollaron actos que se traducen en una conducta delictiva, como son el promover la instrucción, aconsejamiento y dirección de fracciones guerrilleras; de ayuda, es decir, cooperación, auxilio y esfuerzos tendientes a producir el logro de un determinado fin antisocial y delictivo e igualmente de sostenimiento, o sea, prestar apoyo y auxilio tanto intelectual como material al alcance del propósito punible, que en todo se condensa en sostener movimientos armados capaces de alterar la paz interna de la República e impedir o dificultar el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus poderes que tales actos constituyen una abierta hostilidad materializada, según se diligencia de las anteriores probanzas en hechos violentos contra las Fuerzas Armadas, garantizadoras del orden legal y la soberanía del Estado venezolano; que del estudio de estos actos se destaca que los rebeldes se encuentran organizados militarmente en partidas mayores o menores de diez (10) personas, localizadas en diversas partes de la República; que la beligerancia y los propósitos que persiguen, envuelven ataques y ofensas a las Fuerzas Armadas Nacionales, con la intención dolosa y específica de provocar trastornos elementales dentro del seno de los órganos constitucionales del Poder Público Nacional y de causar un grave malestar, propicio a toda clase de delincuencia, al desorden y a la dispersión de

24. El artículo 163 del Código de Justicia Militar dispone: "Ningún sumario militar podrá iniciarse sin la orden previa de abrir la averiguación dictada por la autoridad competente.

"Son autoridades militares competentes para ordenar que se abra averiguación militar sumarial:

"(...).

"2º El Ministro de la Defensa".

25. El artículo 167 *eiusdem* expresa: "El Juez de Instrucción al recibir la orden de abrir la averiguación, dictará el auto de proceder, sin ninguna dilación y desde ese momento queda abierta la instrucción sumarial".

los objetivos específicos de dichas Fuerzas Armadas. Tales hechos tipifican plenamente la perpetración del delito militar de Rebelión, previsto en el ordinal 1º del artículo 476 del Código de Justicia Militar, en relación con los ordinales 2º, 3º y 4º del 486 *eiusdem*,²⁶ que no está evidentemente prescrito y el cual amerita pena corporal. Igualmente surgen indicios de culpabilidad en contra de los ciudadanos Gustavo Machado, Eduardo Machado, Pompeyo Márquez, Jesús Faría, Simón Sáez Mérida, Domingo Alberto Rangel, Carlos Núñez Tenorio, Gustavo Villaparedes, José Miguel Salazar Jiménez y Petra Francisca Hernández Sierra, en la comisión del mismo. En consecuencia, este Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *decreta la detención de los expresados ciudadanos en el Departamento de Procesados Militares* ubicado en el Cuartel «San Carlos» de esta ciudad, por estar llenos los extremos a que se contrae el artículo 202 del ya citado Código de Justicia Militar.²⁷ *Cuarto:* Las infracciones militares cometidas por civiles, conforme al ordinal 2º del artículo 123 del Código de Justicia Militar,²⁸ son del conocimiento de la juris-

26. El artículo 476 *eiusdem* declara: "La rebelión militar consiste:

"1º En promover, ayudar o sostener cualquier movimiento armado para alterar la paz interior de la República o para impedir o dificultar el ejercicio del gobierno en cualquiera de sus poderes".

Y el artículo 486 del mismo Código establece: "La rebelión es un delito militar aun para los no militares, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

"1º Que los rebeldes estén mandados por militares, o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas nacionales.

"2º Que formen partidas militarmente organizadas y compuestas por diez o más individuos.

"3º Que aun formando partidas en menor número de diez, existan en otros puntos de la República partidas o fuerzas que se propongan el mismo fin.

"4º Que hostilicen en cualquier forma a las fuerzas nacionales".

27. El artículo 202 *eiusdem*, dispone: "Cuando de las diligencias sumariales aparecieren pruebas de la comisión de un delito militar y existan indicios de la culpabilidad de alguna persona, el juez decretará su detención y la comunicará a la autoridad militar superior de la localidad, si el indiciado fuere militar; y si fuere civil, al Ministro de la Defensa, si el juicio se sigue en la capital de la República, o si se le sigue en otro lugar, a la autoridad militar de la localidad, para la ejecución de la detención, quienes para ello ocurrirán a la autoridad civil correspondiente".

28. El artículo 123 del Código de Justicia Militar declara: "La jurisdicción militar comprende:

"(...)

"2º Las infracciones militares cometidas por militares o civiles, conjunta o separadamente".

dicción militar, la cual priva sobre la ordinaria en la materia de su especialidad. La naturaleza específica del delito militar se contrapone al común u ordinario y al político, entendiéndose por este último el que *ab initio* atenta contra la organización política del Estado o contra el orden político y el Derecho Común. Nuestra legislación no trae una definición exacta del delito político, siendo la intención del legislador y la voluntad del intérprete dejar a la particular apreciación la determinación de este delito, que como dijimos, persigue un fin directo e inmediato, atentatorio a la función de gobierno, pero nunca próximo al concepto derogativo y excepcional del delito especial militar. El delito militar por su naturaleza necesita de una mayor urgencia y sencillez para contener dentro de sus límites la infracción de los deberes de disciplina y la lesión a la seguridad de la Institución; disciplina y seguridad, que no siempre se trastorna con la conducta criminal netamente política, pero que en todo caso se vulnera con la conducta criminal específicamente militar. Existiendo rebelión militar, aunque se cometa por mera pasividad o por omisión, deben someterse sus infractores a la jurisdicción castrense y castigarse de acuerdo a las normas del fuero especial; no de acuerdo a las normas que rige el Derecho Penal Común o el Derecho Político Común, pues, el primero, tiende a proteger las bases mismas de la sociedad y el segundo la estabilidad y organización del Gobierno, como detentador del Poder Público, en tanto que el Derecho Militar rige las atribuciones y deberes de su institución, que se traducen en el fiel cumplimiento de la función primordial de las Fuerzas Armadas, cual es la de salvaguardar la soberanía del Estado. *Quinto:* Los ciudadanos Domingo Alberto Rangel, Simón Sáez Mérida, Jesús Faría, Pompeyo Márquez, Eduardo Machado y Gustavo Machado actualmente, según consta en autos, son miembros del Congreso Nacional, y gozan de inmunidad, conforme al artículo 143 de la Constitución Nacional. Por tanto dicho aforo conlleva garantía política de independencia. Esta institución es un privilegio legal que deroga los principios fundamentales de penar la comisión de ciertos delitos especialmente aforados, según se desprende de la conexión armónica de los artículos 143 y 144, en concordancia con el ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución Nacional; esto es, de los delitos comunes y los delitos políticos. Dentro de este fuero parlamentario, de campo de acción limitado, no se estatuyen los delitos de un fuero excepcional y especialísimo como lo es el mili-

tar; fuero éste cuyas peculiaridades las contempla la Constitución Nacional en su artículo 132,²⁹ y las regula la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y el Código de Justicia Militar. Pretender que los límites del fuero parlamentario, en una interpretación extensiva y personalista, pueda trascender fuera del Derecho Común y del Político, invadiendo los terrenos contrapuestos del Derecho Militar, sería ir contra el sentido evidente de la norma constitucional, de la conexión de los preceptos arriba indicados y la intención del constituyente, quien estableció, en la motivación de la Carta Fundamental, refiriéndose al allanamiento previo dictamen de mérito de la Corte Suprema de Justicia, para dos formas únicas de delito citadas en el ordinal 2º del artículo 215 *eiusdem*. Como se observa, nuestro legislador no contempla, entre los principios que informan la Carta Magna, disposición alguna, que en forma expresa prevea trámite procedimental de excepción, para delitos revestidos de particularismos e independencia que les asigna un fin y vida propia, como son los delitos castrenses y entre éstos el de Rebelión Militar. Este delito difiere en todas sus notas características y propia naturaleza de los delitos comunes o políticos. Por otra parte, el artículo 144 de la Constitución Nacional señala los casos o modos de proceder requeridos para actuar contra algún miembro del Congreso, es decir, la denuncia y la acusación; pero no consagró el constituyente, el inicio del proceso militar, dispuesto en el ordinal 2º del artículo 163 del Código de Justicia Militar. La orden de proceder «...constituye para el funcionario militar instructor una *notitia criminis* que le permitirá enderezar sus actividades hacia el fin que le señala el artículo 165 del Código de Justicia Militar...» sin que pueda utilizar los modos procedimentales citados (Sentencia del 15-7-49, Corte Federal y de Casación). Nuevamente se observa con lo dicho, el especial aforo que rige a los elementos sindicados anteriormente. Entonces la extensión de la inmunidad para los expresados parlamentarios no puede ir más allá de los límites constitucionales señalados a voluntad del legislador y por tanto no pueden trabar la prosecución de la acción de la justicia militar, conforme a sus leyes especiales. El delito de Rebelión Militar es un delito conti-

29. El artículo 132 de la Constitución Nacional dice: "Las Fuerzas Armadas Nacionales forman una institución apolítica, obediente y no deliberante, organizada por el Estado para asegurar la defensa nacional, la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y a las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación. Las Fuerzas Armadas estarán al servicio de la República, y en ningún caso al de una persona o parcialidad política".

nuado y polifacético en el que suelen participar, con muy diferentes modos e intensidad, numerosos delincuentes. Esa continuidad hace de los diversos actos que permanentemente se ejecuten un solo hecho punible, una unidad real, un delito único. Es la violación de una misma disposición legal con pluralidad de hechos, en fechas distintas pero con una misma resolución. En este sentido los individuos anteriormente sindicados, según lo constante en autos, han mantenido una unidad e identidad de motivos dirigidos a promover, ayudar o sostener en todo tiempo y lugar un movimiento armado que encuadra en el tipo legal específico de Rebelión Militar. Es, por tanto, criterio de este Tribunal Militar, conforme a la declaratoria de detención arriba transcrita y basándose en los razonamientos expuestos, el decretar la detención de los ciudadanos Gustavo Machado, Eduardo Machado, Jesús Faría, Pompeyo Márquez, Domingo Alberto Rangel y Simón Sáez Mérida, sin la petitoria de allanamiento que la Constitución prevé para los delitos comunes o políticos, pero no para los delitos militares y así se declara. *Sexto:* En consecuencia, líbrense las correspondientes boletas de encarcelación y particípele esta decisión al ciudadano General de Brigada Ministro de la Defensa, por órgano de la Dirección del Servicio de Justicia Militar".³⁰

Posteriormente, el Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas dictó, con fecha del 29 de enero de 1964, un auto de detención —dirigido contra los diputados Manuel Joaquín Aristimuño y Luis Miquelena por haber presuntamente incurrido en los delitos militares de rebelión militar y encubrimiento de un prófugo de la Justicia Militar—,³¹ basado en

30. Citado en Arcaya M., *op. cit.*, t. II, pp. 284, 288 y 292. Cf., *El Nacional*, 21 de agosto de 1976, p. C-10.

31. El artículo 389 del Código de Justicia Militar expresa: "Son responsables por los delitos y faltas militares:

"(...).

"3º Los encubridores".

El artículo 392 *eiusdem* dispone: "Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho y sin haber tenido participación en él como cómplices, intervienen con posterioridad en algunos de los casos siguientes:

"1º Aprovechándose por sí mismo o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del hecho.

"2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del hecho delictuoso, para impedir su descubrimiento.

"3º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al delincuente".

Y el artículo 393, *eiusdem* establece: "Están exentos de las penas impuestas por los ordinales 2º y 3º del artículo anterior, los que fueren encu-

argumentos similares a los manejados en el auto de detención anteriormente transcrito.³² Pero, por decisión del 28 de abril de 1964 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se ordenó la excarcelación de los mismos, ya que la Corte "resolvió que no tenía materia sobre qué decidir en atención a que había declarado con lugar la declinatoria de competencia", el Consejo Permanente de Guerra de Caracas, revocando, con fecha 23 de abril de 1964, "el auto de detención dictado por el inferior, en razón de que a su juicio, el delito de encubrimiento no era de carácter militar y por ello declinó su competencia en un Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de la misma Jurisdicción".³³

Algunos años más tarde, el mismo juzgado militar —con ocasión del auto de detención pronunciado el 28 de octubre de 1971, contra el senador Miguel Angel Capriles, por la supuesta comisión del delito contemplado en el artículo 550 del Código de Justicia Militar—³⁴ declaró que "si bien es cierto, según consta, el ciudadano Miguel Angel Capriles, es miembro de la Cámara del Senado del Congreso Nacional y goza de inmunidad, conforme al artículo 143 de la Constitución Nacional, es y ha sido criterio de este Juzgado Militar, asentado en decisión del veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, caso ciudadanos diputados Manuel Joaquín Aristimuño Palacios y Luis Miquelena...

"...que la eximencia de responsabilidad de los ciudadanos senadores y diputados, está íntimamente ligada al ejercicio de sus funciones en Cámara, conforme lo consagra el artículo 142 de la Constitución Nacional o a cualquier otro acto cumplido en ejercicio de las funciones de Parlamentario; pero no así, por aquellas

bridores de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge o parientes afines hasta el segundo grado; y, a juicio del Tribunal, los que fueren encubridores de otros parientes cercanos".

32. Cf. *El Nacional*, 21 de agosto de 1976, p. C-10.

33. Cf., *ibidem*, 29 de abril de 1964, p. A-1, y fotocopia del fallo del 25 de agosto de 1976 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, p. 18.

34. El artículo 550 del Código de Justicia Militar dice: "Los que revelen órdenes, consignas, documentos o noticias privadas o secretas de las Fuerzas Armadas, serán penados con prisión de cuatro a diez años.

"Si el hecho hubiese impedido que una operación de guerra produjere las ventajas que debía producir u ocasionare la pérdida o destrucción de fortalezas, naves, aeronaves, cuarteles u otras dependencias militares o navales, armas, municiones u otros elementos o pertrechos de guerra, o causado cualquier otro grave daño, la pena podrá ser aumentada hasta en una tercera parte".

acciones vinculadas a actividades no propias ni ínsitas a la específica función que su condición de miembros del Congreso Nacional les permite. No puede cubrir la irresponsabilidad estatuida en el artículo 142 de nuestra máxima Carta aquellos actos realizados por el congresante fuera del ejercicio de sus funciones, tal como sucede en el presente caso cuando se ha incurrido en la publicación de un Documento Militar Secreto, en quehaceres periodísticos no amparados, según criterio de este Tribunal, por la inviolabilidad a que se contrae el precitado artículo 142 de la Carta Fundamental de la República.

"Por todo lo expuesto, es juicio de este Tribunal, conforme a la declaratoria de Detención arriba transcrita en contra del ciudadano Miguel Angel Capriles, fundamentada en los razonamientos anotados, que no procede en este caso la petitoria de allanamiento que la Constitución Nacional prevé para los delitos comunes y políticos al no establecerlo así para los delitos militares".³⁵

En esta oportunidad, dado que, por auto del 10 de noviembre de 1971, el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, "se declaró competente para conocer del juicio seguido contra el ciudadano Miguel Angel Capriles por el Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas, y, consecuentemente, se dirigió a éste para solicitar que declinara en él su competencia", enviando el expediente del caso a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual —después de haber recibido "informe del Juez requerido, quien a su vez, se declaró competente para seguir conociendo del juicio" y pedida "la remisión del expediente original de la causa"— resolvió el 29 de noviembre de 1971, con "vista de dicho expediente y de los demás elementos de autos",³⁶ que "si bien es posible que el conflicto se suscite durante el sumario también lo es que el tribunal a quien compete su decisión pueda declararlo improcedente, por extemporáneo o prematuro, atendiendo a las circunstancias del caso.

"A lo dicho en el último de los párrafos transcritos convendría añadir ahora, que si el modo de proceder indicado en él es el

35. Citado en *El Nacional*, 21 de agosto de 1976, p. C-10.

36. Cf., Sentencia del 29 de noviembre de 1971 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en *Repertorio Forense*. Caracas, "Repertorio Forense", S. A., 1972, t. 23 (abril-mayo-junio, 1972), p. 137.

más recomendable por parte de los jueces en los conflictos de competencia, con mayor razón lo es en los conflictos de jurisdicción *ratione materiae*, pues, en tanto que en aquéllos el fuero depende, por lo general, de una o más circunstancias objetivas y fácilmente apreciables, como son el lugar donde se cometió el delito, o donde fueron descubiertas las pruebas materiales del mismo, o donde fue aprehendido o está residenciado el presunto culpable, en los segundos se determina concretamente por la calificación del delito, acto de suyo complejo y difícil, ya que supone el examen, apreciación y valoración de hechos y circunstancias frecuentemente muy diversos, y su ulterior confrontación con diferentes textos legales, a fin de precisar si aquéllos corresponden a los supuestos que tipifican los hechos delictivos definidos en el derecho común o a los previstos en una de las ramas especiales del derecho penal.

"De allí se sigue que los jueces no deben promover conflictos de jurisdicción durante el sumario, a menos que las averiguaciones practicadas demuestren tan claramente los hechos y circunstancias configurantes del delito, que disipen toda duda acerca del título que invoca el promovente para asumir el conocimiento del juicio.

"En el presente caso, las actuaciones remitidas por ambos jueces comprueban: a) que el requirente promovió el conflicto a instancia del doctor Morris Sierralta, quien, según los autos, no ha comprobado el interés que legitima su intervención en la averiguación sumaria que instruye el Juez Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas contra el ciudadano Miguel Angel Capriles, y por estimar que el hecho que se imputa a éste configura el delito sancionado en el artículo 134 del Código Penal y no al previsto en el artículo 550 del Código de Justicia Militar; b) que, para la fecha en que fue promovido el conflicto, el promovente no conocía de ninguna denuncia o acusación, ni instruía de oficio ninguna averiguación contra el indiciado, por lo cual fundó su solicitud de declinatoria en los elementos probatorios producidos por el mencionado abogado que son los siguientes:

"1º) Copia de las actuaciones del Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas, que constan del Libro Diario de dicho Tribunal en acta correspondiente al día 28 de octubre de 1971, donde aparece que el mencionado Juzgado dictó «auto de detención contra el ciudadano Miguel Angel Capriles, por la presunta comisión del delito previsto en el artículo 550 del

Código de Justicia Militar», y 2º) Copia de la decisión dictada por esta Sala, en fecha 28 de abril de 1964, con relación a la averiguación seguida por el Juez Militar de Primera Instancia Permanente de Caracas, y en la cual aparecía como uno de los indiciados el ciudadano Luis Miquelena Hernández, para aquella fecha Diputado al Congreso Nacional; c) que en el expediente remitido a esta Corte por el juez promovente, cursa un ejemplar del diario vespertino *El Mundo*, correspondiente al viernes 1º de octubre de 1971, en el cual aparece la publicación de los hechos que han motivado la averiguación; d) que el juez requerido inició las averiguaciones contra el indiciado Miguel Angel Capriles, en cumplimiento de instrucciones que, en conformidad con el ordinal 2º del artículo 163 del Código de Justicia Militar, le comunicó el Ministro de la Defensa en el oficio N° 6.493, de fecha 1º de octubre de 1971, en el cual le ordena abrir «averiguación sumarial con motivo del presunto delito de espionaje previsto en el artículo 471 *ejusdem*, según se evidencia del contenido del documento secreto militar reproducido en la página seis del primer cuerpo del diario vespertino *El Mundo*, en su edición del viernes 1º de octubre de 1971...»; e) que dicha averiguación se ha venido efectuando en el mismo expediente, conjuntamente con la instruida al ciudadano Pedro Duno como presunto autor del delito de espionaje, «al revelarse documentos secretos de carácter militar como el aparecido en el periódico N° 2 denominado *Punto Negro*, de fecha 1º de octubre de 1971»; f) que después de practicar diversas diligencias para el esclarecimiento del hecho y la identificación de los culpables, el seis de octubre próximo pasado dicho tribunal dictó auto de detención contra el último de los mencionados ciudadanos, y posteriormente, contra el primero, porque, a su juicio en relación con ambos, existen fundados indicios de culpabilidad en la comisión del delito previsto en el artículo 550 del Código de Justicia Militar, y g) que ninguno de los indiciados había sido detenido para la fecha en que se paralizaron las actuaciones sumariales, como consecuencia del conflicto promovido, ni presentado alegato alguno en su defensa.

"Ahora bien, los artículos 134 del Código Penal, en su encabezamiento y 471 y 550 del Código de Justicia Militar a que se ha hecho referencia, disponen respectivamente, en cuanto a revelación de secretos militares, lo siguiente:

"«Artículo 134: Cualquiera que, indebidamente y con perjuicio de la República, haya revelado los secretos políticos o militares concernientes a la seguridad de Venezuela, bien sea comunicando o publicando los documentos, datos, dibujos, planos u otras informaciones relativas al material, fortificaciones u operaciones militares, bien sea diafanizando de otra manera su conocimiento, será castigado con presidio de siete a diez años...

"»Artículo 471: Incurren en el delito de espionaje toda persona que en cualquier sitio de la República o en alguna de las embajadas, legaciones, consulados u otras oficinas venezolanas en el exterior, de cualquier manera, con el objeto de servir a un país extranjero con perjuicio para Venezuela, cometa algunos de los hechos siguientes:

"»...4º Sustraer, conseguir, fotografiar, copiar, alterar, suprimir, deturpar, desviar, aunque sea temporalmente, documentos u objetos de carácter secreto o reservado, relacionados con la defensa nacional.

"»5º Revelar documentos, noticias o informaciones de naturaleza militar que en interés de la defensa nacional deban permanecer secretos.

"»Artículo 550: Los que revelen órdenes, consignas, documentos o noticias privadas o secretas de las Fuerzas Armadas, serán penados con prisión de cuatro a diez años.

"»Si el hecho hubiere impedido que una operación de guerra produjere las ventajas que debía producir u ocasionare la pérdida o destrucción de fortalezas, naves, aeronaves, cuarteles u otras dependencias militares o navales, armas, municiones u otros elementos o pertrechos de guerra, o causando cualquier otro grave daño, la pena podrá ser aumentada hasta en una tercera parte...»".

"En el caso de autos, el estudio del expediente permite concluir que en el estado en que se hallan actualmente las averiguaciones sumariales, no es posible determinar si el presunto delito que se imputa a los ciudadanos Pedro Duno y Miguel Angel Capriles es el previsto en los artículos 471 del Código de Justicia Militar o el 134 del Código Penal, porque no existe prueba alguna

de las circunstancias o supuesto de hecho que, en concurrencia con la revelación del secreto configuran algunas de dichas infracciones.

"Por tales razones, la Corte considera improcedente el conflicto de jurisdicción planteado por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas, en relación con el juicio a que se contraen las precedentes actuaciones, y así lo declara en nombre de la República y por autoridad de la Ley".³⁷

Ahora bien, vistas las decisiones anteriormente transcritas —y antes de pasar a estudiar el importante fallo del 25 de agosto de 1976 de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, así como el voto salvado anexo—, queremos hacer las siguientes consideraciones con relación a las tesis defendidas en las mismas:

Primera: Los autos de detención emanados de los ya mencionados tribunales militares de primera instancia tienen estrechas relaciones con dos principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano, como son:

A) El principio jurídico que proclama la supremacía de las normas de la Constitución por encima de cualesquieras otras contenidas en códigos, leyes, reglamentos, resoluciones administrativas, etc., y que ha sido expresamente consagrado tanto en el artículo 46 de la Constitución, en vigor, que declara: "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes", como en el artículo 215 *eiusdem* que establece: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

"(...)

"3º Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colidan con esta Constitución;

37. *Ibidem*, pp. 139-140.

"4º Declarar la nulidad total o parcial de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios que colidan con esta Constitución;

"(...)

"6º Declarar la nulidad de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo Nacional, cuando sean violatorios de esta Constitución".³⁸

Y, asimismo, en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Tribunales aplicarán ésta con preferencia".

Además, ese principio (expuesto, en 1803, por el *Chief Justice* norteamericano John Marshall, al sostener: "Los que aplican la ley a los casos particulares, necesariamente han de exponer e interpretar esta ley. Cuando dos leyes se contradicen, los tribunales deben definir la acción de cada una de ellas. Lo mismo acontece cuando una ley se opone a la Constitución. Si la ley y la Constitución se refieren a un caso particular de tal modo que el Tribunal tiene que determinarlo en consonancia con la ley, desestimando la Constitución, o bien desestimando la ley de acuerdo con la Constitución, el Tribunal deberá decidir cuál de estas normas en pugna rige el caso. Tal es fundamentalmente el deber judicial. *Sí, pues, los tribunales han de observar la Constitución, y si la Constitución es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislación, aquélla, y no ésta, deberá regir el caso al que ambas se refieran*"),³⁹ también ha sido consagrado por la jurisprudencia patria, bastando con recordar que la Sala Política y Administrativa de la extinguida Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia), en fallo del 6 de agosto de 1936, dijo: "En todos los países, aun en los que se citan como regidos por el tipo de las constituciones *flexibles* (Inglaterra e Italia), la Constitución es una ley tan especial, se le otorga tal preeminencia, que no permite englobarla bajo una misma denominación con las demás leyes. Pero es sobre todo en los países de Constitución rígida como la nuestra, donde esa preeminencia alcanza su más alto valor, no siendo en éstos ade-

38. Véanse también los artículos 42 y 43 de la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, promulgada el 30 de junio de 1976.

39. John Marshall, citado en Wheare, K. C. *Las Constituciones Modernas*. Trad. del inglés por Fernando Morera y Angel Alandí. Barcelona, Labor, 1971, pp. 105-106. (El subrayado es nuestro).

cuado a la Constitución el nombre genérico de ley, porque ella es algo más, es una superley y esta superlegalidad hace de la Constitución algo intangible, aun para el Poder Legislativo, fuera del proceso solemne de revisión previsto por ella misma...

"...La técnica de los tratadistas adopta precisamente las denominaciones de *control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, limitando la extensión del vocablo *leyes* a las ordinarias, para fijar la subordinación de éstas, sobre que se ejerce el control, al Pacto Fundamental que se considera como punto de comparación...

"En síntesis, si según la doctrina, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes mediante declaraciones de colisión y nulidades consiguientes es acatamiento que se rinde al Pacto Fundamental, por considerar éste como una superley, superlegalidad que se funda en la rigidez y preeminencia resultantes de un proceso especial de formación o de revisión que no rige para las leyes ordinarias, resulta así evidente que aquel control judicial no puede ejercerse sino sobre estas últimas, para hacerlas compatibles con la Ley Suprema..."⁴⁰

Lo cual ratificó la Corte, en sentencia del 10 de agosto de 1938, afirmando que la supremacía constitucional, "que había sido previamente enunciada por la Escuela de Derecho Natural, se ha establecido en las constituciones escritas del siglo XVIII y ha incorporado el concepto de que la Constitución es una ley superior a todas las leyes, y no la expresión ordinaria del Poder Legislativo, pero en cada respecto es la expresión del Poder Constituyente, el cual por ninguna razón puede ser ofendido por el Poder Legislativo ordinario contra ninguna orden contenida en la Constitución".⁴¹

Y más recientemente, en decisión del 14 de marzo de 1962, de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, al expresar: "Dentro del régimen jurídico que el propio pueblo se ha impuesto, dentro del conjunto general de disposiciones que el mismo ha creado para que lo rija dentro del campo del derecho, es evidente la supremacía de la Constitución Nacional como cuerpo dispositivo que forma la estructura básica y fundamental de la República. Es por ello que el régimen legal del país aparece clasi-

40. *Memoria de la Corte Federal y de Casación*. Caracas, Editorial Bolívar, 1937, t. I, pp. 175-176.

41. *Ibidem*, 1939, t. I, p. 266.

ficado, en cuanto a normas concretas, en dos grupos esenciales: las *constitucionales* y las *ordinarias* o secundarias, incluyendo por sobre estas últimas, con rango intermedio, la categoría de las leyes *orgánicas* previstas en el régimen constitucional vigente.

"El concepto de supremacía constitucional implica que la Ley Fundamental sea no sólo superior a los demás cuerpos legales, sino que, sobre ella, no puede existir ninguna otra norma jurídica. La supremacía supone, pues, cuando menos, una dualidad de legislaciones, una doble categoría de preceptos: los unos revestidos con el carácter de supremos; los otros subordinados a aquéllos.

"Ahora bien, cuando el contenido de una ley secundaria —orgánica u ordinaria— se opone a los imperativos constitucionales, o sea, cuando hay violación al principio de la supremacía de la Constitución, los órganos jurisdiccionales competentes, ante quienes sea demandada la inconstitucionalidad, deberán así declararla y anular la norma o normas que adolezcan de tal vicio. A este respecto, la Carta Fundamental encomienda tal función a la Corte Suprema de Justicia".⁴²

B) El principio de la igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia, que, a nuestro juicio,⁴³ significa que cualquier habitante de un país tiene derecho a ser juzgado —conforme a normas jurídico-procesales, generales y objetivas— por sus *jueces naturales*, o sea, por los tribunales que correspondan a la jurisdicción ordinaria o normal, y no por los órganos de una *jurisdicción privilegiada*, es decir, fundada en *fueros personales*; o por *tribunales* (o comisiones) *especiales* o de excepción, o sea, específicamente creados para conocer del caso concreto de uno o varios justiciables determinados, o en fin, por *tribunales* que, aun cuando existentes con anterioridad a los hechos de la causa que conocen, son *incompetentes* de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico-positivo o principios jurídicos suprapositivos.

Este principio general del derecho es consagrado por el artículo 69 de la Constitución vigente, que dice: "Nadie podrá ser

42. *Gaceta Forense*. Caracas, 2ª et., año 1962 (enero-marzo), N° 35, p. 177.

43. Cf. Petzold Pernía, Hermann. *La Notión de Igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina*. Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, 1974, pp. 411, 438 y ss.

juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente”.

Esa disposición, con un texto ligeramente diferente, aparece, también, en las constituciones venezolanas anteriores.

Ahora bien, según el máximo tribunal de nuestro país, en sentencia del 16 de mayo de 1938, la noción de juez natural alude a un tribunal “no creado especialmente, es decir, no con motivo de un caso particular, sino en términos generales para todos los casos”,⁴⁴ pues el “precepto constitucional que prohíbe que alguien sea juzgado por tribunales o comisiones especiales, sólo condena la intervención de estos organismos cuando sean creados *a posteriori* para conocer de un asunto, privándolo del tribunal ordinario o del natural donde debía ventilarse dicho asunto según ley preexistente”.⁴⁵

Lo expuesto es igualmente sostenido en fallo del 22 de mayo de 1969 de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, donde al referirse ésta al artículo 69 de la Constitución en vigor, declaró: “El primero de los principios enunciados garantiza el que nadie puede ser juzgado por tribunales creados especialmente para conocer de determinados hechos ocurridos con anterioridad a la creación de dichos tribunales. Pero el artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,⁴⁶ nada tiene que ver con lo dispuesto en el

44. Citado en Ruggeri Parra, Pablo. *La Supremacía de la Constitución y su Defensa*. Jurisprudencia del Alto Tribunal Venezolano (1870-1940). Caracas, Tip. “Venezuela”, 1941, p. 158.

45. Citado en Arcaya, Mariano, *op. cit.*, t. I, p. 427.

46. El artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 30 de junio de 1956 (en vigor para la época de la sentencia), expresa: “Cuando las necesidades de la administración de justicia así lo requieran, queda facultado el Ejecutivo Nacional, en Consejo de Ministros, para tomar las siguientes medidas:

“1° Crear, suprimir y modificar las circunscripciones judiciales de los Tribunales Ordinarios y de los Especiales de Hacienda, del Trabajo, de Menores, u otros, establecidos o que se establecieran, con excepción de los militares, que se regirán por sus respectivas leyes; y fijar los límites de ellas, aun con entera independencia de los de la División Político-Territorial de la República y fijar y cambiar las sedes de los mismos Tribunales.

“2° Crear y dotar nuevos Tribunales Ordinarios y de Hacienda, del Trabajo y de Menores, y suprimir los existentes, especializando o no su competencia, pudiendo hacer unipersonales a los Colegiados y viceversa.

“3° Especializar la competencia de los Tribunales existentes y modificar la competencia de todos o algunos Tribunales de Parroquia, Municipales, de Distrito o de Departamento, por razón de la cuantía.

“4° Crear, dotar, reglamentar y fijar la jurisdicción de oficinas especiales para el servicio de autenticación de documentos, registro de poderes,

citado artículo 69 de la Constitución, ya que aquél no se refiere a tribunales extraordinarios, sino a los naturales contemplados por nuestro ordenamiento procesal. Por tal razón, no existe colisión entre el artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 69 de la Constitución".⁴⁷

Segunda: El primer principio —antes señalado en A)— resultó afectado cuando los citados tribunales militares dictaron autos de detención contra personas que eran, para ese momento, miembros, en ejercicio, del Congreso Nacional (Senado o Cámara de Diputados), en pleno goce de su correspondiente inmunidad parlamentaria, razón por la cual no podían "ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones" —salvo el "caso de delito flagrante de carácter grave"— (artículo 143 de la Constitución), a menos que la Cámara legislativa a la que pertenecían, o la Comisión Delegada del Congreso Nacional, acordaran —previa solicitud de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia⁴⁸—, el allanamiento de su inmunidad parlamentaria (artículo 144 *eiusdem*), lo que no se hizo.

evacuación de justificaciones para perpetua memoria, registro de comercio y otras actuaciones de carácter no contencioso, caso en el cual los Jueces de la respectiva jurisdicción cesarán en el desempeño de las funciones que se atribuyan a las oficinas así creadas".

47. *Repertorio Forense...*, 1969, t. 11 (abril-mayo-junio, 1969), p. 60.

48. Ver el ordinal 2º del artículo 215 y, además, la Disposición transitoria decimaquinta de la Constitución venezolana vigente, que establece: "Los actuales vocales de la Corte Federal y de Casación integrarán la Corte Suprema de Justicia por lo que falta del presente período constitucional. La Corte se instalará dentro de los treinta días siguientes a la entrada en vigor de la Constitución, y elegirá de su seno un Presidente y dos Vicepresidentes.

"Mientras se dicta la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia regirán las disposiciones siguientes: La Corte actuará dividida en tres Salas autónomas, denominadas Sala Político-Administrativa, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo y Sala de Casación Penal. La primera de dichas Salas estará integrada por los Vocales de la actual Corte Federal y ejercerá las atribuciones que la legislación vigente confiere a ésta, y las que establecen los ordinales 2º y 4º al 9º del artículo 215 de la Constitución; las otras dos Salas estarán integradas por los Vocales de las respectivas Salas de la actual Corte de Casación y tendrán las atribuciones conferidas por la ley vigente a las mismas. La Corte en pleno tendrá las atribuciones 1º y 3º del artículo 215 de la Constitución.

"Los actuales suplentes de la Corte Federal llenarán las faltas absolutas de los Magistrados de la Sala Político-Administrativa; y los de la Corte de Casación, las de los Magistrados de las Salas de Casación...". Actualmente, de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia vigente, en concordancia con el ar-

Además, en el supuesto de que el procedimiento constitucionalmente previsto hubiese sido cumplido y el levantamiento de la referida inmunidad hubiese sido concedido, el enjuiciamiento de los parlamentarios, afectados por los mencionados autos de detención, correspondía hacerlo, ya sea, por ante los tribunales de la jurisdicción penal ordinaria, si los delitos a ellos imputados eran estimados como comunes, o bien, por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, si los delitos presuntamente cometidos eran considerados como siendo de naturaleza política, pero, en ningún caso, por ante los tribunales de la jurisdicción especial militar, ya que los actos ilícitos imputados a los parlamentarios, en contra de los cuales se dictaron autos de detención por parte de los tribunales militares, aparecen contemplados como delitos en el Código Penal venezolano,⁴⁹ y por ende, sometidos al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria y no a la castrense, eminentemente especial. Y si alguno de esos delitos podía estimarse como siendo de índole política, era —como ya se dijo— a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, previo allanamiento de la inmunidad parlamentaria, a quien tocaba juzgar a sus presuntos autores. Tal es, también, la tesis de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en tres sentencias similares del 23 de mayo de 1962, y una del 20 de junio de 1962, ha expresado: "En efecto, ha sido criterio reiteradamente sustentado por este Alto Tribunal, en Sala Político-Administrativa, que, al crearse por la vigente Constitución la Corte Suprema de Justicia, sus atribuciones en cuanto a conocer como tribunal de instancia en materia penal de procesos incoados contra funcionarios públicos, quedaron excepcionalmente limitadas a los *delitos de naturaleza política* imputados a altos personeros del Estado, conforme se desprende de la letra, espíritu y propósito del ordinal 2º del artículo 215 de la indicada Constitución, de preferente aplicación frente a normas legales contrarias a tal precepto.

"Por consiguiente, el conocimiento de los procesos por *delitos de naturaleza común* en que pudieren incurrir los funcionarios públicos, cualesquiera que ellos sean, con la sola excepción del

título 43 *eiusdem*, corresponde a la Corte Suprema de Justicia en pleno: "Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los funcionarios a que se refieren los ordinales 1º y 2º del artículo 215 de la Constitución, y conocer de las respectivas causas cuando sea procedente".

49. Ver, por ejemplo, los artículos 132, 134, 144, 146, 161, 164, 165, 166 y 255 del Código Penal de Venezuela.

Presidente de la República (Nº 1, artículo 215 de la Constitución),⁵⁰ corresponde, en todas sus instancias, a los Tribunales penales de la jurisdicción ordinaria".⁵¹

Sin embargo, los ya mencionados tribunales militares juzgaron innecesario el levantamiento de la inmunidad parlamentaria —lo que condujo a la detención y enjuiciamiento de los congresantes afectados—, fundados, esencialmente, en la tesis de que los actos, presuntamente realizados por éstos, constituían delitos militares, vale decir, actos punibles cuyo conocimiento correspondía a los tribunales de la jurisdicción militar, y no delitos comunes o políticos, a los cuales únicamente, en su opinión, se referían las normas constitucionales.

Ahora bien, esa tesis tiene por fundamento una interpretación que, mediante el recurso, implícito, al argumento *a contrario*,⁵² permitió a los citados juzgados militares declarar —puesto que el artículo 143 de la Constitución señala que los senadores y diputados no podrán ser "sometidos a juicio penal", y el ordinal 2º del artículo 215 *eiusdem* expresa que, en caso de existir mérito para enjuiciar a un miembro del Congreso, la Corte Suprema de Justicia deberá "pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144"—, que solamente para enjuiciar los

50. El artículo 215 dice: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: "1º Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Presidente de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa, previa autorización del Senado, hasta sentencia definitiva".

51. *Gaceta Forense...*, año 1962 (abril-junio), Nº 36, pp 136-141 y 248.

52. Según el profesor Tarello, el argumento *a contrario* "es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), a falta de otra disposición expresa, se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación (u otra calificación normativa) respecto de cualquier otro sujeto (o clase de sujetos)" (cit. en Perelman, Ch.; *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*. París, Dalloz, 1976, p. 55).

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 16 de junio de 1969, ha declarado: "El argumento *a contrario sensu* que, en síntesis, se basa en la presunción de que el Legislador deja fuera del ámbito de las disposiciones que dicta, todo lo que en ellas no ha incluido expresamente, ha sido durante siglos, y sigue siendo en la actualidad, valiosa guía para quienes tienen por misión aplicar la Ley, y no puede ser ignorado en casos como éste, porque, como dice una bien conocida máxima latina, *ubi lex, voluit dixit, ubi noluit tacuit*" (*Gaceta Forense...*, año 1969 [abril-junio], Nº 64, p. 333).

delitos comunes o políticos se requiere el previo levantamiento de la inmunidad parlamentaria, pues en ese "fuero parlamentario de campo de acción limitado, no se estatuyen los delitos de un fuero excepcional y especialísimo como lo es el militar; fuero éste cuyas peculiaridades las contempla la Constitución Nacional en su artículo 132 y las regula la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y el Código de Justicia Militar" (Decisiones del 4 de octubre de 1963 y 29 de enero de 1964 del Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas y del Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas, respectivamente).

Al adoptar esa posición los antes citados tribunales militares restringieron abusivamente el alcance de la garantía parlamentaria contemplada en el artículo 143 constitucional, en concordancia con el 2º ordinal del artículo 215 *eiusdem*, haciendo una referencia al artículo 132 de la Constitución totalmente ficticia y dando así un ejemplo de lo que Julius Stone ha denominado "*illusory reference*",⁵³ ya que con simplemente leer esa disposición se verifica "que su sentido es diametralmente opuesto a lo que se le quiere hacer decir"⁵⁴ e, inclusive, prohíbe que los órganos de la jurisdicción militar sean empleados como instrumentos del Poder Ejecutivo para reprimir a los disidentes políticos no militares —pacíficos o violentos— o a los enemigos de los gobernantes de turno.

Hay que agregar que en el auto de detención del 28 de octubre de 1971, del Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas, se confunde, de manera harto lamentable, la garantía parlamentaria consignada en el artículo 142 de la Constitución, es decir, la inmunidad *stricto sensu* o, si se quiere, la impunidad o no exigencia de responsabilidad al congresante "por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones", con la garantía establecida en el artículo 143 *eiusdem*, de "inviolabilidad temporal" de la persona del parlamentario que se traduce en una "causa de suspensión de la acción pública", ya que si bien es cierto que "la irresponsabilidad estatuida en el artículo 142 de nuestra máxima Carta (no cubre), aquellos actos realizados por el Congresante fuera del ejercicio de sus funciones", la referida "in-

53. Julius Stone, cit. en Perelman, Ch., *op. cit.*, p. 85, y en *La interpretación jurídica*. Trad. del francés por H. Petzold-Pernia. Cuaderno de trabajo N° 7, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho-LUZ, 1974, p. 18.

54. Perelman, Ch. *La interpretación jurídica...*, p. 18.

violabilidad" personal de los parlamentarios no surge del citado artículo 142 constitucional, como mal se dice en el auto de detención analizado, sino del artículo 143 *eiusdem*, y ésta ampara a los congresantes mientras no les sea levantada la correspondiente inmunidad (inviolabilidad) parlamentaria de conformidad con el procedimiento constitucionalmente establecido, protegiéndoles de cualquier arresto, detención, confinamiento, enjuiciamiento penal, registro personal o domiciliario, u obstáculo en el desempeño de sus funciones, independientemente de la naturaleza de los actos ilícitos en que, eventualmente, incurran por "actividades no propias ni ínsitas a la específica función que su condición de miembros del Congreso Nacional les permite", salvo, por supuesto, en "caso de delito flagrante de carácter grave" que permite a "la autoridad competente" colocar al senador o diputado, incurso en éste, "bajo custodia en su residencia", debiendo comunicar "inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada". Vale decir, que lo establecido en el artículo 142 es distinto a lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución, y que aun cuando, en algún caso, un parlamentario no resultara protegido por la impunidad o inmunidad *stricto sensu*, prevista en el artículo 142, ello no significaría que la inviolabilidad de su persona desaparecería, pues siempre y en todo caso se necesitaría el allanamiento de su inmunidad (inviolabilidad) parlamentaria.

Por otra parte, es necesario añadir que en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución*, hoy vigente, se dice que en éste, al "igual que en la Constitución de 1947, el Proyecto prevé el allanamiento, pero añadiéndole una garantía más a los senadores o diputados, la de no poder ser allanados sin que la Corte Suprema de Justicia declare que hay mérito para el enjuiciamiento",⁵⁵ lo que permite deducir que, implícitamente, la idea del constituyente fue la de asegurar la vigencia efectiva de la garantía parlamentaria establecida en el tantas veces mencionado artículo 143 de la Constitución, aparte de que no hay que olvidar "que es imposible (y no sería probablemente deseable) que el legislador constitucional busque prever todas las formas más extravagantes en que pueden ser violadas las expectativas que normalmente acompañan el ejercicio del poder gubernamental".⁵⁶

55. Cf. Suárez, Santiago-Gerardo. *Diccionario de la Constitución*. Caracas, 1978, p. 861.

56. Fuller, Lon L. *Anatomía del Derecho*. Trad. del inglés por Luis Castro. Caracas, Monte Avila, 1969, p. 117.

Tercera: La interpretación restrictiva hecha por los referidos juzgados militares desconoció elementales reglas de hermenéutica jurídica consagradas por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, ya que como declaró, en sentencia del 16 de noviembre de 1917, la Sala de Casación de la extinguida Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia), "la interpretación de una disposición legal no puede hacerse prescindiendo de la letra y espíritu del cuerpo de Leyes de la Nación".⁵⁷ Es decir, que, según la Corte, es necesario interpretar las disposiciones jurídico-positivas en el contexto normativo donde se hallan y teniendo presente no sólo la letra, el texto literal, de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional sino, también, el "espíritu", o sea, la *Weltanschauung* que lo inspira y, por ende, su *télos*, pues, "los conceptos reciben contenido y alcance del contexto en que se encuentran, especialmente del contexto normativo y teleológico".⁵⁸

"Por tanto —como lo ha señalado acertadamente la desaparecida Corte Federal, en fallo del 9 de octubre de 1953—, ha de rechazarse el análisis parcial de los textos y enfocar éstos con visión de conjunto. — *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, indicare vel respondere*, es axioma oriundo del Derecho Romano, transido de verdad incontestable. — De consiguiente, para lograr un resultado perfectamente coherente en la interpretación de la ley, no debe fragmentarse ésta, sino que ha de analizarse en su totalidad".⁵⁹

Y esto es así, porque como, en decisión del 5 de mayo de 1965, la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia ha declarado: "Es principio elemental de hermenéutica jurídica, que las leyes no deben entenderse en un sentido que conduzca a lo absurdo, a lo imposible, o a la antinomia de sus propias disposiciones".⁶⁰

Además, hay que recordar que el tópico jurídico o *lieu spécifique* del derecho⁶¹ que dice: "*Donde el legislador no distingue*

57. *Memoria de la Corte Federal y de Casación...*, 1918, p. 292.

58. Engisch, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Guadarrama, 1967, p. 199.

59. *Gaceta Forense...*, año 1953 (septiembre-diciembre), N° 2, p. 25.

60. *Jurisprudencia Venezolana*. Caracas, "Ramírez y Garay", S. A., 1967, tomo XII (Primer semestre, 1965), p. 486.

61. Ch. Perelman escribe: "Los tópicos jurídicos se refieren a los lugares *específicos* de Aristóteles, que conciernen a las materias particulares, opuestos

no le es lícito al intérprete hacerlo" —que en este caso es, a nuestro juicio, pertinente—, ha sido frecuentemente invocado por la Corte. Así, en sentencia del 1º de febrero de 1917 de la desaparecida Corte Federal y de Casación, Sala de Casación, se expresa "que cuando el legislador no distingue, el intérprete no debe distinguir".⁶²

En igual sentido, la Sala Federal del mismo alto tribunal, en fallo del 10 de abril de 1940, estableció que "cuando la Ley es terminante, clara y precisa en sus disposiciones, no puede el Juez, al aplicarla, sino darle estricto cumplimiento a lo ordenado por ella sin entrar en distinciones y apreciaciones de ninguna especie".⁶³

Y más recientemente la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 26 de octubre de 1967, ha también afirmado que "sabido es que donde el legislador no distingue, al intérprete tampoco le es dado hacerlo",⁶⁴ y la Sala Político-Administrativa de la misma Corte, en sentencia del 4 de agosto de 1971, ha dicho: "Donde el legislador no distingue, el intérprete tampoco debe distinguir, dice una de las reglas de hermenéutica más aceptadas y respetadas por la doctrina y la jurisprudencia en todas las latitudes; y a ella debe sujetarse el exégeta, a menos que la aplicación de la norma general a un caso concreto, resulte manifiestamente injusta o impertinente o que, sea razonable suponer que al sancionar aquélla, el legislador no previó el caso en cuestión".⁶⁵

Cuarta: En el supuesto negado que los actos, cuya presunta realización se atribuía a los parlamentarios afectados por los autos de detención emanados de los Juzgados Militares Primero y Tercero de Primera Instancia Permanentes de Caracas, hubieran

a los lugares *comunes*, que se utilizan en el discurso persuasivo en general, y de los cuales Aristóteles trató en sus *Tópicos*...

"La importancia de los lugares específicos del derecho, es decir, de los tópicos jurídicos, es la de suministrar razones que permitan descartar soluciones no equitativas o irrazonables, en la medida en que éstas descuidan consideraciones que esos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*" (*Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*..., p. 87).

62. *Memoria de la Corte Federal y de Casación*..., 1918, p. 145.

63. *Ibidem*, 1941, tomo I, p. 392.

64. *Jurisprudencia Analítica de Venezuela*. Caracas. Omnia Juris, vol. II (Segundo semestre, 1967), p. 547.

65. *Repertorio Forense*..., 1972, tomo 21 (octubre-noviembre-diciembre, 1971), p. 163.

sido auténticos delitos militares, aun así, debió ser, previo el correspondiente allanamiento de la inmunidad parlamentaria, la jurisdicción penal ordinaria y no la jurisdicción especial militar la que juzgare tales actos, ya que los presuntos autores eran civiles y someter a éstos al enjuiciamiento por tribunales militares, en nuestra opinión, vulnera la garantía constitucional de la igualdad ante la justicia consagrada por el artículo 69 de la vigente Constitución venezolana, independientemente que el juzgamiento de civiles por la jurisdicción castrense sea autorizado por el Código de Justicia Militar, en sus artículos 123, ordinal 2º, 125, ordinal 3º,⁶⁶ y 486, pues las normas constitucionales privan sobre cualesquiera otras normas del ordenamiento jurídico del país.

Además, si se toma en cuenta que los presuntos delitos militares imputados a los parlamentarios, en contra de los cuales se dictaron los referidos autos de detención, aparecen tipificados igualmente como delitos en el Código Penal de Venezuela,⁶⁷ es procedente acoger la doctrina establecida por la Sala de Casación de la antigua Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia), en sentencia del 10 de marzo de 1937, al declarar: "La «difamación» y la «injuria» envuelven imputaciones de hecho capaces de exponer a aquél contra quien se dirigen, al desprecio o al odio público, o de constituir ofensas a su honor o reputación, y ambos conceptos, tomados de la realidad de las cosas, han penetrado en el campo de las disciplinas jurídicas, ya en relación directa con las personas físicas, ya con las de mera creación moral. Respecto de estas últimas, la injuria y la difamación pueden formar delitos de la jurisdicción penal ordinaria o desmembraciones de ella hacia un fuero especial: así, el Código Penal, en su artículo 226, erige en delito «el caso del que de palabra o de obra ofendiere el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún *Cuerpo judicial, político o administrativo*»; y el Código de Justicia Militar y Naval considera incurso en pena «al que de palabra o por escrito injurie u ofenda al *Ejército o a la Armada Nacionales* o a alguna de sus unidades» (Art. 137).

66. El artículo 125 del Código de Justicia Militar establece: "En tiempo de guerra o de suspensión de garantías la jurisdicción militar se extiende: "(...)

"3º Las personas extrañas al ejército que en las zonas de operaciones cometan cualquiera de los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo de este Código, o cualquier acto que los Comandantes en Jefe prohíban y castiguen, en órdenes dictadas con anterioridad a la comisión de tales hechos".

67. Ver nota 49.

"Entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar pueden mediar conflictos determinantes de atracción de la primera a la segunda, en los casos en que se trate de *varios delitos de ambos fueros, conexos entre sí*, conclusión que deriva del artículo 9º del Código de Enjuiciamiento Criminal, cuando, en su primer aparte, expresa: «*Si entre unos y otros delitos hubieren fueros distintos*, el conocimiento de la causa corresponderá siempre a la *jurisdicción ordinaria*». Mas, por el contrario, puede acontecer que se trate de *un solo delito militar o de varios delitos igualmente peculiares de este fuero*, aun cuando sea un civil quien los haya cometido; y en esos casos, su conocimiento no sufre mudanza de fuero, sino que continúa correspondiendo al fuero militar, pues, debido a la índole exclusivamente militar del delito, que es fuente de jurisdicción, no hay oposición de otro fuero que pueda ofrecer un conflicto y obtener primacía sobre aquél. Hay además una tercera clase de delitos, a la cual pertenecen los que, no obstante estar catalogados en el Código de Justicia Militar y Naval, no son otra cosa que derivaciones de la jurisdicción ordinaria, con aplicación militar. En tal virtud, con respecto a estos últimos, entre los cuales se cuenta la «injuria al Ejército Nacional», acontece, que si es cometido por un militar, caerá su juzgamiento bajo esta jurisdicción, mas si lo fuere por un civil, la competencia de conocer han de asumirla los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, y la pena será impuesta por ellos, dentro de los extremos que establece la ley militar en el citado artículo 137.

"Un hecho puede asumir varias modalidades, según se realice en el ambiente de la vida cívica o en el de la vida militar. En tal evento, a pesar de ofrecer dos aspectos, según la persona moral contra quien se dirija, en realidad, por cuanto el hecho es *único*, también el delito es *único*, siendo de advertir que el artículo 137, no establece, *jurisdicción* sino *sanción*. Y por cuanto la circunstancia de ser un militar el ofensor del Ejército, añadirá a su hecho una nota de particular gravedad, que convertirá el género injuria en delito de la especie militar; por una razón contraria, cuando el ofensor del cuerpo militar sea un civil, la jurisdicción ordinaria a la cual pertenece, será la que ha de privar en la formación procesal del delito, por no asumir respecto de este ofensor el carácter de gravedad que ofrece cuando se trata de un militar.

"En puridad de justicia, sólo por delitos típicamente militares sería que un civil pudiera ser juzgado por tribunales militares; y

si la infracción cometida sólo fuere una derivación o desviación del derecho común al militar, el Código Militar dará ciertamente el delito, pero del seno de la jurisdicción ordinaria es que ha de salir el Juez competente que conozca, en juicio ordinario y conforme al procedimiento común, de la infracción cometida por el civil, tomando en consideración para atenuarla, si tal fuere el caso, la condición civil del ofensor.

"En esta tesis, que ajusta con el caso de autos, no es posible someter al indiciado a una jurisdicción especial, siendo que él está amparado y protegido por la jurisdicción común, o sea, por la de todos los ciudadanos no aforados especialmente; por la que está sobre todas las demás, en los casos que no formen propiamente delitos de un fuero restrictivo. Es, pues, de principio, que el civil que cometa un delito genuinamente *no militar*, como el de «injuria», aun bajo su derivación militar, está exento de ser enjuiciado por la ley procesal de excepción, y con mayor abundamiento, si el delito está previsto y forma parte integrante del Código Penal.

"Siendo, pues, el ciudadano Hernani Portocarrero, extraño a la milicia nacional y por tanto de estatuto exclusivamente civil, su enjuiciamiento y condenación por Tribunales del orden militar, dada la incompetencia de éstos, fue violatorio del artículo 32, ordinal 17 (letra "b") de la Constitución Nacional, que garantiza a los venezolanos la seguridad de «*no ser juzgados sino por sus jueces naturales*», y así se declara. — En cuanto a la denuncia del mismo artículo 32, en su ordinal 18 (letra "a"), su violación resulta asimismo de todo lo dicho precedentemente, ya que el enjuiciado, persona del fuero ordinario por no estar sometido a ninguno excepcional, debió ser juzgado conforme a las reglas del Código de Enjuiciamiento Criminal que son las del derecho procesal común, y no por las del Código de Justicia Militar y Naval, privativas de este fuero; razones por las cuales se declara: que el expresado ordinal 18 del artículo 32 (letra "a") también fue violado, como lo alegan los recurrentes; pero no así el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, por ser insusceptible de ninguna aplicación a los fines de este recurso, en virtud de no existir colisión entre leyes de las cuales una debe aplicarse con preferencia a la otra, y no haber, por tanto, sino simples violaciones de las dos garantías constitucionales enunciadas, en la sentencia que ha sido objeto del presente recurso.

"Por los fundamentos expuestos, administrando justicia por autoridad de la Ley, se declara con lugar el punto previo que se ha venido examinando; y por cuanto ha quedado establecido en él la incompetencia de los Tribunales militares que sentenciaron esta causa, de acuerdo con el artículo 233 del Código de Justicia Militar y Naval, a tenor del cual «la incompetencia de un tribunal militar será causa de nulidad de los juicios», se declara la nulidad del presente juicio seguido contra Hernani Portocarrero, sin que haya para qué entrar en las materias relativas a la forma y al fondo del recurso".⁶⁸

Así, pues, estimamos que en ningún caso, salvo guerra internacional, se debe someter a los civiles a la jurisdicción militar, máxime si son congresantes, siendo el mejor sistema, en esta materia, el establecido en el derecho positivo mexicano: ⁶⁹ los mili-

68. *Memoria de la Corte Federal y de Casación...*, 1938, tomo II, pp. 55-57.

69. El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de México, refiriéndose al fuero militar, ha sostenido: "La comparación entre los preceptos concordantes de las Constituciones de 1857 y 1917, pone de relieve la marcada tendencia a restringir, hasta casi hacerlo desaparecer, el fuero de guerra, y si se le tolera en la actualidad, es porque se juzga necesario para mantener la disciplina en el Ejército, opinión que no es unánime. De acuerdo con el texto de la Constitución vigente, para que el fuero de guerra subsista, se necesitan dos condiciones: que se haya cometido un delito militar, según características que la ley señala, y que el que lo haya cometido sea un miembro del Ejército, pero puede suceder que en un delito militar estén complicados paisanos, y entonces se ofrecían al legislador constituyente, tres caminos para establecer la competencia: I, concederla a los tribunales militares; II, concederla a los tribunales civiles y III, concederla a unos y otros, simultáneamente, para que los primeros juzgaran a los militares y los segundos a los paisanos; pero estudiando el artículo 13 constitucional, se deduce que no se optó por el primer camino, puesto que terminantemente se expresa que los tribunales militares en ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército; ni tampoco por la tercera vía, porque estando en pugna con la doctrina universalmente reconocida, de que en ningún procedimiento judicial es conveniente que se divida la contienda de la causa, la circunstancia de que el artículo 13 no lo mande expresamente, bastaría por sí sola para hacer inaplicable tal práctica, puesto que las leyes que establecen excepciones generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; más aún, el simple análisis de las expresiones gramaticales del artículo que se comenta, lleva a esta deducción, pues dice: cuando en un

tares por las infracciones de carácter militar son juzgados por los tribunales castrenses, mientras que los civiles que, eventualmente, incurren en un delito o falta de naturaleza militar, son enjuiciados por ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Y esta parece ser la tendencia que anima la reforma constitucional que se promueve, en Colombia, a objeto de consagrar que "sólo en caso de guerra exterior los tribunales y jueces militares podrán conocer de los delitos que cometan los particulares".⁷⁰

Claro que, en el caso de los parlamentarios afectados por los autos de detención de 1963 y 1964, otra vía hubiese sido levantarles la respectiva inmunidad parlamentaria y someterlos al enjuiciamiento por ante la Corte Suprema de Justicia por la presunta comisión de delitos políticos (art. 215, ordinal 2º, de la Constitución), pues nosotros pensamos que los delitos pueden ser penales ordinarios (comunes) o especiales, militares o cualesquiera otros, (por ejemplo, contrabando), adquiriendo el carácter de delitos políticos en razón de las motivaciones del sujeto activo —cambiar y mejorar el orden político y social de un determinado Estado o Nación—, diferentes de aquéllas de los delincuentes denominados "comunes" u "ordinarios".⁷¹ Delitos políticos que, cuando son

delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda... En tal virtud debe concluirse: que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano; y por tanto son las autoridades civiles quienes deben conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos..." (Comp. 208-933, cit. en el *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XL, pp. 1392-1396, cit. en Petzold Pernía, H., *op. cit.*, pp. 435-436. [El subrayado es nuestro]).

El mismo alto tribunal mexicano, en decisión de 22 de agosto de 1961, adoptó una tesis contraria a la que había defendido en el fallo anterior, al afirmar que el artículo 13 de la Constitución Federal "debe interpretarse en forma correcta, jurídicamente, en el sentido de que... el militar debe ser juzgado por las autoridades militares y el paisano por las del orden común o federal, según el caso, pues interpretarlo de otra manera equivaldría a suprimir el fuero de guerra cuando intervienen paisanos" (Competencia 79-60, cit. en Ramírez Fonseca, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1967, p. 77).

70. Cf. Cable de la UPI del 8 de noviembre de 1978, cit. en el diario *Panorama*. Maracaibo, 9 de noviembre de 1978, p. 3.

71. "Anticipemos ahora que la más prestigiosa tendencia —primera en el orden cronológico— define el delito político atendiendo al móvil" (Jiménez de Asúa, cit. por el jurista argentino Marcos Manuel Derqui, en la página 35 de su interesante trabajo "Teoría del Delito Político" (Introducción al tema),

cometidos por civiles, deben ser siempre juzgados —de acuerdo con el derecho positivo venezolano— por los tribunales de la jurisdicción penal ordinaria, salvo en el caso de los miembros del Congreso Nacional y demás funcionarios citados en los ordinales 1º y 2º del artículo 215 de la Constitución, que deben ser enjuiciados por ante la Corte Suprema de Justicia, la cual, en el caso del Presidente de la República conoce, también, de las causas por delitos de naturaleza común imputados a éste.

Quinta: Con relación al auto de detención del 4 de octubre de 1963, que permitió la detención y enjuiciamiento por ante la jurisdicción militar de varios integrantes del Poder Legislativo nacional, sin obtenerse el previo allanamiento de su correspondiente inmunidad parlamentaria, conviene recordar la anormal situación político-social del país para esa época. Anormalidad reconocida, en 1971, por el doctor Jóvito Villalba al declarar: "Nosotros estuvimos en 1963 contra el desafuero y la detención de los representantes comunistas y miristas. Esa fue una posición principista que hoy recordamos con orgullo. *Pero reconocemos que, en el fondo, en aquel atentado se movía, se proyectaba una grave emergencia nacional, una situación que para nosotros no justifica ni legitima el arbitrario procedimiento, pero que indudablemente lo explica*".⁷²

Asimismo, la grave agitación político-social que experimentó Venezuela en los primeros años de la década de los sesenta, contexto en el cual se pronunciaron los dos primeros autos de detención analizados, aparece reflejada, patéticamente, en el voto salvado del magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Joaquín Gabaldón Márquez, presentado con ocasión de la ya citada decisión del 18 de junio de 1962 de la Sala Político-Administrativa de ésta, y por la cual se acordó solicitar a la Cámara de Diputados el levantamiento de la inmunidad parlamentaria de dos de sus miembros.

En el referido voto salvado se dice: "El juicio público a que ha dado lugar la presencia de dos Diputados de la República en

publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Buenos Aires, "La Ley", S. A., enero-marzo, 1972, N° 1, pp. 22-46). Este último autor define al delito político (concepto general), así: "Toda acción colectiva emprendida contra el Estado como ente político, fundada en una creencia política" (p. 45). Recomendamos leer dicho trabajo, así como la bibliografía citada en éste.

72. Cf. *El Nacional*..., 15 de noviembre de 1971, p. D-17. (El subrayado es nuestro).

medio del movimiento de rebelión militar acaecido en Carúpano, constituye la evidencia, al lado de otros hechos numerosos concomitantes, anteriores y posteriores, de que *la Nación atraviesa por un período de crisis social, política y moral, que la ha dividido en sectores de indeterminada proporcionalidad cuantitativa pero susceptibles de desembocar en un estado de conmoción lindante con la guerra civil, dada la intensidad y la extensión de las contradicciones político-sociales y la profundidad y la pertinencia de las causas que la originan...*

"Vista la circunstancia de que el conflicto moral de conciencia que eso significa, no es dado resolverlo por los medios ordinarios previsto por el Código de Enjuiciamiento Criminal en materia de inhibición, este magistrado ha llegado a la convicción profunda de que ello le coloca al margen de la posibilidad de aplicar con justicia exacta una ley que es sostén válido de una situación político-social que se encuentra ella misma en crisis: Ley vigente hoy, que no será la justicia de mañana. En tal situación su imperativo categórico le indica que no le es dado ejercer la Magistratura de que está investido, cuando ella, más que una judicatura ordinaria, le obligará a ejercer de juez en un conflicto político-social de dimensiones históricas, que escapa a la posible evaluación penal dentro de artículos de una legislación adaptada a una época en trance de profunda y necesaria transformación".⁷³

Y, por otra parte, es pertinente citar, aquí, las palabras del Procurador General belga, Terlinden, pronunciadas en 1919: "Una ley no es hecha más que para un período o para un régimen determinado. Ella se adapta a las circunstancias que la han motivado y no puede ir más allá. Ella no se concibe más que en función de su necesidad o de su utilidad; además, una buena ley no debe ser intangible, pues ella no vale más que para el tiempo que ella ha querido regir. La teoría puede considerar las abstracciones. La ley, obra esencialmente práctica, no se aplica más que a situaciones esencialmente concretas. Es esto lo que explica que si la jurisprudencia puede extender la aplicación de un texto, hay límites para esta extensión, y que ellos se alcanzan cada vez que la situación que había considerado el autor de la ley, es sustituida por otras, fuera de sus previsiones.

73. Cit. en *ibidem*, 22 de junio de 1962, p. 1. (El subrayado es nuestro).

"Una ley —Constitución o ley ordinaria— no estatuye nunca más que para períodos normales, para aquello que ella puede prever.

"Obra del hombre, ella está sometida, como todas las cosas humanas, a la fuerza de las cosas, a la fuerza mayor, a la necesidad.

"Ahora bien, hay hechos que la sabiduría humana no puede prever, situaciones que ella no ha podido considerar y en las cuales, la norma hecha inaplicable, es necesario, como se lo pueda, apartándose lo menos posible de las prescripciones legales, remediar a las brutales necesidades de la hora y oponer medios de fortuna a la fuerza invencible de los acontecimientos".⁷⁴

Entonces, visto lo anterior, cabe preguntarse si el caso de los congresantes, afectados por el auto de detención pronunciado por un juzgado militar, en 1963, no podría justificarse por la *razón de Estado*, expresada por el tópico jurídico: "*Salus populi suprema lex est*", dada la urgente necesidad del gobierno de aquella época de reprimir la actividad de determinados grupos políticos subversivos reflejada en actos de sublevación armada dirigidos a modificar la organización estatal o, al menos, a impedir el funcionamiento normal de sus órganos mediante la alteración de la paz interior del país, pues un *Estado de derecho* —que es "un estado que coloca a sí mismo y a su política trabas jurídicas, se somete a la justicia estatal y también a la coacción jurídica y sobre todo, autoriza el ejercicio del *poder* únicamente sobre la base de fundamentos jurídicos y de la posibilidad del control jurídico de sus órganos"⁷⁵—, "no deja de ser estado de derecho cuando en casos especiales hace retroceder ante la «razón del Estado», el derecho al cual él suele someterse en principio. En caso de que los órganos que actúen puedan mantener alejadas las reacciones jurídicas, esto no tendría en verdad otro significado que la afirmación del hecho tan común de que el que viola el derecho ha sabido escapar a la coacción jurídica. Estos fracasos evidentes del poder jurídico del Estado en los casos particulares no crean todavía ámbito vacío de derecho alguno".⁷⁶

74. Procureur Général Terlinden, cit. en Vanwelkenhuyzen, A. "De quelques lacunes du Droit constitutionnel belge", en *Le Problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 348-349.

75. Engisch, Karl. *El Ambito de lo no juridico...*, p. 106.

76. *Ibidem*, pp. 106-107.

Por supuesto que hay numerosas definiciones de lo que es la *razón de Estado*, unas aprobatorias, otras condenatorias, de esta violación del derecho positivo por parte de los gobernantes.

Así, para Scipione Ammirato, la razón de Estado "no es otra cosa que la trasgresión de ley ordinaria en pro del beneficio público, o sea, por consideración a una mayor y más universal razón".⁷⁷

Según Giovanni Antonio Palazzo, la razón de Estado "enseña los medios para conservar los dominios justamente adquiridos, ... o sea, regla y arte de mantener, afirmar y conservar largo tiempo las cosas... para conseguir la tranquilidad y bien de la república".⁷⁸

Por su parte, Pietro Andrea Cannonieri exigía que "cuatro cosas deben concurrir en la razón de Estado: la necesidad de no poder hacer otra cosa, el exceso de los otros derechos, la utilidad pública, y que no se pueda asignar otra causa a aquello que se hace que la sola razón de Estado; por lo que la razón de Estado se puede definir bajo estas condiciones como un exceso necesario del derecho común por el fin de utilidad pública".⁷⁹

De acuerdo con Gasparo Bragaccia, la razón de Estado es la "facultad que, sin ofender a Dios y a su Santa Religión, reflexiona y determina sobre el bien común de la República, aun con derogación de la razón privada, cuando lo exija el bien público",⁸⁰ por lo que para Ludovico Zuccolo: "No son, pues, las leyes y la razón de Estado incompatibles... aunque alguna vez, por accidente, la una repugne a la otra".⁸¹

Y en fin, Amelot de la Houssaye expresaba: "Yo confieso que la razón de Estado deroga el derecho común o, como dicen

77. Scipione Ammirato (*I discorsi sopra Tacito*, Florencia, 1594), cit. en el *Anexo —Algunas definiciones de la razón de Estado—* de: Botero, Giovanni, *La razón de Estado y otros escritos*. Trad. del italiano por Luciana de Stefano. Caracas, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1962, p. 187.

78. Giovanni Antonio Palazzo (*Del governo e della ragione vera di Stato*, Nápoles, 1601), cit. en *ibidem*, p. 188.

79. Pietro Andrea Cannonieri (*Dell'introduzione alla politica, Ragione di Stato et alla pratica del buon governo*, Amberes, 1627, L.X, cap. I, pp. 574-575), cit. en *ibidem*, p. 190.

80. Gasparo Bragaccia (*L'Ambasciatore*, Padua, 1627, L.II, p. 113), cit. en *idem*.

81. Ludovico Zuccolo (*Considerazioni politiche e morali sopra cento oracoli d'illustri personaggi antichi*, Venecia, 1621, or. X, p. 56), cit. en *ibidem*, pp. 189-190.

algunos, el derecho civil... Pero se debe recíprocamente confesar que esta derogación o contravención no ha sido introducida y no la usan los príncipes sino por un bien mayor como es la conservación o el acrecentamiento del Estado cuyo interés es casi siempre incompatible con el de los particulares... Hay una diferencia entre la política y la razón de Estado; ésta no es más que una parte de la otra. La política es de uso en todos los tiempos pero la razón de Estado sólo en algunas ocasiones, como cuando se trata de salvar el Estado, la vida o la autoridad del príncipe por algún hecho extraordinario".⁸²

En sentido contrario a las opiniones arriba citadas, tenemos los conceptos emitidos, entre otros, por Giovanni Botero, para quien el "Estado es un dominio establecido sobre los pueblos y razón de Estado es el conocimiento de los medios aptos para fundar, conservar y ampliar tal dominio",⁸³ por lo que, "en conclusión, razón de Estado no es otra cosa que razón de interés".⁸⁴

Y, asimismo, la definición de Tommaso Campanella: "La razón de Estado es nombre usado por los tiranos, a semejanza de epiqueya, que creen que para conservar el Estado pueden trasgredir toda ley y del mismo modo para adquirirlo. Pero hay una diferencia y es que la equidad mira el bien público, la razón de Estado al del que domina".⁸⁵

Sin embargo, se esté de acuerdo o no con el quebrantamiento de las normas constitucionales referentes a la inmunidad (inviolabilidad) parlamentaria con ocasión del auto de detención de 1963, dictado contra varios congresantes, no puede dejarse de reconocer que, en esa oportunidad, se configuró un caso de empleo, implícito, de la razón de Estado que, conforme a la definición que se acoja de ésta, será aprobado o condenado, con base no solamente en criterios *formales*, o sea, legal-constitucionales, sino también *axiológicos*, tales como los de justicia, razonabilidad, conveniencia, utilidad, interés público, etc.

82. Amelot de la Houssaye (*Tibère, Discours politiques sur Tacite*, Amsterdam, 1683, proemio), cit. en *ibidem*, p. 191.

83. Botero, Giovanni, *La Razón de Estado...*, Libro I, p. 91.

84. Botero, Giovanni. De la neutralidad, en *La Razón de Estado y otros escritos...*, p. 212.

85. Tommaso Campanella (*Aforismi politici*, 1601), af. 32 (ed. moderna Firpo, Turín, 1941), cit. en el *Anexo...*, p. 188.

Sexta: Por último, cabe observar, que la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 29 de noviembre de 1971, ignoró, olímpicamente, la flagrante violación de la Constitución, que tenía ante ella, cometida por el Juzgado Militar Primero de Primera Instancia Permanente de Caracas al dictarle auto de detención, por la presunta comisión de un delito militar, a un senador en ejercicio de su cargo, sin haberse cumplido, previamente, el procedimiento pautado en los artículos 144, 145 y 215, ordinal 2º, de la Constitución, para el levantamiento de la inmunidad (inviolabilidad) parlamentaria consagrada en el artículo 143, *eiusdem*.

Vale decir que, en esa ocasión, la Corte, en vez de proceder a restablecer la legalidad constitucional, en interés de la Constitución y del Estado de derecho que deben regir, permanentemente, en nuestro país, consideró y resolvió la cuestión como un simple y banal conflicto (improcedente a juicio de la Corte) de jurisdicción, pronunciándose porque el juzgado militar —y no el juzgado penal— continuase las averiguaciones sumariales con relación al supuesto acto ilícito atribuido al parlamentario afectado por el auto de detención emanado del mencionado tribunal militar.

Entonces, no es hasta 1976 que la Corte Suprema de Justicia hace un pronunciamiento categórico con relación a la necesidad de cumplir lo establecido en la Constitución venezolana, en vigor, respecto al allanamiento de la inmunidad parlamentaria.

III. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Con ocasión del arresto y auto de detención dictado, el 3 de agosto de 1976, por el Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, en contra de los diputados Fortunato Herrera y Salom Mesa Espinoza, por la supuesta comisión del delito de rebelión militar previsto en el artículo 476 del Código de Justicia Militar, en concordancia con los artículos 486 y 132 *eiusdem*,⁸⁶ sin haber cumplido, previamente, con el procedi-

86. El artículo 476 del Código de Justicia Militar dispone: "La rebelión militar consiste:

"1º En promover, ayudar o sostener cualquier movimiento armado para al-

miento consagrado en la Constitución venezolana vigente para el allanamiento de la inmunidad parlamentaria de algún miembro del Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa —a requerimiento de los abogados defensores de los referidos diputados como del Fiscal General de la República, del Juez Tercero de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, del senador doctor Luis Beltrán Prieto Figueroa, del diputado Siuberto Martínez y del doctor Alvaro Silva Calderón—, con fecha del 25 de agosto de 1976, declaró lo siguiente: "Dadas las características especiales que este caso reviste, la Corte considera que debe resolver, en primer término, las siguientes cuestiones: 1º Si este Alto Tribunal es competente para conocer del recurso de amparo intentado por el diputado Fortunato Herrera a fin de obtener su inmediata libertad; 2º Si el Tribunal Militar que ha venido instruyendo el sumario de acuerdo con la orden que le diera el Ministro de la Defensa, en ejercicio de la atribución que le acuerda el ordinal 2º del artículo 163 del Código de Justicia Militar, debía haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución en concordancia con el artículo 215, *eiusdem*; y 3º Si el conocimiento del delito que se investiga corresponde a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción militar.

"II

"En relación con la primera de dichas cuestiones, la Corte observa:

"El artículo 49 de la Constitución dispone que los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio

terar la paz interior de la República o para impedir o dificultar el ejercicio del Gobierno en cualquiera de sus poderes.

"2º En cometer, durante una guerra civil, para favorecer al enemigo de la legalidad, cualquiera de los hechos enumerados en los Ordinales 26, 27, 28 y 29 del Artículo 464, en cuanto sean aplicables". (El artículo 464, *eiusdem*, contempla los "delitos de traición a la Patria").

Y el artículo 132 *eiusdem*, expresa: "Son delitos militares conexos:

"1º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas.

"2º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubieren procedido de acuerdo para ello.

"3º Los cometidos como medio para perpetrar otros delitos o para facilitar su ejecución.

"4º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

"5º Los diversos que se le imputen a un procesado al incoársele causa por cualquiera de ellos".

de los derechos y garantías que aquélla establece, en conformidad con la ley; pero cuando está en juego la libertad personal dicha norma no puede ser interpretada sino en concordancia con la Quinta Disposición Transitoria de la Constitución, que textualmente expresa:

"«El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes:

"»Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo Penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud o donde se encuentre la persona agraviada, expida un mandamiento de *habeas corpus*.

"»Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el Juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad y abrirá una averiguación sumaria.

"»El Juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hayan impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El Juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días, si lo considerare necesario.

"»La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha de recibo de los autos».

"En consecuencia, es evidente que la Corte carece de competencia para conocer de dicho recurso, pues, de hacerlo, invadiría la esfera de competencia, atribuida a otros Tribunales, por la propia Constitución.

"III

"En relación con la segunda de las referidas cuestiones, existen los siguientes antecedentes jurisprudenciales: ... (aquí la Corte se refiere a los casos que hemos ya estudiado).

"Como puede apreciarse de lo expuesto, no ha sido siempre igual el modo de proceder de los tribunales al conocer de juicios en los cuales algún parlamentario esté presuntamente implicado. El motivo de esta discrepancia tiene por causa el hecho de que, a partir de 1963, los tribunales militares vienen acogiendo el criterio de la «autonomía» o «sustantividad» de los delitos militares, los cuales se considera que fueron excluidos por el constituyente del ámbito de aplicación del ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución, por no referirse dicho ordinal a los delitos militares que son diferentes de los delitos «comunes» y de los delitos «políticos». Esta argumentación se robustece con el alegato de que, con arreglo a la letra de dicha norma constitucional, la Corte debe «pasar los autos al tribunal ordinario competente, si el delito fuere común o continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva cuando se trate de delitos políticos», lo cual se interpreta en el sentido de que el constituyente excluyó también de dicha disposición a los tribunales militares cuya jurisdicción es especial tanto por los delitos a que se extiende, como por los sujetos a quienes se aplica.

"Sin negar que este criterio tiene su fundamento en la propia Constitución y que cuenta con el respaldo de conocidos juristas algunos de los cuales son destacados parlamentarios, quienes en diversas oportunidades han logrado que su opinión sea compartida por la mayoría de los miembros de la Cámara a que pertenecen, la Corte estima necesario examinar la cuestión debatida a fin de uniformar la interpretación de las normas constitucionales aplicables al caso mientras el Congreso resuelva por vía legal o reglamentaria las dudas que suscita la aplicación de aquéllas.

"En este orden de ideas se observa que en nuestro régimen constitucional siempre se ha tratado de asegurar la independencia de las funciones del Congreso y de sus diversos órganos frente a las demás ramas del Poder Público, prohibiendo que se exija responsabilidad a los senadores y diputados por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones o que se les arreste, confine, detenga o coarte en cualquier forma para impedir el cum-

plimiento de aquéllas. Sin embargo, esto no significa que en nuestro país los congresantes no deban, como cualquier ciudadano, responder por su conducta ante la propia Cámara a que pertenezcan o ante el órgano competente de la administración de justicia por los delitos o faltas que cometieren. La inmunidad en cuanto a la libertad de opinión y voto ampara al senador o diputado en cualquier tiempo, lo cual no quiere decir que éstos puedan abusar de ese privilegio en forma irresponsable, pues, conforme al artículo 142 de la Carta Fundamental «responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos». En lo que atañe a la libertad personal la inmunidad significa que los congresantes «no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones».

"Después de formular este principio que garantiza la seguridad personal del parlamentario mientras ejerza el cargo y «desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo», el constituyente establece dos disposiciones una de las cuales va dirigida principalmente a las autoridades de policía sea cual fuere su rango, y la otra, a los tribunales penales a objeto de señalarles, respectivamente, el modo de proceder en el caso de que un Senador o Diputado incurra en flagrante delito de carácter grave o cuando contra el mismo se inicie un procedimiento judicial de carácter penal.

"Según la primera de dichas disposiciones, la autoridad competente debe poner al indiciado bajo custodia en su residencia y comunicarlo de inmediato a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada, con una información debidamente circunstanciada del hecho, a fin de que dicho cuerpo decida, dentro del término de noventa y seis horas, lo que sea procedente.

"Esta medida cesará si dentro del citado término la Cámara respectiva o la Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado mientras se decida sobre el allanamiento.

"Lógicamente en esta hipótesis no ha lugar al antejuicio de mérito ante la Corte, y la Cámara o la Comisión Delegada deben asumir directamente la responsabilidad de decidir si es o no procedente el desafuero y, por tanto, el enjuiciamiento del indiciado. A su vez, el artículo 144 dispone que cuando un tribunal conozca de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso,

practicará todas las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia a los fines del ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución, es decir, a objeto de que este Alto Tribunal decida «si hay o no mérito para la continuación de la causa». La decisión de la Corte en el sentido de que hay mérito para proseguir el juicio no es vinculante para el cuerpo a quien corresponda allanar al congresante, pues, en conformidad con el artículo 144 «no habrá lugar al enjuiciamiento sin que preceda el allanamiento del indiciado por la Cámara o por la Comisión Delegada», mas, ninguno de estos cuerpos está constitucionalmente facultado para revisar el pronunciamiento de este Alto Tribunal sobre el mérito que resulte de los autos que haya tenido a la vista para emitir su fallo.

"El ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución vigente, extendió a los Senadores y Diputados una prerrogativa procesal de la que sólo venían gozando tradicionalmente los demás altos funcionarios que en él se enumeran. Al igual que la inmunidad, esta prerrogativa es establecida en consideración a la función y no a la persona que la ejerce y su principal objeto es evitar que la actividad del Estado a su más alto nivel, pueda ser perturbada por juicios temerarios o evidentemente infundados. El antejuicio de mérito en que consiste esa prerrogativa ampara a los funcionarios en cuyo beneficio ha sido establecido, contra todo procedimiento judicial que se inicie en relación con ellos, ante cualquier órgano de la administración de justicia, y sea cual fuere la naturaleza del hecho punible que se les imputa. El constituyente no establece diferencias a este respecto y por ello tampoco debe el intérprete pretender deducirlas de la referencia a los delitos políticos y a los delitos comunes que a continuación se hace en el referido ordinal a los fines de determinar la competencia de la Corte para conocer, en primera y última instancia, de las causas penales que se propongan contra los citados altos funcionarios. Este fuero especial es, a su vez, otra prerrogativa que puede plantear cuestiones acerca de la competencia de este Alto Tribunal, cada vez que ante otro órgano jurisdiccional se inicie una averiguación sumaria contra algún alto funcionario, pues, a los fines de la continuación de la causa, es indispensable que la Corte califique previamente el delito que se imputa al funcionario. En el lenguaje del constituyente la expresión «delito político» alude a aquellas figuras delictivas que acarreen responsabilidad política para el funcionario, con arre-

glo a los términos de la Constitución y de la Ley de Responsabilidad de Funcionarios o Empleados, y frente a los cuales cualquier otro hecho criminoso es delito común, independientemente de la calificación de que pueda ser objeto según la doctrina o la jurisprudencia de otros pueblos. En consecuencia, si la Corte encuentra que el delito no es político, el tribunal ordinario será aquel que lo sea de acuerdo con la ley que rija la infracción.

"La competencia originaria que tiene la Corte de acuerdo con el citado ordinal, no puede serle discutida ni mucho menos arrebatada por tribunal alguno, sea cual fuere su rango o la materia a que corresponda su jurisdicción o competencia, pues el interés tutelado en este caso por la norma es de la más alta jerarquía en el orden institucional; y la salvaguarda a la función pública que representa el antejuicio de mérito y el fuero político especial, perderían su eficacia si admitiéramos que ese marco protector con el cual ha querido rodear el constituyente a los altos funcionarios pudiese ceder al influjo de consideraciones que en definitiva constituyen la negación de aquél.

"El carácter flagrante del delito tiene, como puede apreciarse de la simple lectura de los artículos 143 y 144 antes citados, una enorme importancia desde el punto de vista procesal, porque como ya se dijo, si el congresante es sorprendido *infraganti*, la autoridad policial debe inmediatamente detenerlo y ponerlo en custodia en su propia residencia, a la orden de la Cámara de la que forme parte o de la Comisión Delegada cuando el Congreso esté en receso. En cambio, si en el curso de una averiguación sumaria, una vez comprobado el cuerpo del delito, surgen indicios de culpabilidad, contra un diputado o senador, éste no debe ser detenido mientras no se haya dado cumplimiento al procedimiento previsto en los artículos 144 y 215, ordinal 2º, de la Constitución, lo cual no impide que los órganos jurisdiccionales dicten las medidas pertinentes para evitar que el indiciado burle la acción de la justicia, ausentándose del país o solicitando asilo en alguna Embajada acreditada ante nuestro gobierno, casos en los cuales deberá comunicarlo inmediatamente a la respectiva Cámara o a la Comisión Permanente. A este respecto es de notar que si las Cámaras Legislativas y este Alto Tribunal deben defender celosamente la inmunidad parlamentaria y las demás prerrogativas procesales de que gozan los miembros del Congreso, con no menor celo deben evitar que tales privilegios sean injustificadamente in-

vocados para impedir que los tribunales cumplan con su deber de imponer sanciones a quienes efectivamente hayan incurrido en la comisión de delitos o faltas.

"El examen de los autos evidencia que en el juicio seguido contra los diputados Salom Mesa Espinosa y Fortunato Herrera, el Juez Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, omitió el cumplimiento de lo dispuesto en los dos artículos de la Constitución antes citados, y que, en consecuencia, infringió tales disposiciones, por lo cual la Corte, ante la imposibilidad de revocar un auto de detención que sólo puede ser revisado por el superior correspondiente, considera necesario entrar a examinar, si de acuerdo con las actuaciones remitidas por dicho tribunal, hay mérito para proseguir el enjuiciamiento de los prenombrados Diputados por los hechos que se les imputan.

"El examen de dicha cuestión, exige estudiar, en primer término, en qué consiste el hecho punible que se imputa, entre otros ciudadanos, a los diputados Mesa Espinosa y Herrera, ocasión ésta que la Corte considera propicia para resolver de seguidas sobre la cuestión de competencia planteada.

"IV

"Las circunstancias de hecho que configuran el delito que es objeto actualmente de investigación, son precisadas por el sumariador en el auto de detención dictado por él contra los indicados...

"La Corte comparte tales conclusiones por estimar que existen suficientes elementos para llegar a ellas en las actuaciones que le fueron remitidas por el instructor, y, en cuanto a la calificación del secuestro, encuentra que sus características son las mismas —aunque con más acentuada tipicidad en el presente caso— que las de hechos similares ocurridos en el pasado, cuando el objetivo de sus autores no parece haber sido solamente obtener recursos económicos para satisfacer propósitos de lucro, sino financiar actividades subversivas de vastas proporciones, como son el proselitismo y la propaganda política, la difusión de sus consignas, el desprestigio del sistema democrático y de los cuerpos de seguridad que lo sustentan, la reactivación de sus cuadros de lucha, la creación de un clima de inquietud y alarma públicos y, en general, el desgaste progresivo de las fuerzas morales, políticas, económicas

y militares del Estado, por partidas de guerrilleros, que aun cuando poco numerosas, persisten en su propósito de alterar la paz interior de la República y dificultar el normal ejercicio del Gobierno, como expresión del Poder Público, en su más lata acepción.

"En este mismo orden de ideas, la Corte considera que, aun cuando el delito de secuestro es una figura delictiva expresamente definida y sancionada en el artículo 462 del Código Penal,⁸⁷ su enjuiciamiento no corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, sino a la jurisdicción castrense, cuando dicho delito sea un medio o instrumento dirigido a la realización de propósitos que encajan dentro de la definición del delito de rebelión, según el Código de Justicia Militar, tal como ha ocurrido en el caso de autos.

"Tales hechos encajan lógicamente en las previsiones de los artículos 476, 481⁸⁸ y 486 del Código de Justicia Militar y su instrucción y procesamiento corresponde a la jurisdicción militar y no a la jurisdicción penal ordinaria en pleno o en alguna de sus ramas especializadas, motivo por el cual el Juzgado Tercero de Primera Instancia Penal del Distrito Federal y Estado Miranda, el Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Penal de la misma Circunscripción que según se informa en oficio N° 788 de fecha 12 de agosto de 1976, espera decisión de la Corte para proceder a la averiguación y cualquier otro órgano de la Administración de Justicia que haya dictado auto de proceder con motivo del hecho en referencia, debe enviar las diligencias que haya practicado al Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, por ser el tribunal competente para continuar la instrucción.

"V

"Comprobado como está, según lo expuesto, la existencia de un delito de acción pública, no evidentemente prescrito y que

87. El artículo 462 del Código Penal venezolano, en vigor, establece: "El que haya secuestrado a una persona para obtener de ella o de un tercero, como precio de su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera en favor del culpable o de otro que éste indique, aun cuando no consiga su intento, será castigado con presidio de diez a veinte años".

88. El artículo 481 del Código de Justicia Militar dice: "La instigación a la rebelión se castigará: con prisión de cinco a diez años y expulsión de las Fuerzas Armadas, a los oficiales y clases; y prisión de cuatro a ocho años a los individuos de tropa o marinería".

merece pena corporal, entra la Corte a verificar si hay mérito «para la continuación de la causa» o «para el enjuiciamiento» de los indiciados, expresiones diferentes pero de igual sentido que emplea el constituyente al referirse al objeto que tiene el envío de «las diligencias sumariales necesarias» que ha de practicar todo tribunal que dictare orden de proceder para iniciar las averiguaciones con motivo de un hecho punible en el que esté implicado algún miembro del Congreso.

"Ya la Corte ha hecho notar en otra oportunidad, que esas «diligencias sumariales necesarias» consisten en las actuaciones esenciales e indispensables para verificar si la causa tiene un fundamento serio por estar plenamente comprobado el cuerpo del delito y no existir razones fundadas para suponer que se trata de una arbitraria o injustificada persecución contra el indiciado, porque de autos no resulte ninguna prueba en tal sentido sino, por el contrario, indicios que revelen la conveniencia o necesidad de proseguir la causa a objeto de esclarecer la responsabilidad del indiciado y disipar cualquier duda sobre la licitud de su conducta.

"El cometido que tiene este Alto Tribunal al ejercer dicha atribución es, por tanto, diferente al que cumplen los jueces instructores y los sentenciadores en materia penal y a quienes incumbe, respectivamente, pronunciarse provisionalmente o de manera definitiva, sobre la culpabilidad del procesado, puesto que, al ejercer tal atribución la Corte no juzga, debiendo limitarse a declarar que los hechos investigados y que constan en el expediente remitido por el instructor, merecen ser objeto de una investigación más profunda a fin de determinar exactamente la responsabilidad de sus autores.

"La voluntad del constituyente es que la Corte sea un efectivo guardián de la libertad, el decoro y la tranquilidad de los altos funcionarios del Estado en el ejercicio de sus funciones y no un encubridor débil y complaciente de los poderosos que podrían presionar sobre sus miembros, bien para lograr enjuiciar a un inocente o ampararse en las prerrogativas de que gozan con el objeto de eludir las consecuencias de un juicio penal en el que realmente estén implicados.

"Ahora bien, esta función no siempre resulta fácil para este Alto Tribunal particularmente cuando, como en el caso presente, el hecho punible que se investiga es de aquellos cuyos autores tie-

nen que actuar, por fuerza de las circunstancias, al amparo de las sombras, el encubrimiento, el sigilo y la ocultación.

"Precisados estos conceptos, procede la Corte a analizar el material probatorio enviado por el juez instructor...

"VI

"En cuanto al escrito presentado por el doctor Alvaro Silva Calderón en el cual solicita la aplicación del artículo 250 de la Constitución,⁸⁹ la Corte considera que es un peligroso y muy criticable expediente exagerar el alcance de situaciones de hecho como la que motiva el presente fallo, para ofrecer a la opinión pública nacional o internacional una imagen deformada de nuestra realidad política y presentar a las autoridades de la República en abierta rebelión contra el orden constitucional, cuando no hay mejor prueba de la vigencia de éste, que la independencia y normal funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público, actuando cada una dentro del marco de sus respectivas competencias, pero contribuyendo todas a hacer realidad los altos fines expresados en el Preámbulo de nuestra Carta Magna, donde se conjugan el propósito de mantener la independencia y la integridad territorial de la Nación, con el inquebrantable designio de fortalecer su unidad, asegurar la libertad, mantener la paz y estabilidad de las instituciones y sustentar siempre el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad del ciudadano. La democracia no es para nosotros los venezolanos una abstracción jurídica, sino reiteración constante de esos ideales y propósitos en un proceso de continua renovación y cambio, que se produce dentro de un esquema de orden constitucional que no puede ser interpretado, alterado ni sustituido por otros medios

89. El artículo 250 de la Constitución Nacional vigente declara: "Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. "Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado".

que los procedimientos y formas establecidos en la propia Constitución. El citado artículo 250 es una rotunda reafirmación de ese principio y una clara admonición dirigida a quienes pretendan derrocar por la fuerza al gobierno legítimo o logren derogar de hecho el orden constitucional por medios diferentes a los previstos en la Máxima Ley de la República, por lo cual, es evidentemente inaplicable a situaciones como la presente, cuando el caso planteado está siendo resuelto mediante los procedimientos y mecanismos ordinarios que aquélla establece, como es lo normal en este país y en cualquier otro de régimen constitucional similar al nuestro.

"VII

"Por las razones y conclusiones expuestas en los seis capítulos anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

"que es improcedente el recurso de amparo interpuesto por el diputado Fortunato Herrera con motivo de la privación de libertad de que es objeto, en virtud del auto de detención dictado por el Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, en el juicio que instruye dicho tribunal con ocasión del secuestro del ciudadano norteamericano William Niehous;

"que de conformidad con los artículos 143, 144 y 215, ordinal 2º de la Constitución, ningún senador o diputado puede ser detenido por autoridades civiles o militares ni sometido a juicio penal por tribunales ordinarios o especiales, salvo el caso de flagrante delito, a menos que, previo el antejuicio de mérito ante este Supremo Tribunal, sea allanado por la respectiva Cámara o por la Comisión Delegada, con arreglo a lo dispuesto en los citados artículos de la Constitución;

"que habiendo comprobado la omisión de los requisitos constitucionalmente exigidos al efecto, la Corte procedió al examen del expediente y llegó a la conclusión de que hay mérito suficiente para la continuación del juicio en lo que respecta a los diputados Salom Mesa Espinoza y Fortunato Herrera, quienes aparecen suficientemente identificados en autos;

"que dada la naturaleza del delito, la forma en que fue perpetrado y sus consecuencias ulteriores, el conocimiento del secues-

tro del citado ciudadano, corresponde a la jurisdicción militar y que, en consecuencia, el Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas debe continuar instruyendo el respectivo sumario;

"y que, cumplido como ha sido por la Corte el requisito establecido en el ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución, y a fin de que la Comisión Delegada del Congreso a su vez, dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 144 *ejusdem*, se ordena al Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, poner a la orden de dicha Comisión Delegada a los mencionados diputados, disponiendo asimismo, el traslado de ellos a sus respectivas residencias, en las cuales serán mantenidos bajo custodia, mientras el citado cuerpo legislativo decide sobre su allanamiento.

"Comuníquese esta decisión al Presidente de la Comisión Delegada del Congreso y al Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, mediante oficio al cual se anexará copia certificada de la misma".⁹⁰

Con relación a la sentencia que antecede, los magistrados de la Corte, doctores Julio Ramírez Borges y Miguel Angel Landáez, salvaron su voto expresando que "disienten de la opinión de sus honorables colegas, en lo relativo al pronunciamiento de mérito para la prosecución del enjuiciamiento del diputado Salom Mesa Espinoza salvando, en consecuencia su voto, por los motivos que se resumen a continuación, dejando expresa constancia de su acuerdo y conformidad con los demás aspectos del fallo.

"Los magistrados que firman este voto salvado, consideran en primer término, que la inmunidad de que gozan los miembros del Congreso Nacional es una respetable institución que protege, por igual, al Congreso Nacional y a sus integrantes y le permite a éstos ejercer a plenitud sus funciones; naturalmente, este fuero o privilegio no puede ni debe entenderse como una protección absoluta, en el sentido de que podría permitirle, a un senador o diputado, realizar impunemente actividades delictivas. Para evitar, precisamente, tal aberración, la Constitución Nacional, en sus ar-

90. Fotocopia de la sentencia del 25 de agosto de 1976 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, pp. 15-17, 19-26, 32-35 y 75-78.

títulos 143, 144 y 215, ordinal 2º, establece el procedimiento que debe seguirse en los casos de delito flagrante, de carácter grave, cometido por un senador o diputado, así como en los casos de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso, atribuyendo a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, la facultad de declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso (Disposición Transitoria Decimaquinta de la Constitución Nacional).

"Ahora bien, la declaratoria de mérito para la continuación de la causa, paso previo indispensable en los términos que se definen en el presente fallo, implica un pronunciamiento acerca del valor de los indicios que surjan de los autos en relación con un determinado miembro del Congreso Nacional. Es oportuno señalar que un pronunciamiento de esta naturaleza no conlleva, naturalmente, una declaratoria de culpabilidad, pero es obvio, a juicio de los firmantes de este voto salvado, que tales indicios deben tener la suficiente entidad y consistencia para justificar una declaratoria que puede afectar la respetable institución de la inmunidad que protege a los miembros del Congreso Nacional en el ejercicio de sus funciones.

"Teniendo, pues, como norte, las precedentes consideraciones se pasa a examinar el valor de los indicios y demás elementos sobre los cuales se basa el pronunciamiento de mérito para continuar el enjuiciamiento del diputado Salom Mesa Espinoza...

"Finalmente, consideramos necesario señalar que siendo el delito de secuestro un hecho punible tan complejo, muchas veces sus autores, valiéndose para ello del estado de angustia y ansiedad que tal hecho causa en sus familiares y la desesperación a que a veces llegan por recobrar la libertad de la víctima, hacen intervenir como mediadores, a veces con apariencias de complicidad, a personas honestas y de buena fe, que ante el dilema que se les presenta de denunciar a las autoridades al secuestrador que los conmina a intervenir o salvar una vida humana y llevar el sosiego a una familia angustiada, su conciencia los compele a adoptar este último camino, aun cuando las circunstancias posteriores lleguen a causarle desagradados y complicaciones, pero a quienes jamás podrá culparse de connivencia, encubrimiento o complicidad en tan execrable delito.

"En virtud de tales razonamientos los magistrados que salvan su voto, en este aspecto del presente fallo, consideran que hasta ahora, y con los elementos que cursan en autos no hay mérito para el enjuiciamiento del diputado Salom Mesa Espinosa, en relación con el delito del secuestro perpetrado en la persona del señor William Frank Niehous".⁹¹

Al día siguiente al del pronunciamiento del fallo y del voto salvado, anexo a éste, que venimos de transcribir parcialmente, la Comisión Delegada del Congreso de la República de Venezuela emitió el acuerdo siguiente:

"Considerando:

"Que la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, en decisión de fecha 25 de agosto de 1976, declaró que existen méritos para proseguir el enjuiciamiento de los diputados Salom Mesa Espinoza y Fortunato Herrera por ante el Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, y conforme a la causa que allí cursa contra personas implicadas en la comisión del delito de secuestro perpetrado en el ciudadano norteamericano William Frank Niehous, como actividad subversiva atribuible a los autodenominados «Comandos Revolucionarios» autores de la «Operación Argimiro Gabaldón»;

"Considerando:

"Que analizada la situación correspondiente y la circunstancia en las cuales aparecen comprometidos los mencionados diputados, resulta procedente su comparecencia ante los órganos de la Justicia, a fin de que se esclarezca jurisdiccionalmente la que no deja de ser situación jurídica de interés para el Congreso de la República;

"Considerando:

"Que conforme a las previsiones del artículo 145 de la Constitución, corresponde a esta Comisión Delegada pronunciarse sobre el allanamiento de la inmunidad parlamentaria de los diputados,

91. Fotocopia del voto salvado anexo a la sentencia del 25 de agosto de 1976..., pp. 80-81 y 86-87.

"Acuerda:

"1º Allanar al diputado Salom Mesa Espinoza.

"2º Allanar al diputado Fortunato Herrera.

"3º Comunicar esta decisión a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia y al Juzgado Militar de la Causa".⁹²

Ahora bien, la sentencia y el voto salvado, anexo a ésta, ameritan, a nuestro juicio, algunos comentarios jurídicos, que no proceden con referencia al acuerdo del 26 de agosto de 1976 de la Comisión Delegada del Congreso de la República, ya que, como bien sabemos, tal acuerdo expresa una decisión política obtenida gracias a la mayoría absoluta que los partidarios del gobierno tenían en el seno de la mencionada comisión.

Así, pues, con relación a la decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, debemos decir que si bien la Corte afirma, pertinentemente, que el "antejuicio de mérito en que consiste esa prerrogativa (la Corte se refiere a la que consagra el ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución) ampara a los funcionarios en cuyo beneficio ha sido establecido, contra todo procedimiento judicial que se inicie en relación con ellos, *ante cualquier órgano de la administración de justicia, y sea cual fuere la naturaleza del hecho punible que se les imputa*" y que el "constituyente no establece diferencias a este respecto y por ello tampoco debe el intérprete pretender deducirlas de la referencia a los delitos políticos y a los delitos comunes que a continuación se hace en el referido ordinal" (el subrayado es nuestro), sin embargo, sostiene algunas opiniones cuya gravedad es difícil valorar en este momento pero que no dejarán de causar, en un no lejano futuro, innegables perjuicios para la efectiva vigencia de nuestro ordenamiento constitucional.

Vemos, así, que por una parte, aunque la Corte expresa que "si en el curso de una averiguación sumaria, una vez comprobado el cuerpo del delito, surgen indicios de culpabilidad, contra un diputado o senador, *éste no debe ser detenido mientras no se haya dado cumplimiento al procedimiento previsto en los artículos 144 y 215, ordinal 2º, de la Constitución*", seguidamente agrega

92. G. O., N° 31.055, del 27-8-76, en *Repertorio Forense...*, 1976, tomo 40 (julio-agosto-septiembre, 1976), p. 717.

que esto "*no impide que los órganos jurisdiccionales dicten las medidas pertinentes para evitar que el indiciado burle la acción de la justicia*, ausentándose del país o solicitando asilo en alguna Embajada acreditada ante nuestro gobierno, casos en los cuales deberá comunicarlo inmediatamente a la respectiva Cámara o a la Comisión Permanente" (el subrayado es nuestro), creando en tal forma, por vía jurisprudencial, una excepción a lo consagrado, expresamente, en el artículo 143 de la Constitución, en el sentido de que los senadores y diputados "*no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones*"; excepción que vendría a agregarse a aquélla prevista en ese mismo artículo para el "*caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un senador o diputado*", que permite a "*la autoridad competente*" poner a éste "*bajo custodia en su residencia*", debiendo comunicar "*inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada*", ya que para impedir que una persona salga del país o se refugie en una embajada acreditada ante el gobierno del mismo, es necesario restringir su libertad de tránsito o circulación mediante el recurso a alguna de las acciones mencionadas en el citado artículo 143 constitucional.

Por otra parte, el alto tribunal venezolano "*considera que aun cuando el delito de secuestro es una figura delictiva expresamente definida y sancionada en el artículo 462 del Código Penal, su enjuiciamiento no corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, sino a la jurisdicción castrense*" (el subrayado es nuestro), con lo cual rechaza la razonable doctrina defendida, en el ya citado fallo del 10 de marzo de 1937, por la Sala de Casación de la desaparecida Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia), adhiriendo, en consecuencia, a una tesis que debe ser combatida, ya que es contraria a la letra y al espíritu de importantes disposiciones de la Constitución vigente, como lo hemos demostrado en el capítulo II de este trabajo.

Cabe también señalar, aquí, que aunque la Corte reconoce que el "*examen de los autos evidencia que en el juicio seguido contra los diputados Salom Mesa Espinoza y Fortunato Herrera, el Juez Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, omitió el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos de la Constitución antes citados* (el máximo tribunal alude a los artículos 144 y 215, ordinal 2º, de la Constitución), *y que, en con-*

secuencia, infringió tales disposiciones" (el subrayado es nuestro), no plantea, en forma alguna, la necesidad de sancionar a dicho juez o al Ministro de la Defensa que le dio la orden de proceder (artículo 163, ordinal 2º, del Código de Justicia Militar), a pesar de que el último aparte del tantas veces mencionado artículo 143 constitucional, a la letra dice: "Los funcionarios o empleados públicos que violen la inmunidad de los senadores y diputados incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados de conformidad con la ley".

En resumen, si bien el alto tribunal declara, enfáticamente, "que de conformidad con los artículos 143, 144 y 215, ordinal 2º de la Constitución, *ningún senador o diputado puede ser detenido por autoridades civiles o militares, ni sometido a juicio penal por tribunales ordinarios o especiales*, salvo el caso de flagrante delito, *a menos que, previo el antejuicio de mérito* ante este Supremo Tribunal, *sea allanado por la respectiva Cámara o por la Comisión Delegada*" (el subrayado es nuestro), lamentablemente, de la misma manera, sostiene "que dada la naturaleza del delito, la forma en que fue perpetrado y sus consecuencias ulteriores, el conocimiento del secuestro del citado ciudadano, corresponde a la jurisdicción militar...", y "ordena al Juzgado Militar Tercero de Primera Instancia Permanente de Caracas, poner a la orden de dicha Comisión Delegada a los mencionados diputados, disponiendo asimismo, el traslado de ellos a sus respectivas residencias, en las cuales serán mantenidos bajo custodia, mientras el citado cuerpo legislativo decide sobre su allanamiento"; cuando lo que procedía, constitucionalmente hablando, era poner en libertad a los referidos diputados hasta tanto la Comisión Delegada del Congreso se pronunciara respecto a la solicitud de allanamiento de la inmunidad parlamentaria de los mismos. Es decir, que en el momento mismo que la Corte restablece la legalidad constitucional infringida por la actuación írrita del juez militar, ella viola —movida quizás por el deseo de conciliar los valores e intereses contrapuestos con ocasión de este caso concreto— el texto constitucional que solamente prevé la "custodia en su residencia" para aquel congresista que ha sido sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito "de carácter grave" (artículo 143 de la Constitución).⁹³

93. Respecto a los que se podría entender por "delito flagrante de carácter grave", en la sesión del 28 de octubre de 1960, de la Cámara de Dipu-

Y con referencia al voto salvado de los magistrados doctores Julio Ramírez Borges y Miguel Angel Landáez, nos limitaremos a indicar que en éste se admiten, expresa y tácitamente, todos los argumentos que buscan justificar la decisión tomada por la mayoría sentenciadora, ya que los magistrados disidentes solamente discrepan con relación al valor probatorio atribuido por aquélla a "los indicios y demás elementos sobre los cuales se basa el pronunciamiento de mérito para continuar el enjuiciamiento del diputado Salom Mesa Espinoza", llegando a la conclusión —que compartimos—, de "que hasta ahora, y con los elementos que cursan en autos, no hay mérito para el enjuiciamiento del diputado Salom Mesa Espinoza, en relación con el delito de secuestro perpetrado en la persona del señor William Frank Niehous".

IV. CONSTITUCION Y PARTIDOS POLITICOS. CONCLUSIONES

Según Carl Schmitt, "se desprenden del sistema cerrado del Estado burgués de Derecho las exigencias de legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial. La Constitución aparece como la ley fundamental de este sistema de leyes. Se finge que, *primero*, la Constitución no es más que un sistema de normaciones legales; *segundo*, que este sistema es cerrado, y que, *tercero*, es «soberano», es decir, que nadie puede quebrantarlo, ni siquiera

tados, el diputado Silva Torres, expuso: "Pero aparte de que podamos hipotéticamente tener un gobierno respetuoso de las prerrogativas del Poder Legislativo, de acuerdo con este artículo no podría quedar en todo caso a salvo un diputado o senador del criterio obtuso de algún funcionario policial que lo detenga sobre la base de que ha cometido un grave delito *in fraganti*."

"El inciso trae dos expresiones muy arbitrarias o relativas. La primera de ellas es la de grave delito. Sin embargo, faltaría por determinar cuándo se está en presencia de un grave delito. Si la Constitución no lo dice, tendríamos que apelar a otro texto legal, o simplemente al buen criterio del funcionario policial. No estaríamos fuera de tono si pensáramos que en un momento dado un simple fiscal de Tránsito, porque nos «comiéramos» una luz roja, nos detuviera en cualquier esquina so pretexto de que hemos cometido un grave delito contra las normas que regulan el tránsito terrestre. "La otra expresión es la de delito flagrante. Es verdad que nosotros los abogados tenemos más o menos claro el concepto tan discutido de la flagrancia del delito; pero este concepto, en manos de un simple funcionario policial, viene simplemente a ser fuente de problemas y de dudas. Por consiguiente, en el caso de que se quisiera aplicar el inciso tal como está, tendríamos que exigirle al funcionario policial, primero, la capacidad de poder determinar si está o no en presencia de un grave delito, y segundo, si está en presencia o no de la acción flagrante del supuesto criminal". (*Diario de Debates*, Diputados, 28 octubre 1960, cit. en Arcaya, M., *op. cit.*, tomo II, pp. 281-282).

influir en él por razones y necesidades de la existencia política".⁹⁴

Ahora bien, tales exigencias constituyen el fundamento de la noción de Estado de derecho, "cuya esencia —como observa Heinrich Henkel— consiste en la *autovinculación del Estado al Derecho*. Esta autovinculación supone, en el sentido más general, la *exclusión de toda arbitrariedad* en el ejercicio del poder estatal y su fundamentación en la ley como expresión de la voluntad común de la Sociedad; y supone también limitación del poder estatal de tal forma que la regulación jurídica —no, por consiguiente, el arbitrio exclusivo del ejecutivo— decide hasta qué punto debe ir la potestad estatal de dominio, qué deberes y sacrificios debe imponer al ciudadano, y, finalmente, el control de la actividad gubernativa y administrativa mediante tribunales a los que puede acudir cualquier ciudadano".⁹⁵

Y dentro de esa concepción, el principio de la supremacía de la Constitución —especie de la regla de técnica jurídica, para unos, o del principio general del derecho, para otros, pero en todo caso, del tópico jurídico "*lex superior derogat legi inferiori*"— viene a ser el eje fundamental de la misma, por lo que su vigencia es esencial para poder hablar de un Estado de derecho, al menos conforme a la concepción occidental de éste.

Entonces, si el Estado venezolano está estructurado de acuerdo con los esquemas occidentales, los principales dirigentes de los partidos políticos nacionales mayoritarios —éstos son Acción Democrática (AD) y el partido socialcristiano COPEI, desde el punto de vista objetivo de los resultados electorales⁹⁶— deberán tener

94. Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Sin indicación del traductor. Madrid, Revista de Derecho Privado, pp. 152-153.

95. Henkel, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Trad. del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid, Taurus, 1968, pp. 186-187.

96. En las *elecciones presidenciales* de 1968, 1973 y 1978, AD obtuvo el 27,46 por ciento, el 48,69 por ciento y el 43,34 por ciento, del total de votos válidos emitidos, respectivamente. Y COPEI, en esas mismas elecciones, logró el 28,68 por ciento, el 35,36 por ciento y el 45,24 por ciento, del total de votos válidos depositados, respectivamente. Mientras que en las *elecciones para cuerpos deliberantes* de 1968, 1973 y 1978, AD alcanzó el 25,55 por ciento, el 44,54 por ciento y el 39,70 por ciento, del total de votos válidos, respectivamente. COPEI, por su parte, obtuvo el 24,02 por ciento, el 30,37 por ciento y el 39,72 por ciento, de los votos válidos emitidos en esas mismas elecciones, respectivamente (Cf. Cuahonte, Carmen G. de, "El cambio de la realidad política venezolana, 1968-1973 (Estudio gráfico-estadístico)", en *Polarización y Bipartidismo en las elecciones de 1973*. Colección Análisis Político 1. Caracas, 1974, p. 112, y el último boletín del Consejo Supremo Electoral, sobre las elecciones del 3 de diciembre de 1978, de fecha 9 de diciembre de 1978).

la permanente preocupación porque ese Estado de derecho funcione eficazmente, gracias al cumplimiento, por parte de todos los órganos del Estado, de las normas constitucionales. A este respecto —y para reafirmar la grave responsabilidad histórica que recae sobre los mencionados partidos políticos, en particular, y sobre todos los demás, en general— resulta harto pertinente transcribir, aquí, lo que expresa K. C. Wheare: "Los partidos políticos representan quizá la más importante influencia sobre el funcionamiento de una Constitución. Tan importante, en efecto, que se diría que una Constitución es un mero esqueleto y que son los partidos los que le proporcionan carne y sangre, los que dan al cuerpo político su vida y su peculiaridad. Esto quizá sea una exageración, pero entraña gran parte de la verdad".⁹⁷

Es decir, que la existencia del orden constitucional-democrático de Venezuela depende, básicamente, de las actuaciones de los responsables de la dirección de esos dos grandes partidos políticos venezolanos, bastando conque uno solo de éstos se empeñe en mantener la legalidad constitucional para que el otro no pueda violarla o, al menos, impedir su restablecimiento, como sucedió con ocasión del caso de los diputados Fortunato Herrera y Salom Mesa Espinoza, donde a pesar del interés del partido en el gobierno (Acción Democrática), en que se siguiese admitiendo la errónea jurisprudencia de los tribunales militares expresada en las decisiones de 1963, 1964 y 1971, ya estudiadas, dada la oposición del partido COPEI,⁹⁸ debió permitir que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, se pronunciase a favor de la necesidad de cumplir con el procedimiento constitucionalmente previsto para el allanamiento de la inmunidad parlamentaria, como un paso previo indispensable para poder arrestar, detener, confinar o enjuiciar a cualquier congresante en ejercicio de sus funciones como tal, salvo en "caso de delito flagrante de carácter grave", en que "la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada" (artículo 143 de la Constitución).

Así, pues, los políticos y los juristas venezolanos, deben tener presente que para "que una constitución sea viva, no es suficiente

97. Wheare, K. C., *op. cit.*, p. 81.

98. Véase el texto de la intervención del 5 de agosto de 1976, en la Cámara de Diputados, del Director de la Fracción Parlamentaria de COPEI (cit. en *El Nacional*, 11 de agosto de 1976, pp. D-14-15).

que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis".⁹⁹

Esto significa que la democracia venezolana no puede seguir siendo una democracia *político-formal*, sino que debe transformarse en una democracia *participativa y social*. Esto último requiere, como condición básica indispensable, de una organización político-constitucional y socioeconómica que permita, amplia y realmente, la movilidad social horizontal y vertical, la toma de responsabilidades sectoriales —y las consiguientes decisiones— por todos y cada uno de los integrantes de la sociedad y el desarrollo pleno de las virtualidades de cada persona miembro de ésta. Únicamente, así, las normas constitucionales relativas a los derechos humanos tendrán eficacia en la vida política, económica y social del Estado venezolano, ya que, hoy en día, aquéllas no son más que *normas-fachada* que, en vez de contribuir a eliminar algunas de las flagrantes desigualdades sociales y jurídicas existentes en nuestro país, sirven, por el contrario, para dar buena conciencia a los privilegiados del *statu quo* y a disimular ante la opinión pública internacional, y hasta nacional, graves violaciones de la dignidad humana.

En la Venezuela actual, es cada vez mayor el número de personas que no disfrutan, a plenitud, de los derechos sociales y económicos que las disposiciones de la vigente Constitución Nacional consagran, y de cuya lectura se puede deducir, fácilmente, que nuestra Carta Fundamental establece todo un programa de reforma económico-social y de promoción del hombre venezolano, en sus dimensiones individual y colectiva. Empero, sólo parcialmente —y particularmente a nivel jurídico y no social—, se ha realizado ese programa, a pesar de que, progresivamente, los ingresos y gastos del Estado venezolano se han ido multiplicando de manera asombrosa debido a la justa elevación de los precios del petróleo.

En resumen, la vigencia de un orden constitucional-democrático pleno, en Venezuela, exige como condición esencial, el bino-

99. Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. del alemán por Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid, Ariel, 1971, p. 217.

mio derechos humanos fundamentales y desarrollo económico-social. Y los dirigentes políticos venezolanos de hoy, no pueden ignorar tal exigencia y soslayar, así, sus responsabilidades ante la presente y futuras generaciones del país, puesto que incurrirían en una falta de tal magnitud que ésta no dejaría de acarrear gravísimas consecuencias políticas, económicas y sociales, a mediano y a largo términos, para la nación.

LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA EN LA CONSTITUCION DE 1961

GUSTAVO MACHADO

SUMARIO: 1. Importancia del tema. 2. Concepto. 3. Antecedentes. 4. La Constitución de 1961. 5. La militarización de la justicia. 6. Preeminencia de la jurisdicción ordinaria. 7. Inmunidad parlamentaria y jurisdicción militar. 8. Conclusiones.

1. IMPORTANCIA DEL TEMA

He considerado útil y necesario comentar el tema de la inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1961 por la importancia que encierra en sí mismo dentro de la doctrina constitucional y la trascendencia que ha adquirido en el curso de las vicisitudes registradas en la historia política republicana reciente de Venezuela. Precisar las innovaciones introducidas y el papel que juega en el contexto histórico venezolano será el propósito de este trabajo.

En efecto, la independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo ha sido en Venezuela centro de no pocas confrontaciones y controversias, explicables en su inmensa mayoría, todas podríamos decir, por el predominio hegemónico que el Ejecutivo ha ejercido tradicionalmente en nuestro país, a la par de la sumisión que con harta frecuencia ha demostrado el Poder Judicial.

Bastaría una brevísima mención de algunos episodios que jalonan el decurso de la historia, a fin de que se destaque la inaudita frecuencia de tales contratiempos institucionales, sin necesidad, por supuesto, de extenderse en cada caso en profundos análisis históricos, económicos, sociológicos o políticos.

Inicio la significativa lista con el asalto y disolución del Congreso de 1848 como consecuencia del ardoroso antagonismo entre

dos sectores de la oligarquía: uno que luchaba por el derrocamiento de Monagas, y otro, el de éste, por acallar la oposición intransigente que aquél le hacía desde las bancadas del Parlamento. Bastante conocido es el hecho y, como ya dije, no abrigó el propósito de comentarlo en sus controvertibles implicaciones, aún vivas buena parte de ellas, sino consignarlo simple y llanamente como funesto precedente desde el punto de vista de la institucionalidad.

En 1888, el propio Presidente de la Cámara de Diputados y otros parlamentarios, en pugna con el Ejecutivo, fueron conducidos a La Rotunda y ya antes, en 1881, el senador Eusebio Baptista fue llevado a prisión por ser enemigo personal de Guzmán Blanco y haber denunciado contratos como el Viale Rigo. Habría que citar también el desconocimiento de los resultados electorales del 2 de diciembre de 1952 que instaura la dictadura de Pérez Jiménez y conforma la Asamblea Constituyente de 1953 con los perezjimenistas y los suplentes que desertaron de las listas triunfantes de URD y Copei.

Mención aparte merece el desconocimiento de la inmunidad parlamentaria de los diputados y senadores del Partido Comunista y del Movimiento de Izquierda Revolucionaria el 30 de septiembre de 1963, en lo que fue calificado por la Cámara de Diputados como "golpe de Estado" del Poder Ejecutivo contra el Poder Legislativo, con el argumento de que en el caso de delitos enjuiciables por ante la jurisdicción militar no era necesario la calificación previa por la Corte Suprema de Justicia ni el allanamiento por parte de la Cámara respectiva. Más adelante me referiré a este caso, que por ser el más reciente, por haber ocurrido bajo el imperio de la Constitución del 61 y por las consecuencias que envuelve, reclama un análisis más circunstanciado y profundo desde el punto de vista jurídico.

El estudio de la inmunidad parlamentaria constituye, de esta manera, por una parte, una petición de principios y, por la otra, una necesidad que imponen los precedentes concretos de nuestra historia política.

2. CONCEPTO

Las prerrogativas de la inmunidad parlamentaria, casi tan antiguas como el sistema representativo mismo, tienden a pre-

servar la independencia del Poder Legislativo frente al Ejecutivo y el Judicial y asegurar el libre desempeño de sus funciones por los miembros del primero. No ha pretendido con ello el constituyente crear privilegios individuales para cada uno de los miembros de las Cámaras, porque sería contrario al principio, también constitucional, de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley. El beneficio, en última instancia, no está concebido para el parlamentario en particular, sino para el Cuerpo en su conjunto. De esta suerte, la inmunidad emana de la soberanía popular, la cual mediante el voto ha elegido sus representantes y requiere que éstos gocen de las garantías necesarias para que cumplan las funciones que se les ha encomendado. No debe olvidarse que el Congreso es el órgano representativo por excelencia de la soberanía popular. Así, por definición, la inmunidad es irrenunciable, porque, como lo señalaba el informe de una Comisión Especial de la Cámara de Diputados del período 1959-64, "ésta no es ningún privilegio del diputado, sino un derecho protector del Cuerpo; de ahí que la voluntad del miembro es jurídicamente irrelevante".

La Constitución de 1961 establece en su artículo 142 la irresponsabilidad de los senadores y diputados por votos u opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones, y en el artículo 143 consagra la inmunidad propiamente dicha que los preserva de "ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones". Y en el mismo sentido instituye —significativa innovación— la regulación de los casos y el procedimiento a seguir para proceder al enjuiciamiento de los senadores y diputados. Más adelante analizaré este último aspecto del tema, ya que demuestra la preocupación del constituyente de reglamentar en el propio texto de la Carta Fundamental aspectos procedimentales a fin de resguardar aún más la garantía consagrada.

Se ha considerado que tanto la irresponsabilidad de los senadores y diputados por los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, como lo que he denominado inmunidad propiamente dicha, son variantes de un mismo concepto: la inmunidad. Esta abarcaría dos modalidades: una material, la irresponsabilidad por los votos y opiniones, y otra formal, procesal, adjetiva, que condiciona el enjuiciamiento del congresante al cumplimiento de las normas que la misma Constitución establece.

3. ANTECEDENTES

El constituyente de 1811 consideró ambos institutos englobados en el concepto de inmunidad: "la inmunidad personal de los representantes y senadores en todos los casos, excepto los prevenidos en el parágrafo 61 y los de traición o perturbación de la paz pública, se reduce a no ser aprisionados durante el tiempo que desempeñen sus funciones legislativas y el que gastarán en venir a ellas, o restituirse a sus domicilios, y no poder ser responsables de sus discursos y opiniones en otro lugar que en la Cámara en que los hubiere expresado" (Cap. 20, Sección 6ª).

Las Constituciones de 1830, 1857 y 1858 consagran la inmunidad para las causas penales, salvo cuando se trate de crímenes castigados con la pena de muerte, en cuyo caso se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho. En los demás casos en que un senador o representante cometa un delito que merezca pena corporal, o infamante, sin que el Juez proceda a su arresto, dará cuenta a la Cámara para que, según su mérito, suspenda al encausado y lo ponga a la orden del Juez competente. En estas Constituciones se extiende la inmunidad también a las causas de naturaleza civil cuando expresamente señalan que los senadores y representantes "no pueden ser demandados ni ejecutados civilmente".

Los constituyentes de 1864, 1874, 1881 y 1891, habiendo sido abolida la pena de muerte, establecen que los senadores y diputados gozarán de inmunidad y "ésta consiste en la suspensión de todo procedimiento, cualquiera sea su origen o naturaleza", pero cuando alguno cometa un hecho que merezca pena corporal, "la averiguación continuará hasta el término del sumario, quedando en este estado mientras dure la inmunidad". La suspensión de todo procedimiento, cualquiera sea su origen o naturaleza, señala que el congresante queda amparado contra las causas de carácter civil. Las Constituciones de estos años no contemplan la figura del allanamiento. Su redacción, un tanto ambigua, parece denotar con la frase "mientras dure la inmunidad", que ésta lo ampara por el mismo lapso que la Constitución establece como tiempo de duración, sin que pueda ser suspendido o allanado.

Desde la Constitución de 1893 hasta la del año 1936, ambas inclusive, es decir, once Constituciones promulgadas en ese período, se estableció expresamente que "las cámaras no podrán,

en caso alguno, allanar a ninguno de sus miembros para que se viole en él la inmunidad”.

Hasta la Constitución de 1922 se mantiene el principio de que los senadores y diputados no pueden ser demandados ni ejecutados civilmente. Pero a partir de la Constitución de 1925 hasta la de 1936, o sea, en cinco Constituciones, se introduce una nueva modalidad en lo que a los juicios civiles se refiere: Los diputados y senadores no podrán “ser obligados a contestar demandas ni absolver juramento ni posiciones juradas durante el mismo tiempo, el cual no se contará en los lapsos judiciales del respectivo proceso”. Pese a que el amparo en materia civil pareciera estar circunscrito a determinados actos, la verdad es que la circunstancia de que no se cuente en los lapsos judiciales el tiempo que dure la inmunidad equivale, en la práctica, a una suspensión de la causa.

En todas las Constituciones desde 1830 hasta nuestros días se encuentra consagrada la irresponsabilidad del congresante por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

La Constitución de 1947, la primera democrática en nuestra historia, establece en su artículo 146 que “mientras dure su mandato ningún diputado o senador podrá ser preso, arrestado, confinado ni en modo alguno detenido ni coartado en el ejercicio de sus funciones, a menos que incurra en flagrante delito; en este caso y en cualquier otro en que se impute a un diputado o senador la comisión de un hecho punible se dará cuenta inmediata a la Cámara respectiva, que es la competente para decidir, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, el enjuiciamiento correspondiente y la suspensión en sus funciones del indiciado, quien podrá reincorporarse a ella al quedar destruidos por sentencia firme los fundamentos del juicio”.

Esta Constitución, a diferencia de las anteriores, establece los siguientes principios sobre inmunidad:

- 1) No extiende la inmunidad a las causas civiles;
- 2) Contempla el allanamiento o suspensión del diputado o senador cuando se le impute un hecho que merezca pena corporal;
- 3) Exige una mayoría de las dos terceras partes para que proceda el allanamiento;

- 4) En su artículo 147 consagra que las Cámaras deberán autorizar la continuación del procedimiento judicial cuando expresamente lo pida el senador que sea parte en el mismo.

4. LA CONSTITUCION DE 1961

Esta Constitución, en sus artículos 143, 144, 145 y 146, establece las normas que regulan el enjuiciamiento de los senadores y diputados:

- 1) Sólo en caso de delito flagrante de carácter grave la autoridad competente pondrá al senador o diputado bajo custodia en su residencia y comunicará el hecho inmediatamente a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información circunstanciada. Si dentro del término de 96 horas la Cámara o la Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado hasta que decida sobre allanamiento, la medida de custodia deberá cesar.
- 2) Los funcionarios o empleados públicos que violen la inmunidad incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados conforme a la Ley.
- 3) El Tribunal que conozca de una acusación o denuncia contra un miembro del Congreso practicará las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia, a los fines de que declare si hay o no mérito para la continuación de la causa. En el primer caso, no habrá lugar al enjuiciamiento sin que proceda el allanamiento por la Cámara respectiva o la Comisión Delegada.
- 4) La Cámara o la Comisión Delegada no podrá acordar el allanamiento, sino en sesión expresamente convocada con no menos de 24 horas de anticipación y mediante acuerdo razonado aprobado por la mayoría absoluta.
- 5) Cuando el allanamiento ha sido acordado por la Comisión Delegada, la Cámara respectiva podrá revocarlo en las sesiones inmediatas siguientes.
- 6) Por mandato del ordinal 2º del artículo 215 de la Constitución, si el delito cometido por el senador o dipu-

tado fuere común, conocerá del juicio el Tribunal ordinario competente y si fuere un delito político, deberá conocer del mismo la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la Constitución de 1947, la de 1961 introduce estos nuevos elementos: a) La declaratoria previa de la Corte Suprema de Justicia acerca de si hay o no mérito para la continuación de la causa; b) La mayoría absoluta de los miembros de la Cámara o de la Comisión Delegada para el allanamiento; c) El acuerdo que decide el allanamiento debe ser un acuerdo razonado, lo que implica que no queda al prudente arbitrio de la mayoría, sino que es necesario exponer las razones de derecho para tomar la determinación, y d) Una clasificación entre delitos políticos y comunes para determinar el Tribunal que ha de conocer del juicio: la Corte Suprema, si es político, y los tribunales ordinarios, si es común.

El artículo 147 contempla la suspensión de la inmunidad parlamentaria mientras se desempeñe un cargo público cuyo ejercicio acarree separación de la Cámara, o mientras goce de licencia por el tiempo de ésta que exceda de veinte días, siempre que proceda la convocatoria del suplente de acuerdo con el reglamento. El mismo artículo extiende la inmunidad para los suplentes mientras estén en el ejercicio de la representación, a partir de la convocatoria y hasta veinte días después de concluido aquel ejercicio.

La inmunidad para los senadores y diputados principales comenzará desde la fecha misma de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, conforme a lo establecido por el artículo 143 de la Constitución.

Deliberadamente he dejado en último término el señalamiento del tiempo de vigencia de la inmunidad porque es, en nuestros días, tema de controversia en relación con los diputados Salom Mesa Espinoza y David Nieves, quienes han resultado electos mientras se encuentran sometidos a juicio por ante los tribunales militares. Tengo y sostengo el firme criterio de que, una vez proclamado, el diputado o senador goza de inmunidad, como lo señala la norma constitucional mencionada, y no puede haber autoridad ni acto de poder alguno que pueda vulnerar el mandato, con todas sus prerrogativas, que le ha conferido el electorado en un acto de soberanía. Creo, además, que a todo senador o dipu-

tado electo en esas condiciones debe serle suspendido el juicio por mandato de la Constitución. Si no fuera ésta la correcta interpretación, se estaría estableciendo una inhabilitación política que nuestra legislación sólo contempla para aquellos que han sido condenados a penas de prisión o presidio.

La Constitución de 1947 era explícita en este sentido, al afirmar en su artículo 147: "Las Cámaras velarán porque se respete en toda su plenitud la inmunidad que protege a sus miembros y podrá ordenar la paralización de los juicios instaurados contra ellos y la libertad de los que estuvieren detenidos, por el tiempo de las sesiones o por el que falte para el vencimiento del período constitucional".

Si el constituyente de 1961 no estableció una norma parecida es porque lo consideró innecesario o redundante, ya ello está implícito en su articulado.

5. LA MILITARIZACION DE LA JUSTICIA

Antes de analizar el problema que plantea la tesis que sostiene la improcedencia de la calificación por la Corte Suprema de Justicia de la naturaleza del delito cometido por el senador o diputado y del allanamiento previo por la Cámara respectiva en todos aquellos casos de delitos enjuiciables por ante la jurisdicción militar, es aconsejable, por tratarse de un tema íntimamente ligado al que me he venido refiriendo y porque también ha sido motivo de controversia en nuestro país en los últimos años, profundizar en el examen acerca de la competencia de los tribunales militares para proceder al enjuiciamiento de los ciudadanos de estatuto civil. Se trata de precisar si esta práctica frecuente en Venezuela desde 1962 hasta nuestros días es o no violatoria del principio constitucional, según el cual "nadie puede ser juzgado, sino por sus jueces naturales".

La doctrina y la legislación militares distinguen dos aspectos de la jurisdicción militar, según sean las circunstancias de tiempo que concurran:

- a) Jurisdicción militar en tiempo de paz.
- b) Jurisdicción militar en tiempo de guerra o de suspensión de garantías.

En uno y otro caso cambian el procedimiento, los sujetos, las autoridades que dan el impulso procesal, los tribunales competentes, los lapsos procesales, etc. Existen personas o sujetos que en *todo tiempo* están sometidos a la jurisdicción militar, es decir, que tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra o de suspensión de garantías son sujetos de la jurisdicción militar.

El artículo 124 del Código de Justicia Militar venezolano establece:

"Art. 124. Están en *todo tiempo* sometidos a la jurisdicción militar:

- "1) Los oficiales, especialistas, individuos de tropa o de marinería, sea cual fuere su jerarquía, y la situación en que se encuentren.
- "2) Los alumnos de las escuelas militares y navales de la República, por infracciones no previstas ni castigadas en los Reglamentos de dichas escuelas y penadas por el presente Código y demás leyes y Reglamentos militares.
- "3) Los que formen parte del Ejército o de la Armada con asimilación militar.
- "4) Los reos militares que cumplan condenas en establecimientos sujetos a la autoridad militar.
- "5) Los empleados y operarios sin asimilación militar que presten sus servicios en los establecimientos o dependencias militares, por cualquier delito o falta cometidos dentro de ellos".

La simple lectura de la norma indica que las personas señaladas son aquellas que de una u otra manera se encuentran sometidas a la *disciplina militar*. He aquí un elemento importante que la doctrina es unánime en señalar como definitorio del fuero militar y que justifica la especialidad de la jurisdicción militar. La especialidad del fuero está dada porque los sujetos que disfrutan de él tienen en común el estar sometidos a la disciplina militar.

Por vías de excepción, en tiempo de guerra o de suspensión de garantías, la jurisdicción militar cubre a otras personas, además de las ya mencionadas. Esta es la situación regulada por nuestro Código de Justicia Militar, cuando dice:

"Art. 125. En tiempo de guerra o de suspensión de garantías la jurisdicción militar se extiende:

- "1) A los prisioneros de guerra.
- "2) A todas las personas que por cualesquiera razones o motivos acompañen a los Ejércitos, por delitos o faltas cometidos en el territorio comprendido dentro de los servicios de seguridad.
- "3) *Las personas extrañas al Ejército que en la zona de operaciones cometan cualquiera de los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo de este Código, o de cualquier acto que los Comandantes en Jefe prohíban y castiguen, en órdenes dictadas con anterioridad a la comisión de tales hechos*".

He subrayado este último ordinal del artículo porque allí está contemplada la única posibilidad de que, conforme a nuestra legislación militar, pueda un civil ser juzgado por los tribunales militares, es decir, en tiempo de guerra o de suspensión de garantías, cuando cometan cualquiera de los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código castrense. Este Título es el que establece, precisamente, las diversas especies de delito: contra la integridad, independencia y libertad de la Nación, contra el Derecho Internacional, la rebelión y, en general, todos los posibles delitos de carácter militar.

No poca confusión se ha sembrado por el hecho de que en el caso del delito de rebelión militar (Capítulo III, Título III, Libro Segundo), el Código dice que "la rebelión es un delito militar aun para los no militares" si concurre alguna de las circunstancias que dicha disposición enumera (art. 486). Se ha querido imputar este delito a las personas civiles sin advertir que, como lo he demostrado, es necesario que concurren los requisitos del artículo 125. De esta forma, para que la rebelión sea imputable a las personas extrañas al Ejército, tienen que concurrir *copulativamente* las siguientes circunstancias:

- 1) Estado de guerra o de suspensión de garantías.
- 2) Que el delito sea cometido en la zona de operaciones.
- 3) Las circunstancias mencionadas en el citado artículo 486.

De acuerdo a lo expuesto, la práctica de someter en cualquier tiempo a los civiles a juicios militares es, sin lugar a dudas, contraria al Código de Justicia Militar y violatoria de la Constitución Nacional.

6. PREEMINENCIA DE LA JURISDICCION ORDINARIA

Los delitos de naturaleza militar que han dado ocasión al enjuiciamiento militar de los civiles son, en realidad, derivaciones del Derecho Penal ordinario. La rebelión, por ejemplo, es también un delito tipificado en el Código Penal y, si aceptamos la tesis de que en todo tiempo constituye un delito militar, ello significaría que quedan sin efecto o sin vigencia los artículos respectivos de dicho Código. Esto es, evidentemente, un absurdo.

La jurisdicción ordinaria prevalece sobre cualquier jurisdicción especial. La jurisdicción ordinaria es la jurisdicción propia, natural, de los civiles en razón de su situación dentro del Estado y la sociedad. Es explicable, desde un punto de vista histórico, que en los casos excepcionales de estado de guerra o de suspensión de garantías, la jurisdicción militar se extiende a los civiles. En las sociedades de clases la práctica enseña que la guerra no es obra de los pueblos, sino que le es impuesta por los sectores dirigentes. Está a cargo de especialistas militares, pese a que, como decía Clemenceau: "la guerra es un problema demasiado serio para confiárselo sólo a los militares". Pero en la antigüedad el Ejército asumía en las ciudades sitiadas o en las zonas ocupadas todas las funciones administrativas, incluyendo la de administrar justicia, y éste es el lejano antecedente, en la praxis histórica, de las disposiciones de las legislaciones sobre la materia.

Sin embargo, no ha sido unánimemente aceptado la extensión del fuero militar sobre los civiles, aun en casos de guerra o de emergencia. En un célebre caso, el presidente de la Corte Suprema de EE.UU., Roger Brooke Taney, sostuvo: "No puede derivarse argumento alguno de la naturaleza de la soberanía o de la necesidad del gobierno para su defensa propia en tiempo de conmoción o de peligro. El gobierno de EE.UU. disfruta de poderes delegados y limitados: deriva su existencia y autoridad de la Constitución, y ninguna de sus ramas, sea ejecutiva, legislativa o judicial, puede ejercer cualesquiera de esos poderes de gobierno más allá de lo que ella especifica y concede... Los grandes fun-

damentales derechos que el propio Congreso no puede suspender han sido despreciados y suspendidos, como el *habeas corpus*, por orden militar apoyada por la fuerza de las armas".¹

En nuestros días, en América Latina existen fuertes presiones que pugnan por otorgar cada día mayor injerencia a las FF.AA. en la vida política y social de nuestros pueblos. La crisis que atraviesa el capitalismo lo conduce a buscar en los militares el último reducto del sistema. El imperialismo norteamericano trata de imponer en nuestros países, especialmente en las FF.AA., las tesis de las 'fronteras ideológicas', 'la defensa del hemisferio', 'la amenaza soviética', que no tienen otro propósito que el de prolongar el ariete de dominación sobre nuestras patrias. Dentro de esta estrategia juega un papel de importancia la línea de extender la jurisdicción militar a los civiles. Por eso hay que salirle al paso. Brasil, Chile, Uruguay y Argentina son dramáticas advertencias.

Revisten particular interés las opiniones de abogados venezolanos y la jurisprudencia de la extinta Corte Federal y de Casación, que dejan muy claramente sentado el principio de que los civiles deben ser juzgados por sus jueces naturales y de la preeminencia de la jurisdicción ordinaria sobre la militar.

El doctor Alejandro Louis Colmenares refiere las opiniones de los doctores Carlos Sequera y Tito Gutiérrez Alfaro en relación a una consulta que les fue hecha sobre un proyecto de reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal, por los años 1932 y 1933, para que los tribunales militares conocieran en los casos de delitos militares y ordinarios conexos. Decían los mencionados abogados: "En caso de conflicto entre el interés general de la sociedad y el interés de la disciplina del Ejército, es lógico que prevalezca, conforme a los principios generales, el interés general... Que la preferencia acordada a la jurisdicción ordinaria se basaba en el principio de la indivisibilidad del juicio penal y *en la necesidad de impedir que los concurrentes civiles fuesen sustraídos de la jurisdicción de sus jueces naturales...* Puede concluirse que cualquier sistema que diera preferencia a la jurisdicción militar en caso de delitos comunes conexos con delitos militares, sería violatorio de expresas disposiciones constitucionales y de principios jurídicos fun-

1. Ex parte Merryman. Federal Case N° 9.847 (1861). Citado por Warschaver, Eduardo: "Juzgamiento de civiles por tribunales militares", en *Crítica de Legislación y Jurisprudencia*, N° 5, Año II, octubre-diciembre, 1968. Buenos Aires, República Argentina, p. 28.

damentales. En el conflicto tiene que prevalecer la jurisdicción penal ordinaria"² (subrayados míos).

La Corte Federal y de Casación, Sala Penal, en sentencia de fecha 14 de agosto de 1937, estableció el siguiente criterio:

"En puridad de justicia sólo por delitos típicamente militares sería que un civil pudiera ser juzgado por tribunales militares; y si la infracción cometida fuere una derivación o desviación del derecho común al militar, el Código Militar dará ciertamente el delito, pero del seno de la jurisdicción ordinaria es que ha de salir el juez competente que conozca, en juicio ordinario, y conforme al procedimiento común, de la infracción cometida por el civil, tomando en consideración para atenuarla, si tal fuere el caso, la condición civil del ofensor.

"En esta tesis, que ajusta con el caso de autos, no es posible someter al indiciado a una jurisdicción especial, siendo que él está amparado y protegido por la jurisdicción común, o sea, por la de todos los ciudadanos no aforados especialmente; por lo que está sobre todas las demás, en los casos que no formen propiamente delitos de un fuero restrictivo. Es, pues, de principio, que el civil que cometa un delito genuinamente no militar, como el de "injuria", aun bajo su derivación militar, está exento de ser enjuiciado por la ley procesal de excepción, y con mayor abundamiento, si el delito está previsto y forma parte integrante del Código Penal. Como el enjuiciado es extraño a la milicia nacional y por tanto de estatuto exclusivamente civil, su enjuiciamiento y condena por tribunales del orden militar, dada la incompetencia de éstos, fue violatoria del artículo 32, ordinal 17, letra "b" de la Constitución Nacional, que garantiza a los venezolanos la seguridad de «no ser juzgados sino por sus jueces naturales, y así se declara». En cuanto a la denuncia del artículo 32, en su ordinal 18, letra "a", su violación resulta asimismo de lo expuesto anteriormente, ya que el enjuiciado, personal del fuero ordinario, por no estar sometido a ninguna excepcional, debió ser juzgado conforme a las reglas del Código de Enjuiciamiento Criminal, que son las

2. *Revista del Ejército, Marina y Aeronáutica*, Nos. 18 y 20, de 30 de noviembre de 1932 y 31 de enero de 1933, respectivamente. Citado por Louis Colmenares, Alejandro: "La justicia militar en tiempo de paz" (tesis presentada ante la Ilustre Universidad Central de Venezuela para optar al título de Doctor en Ciencias Políticas, 1950), en *Derecho Penal Militar*, Ministerio de la Defensa. Dirección del Servicio de Justicia Militar, Caracas, 1969, pp. 196 y 197.

del derecho procesal común, y no por las del Código de Justicia Militar y Naval, privativos de este fuero; razones por las cuales se declara: que el expresado ordinal 18 del artículo 32, letra "a", también fue violado".

7. INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y JURISDICCION MILITAR

El artículo 144 de la CN dice:

"El Tribunal que conozca de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso practicará las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia, a los fines del ordinal 2º del artículo 215 de esta Constitución. Si la Corte declara que hay mérito para la continuación de la causa, no habrá lugar al enjuiciamiento sin que preceda el allanamiento del indiciado por la Cámara respectiva o por la Comisión Delegada".

Y el ordinal 2º del artículo 215 establece: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- "2) Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso o de la propia Corte, de los Ministros, el Fiscal General, el Procurador General o el Contralor General de la República, los Gobernadores y los jefes de misiones diplomáticas de la República y, *en caso afirmativo, pasar los autos al Tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso*".

De acuerdo a los artículos transcritos para el enjuiciamiento de un miembro del Congreso, se requiere: 1) que la Corte Suprema de Justicia declare si hay mérito para el enjuiciamiento; 2) una vez hecha esta declaratoria, la Corte deberá solicitar el allanamiento a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada, y 3) si se produce el allanamiento, la Corte continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva si el delito es de carácter *político* o pasará los autos al Tribunal ordinario competente si el delito fuere común.

A pesar de la claridad de la norma constitucional, el 30 de septiembre de 1963 se procedió a la detención de los parlamen-

tarios del PCV y el MIR y a su enjuiciamiento por ante los Tribunales Militares, sin que precediera la declaratoria de la Corte Suprema de Justicia de que había lugar al enjuiciamiento ni el allanamiento por la Cámara respectiva o la Comisión Delegada. En esa oportunidad se esgrimió la tesis de que los delitos militares no encuadraban dentro de la clasificación que la Constitución hace de delitos políticos y comunes en la norma contenida en su artículo 215, ordinal 2). De acuerdo a este criterio el delito militar no es ni un delito político ni un delito común y, por lo tanto, se encuentra fuera de las previsiones del constituyente.

La señalada tesis hace un planteamiento distorsionado del problema, porque la distinción entre *delitos políticos y comunes* es hecha por la Constitución solamente para determinar el Tribunal que, en definitiva, habrá de conocer de la causa. Más adelante veremos cómo los delitos militares no escapan a esta clasificación, la más general que hace la doctrina de los delitos. Pero en el supuesto negado de que aceptásemos el criterio de que el delito militar no está incluido, ello sería irrelevante a los efectos de dar cumplimiento con el requisito del allanamiento que la Constitución prescribe para los miembros del Congreso. En otras palabras, la circunstancia de que el delito militar no sea político ni común, de ningún modo puede significar que el parlamentario indiciado de un delito de esa naturaleza no goza de inmunidad parlamentaria. El artículo 143, que establece la inmunidad, no hace ninguna excepción y, siendo una norma constitucional, toda la legislación del país tiene que amoldarse a sus previsiones y toda autoridad tiene que acatarla.

El ordenamiento legal de un país no es sino un vasto dispositivo destinado a realizar o concretar las normas establecidas en la Constitución. Todo acto del órgano Legislativo, Judicial o Ejecutivo tiene que estar encuadrado dentro de la Constitución Nacional. Cualquier acto contrario a las previsiones constitucionales debe ser necesariamente fulminado de nulidad. En caso de contradicción entre la Constitución y la Ley, todo funcionario está obligado a aplicar preferentemente la primera. Cuando la Ley no regula una situación, sino que lo hace la Constitución, no existe, por supuesto, contradicción alguna, sino que se trata de una situación con una regulación de rango constitucional. Este es el caso de la inmunidad parlamentaria. Por eso, el enjuiciamiento militar

de un parlamentario sin proceder a su allanamiento es sencillamente una violación del artículo 143 de la Constitución Nacional.

No podía estar más ajustado a Derecho el acuerdo de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, tomado el 11 de junio de 1962, en el cual se decía: "La inhabilitación ejecutiva de miembros de la Cámara, vale decir, la inhabilitación que no provenga del Poder Judicial con el requisito esencial del allanamiento previo, traerá aparejada la disolución de la Cámara de Diputados. Y al disolverla, estará dejando de existir el Congreso y con el Congreso, el Poder Legislativo. Se habrá roto entonces la estructura constitucional y el gobierno, pese a su origen democrático, dejará de ser un gobierno de derecho para convertirse en una dictadura".³

La distinción entre delitos políticos y comunes que establece el ordinal 2) del artículo 215 de la Constitución, solamente recoge la más general de las clasificaciones de los delitos que hace la doctrina. Como toda clasificación necesita un elemento de relación o comparación, que en este caso es la organización política del Estado: Si ella es el interés jurídico lesionado, el delito es político; en caso contrario, es un delito común. Jiménez de Asúa dice lo siguiente: "Delincuencia evolutiva (o política) es la criminalidad político-social que bajo una u otra forma procura apresurar las bases futuras del Estado o de la organización de la sociedad".⁴

El delito de rebelión militar, que fue el delito imputado a los parlamentarios del PCV y el MIR, es un delito típicamente político, porque atenta contra la organización política del Estado. El mismo Jiménez de Asúa, refiriéndose a la legislación española, dice que, "en el Código Penal ningún delito recibe ese nombre ni hay en su catálogo de penas sanciones especiales para la delincuencia política, pues los delitos pueden, aun sin llamarse así, considerarse como genuinamente políticos como la rebelión y la sedición".⁵

Eugenio Fernández Asiain afirma: "Para poder precisar más el caso de rebelión militar, apuntaremos la naturaleza del mismo, en la que se destacan los siguientes caracteres: es un delito contra

3. Machado, Gustavo: *En el camino del honor*. Prensas Tipográficas Veneprint, 1966. Caracas, pp. 89, 90 y 91.

4. Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, tomo III, p. 160.

5. Jiménez de Asúa, Luis: *ibidem*, tomo III, p. 196.

la seguridad del Estado y contra el orden público del mismo; es un delito político, formal, permanente y colectivo. Efectivamente sus principios reguladores son políticos, político es también el ambiente en que se desenvuelve y se origina; su fin es la sustitución de un orden político e incluso su consideración y apreciación social y legal es también política".⁶

Germán Balda Cantisani, dice: "La rebelión es la acción o efecto de rebelarse (del latín *rebellio*), entendiéndose por rebelarse, levantarse faltando a la obediencia debida. Considerado como delito político, tiene por motivación y finalidad el cambio de un régimen político constituido en sus más importantes principios constitucionales".⁷ Balda Cantisani, bueno es aclararlo, es comentarista de la legislación militar venezolana.

En el supuesto negado de que los civiles puedan ser juzgados en tiempo de paz por los tribunales militares, en el caso de los parlamentarios era necesario la calificación del delito por la Corte Suprema y el previo allanamiento, porque el delito era político, como lo he demostrado ampliamente. En ese caso el tribunal competente para conocer del juicio era la misma Corte Suprema de Justicia y no los tribunales militares.

8. CONCLUSIONES

- 1) La preocupación fundamental del constituyente de 1961 consistió en rodear de máximas garantías con *rango constitucional* a la inmunidad parlamentaria.
- 2) Y lo hizo con tal rango en la *reglamentación* del procedimiento para su resguardo y defensa en las sucesivas instancias ante la Corte Suprema de Justicia y el allanamiento previo por la Cámara respectiva o la Comisión Delegada.
- 3) El mismo constituyente tipificó un nuevo delito para los funcionarios oficiales que conculcaran la inmunidad parlamentaria.
- 4) Dejó claro el constituyente de 1961 que no existe Ley especial y, menos Ley penal, por encima de la *Ley Fundamental* de la República.

6. Fernández Asiain, Eugenio: *El delito de rebelión militar*, s/n pie de imprenta, pp. 32 y 33.

7. Balda Cantisani, Germán: *Derecho Penal Militar*. Ed. San Camilo. Caracas, Venezuela, p. 171

DISTINTAS CLASES DE LEYES

LAS LEYES ORGANICAS EN LA CONSTITUCION DE 1961 *

JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

SUMARIO: 1. Introducción, concepto y clasificación. 2. ¿Leyes Mixtas? 3. Determinación de las leyes orgánicas por denominación constitucional. 4. Determinación de las leyes orgánicas por investidura parlamentaria. 5. Colisión de leyes cuando una de ellas es orgánica. 6. Derogatoria de las leyes orgánicas. 7. Pérdida del rango de ley orgánica sin pérdida del carácter de ley. 8. Atribución del carácter de ley orgánica a una ley que no lo sea.

1. INTRODUCCION, CONCEPTO Y CLASIFICACION

I. Antes de la Constitución de 1961, existieron y existían varias leyes nacionales que el legislador había denominado "orgánicas", si bien no era fácil determinar con exactitud el criterio seguido para bautizar así algunas leyes y no a otras de características muy semejantes. Así ocurría, por ejemplo, con la Ley Orgánica de la Renta de Licores y la Ley de Timbre Fiscal.¹ Sin em-

* Agradecemos a nuestros discípulos de otrora, hoy brillantes profesionales, los abogados Luis García Montoya y Ramón Escovar León, la ayuda prestada en la búsqueda de material autóctono sobre el tema y que, en definitiva, resultó limitarse a tres casos decididos por la Corte Suprema de Justicia y a un comentario sobre las dos sentencias más recientes de las tres dictadas por el referido Tribunal, obra del eminente constitucionalista doctor José Guillermo Andueza.

1. Entre tales leyes orgánicas, Andueza cita enunciativamente las siguientes: la Ley Orgánica de la Corte Federal, la Ley Orgánica de la Corte de Casación, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional, el Estatuto Orgánico de Ministerios, la Ley Orgánica del Distrito Federal, la Ley Orgánica de los Territorios Federales, la Ley Orgánica de las Dependencias Federales, el Estatuto Orgánico de la Línea Aeropostal Venezolana, la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos del Trabajo y la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales. (Andueza, José Guillermo: "Las Leyes Orgánicas y la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *Revista de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, N° 2).

bargo, *la cuestión era jurídicamente intrascendente*, porque esas leyes orgánicas no formaban una categoría especialmente definida dentro de las demás leyes nacionales ni tenían una peculiaridad técnico-jurídica que les fuera propia.

La situación descrita fue modificada sustancialmente por la Constitución de 1961, que distinguió netamente las leyes orgánicas de las demás leyes nacionales, creando así una categoría especial dentro de ellas a la que atribuyó una importante peculiaridad técnico-jurídica.

La innovación contenida en un solo artículo de la Carta Magna dio nacimiento a una amplia problemática que apenas ha sido tratada y que nos proponemos presentar en forma general, aunque estamos conscientes de que estas páginas no agotan la materia ni en su extensión ni en su profundidad.

II. Efectivamente, la Constitución de 1961 *trajo innovaciones profundas en materia de las leyes orgánicas*:

1º) El encabezamiento del artículo 163 de la Constitución definió las leyes orgánicas como una *categoría especial de las leyes nacionales*² cuando estableció que: "Son leyes orgánicas las que así denomina la Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo Proyecto de Ley"; y

2º) El único aparte del artículo arriba citado, atribuyó a las leyes orgánicas una importante *peculiaridad técnico-jurídica* cuando agregó que: "las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas".

Así, pues, aunque el artículo 163 de la Constitución estableció un doble criterio para determinar cuáles son las leyes nacionales orgánicas, en cambio, les atribuyó la *característica común* de poseer una jerarquía o rango superior al de las demás leyes nacionales. En efecto, si bien las leyes orgánicas deben someterse a la Constitución como todas las leyes, en cambio, de acuerdo

2. La categoría de leyes orgánicas no fue prevista en relación con las leyes estatales, siendo cuestión que no ahondaremos aquí el problema de si la Constitución de uno de los Estados de la Unión puede crear a nivel regional una situación semejante. Baste con decir que no encontramos impedimento alguno en ello y que, cuando el artículo 26 de la Constitución establece que la materia allí señalada se regirá, entre otras normas, por "leyes orgánicas nacionales", pudiera entenderse que la palabra "nacionales" se incluyó para distinguirlas de eventuales leyes orgánicas estatales.

con la citada norma constitucional, tienen preeminencia sobre las demás leyes nacionales que se dicten en las materias que aquellas regulan. Así, pues, cabría decir que las leyes orgánicas *son leyes semiconstitucionales o cuasi constitucionales*.³

Sin embargo, y no obstante el claro y terminante precepto del artículo 163 de la Constitución, cumplimos con advertir que, en nuestro concepto, la preeminencia de las leyes orgánicas sobre las demás leyes nacionales es una regla que tiene excepciones, como tendremos ocasión de señalar *infra* bajo el título "Colisión de leyes cuando una de ellas es orgánica". Pero en aras de la claridad, preferimos prescindir por ahora de dichas excepciones, que son contadas y que no afectan la sistemática general de la materia.

III. No obstante que todas las leyes orgánicas tienen en común la señalada jerarquía o rango especial, el propio texto constitucional induce a distinguir entre ellas dos grupos: uno, el formado por las leyes que son orgánicas porque la propia Constitución las denomina así, y otro, el formado por las leyes que son orgánicas porque han sido investidas de tal carácter por las Cámaras Legislativas. El primer grupo podría denominarse *leyes orgánicas por denominación constitucional*, y el segundo, *leyes orgánicas por investidura parlamentaria*. La indicada clasificación se justifica plenamente porque entre ambos grupos de leyes orgánicas existen apreciables diferencias que pasamos a señalar.

1º) El primer grupo tiene su rango por la denominación que les dio el constituyente (lo que en el fondo significa que lo determinante es la *materia* que rigen, porque la denominación no hace sino indicar la materia dicha) y *no* requieren para ser aprobadas como tales leyes orgánicas ningún voto calificado de las Cámaras. El segundo grupo, en cambio, deriva su carácter de la *investidura parlamentaria hecha por una mayoría calificada* (la mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras) *en una*

3. Es esta misma idea la que expresan con palabras distintas la Exposición de Motivos de la Constitución cuando menciona las leyes orgánicas "como una categoría especial de leyes intermedias entre la Constitución y las leyes ordinarias", y la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma "que el régimen legal del país aparece clasificado en dos grupos esenciales: los constitucionales y los ordinarios o secundarios, incluyendo por sobre estos últimos, con rango intermedio, la categoría de las leyes orgánicas previstas en el régimen constitucional vigente" (C.S.J., Sala Político-Administrativa, sent. de 14-3-1962; *Ramírez y Garay*, tomo V, pp. 510 y 501).

oportunidad precisa (el inicio de la consideración del respectivo proyecto en cada Cámara), *cualquiera que sea la materia que regulen*.

Así, pues, en un caso *la denominación del constituyente* (que en el fondo viene a ser el señalamiento de la materia que rige) es lo que da a la ley el carácter de orgánica, mientras que en el otro caso dicho carácter no depende de la materia regulada —*que puede ser cualquiera*—, sino que es producto de *condiciones especiales cumplidas en el proceso de su formación* (voto calificado en oportunidades precisas). Priva, pues, en el primer caso un criterio que podría llamarse *material* y, en el segundo, uno *formal*.⁴

2º) Por otra parte, la existencia del primer grupo de leyes orgánicas obedece al deseo del constituyente de que en ciertas materias de particular importancia exista una ley básica —cualquiera que sea el contenido concreto de sus normas— en torno a cuya común sujeción, quedan *coordinadas* las demás leyes que se dicten al respecto; mientras que la existencia del segundo grupo de leyes orgánicas obedece al deseo del constituyente de que el Parlamento pueda dar jerarquía especial a ciertas leyes cuando *por su contenido* así lo crea conveniente.

En otras palabras, en el caso de las leyes orgánicas por denominación constitucional, lo decisivo es *la importancia de la materia regulada según el criterio del constituyente e independientemente del contenido concreto de las normas que se dicten para regularla*, mientras que en el caso de las leyes orgánicas por investidura parlamentaria lo decisivo es *la importancia del contenido normativo de la ley de que se trate, de acuerdo con el criterio del Congreso*.⁵ Esta diferencia engendra a su vez otras.

A) Todo lo expuesto explica que la organicidad de las leyes por denominación constitucional sólo requiere una indicación de

4. Así no hubiéramos sido tan categóricos como la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando ésta afirma que para definir a todas las leyes orgánicas "se sigue el modelo francés y se acoge un criterio meramente formal" (C.S.J., Sala Político-Administrativa, sent. de 14-3-1962, *Ramírez y Garay*, tomo V, p. 510), ya que la denominación, aun cuando parezca cuestión de mera forma, sin embargo, alude a un contenido, que es cuestión material.

5. Precisamente por ello no debería bastar la aprobación por mayoría calificada al iniciarse el proceso de discusión de la ley sin una aprobación semejante al concluirse dicho proceso, porque el proyecto puede ser modificado de tal manera durante su discusión que es perfectamente posible que quien estuviera conforme en calificar de orgánica una ley que contuviera las normas del Proyecto, no deseara darle el carácter de orgánico al texto resultante de la discusión del mismo.

su materia por parte del constituyente, mientras que la organicidad de las demás exija una decisión parlamentaria que llene requisitos adicionales a los que son comunes la formación de las leyes nacionales. En este orden de ideas, podría decirse que el primer grupo de leyes orgánicas está constituido por leyes *flexibles*, en el sentido de que el proceso de su aprobación y derogatoria, es el mismo de todas las leyes nacionales; mientras que el segundo grupo está integrado por leyes *rígidas*, en cuanto que el proceso de su aprobación y derogatoria, es más exigente que el régimen ordinario de la formación de las leyes.⁶

B) Como la organicidad de las leyes orgánicas por denominación constitucional deriva de una valorización del constituyente, el legislador no puede privar de su carácter de orgánica a una ley que así denomine la Constitución, mientras que sí puede privar de tal carácter a las leyes orgánicas por investidura parlamentaria.

2. ¿LEYES MIXTAS?

I. Cabe preguntarse si una ley puede ser mixta en el sentido de que algunas de sus normas gocen de la supremacía de las leyes orgánicas y otras no.

Aunque la Constitución no resuelve la cuestión expresamente, creemos que la respuesta es negativa. En efecto, dada la ubicación de la norma, resulta evidente que, cuando el artículo 163 de la Constitución habla de leyes orgánicas, emplea la palabra "leyes" en el sentido del artículo que le precede, o sea, como "los actos que sancionen las Cámaras como cuerpos colegiadores" (Const. art. 162) y no en el sentido de cada una de las normas contenidas en esos actos. Así, pues, la letra de la Constitución reserva el calificativo de orgánica al acto sancionado por las Cámaras, tomado en su conjunto, lo que excluye la existencia de leyes mixtas en el sentido arriba indicado. Por lo demás, nada

6. Dicho sea de paso, conviene tener presente que si bien todas las leyes orgánicas por investidura parlamentaria son leyes rígiditas en el sentido indicado, *no son las únicas leyes rígiditas* previstas en la Constitución vigente. En efecto, la ley que se llegara a dictar en materia de elección y remoción de Gobernadores de Estado requiere ser admitida por las Cámaras en sesión conjunta con el voto de las dos terceras partes de sus miembros (Constitución, art. 22) y las leyes por las cuales se atribuyan a los Estados o Municipios determinadas materias de competencia nacional requieren el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara (Constitución, art. 137).

hace suponer que esa interpretación literal no refleje la intención del constituyente, que probablemente fue la de evitar la innecesaria complicación del ordenamiento legal que traería la existencia de tales leyes mixtas.⁷

II. Debe advertirse, sin embargo, que lo expuesto no obsta en manera alguna para que una ley orgánica, al propio tiempo que establezca una regla, faculte a una ley que no sea orgánica para hacerle excepciones ni para que la ley orgánica se remita en algunas cuestiones a lo que dispongan en la materia leyes que no sean orgánicas. En tales casos, por una parte, la ley orgánica no pierde ni siquiera parcialmente su característica supremacía, y por la otra, la norma de la ley no orgánica correspondiente tampoco deja de someterse a la ley orgánica como lo exige la Constitución.

Sin embargo, la ley orgánica no puede, so pena de inconstitucionalidad, dejar a la que no lo sea, aquellas decisiones que por mandato constitucional deben ser tomadas por una ley orgánica.

III. Tampoco lo expuesto impide que una ley sea a la vez "Código" y ley orgánica.⁸ En efecto, "Código" no es sino una denominación que discrecionalmente pueden utilizar las Cámaras en vez de la denominación de ley cuando se trate de "leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia" (artículo 162 de la Constitución), lo que puede ocurrir tanto con leyes orgánicas como con leyes no orgánicas.

3. DETERMINACION DE LAS LEYES ORGANICAS POR DENOMINACION CONSTITUCIONAL

I. Ahora bien, si se considera aisladamente el citado artículo 163 de la Constitución, parecería que la determinación de las leyes orgánicas por denominación constitucional es muy fácil, porque bastaría examinar si la Constitución les da o no les da tal denominación. Sin embargo, la cuestión no es tan simple como parece.

7. El criterio de la Corte Suprema de Justicia (Sala Político-Administrativa, sent. de 2-8-1972, *Ramírez y Garay*, tomo XXXV, pp. 463 y 464), acerca de la interpretación de la preeminencia de las leyes orgánicas, en puro rigor lógico llevaría a admitir la existencia de leyes mixtas. Más adelante se expone dicho criterio y las evidentes razones que en nuestra opinión existen para discrepar de él.

8. De hecho, el Proyecto de Código Tributario aplica este criterio cuando comienza su artículo 1º con el enunciado de que "El presente Código tiene carácter de ley orgánica".

II. Para tratar mejor la problemática que se presenta en la materia, conviene reproducir todos los textos constitucionales en que se emplea la expresión "leyes orgánicas" o "ley orgánica", excepción hecha del artículo 163, cuyo texto ya hemos transcrito.

Las aludidas disposiciones constitucionales, copiadas a la letra son las siguientes:

- "1) El Distrito Federal y los Territorios Federales serán organizados por leyes orgánicas, en las cuales se dejará a salvo la autonomía municipal (art. 12).
- "2) La organización de los municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales y por las disposiciones legales que en conformidad con aquéllas dicten los Estados (art. 26).
- "3) La Ley orgánica determinará el número y organización de los Ministerios, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros (Ult. disp. del art. 193).
- "4) El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la ley orgánica (art. 204).
- "5) La ley orgánica podrá conferir las atribuciones señaladas en los ordinales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º (del art. 215) a una Sala Federal presidida por el Presidente de la Corte e integrada por los magistrados que tengan competencia en lo contencioso-administrativo y por un número no menor de dos representantes de cada una de las otras Salas (Ult. ap. del art. 216).
- "6) La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público (art. 217).
- "7) El Ministerio Público velará por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes y estará a cargo y bajo

la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, con el auxilio de los funcionarios que determine la ley orgánica (art. 218).

- "8) El Ejecutivo Nacional presentará al Congreso, en la oportunidad que señale la ley orgánica, el Proyecto de Ley de Presupuesto (Encab. del art. 228).
- "9) La ley orgánica respectiva determinará la participación que corresponda a las entidades municipales en el situado (Ult. disp. del encab. del art. 229).
- "10) Sólo por ley, y en conformidad con la ley orgánica respectiva, podrán crearse institutos autónomos (Encab. del art. 230).
- "11) Las operaciones de crédito público requerirán para su validez, una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica (Ap. últ. del art. 231).
- "12) Mientras se dicte la ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia regirán las disposiciones siguientes:... (Ap. 1º de la Decimoquinta Disposición Transitoria).
- "13) En la instalación de la Corte Suprema de Justicia regirán, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley Orgánica de la Corte de Casación. Las actuaciones de la Corte en pleno y de la Sala Político-Administrativa se regirán, en cuanto sea aplicable por la Ley Orgánica de la Corte Federal, y las de las Salas de Casación, por la Ley Orgánica de la Corte de Casación (Ap. 3º de la Decimoquinta Disposición Transitoria).
- "14) Mientras la Ley Orgánica provea lo conducente, el ciudadano elegido para desempeñar el cargo de Subcontralor de la Nación para el presente período constitucional continuará ejerciendo con el nombre de Subcontralor de la República, las atribuciones que le señale la ley (1º disp. del 1er. ap. de la Decimoquinta Disposición Transitoria).
- "15) Mientras la ley orgánica respectiva fija la oportunidad para la presentación del proyecto de Ley de Presupuesto,

éste será presentado anualmente dentro de los quince primeros días de las sesiones ordinarias de las Cámaras (Decimoctava Disposición Transitoria).

- "16) La Corte tramitará y decidirá el recurso (contra las decisiones de la Comisión Investigadora) de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal (Ult. disp. del ap. 1º de la Vigésimaprimera Disposición Transitoria).
- "17) Si la Corte Suprema de Justicia decidiere que no ha habido enriquecimiento ilícito o que su cuantía es menor a la estimada por la Comisión Investigadora, fijará la cantidad que debe devolverse al recurrente en la medida que no se hubiere enriquecido ilícitamente y lo participará al Ejecutivo Nacional para que determine la forma y oportunidad del pago, en conformidad con el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional (1ª disp. del ap. 5º de la Vigésima Disposición Transitoria)".

III. El más somero examen de las recién transcritas normas constitucionales revela que las leyes que la Constitución menciona por un nombre propio en el cual figura la expresión "orgánica", son las siguientes:

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,
La Ley Orgánica de la Corte de Casación,
La Ley Orgánica de la Corte Federal, y
La Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.

Ahora bien, con excepción de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que no puede decirse que el constituyente de 1961 fue quien denominó "orgánica" a las citadas leyes, porque las mismas ya estaban vigentes y ya tenían el nombre de "orgánicas" cuando se dictó la ley fundamental de 1961. Así, pues, resulta evidente que había sido el legislador —no el constituyente— quien con anterioridad a la Constitución de 1961 las había denominado "orgánicas" y que en esa época, como ya se ha dicho, tal calificativo no tenía el alcance que le da la vigente Carta Magna. En consecuencia, no podemos compartir el criterio de quienes, como veremos, sostienen que la Ley Orgánica de la

Corte de Casación, la Ley Orgánica de la Corte Federal y la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional mencionadas por la Constitución de 1961, pueden ser consideradas leyes orgánicas por denominación constitucional.⁹

La única ley que en nuestra opinión alcanzó el rango de ley orgánica por el hecho de que el constituyente de 1961 la mencionara con un nombre propio comprensivo del adjetivo "orgánica", fue la futura Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prevista en el aparte 1º de la Decimoquinta Disposición Transitoria.

IV. El problema radica en los demás casos donde el constituyente, sin darle a la ley un nombre propio contentivo de la palabra "orgánica", señala que tal o cual materia se regirá por leyes orgánicas (Const. arts. 12 y 26) o por Ley Orgánica (Const. últ. ap. del art. 193, encab. del art. 230) o que una cuestión determinada será decidida por ley orgánica (Const. arts. 204, últ. ap. del art. 216, 218, encab. del art. 228, últ. disp. del encab. 229, últ. ap. del art. 231, 1ª disp. del 1er. ap. de la Decimaséptima Disposición Transitoria y Disp. Trans. Decimoctava). En efecto, en todos estos casos cabrían dos interpretaciones posibles:

- la de que no son leyes que el constituyente haya denominado orgánicas, sino indicaciones de materias o cuestiones que deben ser reguladas por leyes que las Cámaras califiquen de orgánicas por la mayoría y en la oportunidad que señala el artículo 163 de la Constitución; o
- la que cualquier ley que dicte el legislador para regular tales materias o resolver tales cuestiones es ley orgánica por denominación constitucional.

La primera tesis, aunque se ajusta al significado más estricto del verbo "denominar" y conduce al resultado práctico razonable de exigir requisitos mayores para formación de leyes que regulen materias o resuelvan cuestiones de importancia, conduce también al absurdo de que el constituyente habría clasificado las leyes orgánicas en dos grupos, de los cuales uno estaría representado por una

9. Lo dicho no niega que la vigente Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional sea una Ley Orgánica en el sentido de la Constitución de 1961; sólo niega que la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional entonces vigente hubiera sido elevada al rango señalado, por el hecho de que nuestra mencionada ley fundamental la haya citado por el nombre que anteriormente le había dado el legislador.

sola ley: la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuya materia no presenta una peculiaridad de tal magnitud como para justificar que sea la única regulada por una ley orgánica que no requiere cumplir requisitos adicionales a los que son comunes a la formación de las leyes en general.

Dado lo insatisfactorio de la tesis anterior, hemos de admitir la única otra tesis posible, o sea, que cuando la Constitución establece que una materia haya de ser regulada por "leyes orgánicas" o "ley orgánica" o que una cuestión haya de ser resuelta por "ley orgánica", todas esas leyes son leyes orgánicas por denominación constitucional, y en efecto, ni aun el texto literal de la norma constitucional se opone a dicha interpretación, porque en tales casos cabe decir que la Constitución ha denominado orgánica a la ley respectiva. En consecuencia, estimamos que son leyes orgánicas por denominación constitucional, no sólo la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sino también todas las leyes arriba señaladas, con expresa advertencia de que para tener el carácter de orgánicas (aunque sea harto conveniente), no es necesario que el legislador les dé un nombre propio que incluya la expresión "orgánica", porque su calificación proviene del propio constituyente.

Dicho sea de paso, como no pueden dictarse leyes mixtas en el sentido expuesto, *basta con que la ley resuelva una de las cuestiones que la convierten en orgánica por denominación constitucional para que todas las demás normas de la misma ley tengan también rango de disposiciones legales orgánicas*, consecuencia que en sí no podemos alabar.¹⁰

V. Otro es el criterio expresado por la mayoría de ocho magistrados frente a siete votos salvados en la sentencia que dictara la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena el 12 de septiembre de 1969.

1º De acuerdo con la mayoría sentenciadora, todas las leyes llamadas orgánicas antes de 1961 tienen ahora el rango de leyes orgánicas que prevé la Constitución vigente, porque:

10. Así, por ejemplo, la ley que resolviera la suerte del ciudadano electo Subcontralor de la Nación para el periodo constitucional en curso para 1961, por ese solo hecho se hacía ley orgánica por denominación constitucional y consecuentemente todas sus normas alcanzaban ese rango, aunque se refirieran a cualquier número de cuestiones ajenas a esa cuestión concreta (por ejemplo, a toda la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, a pesar de que toda esa materia no fue encomendada por la Constitución a una ley orgánica, como se desprende de su artículo 234 y de la Disposición Transitoria Decimoséptima).

A) Los requisitos formales a que está sometido el proceso de formación de las leyes son las que establecen las disposiciones vigentes para el momento de su sanción, de modo que pretender que las leyes orgánicas dictadas con anterioridad a la Constitución vigente no tienen el carácter que su nombre indica, sería darle efecto retroactivo a dicha Constitución;

B) Cuando la Vigesimaltercera Disposición Transitoria establece que se mantiene el ordenamiento jurídico existente, está expresando que conservan su carácter específico los códigos y leyes orgánicas con anterioridad a la Constitución de 1961, y,

C) La tesis es tan cierta que en la Disposición Transitoria Decimaquinta, el constituyente reconoce el carácter orgánico de las leyes de la Corte Federal y de la Corte de Casación y en la Vigesimalprimera Disposición el de la Ley de Hacienda Pública Nacional, todas ellas dictadas antes de entrar en vigencia la Constitución de 1961.¹¹

2º Ninguno de los tres argumentos son convincentes:

A) Nadie ha planteado que "las leyes orgánicas dictadas con anterioridad a la Constitución vigente, no tienen el carácter que su nombre indica, porque no se cumplieron en su sanción los requisitos formales que aquélla exige". Lo que sostuvo el Presidente de la República en su oportunidad, como comenta Andueza, "fue que las leyes orgánicas promulgadas con anterioridad a la Constitución vigente, no tenían ni podrán tener la jerarquía formal que tienen en la Constitución de 1961, porque ello significaría darle carácter retroactivo a sus disposiciones. En efecto, en las Constituciones anteriores las leyes orgánicas no se encontraban en un grado jerárquico superior a las leyes ordinarias, sino que se encontraban al mismo nivel. Darles ahora una jerarquía superior era ciertamente aplicarles una disposición constitucional que estaba concebida para las leyes orgánicas que se dictaran a partir del 23 de enero de 1961".¹² "La sentencia de la Corte —resume Andueza— lo que ha hecho es darle a las leyes orgánicas promulgadas con anterioridad a 1961 una jerarquía formal que no tenían en nuestro ordenamiento constitucional".¹³ En nuestro concepto, la

11. Andueza: *ob. cit.*, p. 512.

12. Andueza: *ob. cit.*, pp. 512 y 513.

13. Andueza: *ob. cit.*, p. 513.

argumentación anterior destruye completamente el primero de los argumentos de la Corte.

Es de observar que así lo entendió el legislador de 1961, cuando en la reforma parcial de la Ley Orgánica de la Renta Nacional de Cigarrillo cambió el nombre de la Ley por el de Ley de Impuesto de Cigarrillos, sin cumplir con los requisitos especiales para dictar una ley orgánica. Así el mismo legislador de 1961 entendió que la ley arriba mencionada no tenía el rango de orgánica, ya que de tenerlo no podía ser reformada por una ley que no fuera orgánica también.

B) El segundo argumento de la Corte es precisamente un poderoso argumento contra la tesis del Tribunal. En efecto, si la Disposición Transitoria Vigesimaltercera establece que se mantiene el ordenamiento existente para el momento en que entre en vigencia la Constitución y para ese momento las leyes orgánicas dictadas no tenían rango superior a las ordinarias, la consecuencia es que al entrar en vigencia la Constitución, las leyes de que tratamos conservaron su nombre, pero no cambiaron de rango.

C) En modo alguno encontramos que la Disposición Transitoria Decimaquinta reconozca el carácter orgánico de las leyes de la Corte Federal y de la Corte de Casación y que la Disposición Transitoria Vigesimalprimera haga lo propio con la Ley de Hacienda Pública Nacional. En efecto, tales disposiciones transitorias se limitan a mencionar las citadas leyes por el nombre que tenían: Ley Orgánica de la Corte Federal, Ley Orgánica de la Corte de Casación y Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Con ello simplemente las llamaba por el nombre que les había dado el legislador (antes de que el calificativo de "orgánica" diera a la ley un rango superior a las que no lo tuvieran), sin que haya indicio alguno de que el constituyente pretendiera modificar el rango de las leyes que mencionaba. Simplemente quiso mencionarlas y las llamó por el único nombre que tenían.

3º Cabría sin embargo insistir en la tesis intermedia de que, si bien el constituyente de 1961 no elevó de rango a todas las leyes orgánicas vigentes para la fecha, en cambio, debe entenderse que sí respondió a su intención elevar de rango las leyes orgánicas anteriores de 1961 que la nueva Constitución también denominaba como leyes orgánicas.¹⁴ En efecto, podría alegarse en tal sentido

14. Andueza: *ob. cit.*, pp. 514 y 515.

que cuando se trata de leyes orgánicas por denominación constitucional, el rango es consecuencia de la valoración constitucional de la materia regulada y no de la forma como ésta es regulada.

Pero, sin repetir argumentos expuestos que podrían ser aplicables al caso, consideramos que, además de no existir ningún punto de apoyo objetivo en favor de la tesis arriba expuesta, sí existe una razón de peso para explicar que el constituyente no elevara "automáticamente" de rango a ninguna de las leyes orgánicas dictadas con anterioridad. En efecto, las leyes anteriores a 1961 fueron dictadas bajo el doble supuesto de que cualquiera de sus normas podía ser modificada por una ley especial y de que en la materia de su especialidad todas las leyes especiales se aplicaban con preferencia a cualquier ley general —aunque fuera orgánica—. Siendo así, lo razonable es pensar que el legislador no hubiera aprobado el mismo texto de ley orgánica si hubiera estado en la situación, que sólo rige desde 1961, en que ninguna de las normas de una ley orgánica puede ser modificada por una simple ley especial y de que ésta nunca sería aplicada preferentemente en caso de colidir con una ley orgánica.

4. DETERMINACION DE LAS LEYES ORGANICAS POR INVESTIDURA PARLAMENTARIA

I. De acuerdo con la letra del artículo 163 de la Constitución, son leyes orgánicas "las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley". Al respecto conviene aclarar que "al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley" es una frase que no se refiere a lo que se llama la "iniciativa de la ley", sino que equivale a decir "al iniciarse en ellas la consideración del respectivo proyecto de ley". En efecto, si el requisito de la mayoría calificada fuera para la iniciativa de la ley, habría de concluirse que la iniciativa de las leyes orgánicas sólo corresponde a las Cámaras y no a los demás órganos y grupos señalados en el artículo 165 de la Constitución, a pesar de que esta norma no hace distinción alguna entre la iniciativa de las leyes orgánicas y la iniciativa de los demás; pero, adicionalmente, se llegaría al absurdo de que sería imposible dictar leyes orgánicas por calificación parlamentaria, porque como la "iniciativa de la ley" es una sola, el hecho de que la mayoría absoluta de los miembros de una Cámara tomara dicha iniciativa, impediría que lo hiciera la mayoría absoluta de los miembros de la otra Cámara.

II. Por otra parte, en la materia entra en juego el principio general de que la ley no puede entrar en vigencia antes de haber sido publicada debidamente (principio que evidentemente resulta de los artículos 174 y 175 de la Constitución). Ahora bien, como el carácter de "orgánica" forma parte de la ley que lo sea, es evidente que cuando ese carácter deriva de una doble votación calificada de las Cámaras al iniciarse la consideración del respectivo proyecto de ley, como esa doble votación no tiene la publicidad requerida por los artículos 174 y 175 de la Constitución, o sea, la publicación en la *Gaceta Oficial* de la República o —excepcionalmente— en la *Gaceta del Congreso*, es necesario que la ley orgánica por investidura parlamentaria exprese que ha obtenido dicha investidura, sea en el nombre que se le dé a la ley o en alguna de sus disposiciones. Caso contrario, insistimos, la publicación del texto aprobado no constituiría la publicación completa de la ley, porque no comprendería el carácter de "orgánica", que, como se ha dicho, es parte de la ley misma, toda vez que produce efectos jurídicos específicos. En cambio, como también se ha dicho, en las leyes orgánicas por denominación constitucional no es necesario que el legislador les señale ese carácter, ni en su nombre ni en sus disposiciones, porque su "organicidad" deriva directamente de normas constitucionales que ya fueron publicadas al publicarse la Constitución.¹⁵

5. COLISION DE LEYES CUANDO UNA DE ELLAS ES ORGANICA

I. Si existe conflicto entre una o más normas de una ley orgánica y la Constitución, es evidente que prevalece ésta; que aquella o aquellas normas legales son nulas y que pueden utilizarse todos los medios jurídicos que tutelan la supremacía constitucional.

No existe aquí ninguna diferencia entre la ley orgánica y la que no lo sea.

II. No indica la Constitución la forma de resolver el problema de la colisión de normas pertenecientes a diferentes leyes orgánicas; pero creemos que en tal caso, debe aplicarse la regla, parcialmente expresada en el artículo 14 del Código Civil, de que la ley especial priva sobre la ley general en la materia de su espe-

15. No obstante, es conveniente que el legislador, al dictar las leyes orgánicas por denominación constitucional, les dé el nombre de orgánicas o declare explícitamente en una de sus disposiciones dicho carácter, para evitar errores y confusiones.

cialidad, ya que éste no es un simple precepto civil, sino un principio general de Derecho para resolver la colisión de normas jurídicas del mismo rango.

III. Conforme al aparte único del artículo 163 de la Constitución, la regla general —de cuyas excepciones trataremos más adelante— es que “las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas”, de modo que si una norma de una *ley que no sea orgánica* colide con otra de una ley orgánica, es esta última la norma que prevalece.

1) Sin embargo, en sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 2 de agosto de 1972, se asienta: “Ciertamente es también que las leyes orgánicas tienen preeminencia sobre las que no lo son, por mandato de la Constitución Nacional (art. 163). Sin embargo, tal preeminencia debe entenderse sólo en el caso de que una regule a la otra, como sería, por ejemplo, la Ley de Presupuesto con respecto a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. Por el contrario, la Ley de la Carrera Administrativa no se refiere a la organización de la Procuraduría ni a sus facultades y funciones, que serían materias en las cuales su Ley Orgánica sí tendría preeminencia. Por consiguiente, si en una ley «orgánica» (en este caso la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), se establece una norma general para regular la forma en que debe citarse a determinado funcionario (el Procurador General de la República), y posteriormente, mediante otra ley que regulará una materia especialísima (la Ley de la Carrera Administrativa) se prescribe una forma diferente de efectuar ese mismo acto, lógicamente tendría preferente aplicación esta última norma legal, pues el carácter singular de ella así lo exige”.¹⁶

No podemos menos que acoger el comentario de Andueza al respecto: “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia hace de la preeminencia de las leyes orgánicas, conduce a hacer una diferencia entre normas orgánicas que regulan materias de otras leyes, y normas orgánicas que no regulan las materias de otras leyes. La Corte se atribuye la competencia para decidir cuándo una ley orgánica se encuentra en una u otra situación. Esta interpretación no se adapta ni a la letra ni a la naturaleza de las leyes orgánicas. Dice la Constitución que: «Las leyes que se dicten en materias

16. Jurisprudencia Venezolana, *Ramírez y Garay*, tomo XXXV, pp. 463 y 464.

reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas». La Constitución no hace diferencia entre materias que tienen un contenido orgánico y aquellas que no lo tienen. Ella se refiere simplemente a materias reguladas por leyes orgánicas”,¹⁷ y agregamos nosotros, evidentemente todos aquellos supuestos de hecho cuya consecuencia jurídica señale una ley orgánica es materia regulada por ésta. Tal era el caso en cuestión: la citación del Procurador era y es regulada por una ley orgánica a cuyas normas deben sujetarse las que no lo sean, como es el caso de la Ley de la Carrera Administrativa. Es ésta la intención del constituyente, como se deriva del texto de la norma que dictó y de la Exposición de Motivos de la Constitución, cuando expresó: “La creación de las leyes orgánicas tiene por objeto impedir que por las leyes especiales se deroguen disposiciones que se refieren a la organización de otros poderes o a las formalidades que deban reunir determinadas leyes”.¹⁸ Así, pues, las colisiones entre leyes orgánicas y leyes que no lo sean deben resolverse *mediante la aplicación preferente de la norma de mayor jerarquía*, y no de acuerdo con la regla de la aplicación preferente de la ley especial, que sirve para resolver el conflicto entre normas de la misma jerarquía.

2) En vista de lo expuesto, la colisión entre la norma de una ley orgánica y la de una ley ordinaria, no sólo determina la aplicación preferencial de aquélla, sino que vicia a ésta de inconstitucionalidad, con todas las consecuencias que tal vicio acarrea.

3) Pero además, a semejanza del reglamento que altere el espíritu, propósito y razón de la ley, la norma de la ley que no sea orgánica cuando colide con una ley orgánica *también está viciada de ilegalidad*. Podría resultar extraño hablar de “ilegalidad de una ley”; pero ciertamente en el supuesto indicado, la norma de la ley no orgánica tiene el vicio consistente en no someterse a una ley —la correspondiente ley orgánica— a la cual debía someterse, y tal vicio es precisamente el vicio de ilegalidad. Sin embargo, el constituyente, al enumerar enunciativamente las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no le dio la facultad de declarar la nulidad total o parcial de leyes nacionales por el señalado vicio de ilegalidad, probablemente porque no cayó en cuenta de que el novedoso artículo 163 de la Constitución había creado también la

17. Andueza: *ob. cit.*, pp. 515 y 516.

18. Citado por Andueza: *ob. cit.*, p. 513.

novedosa posibilidad de que una ley pecara de ilegalidad. Naturalmente, en virtud de esa omisión pudo llegarse a la conclusión de que en el caso de que tratamos era imposible que la Corte declarara la nulidad total o parcial de la correspondiente ley no orgánica por ilegalidad. La consecuencia no era grave, si se piensa que la ilegalidad existente implicaba siempre una inconstitucionalidad y que además, la Constitución sí atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de "resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer". Pero si esa fue la situación por varios años, creemos que cambió con la promulgación de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que en el ordinal 9º de su artículo 42 señala que es competencia de la Corte: "Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de ilegalidad de los actos generales de los órganos unipersonales o colegiados del Poder Público, salvo en los casos previstos en las disposiciones transitorias de esta Ley". En consecuencia, como las leyes no orgánicas son actos generales de órganos colegiados del Poder Público y su colisión con una ley orgánica los vicia de ilegalidad, hoy en día no queda duda de que la Corte Suprema de Justicia es competente para declarar la correspondiente nulidad (Const. art. 215, ord. 5º).

4) Debemos insistir en que todo lo expuesto hasta ahora sobre la preeminencia de las leyes orgánicas sobre las demás leyes nacionales no es aplicable a los casos excepcionales de que trataremos más adelante.

IV. Si alguna norma de un *tratado o convenio internacional celebrado por la República* que, conforme al artículo 128 de la Constitución, *requiera ser aprobado por ley especial*, colide con una norma de una ley orgánica, la situación es, en principio, semejante al caso de colisión entre ley orgánica y otra ley nacional, a menos que la ley aprobatoria del tratado o convenio en cuestión tenga a su vez rango de ley orgánica o que el tratado o convenio tenga rango de constitucional. Esta última salvedad requiere un breve comentario. En efecto, aunque la generalidad de nuestra doctrina considera que todos los tratados o convenios internacionales tienen el mismo rango jurídico (en concreto, el rango de ley), el doctor Gonzalo Pérez Luciani, al criticar dicha tesis, sostiene que los tratados pueden tener diferente jerarquía y demuestra que en nuestro Derecho Positivo se encuentra consagrado un caso de tratados con rango constitucional: "Los tratados celebrados válidamente

por la República", en virtud de los cuales el territorio nacional no coincide exactamente con "el que correspondía a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada en 1810" (Constitución, art. 7º).¹⁹

Pero si apartamos los casos de tratados con rango constitucional o cuyas leyes aprobatorias sean orgánicas, la colisión entre la norma de un tratado o convenio internacional y la norma de una ley orgánica es, como dijimos, una colisión *semejante* a la que pudiera existir entre las normas de una ley orgánica y de otra ley nacional que carezca del rango de ley orgánica.

Ciertamente en el caso de colisión de que tratamos ahora, la supremacía de la Constitución lleva a la aplicación preferente de la norma de la ley orgánica. Pero, en cambio, nuestra doctrina y jurisprudencia se encuentra dividida acerca de la cuestión de si la Corte Suprema de Justicia es competente para anular por inconstitucionalidad, ya sea un tratado o un convenio internacional celebrado por la República o la correspondiente ley aprobatoria del mismo ²⁰ y con tanta o mayor razón caben planteamientos análogos en la hipótesis de impugnación por ilegalidad.

Naturalmente, de acuerdo con la solución que se acoja sobre la competencia de la Corte en la materia —cuestión que nos abstenemos de analizar, por no ser específica del tema que estudiamos—, se sostendrá que existe una diferencia entre las consecuencias jurídicas de la colisión entre un tratado internacional aprobado por ley y una ley orgánica y la colisión entre una ley orgánica y otra que no lo sea, o, por lo contrario, se consideraría que ambos tipos de colisión producen iguales efectos jurídicos.

V. Más compleja es la situación cuando el *acuerdo jurídico internacional* que colide con una ley orgánica es de aquellos *que no requieren para su validez de aprobación por ley especial*.

1) Aun cuando pudiera pensarse que en el supuesto arriba indicado no existe colisión de *leyes*, examinaremos los cuatro casos que deben distinguirse de acuerdo con el artículo 128 de

19. Pérez Luciani, Gonzalo: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados internacionales". *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, Año Lectivo 1966-1967, Nº 4, *passim*, pero especialmente, pp. 323 y 325.

20. Un excelente planteamiento de la cuestión está contenido en el artículo del doctor Gonzalo Pérez Luciani citado en la nota precedente.

la Constitución, porque adherimos a la tesis del doctor Antonio Moles Caubet de que los acuerdos de que tratamos tienen rango de ley debido a que constituyen actos de aplicación directa de la Constitución.

A) Si se trata de acuerdos mediante los cuales sólo "se trata de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República", es necesario hacer nuevas distinciones:

a) Si sólo se trata de ejecutar obligaciones preexistentes (válidas), la norma de la Ley Orgánica no es obstáculo, en virtud del principio de irretroactividad de las leyes (Const. art. 44). Pero,

b) Si se trata de perfeccionar la obligación en el sentido propio de la palabra perfeccionar, lo cierto es que propiamente no existía una obligación de la República para el momento de celebrarse el correspondiente acuerdo jurídico internacional y, por ende, si las leyes aprobatorias de tratados o convenios internacionales deben someterse a las leyes orgánicas (a menos que ellas mismas sean orgánicas), con mayor razón deben hacerlo los acuerdos de que tratamos.

B) Si se trata de simple aplicación de principios aceptados por la República, creemos que la promulgación de la ley orgánica antinómica, implica que, a partir de la vigencia de ésta, ya el principio no está aceptado por la República.

C) Si se trata de ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales, creemos que la ley orgánica prevalece sobre el acuerdo por las razones indicadas en la letra B, literal b), inmediato anterior, aunque obviamente es de pensar que debe ser rarísimo que se dé la hipótesis apuntada.

D) Si se trata de ejercer facultades que la ley atribuye expresamente al Ejecutivo, es necesario distinguir. Si la ley atributiva de competencia no es orgánica, debe someterse a la norma antinómica de la ley orgánica y, por ende, no puede fundamentar la respectiva atribución de la facultad al Ejecutivo; si en cambio la ley atributiva es orgánica y colide con otra orgánica, la solución dependerá de cuál ley debe prevalecer de acuerdo con lo expuesto más arriba en el numeral II inmediatamente anterior, puesto que, en primer lugar, hay que resolver el conflicto entre las dos leyes orgánicas.

2) En todo caso, puede trasladarse al caso de los acuerdos internacionales que no requieren aprobación legislativa, la discusión existente sobre la competencia de la Corte para anular por inconstitucionalidad o ilegalidad los tratados o convenios internacionales aprobados por ley; pero no la discusión sobre dicha competencia en relación con las leyes venezolanas aprobatorias de tratados o convenios internacionales, puesto que ahora se trata de acuerdos que no requieren de aprobación legal.

VI. Por último, debemos tratar los casos en que creemos que, por excepción, la colisión entre una ley orgánica y otra que no lo es, debe resolverse en favor de la aplicación preferente de esta última. Dicha situación, en nuestro criterio, sólo se presenta *cuando la ley que no es orgánica es una de las previstas en los artículos 15, 22 y 137 de la Constitución*.

1) El capítulo II de la Constitución, que trata "Del territorio y de la división política" concluye así: "Artículo 15. La ley podrá establecer un régimen jurídico especial para aquellos territorios que, por libre determinación de sus habitantes y con la aceptación del Congreso, se incorporen al de la República".

A) La razón de ser de la citada norma se comprende fácilmente a la luz de los siguientes hechos:

- Parte de la población de ciertas islas próximas a nuestro territorio, pero que no forman parte de él, ve con simpatía la idea de incorporarse a Venezuela;
- Venezuela, a su vez, considera que la incorporación de tales islas y, eventualmente de otros territorios podría ser deseable, a condición de que respondiera a la libre determinación de sus pobladores; y
- Sería prácticamente imposible que la idea de incorporarse a Venezuela llegara a ser mayoritaria en una población, si la incorporación exigiera de ella la renuncia total a su cultura y formas de vida para someterse íntegramente a la cultura y formas de vida venezolanas, que les son extrañas en buena medida e importantes áreas.

En consecuencia, si se quiere dejar abierta la posibilidad de que los pobladores de otros territorios opten libremente por su incorporación a Venezuela, es necesario prever la forma en que,

sin romper la unidad propia del Estado, se garantice, en la medida que se estime conveniente, el respeto de la cultura y formas de vida arraigadas en los territorios respectivos.

El artículo 15 de la Constitución no es otra cosa que la previsión de esa necesaria garantía en forma de régimen jurídico especial creado por ley para los territorios que se incorporen a Venezuela por libre determinación de sus habitantes y con la aceptación del Congreso.

B) Si a las consideraciones anteriores, que son de carácter teleológico, se suman otras de carácter sistemático, creemos que se cuenta con el material necesario para indagar el rango o jerarquía de las leyes que establezcan el régimen jurídico especial de referencia.

Evidentemente dichas leyes no sólo pueden ser de aplicación preferente a otras leyes que no tengan el rango de ley orgánica, porque si únicamente pudieran prevalecer sobre éstas, la disposición constitucional que las prevé sería inútil en cuanto que, aun a falta de ella, cualquier ley nacional puede establecer un régimen distinto para un territorio o región. Por lo contrario, la ubicación del artículo 15 dentro de la Constitución indica a nuestro entender que las leyes allí previstas pueden establecer para los territorios incorporados un régimen jurídico especial que no corresponda al de Estado, Territorio Federal, Distrito Federal ni Dependencias Federales, lo que, además de significar una especialidad en el régimen jurídico *constitucional*, es en el fondo mucho más extensa de lo que parece. En efecto, si un territorio constituye una entidad política integrante del Estado venezolano; pero sin ser Estado, Distrito Federal, Territorio Federal ni Dependencia Federal, es evidente que surge la necesidad de regular por normas distintas de las que trae la Constitución, todo lo referente a su organización política (competencia local; órganos de gobierno, su composición, su constitución, competencia, etc.). Es más, habrá de organizarse su Hacienda regulando sus fuentes de ingreso, régimen de administración y control; etc. De modo, pues, que sólo por el concepto de que las leyes previstas en el artículo 15 de la Constitución, como lo demuestran evidentes elementos teleológicos y sistemáticos de interpretación, pueden dar a los territorios incorporados un *status* diferente al de Estado, Distrito Federal, Territorio Federal o Dependencia Federal, el régimen jurídico especial contenido en dichas leyes puede implicar la aplicación preferente de

normas distintas a las que la Constitución ha previsto para regir en el resto del territorio nacional, sin que en ello haya inconstitucionalidad alguna ni enmienda ni mucho menos reforma general de la Constitución, ya que es por previsión suya que todo ello puede ocurrir. La situación no es propiamente la de colisión de normas, sino la de diferencia en su ámbito de vigencia territorial.

Pero, dados los fines del constituyente, nos parece que las leyes creadoras de régimen especial para territorios incorporados —que, desde luego, no tienen que ser iguales para todos los territorios incorporados— pueden llegar a apartarse de normas constitucionales que no se refieren a la división política de la República y a cuestiones derivadas de ella, sino que también pueden diferir en otras materias. Ejemplo evidente de ello nos parece la determinación del idioma oficial. Ninguna duda nos cabe, en efecto, de que las leyes de que tratamos pueden declarar idiomas oficiales, además del castellano, a otras lenguas.

En cambio, creemos también que no es posible sostener que una ley para un territorio incorporado puede apartarse de cualquier norma constitucional. Así, para no poner sino un solo ejemplo, creemos que una de tales leyes no puede disponer que en un territorio incorporado sean diferentes los símbolos de la patria (aunque pueda consagrar la existencia de bandera, escudo e himno de ese territorio).

Así, pues, creemos que una ley creadora de un régimen jurídico especial de un territorio incorporado puede apartarse de muchas, aunque no de todas, las normas dictadas por la Constitución para nuestro actual territorio nacional. Fijar el criterio para determinar cuáles son las normas en que una ley de las indicadas puede apartarse de la Constitución y las normas respecto de las cuales no cabe establecer especialidad para territorios incorporados, es cuestión sobre la cual nada ha dicho nuestra doctrina y jurisprudencia, de modo que presupone un difícil estudio monográfico, que excede de los límites de nuestro tema. Pero creemos que en relación con éste, puede afirmarse, sin temor a dudas, que, en la medida en que una ley de régimen especial para un territorio incorporado puede apartarse de las normas dictadas por la Constitución para regir en nuestro actual territorio nacional, esa ley se aplica en su ámbito territorial de validez con preferencia a toda ley orgánica nacional, excepto que sea también una ley orgánica dictada especialmente para el territorio de referencias.

C) Por otra parte, el artículo 22 de la Constitución, copiado en su parte pertinente, dice que "la ley podrá establecer la forma de elección y remoción de los Gobernadores (de Estado)... El respectivo proyecto deberá ser previamente admitido por las Cámaras en sesión conjunta, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros". Por su parte, el artículo 137 de la Carta Magna prevé que: "El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa".

Ahora bien, si la ley sobre forma de elección y remoción de Gobernadores o una ley de transferencia de competencia, dictadas con las especiales exigencias de la Constitución en la materia, colide con una norma de una ley orgánica, no es ésta la que prevalece, sino la de las leyes antes citadas. Admitir lo contrario equivaldría a admitir que mediante el subterfugio de dictar una ley orgánica se pueden regular materias para las cuales la Constitución exige requisitos mayores que para dictar leyes orgánicas, sin necesidad de cumplir esas mayores exigencias constitucionales, lo cual es evidentemente contrario a la intención del constituyente. Por otra parte, las normas de una ley orgánica en las materias señaladas son inconstitucionales, porque regulan cuestiones para las cuales la Constitución exige requisitos que las leyes orgánicas no cumplen, de modo que no sólo ceden en preferencia a las normas de las leyes dictadas conforme a los artículos 22 y 137 de la Constitución, sino que son nulas y, por ende, no rigen ni siquiera a falta de las señaladas leyes especiales.

Dicho de otra manera, la regulación de la forma de elección y remoción de los Gobernadores de Estado y las transferencias de competencia arriba señaladas, son materias que están *reservadas* a unas leyes especiales que se caracterizan porque en el proceso de su formación deben cumplir requisitos mayores que las leyes orgánicas. Al tratarse de una "reserva", no sólo estas leyes especiales que podrían llamarse "supraorgánicas" prevalecen sobre las leyes orgánicas, sino que éstas no pueden regular las materias propias de aquéllas.

6. DEROGATORIA DE LAS LEYES ORGANICAS

I. Es evidente que el artículo 177 de la Constitución es aplicable a las leyes orgánicas. En consecuencia, tales leyes sólo podrán

ser derogadas por otras leyes y podrán ser reformadas total o parcialmente. Pero es necesario determinar la clase de ley que es necesario dictar para poder derogar una ley orgánica.

II. En términos generales y de acuerdo con el principio de que para extinguir una norma es necesario cumplir los mismos requisitos que para crearla, creemos que es obvio que una ley orgánica sólo puede derogarse por otra ley orgánica.

Este principio uniforme trae sin embargo consecuencias diferentes según se trate de leyes orgánicas por denominación constitucional o de leyes orgánicas por investidura parlamentaria. En el primer caso, basta la aprobación de una ley incompatible con la anterior que tenga el mismo nombre o que regule la misma materia o que se resuelva la misma cuestión por la cual la ley que se deroga constituía una ley orgánica por denominación constitucional; mientras que en el segundo caso es necesario que la ley derogatoria sea investida del carácter de ley orgánica por el voto calificado exigido por el artículo 163 de la Constitución.

7. PERDIDA DEL RANGO DE LEY ORGANICA SIN PERDIDA DEL CARACTER DE LEY

I. Aun cuando no es de esperar que se presente fácilmente el caso de que las Cámaras deseen privar a una ley orgánica de este carácter sin que deje de regir como ley desprovista del carácter orgánico, el caso no es imposible.

1) Si la Ley Orgánica lo es por denominación constitucional, es imposible lograr el efecto deseado sin previa enmienda o reforma constitucional, porque al conservar el nombre, la materia regulada o la resolución de la cuestión por la cual es calificada de orgánica por la Constitución, la nueva ley será también una ley orgánica por denominación constitucional (aun cuando en ella misma se disponga lo contrario, porque ninguna ley puede prevalecer sobre el precepto constitucional).

Sólo podría señalarse una excepción: el caso de que la Constitución califique de orgánica la ley que deba resolver una cuestión transitoria cuando esa situación ya se ha cumplido. Tal sería el caso si actualmente se dictara una Ley de Contraloría, porque de acuerdo con la Decimoséptima Disposición Transitoria de la Constitución, sólo es calificada de ley orgánica aquella que resuelve lo que ha

de ocurrir con el ciudadano electo Subcontralor de la Nación para el período constitucional que entonces estaba en curso. En efecto, en tal hipótesis, la nueva ley no es orgánica por denominación constitucional y, por lo tanto, el Congreso podría dictar una ley orgánica que privara del carácter de tal a la anterior, sin introducirle otra modificación que suprimir la palabra orgánica de su nombre y de eliminar aquella disposición suya que la calificaba de orgánica. En esa forma, la ley dejaría de ser ley orgánica, pero seguiría vigente como ley.

Además, es posible privar del rango de orgánicas a ciertas disposiciones de la ley orgánica sin que aquellas dejen de ser disposiciones legales, a condición de que no se trate precisamente de las normas que convierten a la ley en ley orgánica por denominación constitucional.

En efecto, en tal caso se podría: a) Dictar una nueva ley orgánica por denominación constitucional que derogara la anterior y eliminara de su texto las disposiciones a las que se quiere privar del carácter de orgánicas; y b) Incluir esas normas eliminadas de la ley orgánica en una ley no orgánica, sea mediante la reforma de otra ley preexistente o la aprobación de una ley nueva. La única excepción que encontramos es la referente a las leyes orgánicas nacionales relativas a la organización de los municipios y demás entidades locales, porque las únicas leyes nacionales que pueden dictarse en esa materia son las leyes orgánicas (Const. art. 26).

2) En cambio, si la ley orgánica lo es por investidura parlamentaria, el caso viene a ser un caso de reforma parcial que sólo afecta el rango de la norma. Bastaría, pues, dictar con el voto calificado que exige el artículo 163 de la Constitución, una nueva ley orgánica donde se exprese la voluntad de privar a la anterior de su carácter de orgánica, sin que deje de regir como ley y se suprima en el nombre o en la disposición donde figure, la palabra "orgánica" o la expresión que la califique como tal.

II. Si en cambio se desea al mismo tiempo privar de su carácter de orgánica a una ley orgánica por investidura parlamentaria y reformarla total o parcialmente, de acuerdo con la tesis de que no pueden existir leyes mixtas en el sentido de que contengan unas normas de rango orgánico y otras de simple rango legal, será necesario dictar dos leyes: una ley orgánica con el voto calificado

exigido por el artículo 163 de la Constitución para derogar la ley orgánica y otra ley que no tenga el carácter de orgánica, contenitiva del texto de la reforma total o parcial que se desea.

8. ATRIBUCION DEL CARACTER DE LEY ORGANICA
A UNA LEY QUE NO LO SEA

I. En un momento dado podría desearse elevar una ley no orgánica al rango de orgánica sin introducirle ninguna otra modificación. La manera de hacerlo sería muy sencilla, pues bastaría dictar una ley orgánica por investidura parlamentaria que se limitara a incluir en el nombre de la ley que no era orgánica, la palabra "orgánica" o incluir en el texto de la ley que no era orgánica, una disposición que le atribuyera el carácter de tal. En puridad de análisis teórico lo ocurrido sería una reforma parcial de una ley limitada exclusivamente a elevarla de rango.

II. También podría elevarse el carácter de orgánica una ley que no lo fuera mediante el expediente de reformarla en el sentido de incluir en ella la regulación de alguna materia o la resolución de una cuestión de aquellas que atribuyen a la ley respectiva el carácter de ley orgánica por denominación constitucional, pero en este caso el legislador no se habría limitado a modificar el rango de ley, sino que también habría modificado su contenido normativo.

LEYES RIGIDAS NO ORGANICAS EN LA CONSTITUCION DE 1961

JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LEY SOBRE ELECCIÓN Y REMOCIÓN DE GOBERNADORES: La previsión constitucional; requisitos que debe llenar la ley; sanción, promulgación y publicación de la ley; rango de la ley; derogatoria y reforma de la ley. II. LAS LEYES DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA: La cuestión central; requisitos especiales de las leyes de transferencia de competencia; rango de las leyes de transferencia de competencia; derogatoria y reforma de las leyes de transferencia de competencia.

INTRODUCCION

Si se utiliza la palabra "rígidas" para caracterizar aquellas Constituciones cuya reforma requiere el cumplimiento de requisitos superiores a los de la formación de las leyes, parece justificado usar la misma palabra para referirse a aquellas leyes cuya formación requiere el cumplimiento de requisitos mayores de los exigidos con respecto a las leyes ordinarias.

En ese sentido, encontramos en la Constitución de 1961 *tres casos* de leyes rígidas: 1) las leyes orgánicas por investidura parlamentaria (no las leyes orgánicas por denominación constitucional); 2) la ley sobre forma de elegir y remover a los Gobernadores, prevista en el artículo 22 de la Constitución, y 3) las leyes por las cuales el Congreso atribuya a los Estados o Municipios determinadas materias de competencia nacional, las cuales están previstas en el artículo 137 de la Constitución.

Como hemos tratado en otra parte de las leyes orgánicas, las presentes notas se limitarán a los casos 2 y 3 de leyes rígidas.

I. LEY SOBRE ELECCION Y REMOCION DE GOBERNADORES

La previsión constitucional

La Constitución deja a una ley especial la regulación de la forma de elegir y remover a los Gobernadores y se contenta con prever que mientras no se dicte esa Ley, los Gobernadores serán nombrados y elegidos libremente por el Presidente de la República, que es la forma ya tradicional de resolver la cuestión, aun cuando desde hace tiempo la oposición ha pedido siempre la elección directa de los Gobernadores, no obstante los problemas políticos que así pueden crearse y que, desde luego, no son insuperables.

Así, pues, la norma constitucional de que los Gobernadores serán nombrados y elegidos libremente por el Presidente de la República reviste la *forma de una disposición transitoria* ("mientras no se dicte la Ley prevista en este artículo"); *pero en el fondo de las cosas* es una norma que el constituyente no quiere ver desaparecer. Precisamente por ello, somete la aprobación de la ley especial al cumplimiento de exigencias *severas* y —quizás inconscientemente— por la misma razón no colocó la norma "transitoria" dentro de las Disposiciones Transitorias de la Constitución.

Requisitos que debe llenar la ley

La ley especial prevista en el artículo 22 de la Constitución debe reunir los siguientes requisitos: a) En cuanto al *fondo*, sujetarse a los principios consagrados en el artículo 3º de la Constitución; y, b) En cuanto a las *formalidades*, su proyecto debe ser admitido previamente por las Cámaras en sesión conjunta por el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

1) *La sujeción a los principios del artículo 3º de la Constitución*

De acuerdo con el citado artículo, el Gobierno de la República de Venezuela "es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo". Ahora bien, como la ley especial debe sujetarse a estos principios, no puede regular la elección y remoción de Gobernadores, sino de tal modo que su Gobierno sea "democrático, representativo, responsable y alternativo". En consecuencia,

la ley especial sería inconstitucional si dispusiera una elección inicial de Gobernadores que luego se sucedieran hereditariamente o si se reservara el derecho de voto para elegir Gobernador a grupos "selectos" (p. ej.: a los mayores contribuyentes) o exonerara a los Gobernadores de toda responsabilidad por su gestión o, en nuestro concepto, si previera la existencia de Gobernadores vitalicios (aun cuando nada se oponga a que sean reelegibles).

2) *La admisión del proyecto*

Por otra parte, la Constitución exige que el proyecto de ley sea admitido previamente por las Cámaras en sesión conjunta por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Así se establecen *dos diferencias* con el procedimiento ordinario de formación de las leyes: a) La forma de admisión, y b) La mayoría requerida para ella.

- a) Normalmente la admisión de los proyectos de ley se realiza en cada Cámara por separado. En nuestro caso, *hay una sola decisión* de admitir o rechazar el proyecto que es tomado *por las Cámaras en sesión conjunta*.
- b) La regla general es que las decisiones del Poder Legislativo se toman por mayoría de los presentes, en el entendido de que para la existencia del *quorum* se requiere la presencia de la mayoría absoluta. En cambio, en el caso que nos ocupa, la admisión del proyecto requiere *el voto favorable de las dos terceras partes de todos los miembros del Congreso* y no sólo de los asistentes a la sesión.

Sanción, promulgación y publicación de la ley

En esta materia y por razones obvias se establece que la ley "no estará sometida al veto del Presidente de la República". Ello obedece a dos razones: por una parte, es de suponer que el Presidente de la República esté opuesto a que se le prive de la facultad de elegir y remover libremente a los Gobernadores, y por otra, es de temer que por tal razón trate de demorar la entrada en vigencia de la ley. Dada esta doble consideración, creemos que el Presidente no puede demorar la promulgación de la ley ni siquiera en virtud de una objeción fundada en su pretendida incons-

titucionalidad, aunque naturalmente puede —independientemente de la promulgación de la ley— hacer valer su eventual inconstitucionalidad por todos los medios legales.

Rango de la ley

1) La ley en cuestión *no puede ser una ley orgánica*. En efecto, no es ley orgánica por denominación constitucional y no puede serlo por investidura parlamentaria, porque ello exigiría que su proyecto fuese admitido en cada Cámara por la mayoría absoluta de sus miembros (Constitución, encabezamiento del artículo 163), lo que es imposible, porque el proyecto de la ley especial que nos ocupa se admite una sola vez en sesión conjunta de las Cámaras y por una mayoría que se computa sin tomar en cuenta la Cámara a la que pertenece cada parlamentario votante.

2) No obstante, la generalizada creencia, fundada en los términos absolutos empleados en el artículo 163 de la Constitución, de que no hay sino leyes orgánicas y leyes ordinarias que deben someterse a aquéllas, creemos que la ley especial que nos ocupa no pertenece a ninguna de las dos categorías, sino a una *tercera*, que podría denominarse de leyes "super o supraorgánicas", porque lejos de tener que someterse a las leyes orgánicas prevalecen sobre las mismas. Para justificar tal aserto bastaría considerar que si se aceptara la preeminencia de las leyes orgánicas sobre esta ley especial habría sido inútil someter la misma al cumplimiento de mayores requisitos porque la exigencia de éstos podría eludirse mediante la vía de dictar una ley orgánica que regulara la materia.

Esta última observación nos conduce más lejos: la materia no puede ser regulada por ley orgánica ni ordinaria, sino que, como lo demuestra el texto del artículo 137 de la Constitución, está *reservada* a la ley especial allí prevista. Siendo, pues, materia reservada a una determinada ley, no sólo ésta prevalece sobre las demás que se dicten en la materia, sino que esas otras leyes incurren en constitucionalidad al regular una materia que les está sustraída por el constituyente. Así, pues, como hemos dicho en otra oportunidad, la colisión entre la ley especial de que tratamos y cualquier otra ley o norma de rango sublegal, debe resolverse no sólo conforme al principio de la prevalencia de la norma de mayor rango, sino habida cuenta de que se trata de materia reservada a determinado instrumento legal.

Derogatoria y reforma de la ley

Ninguna razón existe en nuestro criterio para considerar que la ley especial que tratamos no pueda ser derogada o reformada total o parcialmente; pero para ello no basta otra ley cualquiera, sino que es necesario, conforme a los principios generales del Derecho, que la nueva reúna los mismos requisitos exigidos para la aprobación de la ley original.

II. LAS LEYES DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

La cuestión central

La realidad es que, aun cuando Venezuela haya sido proclamado Estado Federal y además se diga que la autonomía municipal es uno de los principios básicos de nuestra organización política, una tradición que data posiblemente de Felipe II, ha hecho que, al definirse las áreas de competencia nacional y local (estadal o municipal), se haya caído en una sustancial centralización.

Temió nuestro constituyente apartarse alegremente de la organización tradicional; pero no quiso renunciar a un futuro mejor en ese campo que fuera el resultado de meditadas decisiones, y así previó que: "El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa". Son éstas las llamadas "leyes de transferencia de competencia", aunque también otras leyes podrían ser denominadas de igual manera, tal como la ley orgánica que confiara a una Sala Federal de la Corte Suprema de Justicia alguna o algunas de las atribuciones de la Corte en pleno (Constitución, artículo 216, aparte único).

Requisitos especiales de las leyes de transferencia de competencia

1) *En cuanto al fondo*, las leyes de que tratamos han de transferir a los Estados o Municipios determinadas materias de competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa. Ello implica un análisis:

a) La consecuencia jurídica ha de ser una *transferencia* de competencia. Por lo tanto, la obra del legislador no puede consistir en dar a los Estados o a los Municipios competencia en lo

mismo que deja como materia de competencia nacional. Ello sería el establecimiento de una doble competencia y no una transferencia de competencia. Esta requiere, en efecto, que lo atribuido a los Estados o Municipios deje de estar atribuido a la Nación.

b) La transferencia puede ser *de la Nación a los Estados o Municipios* —indiferentemente—; *pero no a la inversa*. Tampoco puede ser de los Estados a los Municipios ni de los Municipios a los Estados.

c) Obviamente la ley no puede transferir a los Estados o Municipios la totalidad de las materias de competencia nacional, sino sólo *determinadas* materias de ella, sin que expresamente exista un límite cualitativo ni cuantitativo.

d) La finalidad debe ser promover la *descentralización administrativa*. No responde, pues, a la intención del constituyente la transferencia tendiente a promover la descentralización legislativa ni judicial; ni tampoco aquellas transferencias de competencia en materia que "por su índole o naturaleza" corresponden al Poder Nacional dentro del tipo de Estado que adoptó el constituyente para Venezuela, ya que ello implicaría mucho más que la promoción de la descentralización administrativa. Así, en nuestro concepto el Congreso no podrá transferir de la Nación a los Estados o Municipios funciones legislativas como las previstas en el artículo 136, ordinal 24, ni judiciales; pero tampoco otras como la actuación internacional de la República, lo relativo a los símbolos de la patria, a la nacionalidad de las personas o a la organización y régimen de las Fuerzas Armadas Nacionales ni otras materias similares.

2) En lo atinente a las *formalidades*, el proceso de formación de las leyes de transferencia de competencia no tiene sino una sola especialidad, aunque bien importante: su aprobación requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. El porcentaje como se ve es numéricamente igual al exigido para la ley sobre elección y remoción de Gobernadores; pero el voto requerido no es para la admisión del proyecto, sino para su aprobación y se computa separadamente en cada Cámara.

Rango de las leyes de transferencia de competencia

Las leyes de transferencia de competencia podrían ser leyes orgánicas; pero no les bastaría serlo, pues requieren una mayoría

calificada superior, de modo que no es posible limitarse a ubicarlas dentro de la clasificación de las leyes en orgánicas y ordinarias. Al igual que la ley sobre elección y remoción de Gobernadores y por las mismas razones, pertenece a la categoría que podría denominarse de leyes "super o supraorgánicas". Y también por las mismas consideraciones debe concluirse que la transferencia de competencia es materia constitucionalmente *reservada* a cierta clase de leyes —las que reúnan las condiciones exigidas en el artículo 137 de la Constitución— de modo que la eventual colisión entre éstas y otras leyes u otras normas de rango sublegal debe resolverse *no sólo conforme al principio de la preferencia de la norma de mayor jerarquía*, sino habida cuenta de que se trata de una materia reservada a determinados instrumentos, de modo que cualquiera otros que pretendan regularla son nulos por inconstitucionales.

Derogatoria y reforma de las leyes de transferencia de competencia

Las leyes de transferencia de competencia *pueden ser derogadas o reformadas de la misma manera como fueron aprobadas*. Aun cuando el enunciado aparentemente dice muy poco, la realidad es muy distinta de esa apariencia. En efecto, la afirmación inicial implica no sólo que la ley derogatoria o reformatoria requiere la misma mayoría calificada que la ley original, sino que como es también una ley atinente a la transferencia de competencia, está sujeta a los mismos requisitos de fondo que deben reunir las leyes de esta clase.

De allí se deduce que si la ley de transferencia que se quiere derogar o reformar es válida:

- 1) *Su derogación pura y simple no es válida*, porque implicaría la transferencia de una materia que ya es de competencia estatal o municipal al Poder Nacional; y
- 2) *Su reforma no puede consistir tampoco en:*
 - a) Dejar sin efecto o disminuir la magnitud de la transferencia de la Nación a los Estados o Municipios, en virtud de lo expuesto; ni
 - b) Cambiar el destinatario de la transferencia, o sea, transferir a los Municipios lo que antes se transfirió a los Estados ni viceversa, porque ello implicaría una transfe-

rencia entre Estados y Municipios, mientras que la Constitución sólo permite al Congreso transferir de la Nación a los Estados o Municipios.

Por consiguiente, el campo de la derogatoria o reforma queda *muy restringido. Pero no eliminado*. Por ejemplo, el legislador consciente de la inconstitucionalidad de una ley de transferencia puede derogarla sin esperar a que sea la Corte Suprema de Justicia la que la deje sin efectos. Asimismo, el legislador puede reformar una ley de transferencia para ampliar el campo de ésta (lo cual es una reforma aunque la misma finalidad pueda obtenerse mediante la aprobación de una nueva ley que no reforme a la anterior, sino que se sume o yuxtaponga a ella).

De *lege ferenda* no podemos ocultar que hubiéramos preferido que la Constitución hubiera facultado al legislador tanto para efectuar la transferencia de competencia como para revocarla, porque dentro del sistema adoptado, si se cae en cuenta de que la transferencia efectuada, aunque válida, es inconveniente, no existe manera de corregir el error, salvo que se opte por enmendar o reformar la Constitución misma.

INDICE

	<u>Pág.</u>
X. EL PODER PUBLICO	
<i>La separación de poderes en Venezuela.</i> GUSTAVO TARRE BRICEÑO ...	1369
<i>La división de poderes y la Constitución venezolana de 1961.</i> MANUEL GARCÍA PELAYO ...	1403
<i>La carrera administrativa.</i> ARMIDA QUINTANA MATOS ...	1421
<i>Breves consideraciones acerca de la carrera administrativa.</i> RICARDO HERNÁNDEZ IBARRAS ...	1555
<i>La actuación internacional de la República en la Constitución vigente de Venezuela, de 23 de enero de 1961.</i> ANDRÉS AGUILAR M. ...	1581
<i>La recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico venezolano. La Constitución de 1961, ¿dualista o monista?</i> EDMUNDO VARGAS CARREÑO ...	1619
<i>Derecho de la comunidad internacional, derecho interno y justicia social internacional.</i> JUAN CARLOS PUIG ...	1637
<i>Internacionalización del derecho mercantil: una razón de ser para su supervivencia.</i> HUGO MÁRMOL MARQUÍS ...	1687
<i>La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público.</i> ALFREDO MORLES HERNÁNDEZ ...	1701
<i>El convenio eclesiástico, las constituciones hispanoamericanas y los códigos nacionales.</i> JESÚS LEOPOLDO SÁNCHEZ ...	1723
<i>Consideraciones generales sobre la regionalización en Venezuela.</i> NECTARIO ANDRADE LABARCA ...	1793
<i>La regionalización en Venezuela.</i> FROILÁN ALVAREZ YÉPEZ	1825
XI. EL CONGRESO	
<i>El bicameralismo venezolano.</i> JESÚS RONDÓN NUCETE ...	1841
<i>Constitución, inmunidad parlamentaria y delito militar.</i> HERMANN PETZOLD PERNÍA ...	1873

	<u>Pág.</u>
<i>La inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1961.</i> GUSTAVO MACHADO	1939
<i>Las leyes orgánicas en la Constitución de 1961.</i> JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA	1957
<i>Leyes rígidas no orgánicas en la Constitución de 1961.</i> JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA	1985