

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Derecho Público en Venezuela y Colombia

**Archivo de Derecho
Público y Ciencias
de la Administración**

1984-1985

Vol. VII

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
CARACAS 1986



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

Decano

Alberto Arteaga Sánchez

Director de la Escuela de Derecho

Jorge Pabón

Director de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

Miguel Vanderdijs

Director de Coordinación

María Auxiliadora Pisani

Director de Estudios para Graduados

Hans Leu

Jefe de la Oficina de Publicaciones

Ximena Rodríguez de Canestri

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

Director

Allan Randolph Brewer-Carías

Subdirectora

Eloísa Avellaneda Sisto

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS

Director

Humberto Njaim

INSTITUTO DE DERECHO PRIVADO

Director

Leopoldo Borjas

Subdirectora

Fabiola Romero

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLOGICAS

Directora

Myrla Linares

Subdirector

Carlos Simón Bello

**ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION**

VOL. VII

1984 - 1985

El Derecho Público en Venezuela y Colombia

ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION

- Vol. I (1968-1969), Caracas, 1971, 666 pp.
- Vol. II (1970-1971), Caracas, 1972, 616 pp.
- Vol. III (1972-1979), *El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela*, Caracas, 1981, Tomo I y Tomo II, 1.252 pp.
- Vol. IV (1980-1981), *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, 500 pp.
- Vol. V (1982), *Derecho Urbanístico*, Caracas, 1983, 536 pp.
- Vol. VI (1983), *Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Caracas, 1985, 786 pp.
- Vol. VII (1984-1985), *El Derecho Público en Venezuela y Colombia*, Caracas, 1986.

INSTITUTO DE DERECHO PUBLICO

**ARCHIVO DE DERECHO PUBLICO
Y CIENCIAS DE LA ADMINISTRACION**

Vol. VII

1984-1985

*EL DERECHO PUBLICO EN VENEZUELA
Y COLOMBIA*

DIRECTOR

ALLAN-RANDOLPH BREWER-CARIAS

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela
Director del Instituto de Derecho Público

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

CARACAS / 1986

Derechos reservados

Depósito legal lf. 82-523

KHV2900

J6

Jornadas Venezolano - Colombianas de Derecho Público (1983 : Caracas).

El derecho público en Colombia y Venezuela.

Publicado bajo los auspicios de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración.

Incluye bibliografía.

1. Derecho público-Venezuela-Congresos. 2. Derecho público-Colombia-Congresos. I. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público. II. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y Ciencias de la Administración. III. Título.

6-10-86

Impreso en Venezuela

Printed in Venezuela

Impreso en la Imprenta de la Universidad Central de Venezuela

PRESENTACION

Desde hace algunos años, el Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino ha venido organizando una serie de eventos internacionales en los cuales han participado los más destacados Profesores de Derecho Administrativo de América Latina. Entre estos eventos deben destacarse, por su importancia, los organizados por el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, en Bogotá, gracias al entusiasmo del Dr. Alvaro Tafur Galvis, ilustre Rector de dicha Universidad. Dos libros publicados en las ediciones Rosaristas, sobre Derecho Administrativo Latinoamericano, dan fe del esfuerzo realizado.

Precisamente con ocasión de uno de nuestros múltiples encuentros en Bogotá, y por el convencimiento que tengo de que en materia jurídica más es lo que nos une a Colombia y Venezuela, que lo que nos separa, propuse al Rector Tafur la realización de unas Jornadas de Derecho Público que reuniera a profesores de Colombia y Venezuela, en las cuales con alguna regularidad intercambiáramos puntos de vista y experiencias sobre nuestros respectivos ordenamientos jurídico-públicos.

Esa idea se concretó en 1983, con motivo de la celebración en Caracas de las Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, organizadas por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela y por el Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, con la participación de destacados profesores colombianos y venezolanos.

Las Jornadas, se desarrollaron conforme al siguiente programa:

Jueves, 13 de octubre de 1983

10:00 a.m. - 12 m.

*Derecho Internacional Público.
Solución de Controversias en Derecho Internacional.*

Dr. Carlos Holguín Holguín (Colombia).

Dr. Isidro Morales Paúl (Venezuela).

- 2:30 p.m. - 4:30 p.m. *Derecho Constitucional.*
Control de la Constitucionalidad de las Leyes.
 Dr. Manuel Gaona Cruz (Colombia).
 Dr. José Guillermo Andueza (Venezuela).
- 4:30 p.m. - 6:30 p.m. *Relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo.*
 Dr. Hernán Aldana Duque (Colombia).
 Dr. Gustavo Planchart Manrique (Venezuela).

Viernes, 14 de octubre de 1983

- 8:30 a.m. - 10:30 a.m. *Derecho Tributario.*
Principios Generales del Derecho Tributario.
 Dr. Juan Rafael Bravo Arteaga (Colombia).
 Dr. Manuel Rachadell (Venezuela).
- 10:30 a.m. - 12:30 p.m. *Derecho Administrativo.*
Bases Constitucionales del Derecho Administrativo.
 Dr. Jaime Vidal Perdomo (Colombia).
 Dr. Allan R. Brewer-Carías (Venezuela).
- 2:30 p.m. - 4:30 p.m. *Contrato Administrativo.*
 Dra. Consuelo Sarria Olcos (Colombia).
 Dr. Gonzalo Pérez Luciani (Venezuela).
- 4:40 p.m. - 6:30 p.m. *Contencioso-administrativo*
Organización de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.
 Dr. Carlos Betancourt Jaramillo (Colombia).
 Dra. Hidegard Rondón de Sansó (Venezuela)

Sábado, 15 de octubre de 1983

- 8:30 a.m. - 10:30 a.m. *Contencioso-Administrativo.*
El Procedimiento Administrativo.
 Dr. Alvaro Tafur Galvis (Colombia).
 Dr. Luis H. Farías Mata (Venezuela).
- 10:30 a.m. - 12:30 p.m. *Principios Generales de la Jurisdicción.*
 Dr. Miguel González Rodríguez (Colombia).
 Dr. Eloy Lares Martínez (Venezuela).

El presente número del Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, publicación fundamental del Instituto, recoge casi todas las conferencias y ponencias presentadas en las Jornadas, constituyendo sin duda, el primer esfuerzo contemporáneo comparativo de los sistemas jurídico-públicos de Colombia y Venezuela.

No podemos concluir esta nota sin hacer referencia al bárbaro ataque a la justicia y el derecho que se produjo a finales del año 1985 en la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con un doloroso y trágico resultado. Precisamente, uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Colombia que fallecieron en aquellos acontecimientos, fue el Profesor Manuel Gaona Cruz, quien tuvo destacada participación en nuestras Jornadas. Muestra de ello es su excelente estudio que aquí se publica, sobre El Control de la constitucionalidad en los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado.

Sirva esta publicación de las Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, como homenaje a la memoria del amigo fallecido, así como a la de todos los servidores de la justicia colombiana que perdieron la vida en aquel dramático suceso.

Ciudad Universitaria, septiembre de 1986.

ALLAN R. BREWER-CARIAS

Director del Instituto de Derecho Público
Universidad Central de Venezuela
Presidente del Instituto Internacional de
Derecho Administrativo Latino

CONTENIDO GENERAL

VOLUMEN VII (1984-1985)

EL DERECHO PUBLICO EN VENEZUELA Y COLOMBIA

PRIMERA PARTE: DERECHO INTERNACIONAL

TEMA UNICO: LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS.

Solución pacífica de controversias, CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN.

Solución de controversias en el Derecho Internacional, ISIDRO MORALES PAÚL.

SEGUNDA PARTE: DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA A: EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el Derecho Comparado, MANUEL GAONA CRUZ.

El control de la constitucionalidad de las Leyes en el Derecho venezolano, JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA.

TEMA B: RELACIONES ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO.

Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en Colombia, HERNÁN G. ALDANA DUQUE.

TERCERA PARTE: DERECHO TRIBUTARIO

TEMA UNICO: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO TRIBUTARIO.

El establecimiento, la determinación y la revisión de los tributos en el Derecho colombiano, RAFAEL BRAVO ARTEAGA.

El sistema tributario venezolano, MANUEL RACHADELL.

CUARTA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA A: BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Colombia, JAIME VIDAL PERDOMO.

Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela, ALLAN R. BREWER-CARÍAS.

TEMA B: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Los Contratos Administrativos en Colombia, CONSUELO SARRIA OLCOS.

Los Contratos Administrativos en Venezuela, GONZALO PÉREZ LUCIANI.

TEMA C: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El procedimiento administrativo en Colombia, ALVARO TAFUR GALVIS.

El procedimiento administrativo en Venezuela, LUIS H. FARÍAS MATA.

TEMA D: PRINCIPIOS GENERALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Principios generales que gobiernan la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Principios generales de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, ELOY LARES MARTÍNEZ.

TEMA E: ORGANIZACION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La jurisdicción administrativa en Colombia, CARLOS BETANCOURT JARAMILLO.

La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ.

PRIMERA PARTE

DERECHO INTERNACIONAL

TEMA UNICO: LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

SOLUCION PACIFICA DE LAS CONTROVERSIAS

CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN
Profesor, Colegio Mayor Nues-
tra Señora del Rosario, Bogotá

Señor Decano de la Facultad de Derecho, señora Directora, señores doctores Brewer-Carías, Vidal Perdomo e Isidro Morales, profesores invitados, señoras y señores:

Es para mí muy grato, como lo he hecho en algunas oportunidades anteriores, dirigirme a tan distinguido auditorio aquí en Caracas, donde siempre he sido recibido con inmensa cordialidad y amistad por mis amigos y hermanos de Venezuela. Antes de principiar, no querría dejar pasar la oportunidad de rendir homenaje, con ocasión del centenario de sus nacimientos, al Libertador Simón Bolívar y a don Andrés Bello, las dos más grandes figuras continentales del siglo XIX. Me referiré especialmente al Libertador porque él tuvo, con ocasión del Tratado de Panamá de 1826, iniciativas importantísimas en materia de solución pacífica de las controversias. Don Andrés Bello fue el Maestro del Derecho Civil e Internacional y el modelo de los gramáticos colombianos. Me honro con tener la condecoración que lleva su nombre que me confirió el Gobierno venezolano.

El problema de la solución pacífica de las controversias es un tema inmenso sobre el cual no solamente se podrían hacer una o varias conferencias, sino que realmente merecería un curso. Pero ahora vamos a tener que limitarnos a señalar las líneas generales de lo que son los sistemas de solución pacífica de las controversias. Hemos acordado dividir el tema entre el doctor Isidro Morales y yo. Voy a tratar específicamente la materia a la luz del sistema interamericano y el doctor Morales tratará el problema a la luz de la Organización de las Naciones Unidas.

Empecemos por señalar las normas de la Carta de la Organización de Estados Americanos que señalan precisamente cuáles son los medios de solución

pacífica. El Capítulo Quinto de la Carta, tal como quedó reformada en el Protocolo de Buenos Aires de 1967, señala, en primer lugar, que todas las controversias internacionales que surjan entre Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en la Carta, antes de ser llevadas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Aquí se presenta un tema difícil y complejo, que es el de saber en qué medida la organización regional, la Organización Interamericana, tiene precedencia sobre la de las Naciones Unidas. Hay normas en la Carta de Bogotá, en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y en el Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas; pero el problema es complejo, pues no son armónicas las disposiciones de la Organización Interamericana con las de las Naciones Unidas. No quiero entrar en el fondo del problema, pero sí llamar la atención a que eventualmente las partes puedan ir, sea a la Organización Interamericana, sea a las Naciones Unidas, sea recurrir como está ocurriendo ahora, a grupos creados *ad hoc*, no institucionalizados, como el Grupo de Contadora, de que forman parte Colombia, México, Panamá y Venezuela, y que están ejecutando una mediación colectiva para buscar solución pacífica a los problemas centroamericanos.

Según el artículo 24 de la Carta, son procedimientos pacíficos la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden en cualquier momento las partes. Tenemos, pues, una enumeración completa. Esta enumeración, sin embargo, no es taxativa o limitativa, pues las partes pueden acordar cualquier procedimiento distinto de los específicamente enumerados, como lo señala el mismo texto. Pero en realidad es muy difícil que se puedan concebir sistemas diferentes de los enumerados. En el campo interamericano se han regulado los distintos medios de solución pacífica, en diferentes tratados, que forman una especie de maraña jurídica muy difícil de dilucidar; hay tratados que regulan los buenos oficios y la mediación, hay varios tratados sucesivos y no debidamente integrados en materia de investigación y conciliación, existe un tratado general que se llama el Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá, aprobado en la IX Conferencia Interamericana de 1948, que reúne y coordina todos los anteriores, pero que, infortunadamente, no ha sido ratificado por muchos de los Estados Americanos.

En primer lugar y para tratar de hacer un poco de luz en este intrincado problema, voy a señalar, no cronológicamente sino por materias, cuáles son esos procedimientos de solución pacífica. Cuando se analizan las conferencias interamericanas, empezando por la de Washington de 1889 y 90, en realidad es muy difícil diferenciar los procedimientos, porque algunos tratados hablan de arbitraje, otros hablan de mediación y luego se modifican los anteriores, de

tal manera que quizá lo mejor es analizar cada uno de estos medios y de dar el concepto y analizar qué existe jurídicamente sobre la materia.

a) *La negociación directa.* En primer lugar, existe la negociación directa, que es el medio ideal de solución pacífica de las controversias, en que los gobiernos adelantan lo que se ha llamado la negociación diplomática. Evidentemente éste es el mejor de los sistemas cuando se llega a la solución del diferendo, conflicto o controversia, pues las dos partes intervienen directamente y manejan el procedimiento; lo que ocurre es que en ocasiones no se llega a una solución directa y entonces hay que recurrir a otro de los procedimientos. El procedimiento que sigue, en orden conceptual, son los buenos oficios. Sin embargo, el orden de los procedimientos no está predeterminado y las partes pueden recurrir, desde un comienzo, si lo tienen a bien, al arbitraje o a la jurisdicción de la Corte Internacional, sea voluntariamente en cada caso, sea porque haya aceptado previamente la jurisdicción obligatoria de la Corte.

b) *Los buenos oficios.* Los buenos oficios consisten en que un tercero, que no es ninguna de las partes interesadas, aproxima a éstas para que busquen una solución a la controversia o conflicto. Me voy a referir a las definiciones que trae el Pacto de Bogotá, porque éste analiza y define cada uno de estos procedimientos. Según el artículo noveno "el procedimiento de los buenos oficios consiste en la gestión de uno o más gobiernos americanos, o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada".

Tiene especial importancia acudir a los buenos oficios, cuando los Estados partes de la controversia han roto relaciones, y a veces llegan ya a un conflicto, y aun en ocasiones a conflictos armados. Cuando hay rompimiento de relaciones, no hay contacto entre las partes, entonces es pertinente que un tercero ofrezca sus buenos oficios en orden a aproximar a los Estados.

Como lo indica el Pacto de Bogotá, que en esta materia podemos usar como doctrina, una vez que se haya logrado el acercamiento de las partes y que éstas hayan reanudado las negociaciones directas, quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiera ofrecido sus buenos oficios. Sin embargo, y por acuerdo de las partes, podrán aquéllos estar presentes en las negociaciones.

En la Carta de la Organización se prevén buenos oficios automáticos, por parte del Consejo Permanente de la OEA, o de la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas. Están previstas en varios artículos de la Carta de la Organización. En primer lugar, existe el artículo segundo de la Carta que dice: "...que entre los propósitos esenciales de la Organización está procurar la so-

lución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos, es decir, de los países que forman la Organización”.

Luego específicamente el artículo 84 establece que las partes en una controversia podrán recurrir al Consejo Permanente para obtener sus buenos oficios. El Consejo, en este caso, tendrá la facultad de asistir a las partes y recomendar los procedimientos que considere adecuados para el arreglo pacífico de las controversias. Si las partes así lo desean, el Presidente del Consejo trasladará directamente la controversia a la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas.

Esta Comisión sustituyó a la antigua Comisión Interamericana de Paz, que prestó eminentísimos servicios en el arreglo de controversias. Fui durante cinco años Embajador ante la OEA, y con mis colegas venezolanos, primero el doctor Pedro París Montesinos y luego el doctor Gonzalo García Bustillos, intervinimos en la solución de varios conflictos, por medio de la Comisión Interamericana de Paz y del Consejo. El artículo 86, respecto de la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas, indica que ésta puede ofrecer sus buenos oficios a las partes. Aceptados los buenos oficios, la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas podrá asistir a las partes y recomendar los procedimientos que considere adecuados para el arreglo pacífico de la controversia.

En los buenos oficios el Estado o el ciudadano que presta sus buenos oficios no indican cuál debe ser la solución. Aproxima a las partes y cuando más puede recomendar procedimientos, pero su actuación no se extiende más allá. Hay una norma curiosa en uno de los tratados americanos, el Protocolo a la Convención o Tratado Interamericano de Conciliación, que establece que ofrecer buenos oficios nunca se puede considerar inamistoso. Si hay dos partes que están en conflicto, un tercer Estado amigo les ofrece sus buenos oficios que se entiende que no puede ser un acto inamistoso y, obviamente, no lo es.

d) *Mediación, investigación y conciliación.* Después vienen dos procedimientos que son muy parecidos, pero que los autores distinguen, que son: la mediación, la investigación y la conciliación. La investigación y conciliación está considerada como un sistema que se distingue de la mediación.

Tanto en la mediación como en la conciliación, existe un tercero, que es el mediador o el conciliador, el cual, a diferencia del que ofrece sus buenos oficios, sí interviene en el problema, busca soluciones, que pueden ser jurídicas, políticas, o de equidad, y las somete a las partes para que éstas decidan libremente si las aceptan. Estamos todavía en la etapa de los procedimientos en que las soluciones no son obligatorias, y generalmente son más políticas o de equidad que jurídicas. El mediador o el conciliador sugieren una solución, que no es un fallo, ni una opinión de derecho, sino que es una solución posible,

sugerida por un tercero. Hay países a los que no les gusta recurrir a la conciliación o a la mediación, porque dicen que es inconveniente que intervenga un tercero en la controversia; pero la intervención de ese tercero, como lo anotan los tratados y los autores tiene una ventaja, que consiste en que el tercero propone una solución con independencia, y entonces las dos partes y especialmente la opinión pública de los países, pueden ver que la solución que propone un tercero puede ser una solución plausible, equitativa, jurídica y políticamente aceptable.

¿Cuál es la diferencia entre la mediación y la conciliación? En ambas interviene un tercero; en ambas éste propone soluciones; en ninguna de ellas la solución propuesta es obligatoria. La Doctrina dice que la diferencia es que la mediación es más política y la conciliación es más científica; como lo dice algún autor francés, en la mediación se recurre al Estado; en la conciliación, al experto; en el primer caso, se va al "príncipe", y en el segundo se busca al "sabio". La mediación ha sido un procedimiento histórico y tradicional; muchas veces algunos países de gran influencia ante los que están en la controversia, hacen la mediación. Antiguamente, y ahora también, la Santa Sede, ha desempeñado importantes mediaciones, como en el caso del Canal del Beagle entre Argentina y Chile. En cambio, cuando se recurre a la conciliación, se busca a los expertos, las comisiones de conciliación, que a veces son comisiones *ad hoc*, y otras veces, comisiones permanentes. Sin embargo, la definición interamericana de la mediación y de la conciliación no está caracterizada en esa forma, porque en ambas pueden ser mediadores un Estado o un ciudadano. El procedimiento de mediación, dice el artículo 11 del Pacto de Bogotá, consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano, extraños a la controversia. En uno u otro caso el mediador o los mediadores, serán escogidos de común acuerdo o aceptados por las partes. Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno, y en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales.

Las partes contratantes, en el Pacto de Bogotá, pero ello se aplica a cualquier Estado, podrán ofrecer su mediación. Esta podrá buscarse u ofrecerse, bien sea individual o conjuntamente; pero conviene no hacerlo mientras la controversia esté sujeta a otro de los procedimientos establecidos. De tal manera que hay ocasiones en que se puede recurrir a la mediación de un ciudadano eminente, y evidentemente así se ha hecho; en el larguísimo conflicto de Honduras y El Salvador, que empezó con la mal llamada Guerra del Fútbol, en 1969, en la que trabajamos muy asiduamente con el Embajador García Busti-

llos, para la terminación de ese conflicto los dos países buscaron la mediación de un ciudadano eminente, que fue el gran jurista peruano doctor José Luis Bustamante Rivero, antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia. Esta mediación terminó con un Tratado en 1980, en el cual se acordó buscar la solución de la controversia definitiva en materia de límites con un recurso ante la Corte Internacional.

En la Organización Interamericana, como les dije, no se hace esa distinción, entre gobiernos, que hacen la mediación y comisiones de juristas u hombres eminentes que hace la conciliación. La distinción radica según el Pacto, en cuestiones de procedimiento. El mediador, una persona individual o un gobierno, busca un sistema muy sencillo y recomienda una solución. La conciliación está mucho más organizada; se parece a un procedimiento judicial o arbitral. Generalmente hay comisiones de investigación de cinco miembros y en aquel tratado están organizadas en forma muy minuciosa, como lo están en algunos tratados bilaterales, como el que tenemos entre Colombia y Venezuela de 17 de diciembre de 1939, en el cual están previstos varios de los medios de solución pacífica de las controversias, y que creó una comisión permanente de conciliación, así como la posibilidad de recurrir al arbitraje o a la decisión jurisdiccional, con una serie de condiciones que no es del caso analizar en esta oportunidad.

Vale la pena mencionar que sobre buenos oficios y mediación se hicieron unos tratados en Buenos Aires en 1936. En realidad es muy poco lo que se puede decir en materia de mediación o de buenos oficios en un Tratado. Cuando se tiene esa posibilidad, ellos siempre son facultativos, siempre son voluntarios. Y como les dije en la Conferencia Interamericana de Montevideo, del año 1933, se aclaró que no es inamistoso ofrecerlos.

Hay otros dos casos interesantes, de mediación interamericana: cuando el conflicto de Honduras y El Salvador en 1969, inicialmente al estallar el conflicto ofrecieron su mediación los otros tres países centroamericanos: Nicaragua, Guatemala y Costa Rica. Yo presidía el Consejo cuando se inició la controversia, que se suspendió por la mediación que ofrecieron los tres países, y que aceptaron las dos partes. No teníamos en ese momento nada más que hacer. Las dos partes ofrecieron suspender la controversia y aceptar la mediación, pero luego se rompió la mediación; El Salvador invadió Honduras; entonces ya entramos a tratar de la solución del conflicto.

Posteriormente volvieron a intervenir los países mediadores y después se produjo la mediación del doctor Bustamante Rivero.

Existe otra mediación en curso, que es la de Su Santidad el Papa en el conflicto entre Argentina y Chile por el Canal del Beagle, después de que se había proferido una decisión arbitral de la Corte Internacional. Inicialmente se

recurrió a un arbitraje de la Corte. Esto significa que no fue a la totalidad de la Corte que se sometió el caso, sino que se escogió un grupo de magistrados de la Corte Internacional al que se sometió el arbitraje. Argentina no aceptó el laudo, y entonces el Papa ofreció la mediación que adelantaba monseñor Samoré, antiguo Nuncio en Colombia, que acaba de fallecer, y está en curso esa mediación. (Al publicarse esta conferencia, ya se firmó el tratado que surgió de la mediación). Hay otra distinción, que tiene interés, entre la investigación y la conciliación, aunque hoy día el procedimiento se llama "investigación y conciliación". Pero éstas tienen dos aspectos diferentes: la investigación se refiere más especialmente a la cuestión de hecho, y la conciliación a la propuesta de soluciones.

Inicialmente se organizó la investigación, y existe un tratado interamericano suscrito en la Conferencia Interamericana de Santiago de Chile en 1923, que se llama el Pacto Gondra. Gondra era un eminente jurista paraguayo, y se estableció que todas las cuestiones que fueran objeto de una controversia se someterían al procedimiento de la investigación mediante una comisión de investigación, que era muy compleja; había una comisión de tres Embajadores en Washington y otra comisión de tres Embajadores en Montevideo, que tenían que convocar las comisiones *ad hoc* en cada caso, integradas por cinco personas, con unas excepciones que eran los problemas constitucionales de cada país y las cuestiones ya resueltas con anterioridad. Trae una norma muy interesante el Pacto Gondra, que se reitera posteriormente y que consiste en que, después que se convoca la Comisión, las partes se obligan a no hacer movilización de tropas, no hacer actos hostiles ni hacer propaganda de hostilidades; se congelan, digámoslo así, los preparativos de hostilidades.

En 1929 se firmó una Convención de Conciliación en Washington, en una conferencia especial, convocada por la VI Conferencia Interamericana de La Habana de 1928, para tratar únicamente sobre arbitraje y conciliación. Se firmaron tres tratados, uno sobre conciliación, otro sobre arbitraje y otro para tratar de eliminar las reservas que se habían hecho a los tratados anteriores. La Comisión General de Conciliación extiende las funciones de las comisiones del Pacto Gondra, que eran sólo de investigación, a la conciliación, y establece cómo van a funcionar esas comisiones *ad hoc*.

Posteriormente, en 1933 se firmó otro tratado, el tratado antibélico, llamado Saavedra Lamas, por el jurista argentino que lo promovió, don Carlos Saavedra Lamas; tiene excepciones a la conciliación, que son, entre otras, aquellas materias que sean de competencia exclusiva del Estado; hay una norma muy discutible, pues le quita total eficacia y que consiste en que si se discute si procede conciliación o no, la Corte Suprema del propio Estado decide si

es competencia del Estado o si puede ir a la Comisión de Conciliación. Aunque existían esos dos tratados, luego también en el año 1933 en Montevideo, en la Conferencia de ese año, se aprobó un protocolo adicional y se establecieron comisiones permanentes de conciliación, en lugar de las comisiones *ad hoc* en cada caso. Sobre investigación más que sobre conciliación se han desarrollado en el Sistema Interamericano misiones de observadores, observadores civiles, observadores militares, Fuerza Interamericana de Paz. Generalmente cuando los conflictos han llegado a cierta etapa, es necesario investigar los hechos. Sobre esto quizá el doctor Isidro Morales nos cuente un poco los precedentes en Naciones Unidas.

Cuando se convoca el Organó de Consulta, generalmente se envían comisiones investigadoras; el Organó de Consulta las ha enviado siempre, desde el primer conflicto que se suscitó con la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca en 1948, entre Costa Rica y Nicaragua; se nombraron comisiones investigadoras, cuando Venezuela formuló la acusación contra Cuba por agresión el año 1962; vino una comisión de investigación de varios países a investigar los hechos aquí en Venezuela y concluyó que existía la agresión cubana contra Venezuela, y cuando el conflicto de Honduras y El Salvador en 1969, se envió inicialmente una comisión de siete embajadores al lugar de los acontecimientos, entre ellos los embajadores García Bustillos, el de Estados Unidos, el de Nicaragua y otros, a investigar y adelantar también una especie, si no de mediación de conciliación, para tratar de buscar sistemas pacíficos. Se logró suspender el fuego, muy rápidamente, por el Organó de Consulta Provisional, a nivel de Consejo Permanente, y luego ya por los ministros de Relaciones Exteriores se obtuvo el retiro de las tropas de El Salvador, del territorio de Honduras, y siguió un proceso de desmonte muy cuidadoso; se nombraron observadores militares o una comisión de paz, para vigilar la frontera, que funcionó prácticamente desde el año 1969 hasta que terminó el conflicto y con muy buenos resultados.

Las Naciones Unidas como ustedes lo saben tienen los cascos azules. Sobre esto también el doctor Isidro Morales podrá contarnos algo. El Grupo de Contadora este año envió un grupo de observadores civiles, algunos antiguos embajadores en Naciones Unidas, por parte de Colombia, y otras personalidades eminentes a investigar sobre el terreno y la conciliación.

Cuando ya terminan estos procedimientos que podemos decirlos prejudiciales, se llega a los dos procedimientos jurídicos cuyas conclusiones sí son obligatorias, a saber: el arbitraje y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

El Pacto de Bogotá o Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas, tiene establecido un sistema completo por medio del cual toda controversia

tiene que llegar a una solución pacífica. Se pueden buscar todos los procedimientos, pero cuando fracasan los procedimientos previos, el Pacto de Bogotá prevé que automáticamente cualquiera de las partes pueda recurrir a la Corte Internacional de Justicia. Si se trata de un problema jurídico, de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional, cualquiera de las partes puede demandar ante la Corte.

Si la Corte se declara incompetente, porque el asunto sea de la competencia interna de los Estados, se acaba la controversia internacional. De lo contrario, las partes están obligadas a ir al arbitraje obligatorio, y no sólo al arbitraje obligatorio sino a lo que se llama el arbitraje compulsivo, que son dos nociones diferentes, así: en el año 1929 en la Conferencia de Washington se estableció el Tratado Interamericano de Arbitraje. Arbitraje obligatorio, pero en el cual las partes tenían que hacer un compromiso y designar los árbitros; si no lo hacían, no había manera de llegar al arbitraje. En cambio, en el sistema del Pacto de Bogotá, si las partes no llegan a redactar el compromiso, éste lo hace la Corte Internacional o el Consejo de la Organización.

La reglamentación del Pacto de Bogotá es muy minuciosa, un poco engorrosa, y el Pacto de Bogotá ha resultado en la práctica ineficaz. En la reunión que tuvo lugar aquí en Caracas, hicimos dos conferencias sobre esta materia, la doctora Meckel y yo. Ella señalaba que el Pacto de Bogotá es un poco idealista y puramente jurídico, para buscar por todas las formas una solución a la controversia; yo comentaba que Colombia se ha adherido a esas tesis jurídicas y un poco idealistas. Colombia ratificó la jurisdicción de la Corte Permanente de la Sociedad de las Naciones y ha aceptado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, ha ratificado el Pacto de Bogotá que es otra manera indirecta para ir a la Corte, y se sometió voluntariamente el caso del asilo del doctor Haya de la Torre a la Corte Internacional en el litigio con el Perú. Este por cierto, tuvo un desenlace tragicómico, que fue que la Corte dictó dos sentencias contradictorias: según la primera, Colombia había concedido mal el asilo y el Perú no tenía que darle salvoconducto a Haya de la Torre y el asilo debía cesar; y según la segunda, el doctor Haya de la Torre era un asilado político, y Colombia no tenía que entregarlo al Perú. Entonces el asunto quedó congelado y el doctor Haya de la Torre estuvo cinco años en la Embajada de Colombia en Lima, hasta que el problema se arregló posteriormente por negociación directa.

El Pacto de Bogotá no ha sido ratificado por muchos Estados. Venezuela no lo ha ratificado. De los países que lo ratificaron muchos lo hicieron con reservas, que lo hacen ineficaz y no se ha aplicado sino en dos casos y ambos, con ocasión de la reunión del Órgano de Consulta; en el primer caso Nicaragua-

Costa Rica, y en el segundo Nicaragua-Honduras. En ese caso, por insinuación del Organo de Consulta, las partes sometieron la controversia a la Corte Internacional y en esa forma se decidió.

Creo que este es un panorama un poco esquemático, pero en todo caso les da a ustedes una idea de cuáles son los principales medios de solución pacífica de las controversias. Muchas gracias.

SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

ISIDRO MORALES PAÚL

Profesor, Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas, Universi-
dad Central de Venezuela.

Señor Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, señores profesores, invitados de Colombia, del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá), señoras y señores. Muy buenos días.

EL MARCO GENERAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS: LOS MECANISMOS DE NACIONES UNIDAS

Me corresponde a mí, el analizar el marco general de Controversias, especialmente en base a los mecanismos de Naciones Unidas. El Derecho es en esencia un orden para promover la paz, afirmó Hanz Kelsen. Un orden que consiste fundamentalmente en la solución pacífica de los conflictos, en primer lugar, como una alternativa a la confrontación directa y, en segundo lugar, que esa solución sea de conformidad con reglas de validez universal. Un orden preestablecido que tiende a la armonía entre los seres humanos, ese orden es en términos generales, el Derecho.

El problema radica en que, por naturaleza, la comunidad internacional es una comunidad descentralizada. Se plantea entonces la cuestión de determinar cómo aplicar reglas universales de regulación de conducta a esa comunidad descentralizada.

De ahí surge un esfuerzo del ser humano por tratar de poner orden en esa comunidad descentralizada y se crean organizaciones internacionales, cuya misión es, precisamente, la de tratar de crear reglas de juego de aplicación universal, y en tratar de centralizar la aplicación del Derecho.

LA SITUACION HASTA FINES DEL SIGLO XIX

Hasta fines del siglo XIX, la solución pacífica de controversias no era sino una alternativa del conflicto armado. Incluso esa solución pacífica para ese

momento era de una aplicación simultánea con el conflicto armado, tenía una vigencia paralela a la del conflicto armado. Las conferencias sobre solución de controversias de 1899 y 1907 fueron destinadas a evitar en lo posible el recurrir a la fuerza en las relaciones entre los Estados. Correspondió a la Sociedad de Naciones realizar un avance significativo en la materia; si bien, no prohibió en forma explícita el recurso a la guerra, simplemente condicionó su utilización al procedimiento previo de solución. Se requería el transcurso de tres meses y, salvo recomendación unánime del Consejo, podría recurrirse a la guerra.

Fue el *Pacto Brian-Kellog, o Pacto de Paris de 1928*, el primero en condenar enérgicamente el recurso a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y que reconoció exclusivamente la aplicación de medios pacíficos. Sin embargo no se contempló ni creó un mecanismo institucional permanente de control y vigilancia con capacidad sancionadora. Los defectos signaron su destino, no fue eficaz en el logro de su objetivo. En la Sociedad de Naciones la solución pacífica de controversias internacionales se consideró ya como un objetivo específico y se le dio un *status* especial.

En la Carta de Naciones Unidas, en cambio, el sistema de solución de controversias fue concebido como dependiente del objetivo primordial de mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Por eso sólo las controversias que pongan en peligro la paz y seguridad internacional hacen poner en ejecución los mecanismos de solución, que son objeto de atención y tratamiento especial.

Las otras controversias, si bien no están excluidas del sistema, prácticamente están sometidas a las partes, que, de común acuerdo pueden escoger los mecanismos de solución.

LOS TIPOS DE CONTROVERSIAS

Como punto previo se plantea el problema de la diferencia entre las controversias jurídicas y las controversias políticas. Admitiendo la división de las controversias internacionales entre estas dos especies, se genera la diferenciación de los métodos de arreglo pacífico de controversia en función de ellas, es decir, métodos jurídicos y métodos políticos. En otras palabras diferencias jurisdiccionales y diferencias no jurisdiccionales.

La propia Carta de Naciones Unidas en su artículo 36 establece que el Consejo de Seguridad al hacer recomendaciones de acuerdo con este artículo, deberá tomar en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deberán ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto de la Corte. Sin embargo, este solo tema podría servir de justificado análisis para un conjunto de conferencias sobre la materia. Si nosotros observamos en la práctica el resultado de los conflictos

que se han planteado y, especialmente, aquellos que, no obstante de haber sido sometidos a procedimientos jurisdiccionales obligatorios, no han conducido a una solución definitiva, es porque de alguna manera se trata de conflictos donde lo jurídico y lo político están íntimamente vinculados. El profesor Holguín nos ha mencionado la discusión del Canal de Beagle, actualmente en manos de la mediación papal, y que como ustedes bien saben fue objeto de una decisión arbitral por parte de algunos miembros de la Corte Internacional de Justicia. Pues bien, precisamente el pretender la aplicación fría y dura del Derecho a algunos conflictos jurisdiccionales que tienen graves implicaciones político-jurídicas, ésto ha conducido a que algunos de esos conflictos sean más proclives a una solución de tipo político que a una solución de tipo jurídico. Es principio de vigencia pacífica en el Derecho Internacional el carácter consensual de los mecanismos de solución de controversias. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional destacó que está bien establecido que ningún Estado puede considerarse obligado a someter sus diferencias con otros Estados, sea a la mediación o al arbitraje, sin su consentimiento.

Ese punto de vista fue confirmado igualmente por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 3-3-50. Igualmente, el mecanismo de solución de controversias recién adoptado por la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sustenta sus mecanismos de solución de controversia en el principio del consentimiento libre por los Estados, de escoger libremente el mecanismo que consideren más adecuado.

LOS FACTORES LIMITATIVOS

Sin embargo, esa libertad está en cierto modo condicionada por algunas normas y prácticas establecidas en derecho internacional. Entre ellas, particularmente el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas que establece un orden sucesivo de aplicación de los mecanismos de solución de controversias. También se reconocen en doctrina ciertas prácticas, tanto en la Sociedad de Naciones como en las propias Naciones Unidas.

Igualmente en el ámbito de las organizaciones internacionales han surgido factores limitativos de esa libertad consensual. Es más, hay casos en que se aplican con carácter vinculante los mecanismos de solución. Es el caso, por ejemplo, de la Corte de Justicia del Acuerdo de Cartagena a la cual recientemente Venezuela se adhirió mediante la ratificación correspondiente.

LA SOLUCION PACIFICA DE CONTROVERSIAS

La solución pacífica de controversias forma parte de los principios de la Carta de Naciones Unidas, constitutivos de las normas fundamentales de la Organización, lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de

justicia y del Derecho Internacional el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales, susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz.

Los miembros de la Organización deben arreglar sus controversias por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro la paz y seguridad internacionales. Valga señalar, en primer lugar, que el mecanismo de solución de controversias aplicado por las Naciones Unidas, concentra su atención en determinados tipos de controversias. Son las controversias capaces de poner en peligro la paz y el orden internacional, las que están sometidas a su mecanismo. Luego amplía su jurisdicción a las situaciones que producen un efecto similar, por lo que consideramos que el texto utiliza simultánea y equitativamente ambos términos.

LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS

Desde un punto de vista institucional, el tema de solución de controversias se aplica de acuerdo a competencias atribuidas a diversos mecanismos institucionales: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia, la Secretaría General, e incluso, los organismos regionales que tienen alternativamente que tomar posición y conocer de problemas de conflicto de acuerdo a su naturaleza y de acuerdo a las condiciones exigidas por la propia causa.

LOS MEDIOS DE SOLUCION

Las partes en una controversia capaz de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, deben tratar de buscar una solución mediante la negociación directa, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y los mecanismos regionales de solución de controversia. Ya el profesor Holguín les dijo con lujo de detalles el cúmulo de características que ponen de manifiesto las diferencias entre estos mecanismos de solución y aquellos casos en que se deben aplicar. En todo caso, es incuestionable que, la observación fundamental que debemos hacer al mecanismo, es que el propio orden seguido en la enunciación de los principios revela que el final esencial de la organización, es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y no la solución pacífica de controversias. Esto evidentemente es una falla que debe tenerse muy en cuenta en el ámbito político y jurídico para una reforma en el futuro de la Carta de Naciones Unidas.

El problema de la solución de controversias en el mundo contemporáneo no debe circunscribirse a los casos en que el conflicto tiene dimensión universal. Las razones son evidentes y claras, en primer lugar porque el mantenimiento de la paz mundial ya no es patrimonio exclusivo de la Organización

de las Naciones Unidas, ni siquiera de un grupo de Estados que puedan integrar el Consejo de Seguridad en un momento determinado, sino que el mantenimiento de la paz es un deber de carácter mundial. Es más, dado el avance de los medios de comunicación y la complejidad de la política internacional contemporánea, no es posible estrictamente hacer una distinción de carácter tajante entre conflictos capaces de afectar la paz mundial. Podríamos decir sin exagerar que no hay conflicto por humilde que fuese, que no sea capaz de afectar la paz mundial. Pequeños conflictos como el caso de Centroamérica, conflictos como el caso de Afganistán nos ponen de manifiesto el grave peligro de la paz mundial, aunque aparentemente ese no fuese el caso.

LA COMPETENCIA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Al propio tiempo el Consejo de Seguridad tiene facultades especiales para casos determinados. Por ejemplo, se le faculta para investigar toda controversia o toda situación, susceptible de conducir a fricción internacional. Fíjense ustedes que el lenguaje utilizado por el legislador de la Carta de las Naciones Unidas pone de manifiesto la dificultad en apreciar y evaluar un conflicto, y especialmente su efecto en el ámbito internacional. Se habla de controversias o de situaciones, ya un concepto mucho más genérico, susceptible de conducir a fricciones internacionales, o dar origen a una controversia. Es decir, ¿qué fricción internacional no da origen a una controversia? Evidentemente que pueda haber muchas fricciones que se solucionan en una etapa preliminar, pero eso no invalida su capacidad potencial de generar un conflicto internacional.

Los Estados Miembros de Naciones Unidas, por otra parte, están facultados para llevar cualquier controversia o situación de las señaladas, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General. Este artículo es uno de los que pone un poco en conflicto el sistema de controversias de las Naciones Unidas en relación con los mecanismos regionales de solución. Es decir, en la medida en que todo Estado tenga la facultad para llevar cualquier controversia o cualquier situación de las señaladas en el artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General, esto quiere decir que no es incompatible que el mecanismo de solución regional se utilice al mismo tiempo que el mecanismo de solución universal. Es más, un Estado no miembro de Naciones Unidas puede llevar toda controversia en la que sea parte, si acepta de antemano la obligación de arreglo pacífico establecido en la Carta. El legislador consciente de que la paz mundial no es patrimonio exclusivo de los miembros de las Naciones Unidas, sino que incluso un no miembro puede estar afectado por un conflicto, aun no siendo miembro de las Naciones Unidas, se le da capacidad procesal activa para plantear ante los organismos políticos el conflicto, siempre y cuando, lógicamente, acate las consecuencias jurídicas de su acto; es decir,

todo el ordenamiento jurídico aprobado por Naciones Unidas. Es más, el propio artículo 36 de la Carta establece que el Consejo de Seguridad en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de la señalada en el artículo 33 o de índole semejante, puede recomendar los procedimientos que sean apropiados. El Consejo de Seguridad, evidentemente, es el organismo dentro de los mecanismos de Naciones Unidas en que el legislador ha concentrado la máxima responsabilidad, para el seguimiento de los conflictos contra la paz mundial, capaces de perturbar esa paz mundial y, por eso, la facultad para hacer recomendaciones a las partes. Ahora bien, el Consejo tiene que seguir ciertos lineamientos establecidos, bien por las partes o bien por la práctica. Por ejemplo, en su recomendación deberá tomar en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto y, por otra parte, deberá tomar en consideración todos aquellos mecanismos que las partes hagan por vía consensual, aceptado para solucionar su conflicto de carácter regional.

En todo caso, el principio de la solución pacífica de controversia, tal y como está incorporado a la Carta, significa tres supuestos de carácter fundamental: 1) en primer lugar las controversias entre los Estados en ningún caso podrán ser tratadas ni solucionadas ni resueltas por medios no pacíficos; especialmente se excluye la amenaza con el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de algún Estado; 2) en segundo lugar, las controversias entre Estados sólo pueden ser resueltas por medios pacíficos, y 3) en tercer lugar, cuando las controversias puedan poner en peligro la paz y seguridad internacional deben ser resueltas por medios pacíficos, o sea, el mecanismo debe aplicarse con carácter imperativo en este último caso.

Ahora bien, ni la Carta de Naciones Unidas ni el Estatuto establecen la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Sólo los Estados que previamente o con ocasión de algún litigio así lo hubiesen admitido se encuentran vinculados por el mismo.

CARACTERÍSTICAS DE CARACTER JURISDICCIONAL

El mecanismo de carácter jurisdiccional tiene las siguientes características: 1) es de carácter consensual; 2) se refiere específicamente a las controversias o situaciones señaladas en el artículo 33 de la Carta, aquéllas cuyas continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional; 3) puede ponerse en marcha por vías diferentes, en primer lugar, por iniciativa del Consejo de Seguridad en ejercicio de su responsabilidad primordial de mantener la paz. Si así lo estimare necesario, instalará a las partes, a que arreglen su controversia por dichos medios. En este caso, queda en manos de las partes la solución. Es simplemente una sugerencia que hace el Consejo

de Seguridad, sugerencia que evidentemente tiene un peso político indubitable, ya que se trata de un organismo que es nada menos que el principal organismo mundial destinado a evitar los problemas conflictivos. En segundo lugar, el Consejo de Seguridad está facultado para investigar toda controversia o situación que conduzca a una afección internacional que pueda dar origen a una controversia. En tercer lugar, son las facultades que concede el Consejo de Seguridad en el artículo 36 de la Carta, en virtud de la cual, en cualquier estado en que se encuentra una controversia de las señaladas en el artículo 33 o de las situaciones semejantes, el Consejo de Seguridad puede intervenir en el conflicto para recomendar mecanismos de solución. No está señalado en esta etapa señalar condiciones en que se puede celebrar las negociaciones ni tampoco sugerir soluciones, simplemente sugerir los mecanismos aplicables.

En segundo lugar, el Consejo de Seguridad adopta el papel en una segunda etapa en el proceso de solución. En caso de fracaso en la utilización de medios, las partes someterán al Consejo de Seguridad el problema planteado, el que evalúa la peligrosidad del conflicto y, en consecuencia, decide si procede según el artículo 36; es decir, recomienda procedimientos o métodos apropiados o, en caso de que el conflicto tenga mayor grado de peligrosidad, entra ya a recomendar los términos del arreglo que considere apropiados, es decir, entra en el proceso de las condiciones que deben las partes admitir para una solución aceptable.

LA COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA GENERAL

La Asamblea General, por su parte, también tiene un papel que cumplir muy importante en el mecanismo de solución de controversias. Se le faculta para discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier miembro de Naciones Unidas o del Consejo de Seguridad. Es decir, la Asamblea no puede de oficio conocer el problema sino que debe ser a iniciativa de algún miembro del Consejo de Seguridad; en todo caso, si se requiera alguna acción, la cuestión debe ser referida al Consejo de Seguridad antes o después de discutida; es decir, que todo aquello que implique una medida coercitiva como ya lo aclaró la propia Corte Internacional de Justicia, debe ser sometida y decidida por el Consejo de Seguridad, lo que no significa necesariamente que la Asamblea pierda su competencia para conocer del problema, pero sin inmiscuirse en la toma de acciones concretas.

Con razón ha dicho Reuter, que los poderes de la Asamblea General en relación al Consejo de Seguridad, presentan tres características: en primer lugar, son subsidiarios; en segundo lugar, se limitan a la mediación e investigación, y en tercer lugar, pueden aplicarse a otras situaciones menos específicas que aquellas que restringen la capacidad de acción del Consejo de Seguridad.

RELACION ENTRE EL MECANISMO INTERNACIONAL Y LOS ACUERDOS REGIONALES

El profesor Holguín mencionó un tema al cual nosotros queremos hacer alguna referencia, que es la relación entre el mecanismo internacional y los acuerdos regionales. El capítulo 6º de la Carta enumera, entre los métodos de solución de controversias, el recurso a organismos o acuerdos regionales cuyas actividades y propósitos sean compatibles con los principios y propósitos de Naciones Unidas, es decir, si bien el legislador universal admitió la compatibilidad entre el mecanismo universal de solución de controversias y los mecanismos regionales, lo condicionó a que las actividades y propósitos de esos organismos deben necesariamente ser compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. No obstante, el artículo 36 de la Carta otorga competencia al Consejo de Seguridad para recomendar procedimientos en cualquier estado en que se encuentre una controversia. Sin embargo, hay que recordar que sólo las controversias susceptibles de poner en peligro la paz y seguridad internacionales son competencia del Consejo de Seguridad. Es importante esta distinción porque en realidad los mecanismos regionales de solución están orientados a lo que se considera controversia de carácter local. Aquí volvemos al problema de la dificultad en establecer la dimensión y alcance de las controversias internacionales del mundo contemporáneo, ya que por pequeña que sea una controversia, repito, sus efectos e implicaciones de carácter político, con frecuencia arrastran a las principales potencias mundiales y son capaces, consecuentemente, de poner en peligro la paz y el orden establecidos.

En todo caso, los miembros de Naciones Unidas parten de que esos acuerdos regionales deben hacer el esfuerzo para lograr el acuerdo pacífico de la controversia de carácter local, por medio de tales acuerdos u organismos, antes del sometimiento al Consejo de Seguridad. Esto no afecta la aptitud o capacidad investigadora del Consejo de Seguridad de toda controversia susceptible de poner en peligro la paz mundial. La cuestión a resolver radica en si existe o no una prioridad, o una aplicación excluyente de mecanismos universales, en relación al mecanismo regional.

Se ha sostenido que es prudente, para evitar los inconvenientes de una acción simultánea, que el órgano de Naciones Unidas se abstenga cuando su intervención pueda ser prematura o sin fundamento jurídico. Esto nos plantea un difícil problema de calificación de la relación a las cuestiones prácticas. ¿Cuándo es prematura la intervención de un órgano en relación a un conflicto determinado, cuándo tiene fundamento jurídico y quién califica ese fundamento jurídico? Habría que decir, en primer lugar, que para que tenga fundamento jurídico, habría que comenzar por evaluar las consecuencias jurídico-políticas del conflicto a ver si se trata de un conflicto capaz de afectar la paz mundial, o

si se trata exclusivamente de una controversia de carácter local. En todo caso, recuerdo el caso de República Dominicana donde se presentó prácticamente una acción simultánea de ambos organismos, donde ya la OEA había adoptado un conjunto de decisiones y, por otra parte, se presentó la cuestión de la investigación simultánea por ambos organismos. También lo acaba de plantear Nicaragua en Naciones Unidas, argumentando que no existe ninguna disposición en la Carta que excluya el conocimiento del órgano universal, aun cuando esté conociendo el órgano regional. En todo caso, la Carta distingue dos clases de controversias, aquella cuya prolongación es susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz, contemplada en el artículo 33 de la Carta y, segundo, las amenazas a la paz, el quebrantamiento de la paz y los actos de agresión contemplados en el artículo 39. Las primeras controversias son contempladas en cuanto a su solución en el Capítulo VI de la Carta, y están sometidas a los diferentes procedimientos pacíficos en ella señalados. Las segundas, en cambio, dan lugar a medidas coercitivas y, en consecuencia, deben ser sometidas al Consejo de Seguridad que es el organismo competente en esta materia. En todo caso, ninguna acción coercitiva podrá ser emprendida a nivel regional sin la autorización del Consejo de Seguridad, salvo contra los Estados enemigos o contra la renovación de una política de agresión de parte de dichos Estados. También se plantea un problema de calificación previa para determinar si se trata de un caso de reincidencia e infringir el orden institucional por parte de un Estado, caso en el cual se justifica o se contempla la validez de la acción coercitiva por parte del órgano regional. En los demás casos corresponde la competencia al orden universal.

Un sector mayoritario de la doctrina, no obstante, sostiene que el Consejo de Seguridad detenta el monopolio absoluto de la aplicación de medidas coercitivas. Sin embargo, no existe tal monopolio absoluto puesto que hay casos en que la propia disposición legal contempla, si bien por vía excepcional, que el órgano regional puede adoptar medidas coercitivas, como son los casos de los Estados enemigos o contra los Estados reincidentes en infringir el orden internacional. Es interesante destacar, que tanto el Pacto de Bogotá como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, contemplan la obligación de recurrir a mecanismos regionales antes de acudir a Naciones Unidas. Sin embargo, el artículo 35 de la Carta contempla la facultad genérica de cualquier Estado, de plantear ante Naciones Unidas el problema. Algunos autores han considerado que existe una contradicción entre estas dos disposiciones, la universal y la regional. Sin embargo, es conveniente hacer notar que la disposición de la Carta de Naciones Unidas, es de carácter facultativo, cualquier Estado puede, o sea, que si un Estado voluntariamente se somete a la obligación de hacerlo a nivel regional antes de hacerlo a nivel universal, simplemente lo que está es creando una etapa previa que no es incompatible con las facultades genéricas de hacerlo

cuando así lo considere conveniente. En todo caso, es lo cierto, que no existe ninguna norma concreta que prohíba al Consejo de Seguridad actuar cuando un organismo regional se está ocupando del asunto.

EL SISTEMA DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

El sistema de seguridad de Naciones Unidas exige la unanimidad de las grandes potencias y miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Por eso el profesor De Vissher ha dicho que no se debe a una accidental deficiencia del organismo primordialmente responsable del mantenimiento de la paz la deficiencia de Naciones Unidas, sino a la impotencia de todo el sistema de seguridad adoptado en 1945. Por esto se ha planteado la necesidad de desplazar el centro de toma de decisiones del Consejo de Seguridad a la Asamblea General, en base al criterio, de que el mantenimiento de la paz no es responsabilidad exclusiva de las grandes potencias, sino de todos los integrantes de la comunidad internacional. La Resolución 377, conocida como Unidos para la Paz o Resolución Acheson, de 1950, constituyó un esfuerzo legislativo para tratar de resolver este problema. Fue el primer esfuerzo congruente de reestructuración del sistema de Naciones Unidas. Sin embargo, se ha observado que las bases jurídicas de esa Resolución difieren sustancialmente del texto de la Carta. En efecto, la Resolución elimina la exigencia de unanimidad de las grandes potencias, por lo que tiende a democratizar el sistema de seguridad. Se trata, ha dicho Jiménez de Aréchaga, de un sistema nuevo de seguridad descentralizado. Esa Resolución surgió con motivo de la Guerra de Corea. Trata de cubrir una hipótesis no compatible con el sistema de seguridad idealizado en 1945, esto es, la hipótesis de conflicto entre grandes potencias. Es interesante recordar una anécdota que pone de relieve un poco este conflicto político-jurídico en el seno de Naciones Unidas y que, evidentemente, mediatiza el sistema adoptado por el legislador universal. Se dice que en Naciones Unidas, cada vez que existe un conflicto, algo desaparece. Si el conflicto es entre dos pequeñas potencias, desaparece el conflicto; si el conflicto es entre una pequeña potencia y una grande, desaparece la pequeña potencia, y si el conflicto es entre dos grandes potencias, desaparecen las Naciones Unidas. Precisamente, la Resolución Acheson fue concebida desde el punto de vista político para contemplar la hipótesis que se quiso evitar al diseñar el mecanismo de solución de controversias. Esto es, la hipótesis de conflicto entre grandes potencias. Evidentemente que ésto plantea graves interrogantes desde el punto de vista político; podría alegarse que tal mecanismo de solución induciría a la creación de bloques dentro del mecanismo de solución, lo cual podría poner en peligro su propia existencia, pero, por otra parte, podemos observar que esos bloques ya existen dentro de la propia formación, dentro de la propia vida de Naciones

Unidas. Es un hecho cierto que esos bloques actúan en la vida diaria de Naciones Unidas y se ponen de manifiesto especialmente con motivo de cualquier conflicto internacional; sólo que en este caso esos bloques actúan en una forma un poco mediatizada, en tanto que con este nuevo mecanismo de solución se pondría de una manera dramática sobre el tapete el poder político de cada uno de esos bloques. Otro defecto que podría tener ese nuevo sistema de solución de controversias, es el hecho de que las Naciones Unidas han jugado con frecuencia el papel de instrumento de reconciliación entre los países. Sin embargo, éste es un defecto que no necesariamente aparecería o desaparecería con motivo del nuevo mecanismo idealizado. Puede perfectamente Naciones Unidas continuar prestando ese papel de conciliador sin que sea incompatible con la idea de la democratización del mecanismo de solución de controversias. A partir de 1956 se observan un conjunto de acciones ejecutivas —ya no de acciones colectivas— contra la agresión, como lo ha observado acertadamente el profesor Carrillo Salcedo, en su estudio sobre el mantenimiento de la paz, "Veinte Años de Esfuerzos de Naciones Unidas". Efectivamente, se trata de conjuntos de acciones un poco atípicas dentro del mecanismo de solución de controversia. Podríamos mencionar, por ejemplo, el papel que ha jugado el Secretario General de Naciones Unidas dentro del mecanismo de solución de controversias. Valga señalar que esta acción del Secretario General no fue contemplada expresamente dentro de los mecanismos de solución a que se refiere el artículo 33 de la Carta, y que sin embargo, su labor ha sido extraordinariamente valiosa para el mantenimiento de la paz. Desde un punto de vista jurídico se ha justificado la acción del Secretario General en numerosas disposiciones de la Carta, y en base sobre todo, a la competencia implícita que deriva del deber general y primordial del mantenimiento de la paz. El Secretario de Naciones Unidas y sus representantes han actuado en diversas oportunidades, en función de buenos oficios, mediación, conciliación. En el caso específico de Venezuela actualmente ha asumido el papel que contempla el Acuerdo de Ginebra, ya en una tercera etapa de los mecanismos de solución de controversias contemplados en dicho Acuerdo. En todo caso, también la Resolución 2.006 del año 1965 de Naciones Unidas tiende a desarrollar el texto de la Carta con las llamadas "Operaciones de Mantenimiento de la Paz", a que en cierto modo también se refirió el profesor Holguín. Estas operaciones no están contempladas como tal en la Carta, y existe un criterio unívoco sobre su alcance y significado; algunos Estados las han objetado alegando que la Asamblea General sólo puede emitir recomendaciones y no imponer resoluciones ni adquirir competencias que no tiene. La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva de fecha 20 de julio del año 62, distinguió entre las acciones coercitivas, que son competencia exclusiva del Consejo de Seguridad, y las no coercitivas, que son competencia tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad. Valga mencionar, que

algunas intervenciones de carácter militar, como por ejemplo, la fuerza creada por la OEA en el caso de República Dominicana, fue objetada por algunos países, calificándola de acción coercitiva. Sin embargo, este punto de vista fue rechazado porque la Fuerza Interamericana de Paz tuvo por objeto no realizar ningún acto de coerción sobre República Dominicana, sino todo lo contrario: cumplir con el objeto y fin de la organización regional, que es el mantenimiento de la paz. Precisamente ella fue creada, diseñada y actuó en función de impedir el caos que reinaba en República Dominicana, y a solicitud de una de las partes y, en consecuencia, no fue incompatible con los principios de Naciones Unidas. Ya para terminar quisiera realizar una especie de resumen evaluativo sobre los mecanismos de solución de controversia de Naciones Unidas. El sistema de solución de controversias de Naciones Unidas cuenta con un conjunto de medios políticos que han demostrado una relativa eficacia como medios de solución de controversias. Los medios jurisdiccionales, en cambio, han evidenciado una cierta insuficiencia como mecanismo de solución, si bien es justo reconocer su importante contribución al imperio del Derecho en materia de solución de controversias a nivel mundial. Ahí están los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, ejemplo del Golfo de Gades, además del caso del Canal de Beagle, donde actuaron algunos miembros de la Corte como Tribunal Arbitral. Ahora bien, el sistema de solución de controversia de la Carta de Naciones Unidas, no estuvo orientado a sustituir los procedimientos históricos de solución de controversia en base a un régimen institucionalizado y permanente, sino que se les atribuyó un carácter previo o un carácter preliminar. Contemplando para los otros mecanismos una misión complementaria, combinaron una dualidad de métodos de solución, el método tradicional y el método específico, contemplado por la Carta. Se consideró un gran progreso el dotar al Consejo de Seguridad de un considerable poder con arreglo al Capítulo VII de la Carta, con capacidad para ordenar medidas coercitivas en caso de quebrantamiento de la paz. Sin embargo, algunos autores consideraron que el sistema ha resultado lo contrario. Verdross, por ejemplo, considera que el sistema de solución pacífica de controversias de Naciones Unidas, con relación al de la Sociedad de Naciones, debe considerarse un retroceso. Baste recordar entre las dos guerras mundiales la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la extensión del arbitraje obligatorio a determinada categoría de litigios, el Acta General de Arbitraje de 1928, los Tratados de Ducarno, etc. El propio orden seguido en la enunciación de los principios básicos entraña dos conclusiones: la solución de controversias internacionales no constituye el fin esencial de la organización que señala en primer término las medidas colectivas eficaces y, en segundo término, el sistema de solución de controversia.

Eso es todo señor Presidente. Muchísimas gracias.

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA A: EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS EN COLOMBIA ANTE EL DERECHO COMPARADO

MANUEL GAONA CRUZ †
Profesor Titular de Derecho Público y
Magistrado de la Corte Suprema de Co-
lombia (Sala Constitucional).

I. LOS PRESUPUESTOS INSTITUCIONALES Y DOCTRINARIOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. EL TRANSITO DEL "ANTIGUO REGIMEN" AL ESTADO DE DERECHO

1. Para la época de "L'Ancien Régimen", habíase consolidado con aplastante crudeza política el aforismo de etiología romanista que desataba de todo compromiso jurídico al monarca frente a sus súbditos, y que expresaba: "Principis Legibus solutus est",¹ es decir, "El Príncipe (o el Soberano) está suelto de la Ley".

Con él se buscaba significar, y llegó a impregnarse así en la conciencia de la mayor parte de los gobernados, que el Soberano no está atado por el derecho sino suelto o "absuelto" del imperio de éste, pues es aquél su fuente y razón de ser; el que lo hace y lo deshace, el que lo otorga o declara abolido, por su sola y suprema voluntad. El Soberano o Príncipe era o estaba, por lo tanto, "absolutus". Tal es precisamente la explicación etimológico-doctrinaria del "Absolutismo Monárquico", o de la Soberanía del Príncipe.

1. Cfr. vgr., Bodin, Jean: "Los Seis Libros de la República" (1576), citado por Chevalier, Jean-Jacques, en *Les Grandes Oeuvres Politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, 10^a éd., Libraire Armand Colin, pp. 43-44.

Fue uno de ellos, Luis XIV, el que acuñó el clásico principio que caracterizó aquella época, al exclamar: "L'Etat c'est moi". Y el autor Max Seydel, nos aproximó más a su sentido al hacer ver que el Príncipe era la fuente del derecho y no éste la de la competencia de aquél, cuando dijo: "el poder del Rey no existe en virtud de la Constitución, sino está en virtud del poder real".²

2. Siglos más tarde, luego de haberse consolidado las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa; después de quedar limitados o derrocados los príncipes; cambió el Soberano, pero no la necesidad de preservarlo, como justificación legitimante de la potestad de "constituir" la sociedad política y de hacer el derecho.

A partir del implantamiento del Nuevo Régimen, donde quiera que hoy opera el Estado de Derecho, la Soberanía ha seguido significando esencialmente lo mismo que antes: la potestad de estar absuelto o desatado del derecho y de ser el titular suprajurídico para hacer y deshacer la Ley de leyes y las demás. Se produjo entonces solamente una sustitución del titular de la Soberanía, pero no la desaparición o modificación de su significado ni de su necesidad: en adelante no se llamaría más el Príncipe, sino que sería el Pueblo (Rousseau), o la Nación (Constitución colombiana: artículo 2º), o el Pueblo Representado (Constitución venezolana: artículos 3º y 4º), o el Pueblo Nacional (Constitución francesa: artículo 3º).

Comenzó además desde entonces a hacerse la distinción entre el Soberano y el que en su nombre ejerce la Soberanía, o representante del Soberano. Y hoy, en todas las latitudes donde se encuentren instituidos los "regímenes constitucionales", el representante esencial del Soberano es el Parlamento, y, por consiguiente, los actos jurídicos que éste expida, "the Parliament Acts", o sea las leyes, son la expresión jerárquica máxima del ordenamiento jurídico, y, entre éstas, la suprema es la Ley Fundamental o Ley de leyes, es decir, *la Constitución*.

2. COMO HA DE ENTENDERSE LA CONSTITUCION

Pero hoy la Constitución tiene no sólo un significado jurídico, sino además político, e ideológico.

Son tres las nociones confluyentes al concepto integrado de Constitución, señaladas por el tratadista Julien Freund, de cuya clasificación,³ más que de

2. Citado por Sanin Greiffenstein, Jaime. "La Defensa Judicial de la Constitución", Bogotá, Temis, 1971, p. 13.

3. Cfr. Freund, Julien: *L'Essence du Politique*, Paris, Sirey, 1965, pp. 340-360.

su contenido, me valgo en este ensayo: la Constitución Política, la Constitución Jurídica y la Constitución Ideológica, del Estado.

Se hará un examen separadamente, aunque con propósito, obviamente, concurrente al concepto de Constitución.

Veámoslas:

A) *La Constitución Política*

1. Ontológicamente, constituirse, es darse el ser; biológicamente, es conformarse; políticamente, es crear la organización social y política, armar la unidad política, llamada hoy Estado.

Sobre ella Freund comenta lo siguiente:

Todo lo que forma cuerpo está necesariamente constituido... La Constitución Política, tal como nosotros la entendemos aquí, no tiene necesidad de norma superior que garantice su validez, pues ella se justifica por el hecho de su propia existencia como cuerpo político, como *potestas constituta*. En consecuencia, *una colectividad política no recibe la existencia en el momento en que ella se da una Constitución, sino que ella sólo puede darse una Constitución desde cuando exista como unidad independiente.*⁴

En otros términos, la sociedad primero es política y luego es jurídica; ella *primero se constituye y luego se instituye*. Así entendida, la Constitución Política presupone la potestad (potestas), suprajurídica y sobrepositiva, de decidir sobre la conformación existencial u ontológica o sobre la manera de darse cuerpo el ser social y la unidad política.

2. En opinión de algunos la Constitución Política sólo comprende al Estado como unidad política y no al ser social. Para los marxistas no existe aquella sino sólo la Constitución Social, pues a su entender la primera es producto de un artificio que niega la naturaleza humana y aliena al hombre. Lassalle sólo admite que la Constitución Política corresponde a "los factores reales de poder" y no a los enunciados institucionales.

Para Maurice Hauriou y para Georges Burdeau prevalece o antecede la Constitución Social respecto de la Constitución Política. No obstante, los dos insignes autores identifican la Constitución Política con lo que en este ensayo se denomina la Constitución Jurídica.⁵ Por lo tanto el desacuerdo es aparente y resulta apenas de una penuria de terminología.

En efecto:

Según el Maestro Hauriou, el modelo de Constitución es la Constitución

4. Freund, Julien, *op. cit.*, pp. 340-342.

5. V. *infra*, Cap. I, Sección Segunda, letra B).

Política consuetudinaria de los anglosajones, a la que él califica de "Constitución Social", cuando dice:

Desde muchos puntos de vista, la Constitución Social de un país es más importante que su Constitución Política.

Nadie más que los anglosajones insisten sobre esta verdad; ellos declaran que sus constituciones políticas no están hechas sino para la garantía de sus libertades individuales, de las que ellas no son sino su prolongación (Common law)...

...

Y agrega:

No habrá seguridad para nuestra Constitución Social, «en tanto que nosotros no hayamos conquistado (la garantía de la)... *institución del control de constitucionalidad de las leyes*, que le recuerda de manera continua al órgano político más poderoso del Estado, es decir al Parlamento, su dependencia frente a las bases de la Sociedad Privada...»⁶ (subraya del autor).

Y el profesor Burdeau, asevera:

La Constitución Social preexiste a la Constitución Política y, eventualmente, le sobrevive. Ella ofrece además un carácter de espontaneidad que no presenta al mismo grado la Constitución Política, siempre artificial y voluntaria por algunos aspectos...

...

Lo que se denomina Constitución Social se aplica a una cierta manera de ser de la sociedad; la Constitución Política concierne al Estado. La una comprende las tendencias, tradiciones, usos morales, sociales, económicos; la otra no comporta sino reglas jurídicas...⁷

3. Pero déjase aquí en claro que la Constitución Política, o si se quiere Sociopolítica, es *supra* y prejurídica, y por tanto, distinta de la Jurídica, y que, de otra parte, el Estado, como unidad política, no es únicamente una institución jurídica. Pues la corporeidad existencial de la colectividad humana unificada y organizada políticamente "es" su constitución sociopolítica, o política a secas (ya que ésta presupone lo social), y corresponde a su identidad ontológica, pero no a las reglas jurídicas emitidas para su preservación institucional. Es, además, perenne, es decir de perdurabilidad igual a la de la unidad política misma que ha sido constituida, e independiente por lo tanto de las "formas" jurídicas e institucionales que determinan, de acuerdo con los cambios sociales y temporales, su morfología y su dinámica.

6. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 2ª ed., Sirey, 1929-1965, pp. 611-612.

7. Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique* (8 T.), T. IV: "Le Statut...", Paris, 2ª ed., L.G.D.J., 1969, pp. 9-10.

B) *La Constitución Jurídica. Constitución Escrita y Consuetudinaria.*

1. En cambio, la Constitución Jurídica (o la noción jurídica de Constitución), es de menos alcance y entidad, apunta a un objetivo menor, y es consecuencia de la Constitución Política. Ella no es, en rigor semántico, "constitutiva" de la unidad política, sino apenas "declarativa" o formalizadora de la decisión política que la estableció. Es como afirma Freund, "reguladora, pero no formadora de la colectividad política".⁸ Es postpolítica.

2. La noción de constitución jurídica corresponde al objeto esencial del Derecho Constitucional, es decir, a la codificación positiva suprema del orden institucional de la unidad política denominada Estado. Como normación regulativa positiva es el punto máximo de referencia de la validez y eficacia del orden jurídico, en cuanto reglado y coactivo, así ella no sea escrita, pues hay otras formas de positividad distintas de la escrita (como por ejemplo la que estatuyen los jueces en el "sistema judicial" en relación con las normas llamadas consuetudinarias).⁹

En ella se encuentran consagrados los principios jurídicos obligatorios esenciales para la organización del Estado, que reflejan el orden social; se señalan los órganos instituidos del Poder, se distribuyen sus competencias y se determinan sus formas de interdependencia orgánica y de interrelación funcional; se prescriben los mecanismos de vinculación e investidura de los gobernantes y agentes de la organización política, sus funciones, deberes, atribuciones y facultades; se reconocen los derechos, garantías, facultades y deberes de los gobernados, y se precisan las relaciones esenciales entre éstos y aquéllos.

a) *La Constitución Escrita*

Pero además, por ser en la Constitución Jurídica donde se determina quién hace la ley, quién la deroga o modifica, y quién tiene la competencia de su invalidación o no, ella recibe también la denominación de Ley de leyes o "*Ley Fundamental*" (*Grundgesetze*). Por lo cual, generalmente, aunque no necesariamente, es de forma escrita.

8. Freund, Julien, *op cit.*, p. 347.

9. Entre nosotros, los cultivados en la organización grecolatina del denominado sistema jurisdiccional, distinto del judicial, se ha vuelto coextensivo o sinónimo del derecho positivo, sin serlo, el derecho legal escrito, no obstante que lo que determina la positividad es la naturaleza coactiva de lo jurídico (sea jurisprudencial, legal o consuetudinario) y no su carácter exclusivamente legal, escrito o no. Al derecho positivo no se contraponen, pues, el derecho judicial, ni el derecho consuetudinario que son especies suyas, sino únicamente el derecho natural, o "derecho sobrepositivo".

b) *Constitución Consuetudinaria y Sistema Judicial*

Por excepción, en Inglaterra y en algunos otros países de organización similar a la anglosajona, la Constitución es consuetudinaria, lo cual no significa que no exista la Constitución Jurídica, ni que ésta no resulte obligatoria política y jurídicamente.

Nadie desconoce que frente a la tradición institucional británica, madre de los demás "regímenes constitucionales", la Carta Magna de 1215, o la Gran Carta de 1225, o la Carta de Derecho de 1688, o el Acta de Establecimiento de 1701, tienen un tiempo de duración y un ropaje de solemnidad de mayor trascendencia y amplitud que tantas constituciones de otros países. Acaso esos indelebles documentos sean la Constitución Escrita de Inglaterra, y, sin duda, forman parte de su Constitución Jurídica. Lo que acontece es que la Constitución inglesa no es rígida, por cuanto el Parlamento puede derogar o modificar teóricamente aquellas declaraciones orgánicas y de principios mediante una simple ley. De ahí por qué se considere que la Supremacía del Parlamento inglés es absoluta (o está absuelta de la constitución y de la ley), y se haya afirmado desde el siglo XIX, a partir de Walter Bagehot, que "el Parlamento puede hacerlo todo, menos convertir una mujer en hombre o viceversa".¹⁰

Pero de inmediato surge esta pregunta: ¿Quién puede, en cambio, afirmar válidamente que alguien pueda convertir o suprimir el Parlamento inglés, sin violar la Constitución de Inglaterra? ¿Cómo sostener que el parlamento, los jueces, el gabinete o el monarca no son instituciones constitucionales en ese país? Y si la llamada Constitución consuetudinaria inglesa es teóricamente flexible o fácil de reformar, en la práctica es la más antigua e incólume de las Constituciones Jurídicas del planeta, lo cual demostraría entonces que la solidez institucional no depende de la rigidez impuesta para su revisión.

Acontece además que en Inglaterra, y en general en los países donde opera el "Sistema Judicial",¹¹ como en los Estados Unidos de Norteamérica, la Constitución Jurídica no es solamente la declaración solemne escrita de sus grandes principios históricos de organización y de libertad, sino que se vigoriza y actualiza por lo que sus jueces digan que ella es. *El Sistema Judicial* significa que el vigilante cotidiano de la vigencia permanente de la Common Law, su impulsor y adaptador, según los tiempos y las costumbres, es el juez; éste es el que allí crea derecho, el *pretor social*, el *nódulo vital de la vigencia del orden jurídico*, y no sólo el subalterno del mandato legal, como suele suceder

10. Cfr. Abraham, J., *Judicial Process*. Oxford, Ed. Oxford University, 1962, p. 260. quien le atribuye la paternidad de la conocida frase al citado personaje.

11. Sobre "Sistema Judicial". cfr. David, René, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, Paris, 3^a éd., Dalloz, 1969, p. 378, ss.

en el sistema grecolatino o "jurisdiccional", en donde el juez tiene que ceñirse básicamente a interpretar, aplicar, declarar, y decir el derecho escrito creado por otros (*iuris dictio*).

Y aún en aquel sistema, los jueces han hecho una distinción esencial e ineluctable, a saber, la de que: desde los albores de la Monarquía Limitada, según la fórmula de Lord Edward Coke,¹² entre la "Common Law" o Derecho Común Fundamental, y la "Statutory Law", o derecho legal ordinario o secundario, el juez siempre le ha dado "prevalencia" en su aplicación a aquél sobre éste, o si se prefiere, el juez siempre ha desaplicado o inaplicado las normas o las costumbres contrarias al Derecho Fundamental o Constitución Jurídica de la Common Law. De ahí nació precisamente el "judicial review of the constitutionality of legislation", de los jueces norteamericanos concentrados por el principio del *stare decisis* (estar a lo precedentemente decidido) de la Corte Suprema Federal, al que algunos denominan erróneamente (como se verá), sistema "difuso"; el cual opera en forma distinta en Inglaterra simplemente porque en ésta la Constitución no es rígida como en Norteamérica.

C) *La Constitución Ideológica. El derecho a la Constitución y el Constitucionalismo*

1. En tercer lugar, fuera de las nociones política y jurídica de Constitución, a las que se ha hecho precedente referencia, ésta tiene un significado doctrinario o ideológico. En los "régimenes constitucionales" ella corresponde axiológicamente al Estatuto del Contrato Social y del Pacto Político entre el Titular de la Soberanía y sus representantes, cimentado en la filosofía demoliberal del Estado y del Derecho.

En rigor doctrinario, el "Constitucionalismo" significa que la Constitución en un instrumento de la libertad y que el derecho a la libertad es el derecho a la Constitución. Así de elemental, y así de trascendental.

De esta manera, considero que la nuestra es una época en la que se ha *soberanizado* la propia Constitución, es decir, en la que, por vez primera, el Derecho se ha convertido en instrumento no solo válido y eficaz, sino también legítimo, de limitación o ceñimiento a quien ejerce el mando, esto es, el gobernante instituido o al representante del titular de la Soberanía, por lo cual ninguno de aquéllos podrá válidamente estar "suelto" o "absuelto" de la Constitución.

2. Pero a mi juicio el Constitucionalismo significa también que el Soberano (pueblo o nación), ha decidido políticamente que sus representantes y

12. Citado por Cappelletti, Mauro. *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Méjico, UNAM, 1965, pp. 28-29.

los agentes instituidos del Estado y del gobierno tienen que actuar conforme a la Constitución, que ésta ha de ser entonces no sólo el trasunto ideocrático esencial y el estatuto doctrinario fundamental de la libertad, sino además la expresión normativa originaria y coherente, racionalizada y sistemática, suprema y monopolística, de la organización estatal y del reparto y manejo debido del Poder; y que, por lo tanto, en ella misma han de preverse y diseñarse las instituciones, los mecanismos y los procedimientos eficaces de control y de sanción de invalidación de los actos jurídicos que atenten contra sus principios orgánicos o doctrinarios, y por ende contra la atribución de guarda de su integridad y vigencia a que tienen derecho los gobernados.

3. *Sólo el derecho a la Constitución es el que justifica, explica y exige la vigencia del sistema de control de constitucionalidad de los demás actos jurídicos.* Y como ese derecho es consecuencia de una ideologización de la Constitución misma, dicho control se legitima por su etiología doctrinaria y no simplemente por su institucionalización mecánica, y significa que la propia Constitución se ha soberanizado o absolutizado, es decir, que ella está absuelta del resto de leyes y normas jurídicas, las cuales deben precisamente a aquélla su razón, validez, eficacia y legitimidad.

Pensar así, parece ilógico, pues no hace falta agudeza para preguntar entonces: ¿Quién garantiza que la Constitución está acorde con la axiología social o que corresponde al querer colectivo predominante sobre el deber ser político y jurídico de la organización? Sin embargo, se responde simplemente que cuando la Constitución ya no corresponda a los principios doctrinarios y sobrepositivos del "Estado de Derecho" o del "Constitucionalismo", es porque ella ha dejado de existir como tal y que el examen fenomenológico consecuen- cial de su inexistencia no es elusivo, sino que atañe a la esfera de la Ciencia Política o de la Sociología, y no a la jurídica ni a la ideológica, que son las que explican la razón de ser del control constitucional.

Es decir, lo que en sentido doctrinario consolida la legitimidad de la Constitución y la necesidad institucional de controlar e invalidar los actos que atenten contra ella, se apoya en que las normas de creación y revisión de la Constitución misma, han de corresponder a su razón de ser y no podrán válidamente ir en su contra.

El hecho se reduce entonces a una respuesta autárquica de valor ideológico y significa que cuando la Constitución no garantice los derechos y libertades que justifican y explican su existencia, o la vigencia y autonomía de las instituciones encargadas de hacerla respetar, ya no hay supremacía constitucional, ni Constitución Ideológica, ni por lo tanto, Constitución en el sentido inte-

grado que hemos desarrollado aquí, sino acaso Constitución Política, y Jurídico-Semántica,¹³ mas no Real ni Legítima.

Y esta respuesta no es de ahora sino de vieja data, pues viene de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada para todos los Estados de Derecho desde 1789 en Francia, y que dice:

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, *no tiene Constitución.*¹⁴

3. LA SOBERANÍA, EL PODER CONSTITUYENTE Y LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

A) *La Soberanía*

Formalmente, en el Estado de Derecho, según lo ya expresado, la fuente de la Soberanía es la "nación", el "pueblo" o el "pueblo nacional".

Pero acontece que la Soberanía es ante todo un fenómeno político-doctrinario y no sólo jurídico, por lo cual ella no puede ser explicado del todo, ni por ende comprendida, en términos exclusivamente jurídicos.

De acuerdo con lo examinado en las dos Secciones anteriores de este Capítulo, describo la *Soberanía como una potestad o potestas absoluta, exclusiva, indivisible, originaria y suprema, de ejercer el mando, de hacer y desbacer el derecho y de atribuir e instituir el poder, conforme a una ideología que la legitima y consolida y en la que se sustenta su razón de ser.*

Explicuemos los elementos de la definición:

1. Como *Potestad*, la Soberanía presupone que quien sea su titular no está limitado por otro para poder actuar sino que él es la fuente de ese poder. Lo potestativo no se otorga ni se atribuye sino que simplemente se reconoce y obedece, por convicción, por resignación o por sometimiento. La potestad es la virtualidad fáctica del mando y no la simple facultad e investidura otorgada de poder. Es el predominio o *summum imperium* sobre el grupo social. Es la aptitud o capacidad virtual para "hacer hacer" u ordenar a otros que hagan. Max Weber la define como "toda posibilidad de hacer triunfar la propia vo-

13. En cuanto a la expresión de "Constitución Semántica", o formal, es decir, meramente enunciativa, pero no correspondiente a la realidad social y política donde ella se aplica, Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 153.

14. Cfr. Duverger, Maurice, *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, Themis, 1966, p. 3.

luntad sobre la de los demás en el seno de una relación social, así fuese contra las resistencias, sin importar sobre qué repose esa posibilidad".¹⁵

2. En cuanto *Absoluta*, significa según lo ya expresado, que el Soberano se halla "absuelto o desatado" de lo jurídico. Es *Exclusiva* por cuanto no es compartible, pertenece al campo de la decisión y no al de la deliberación. Por lo tanto es también monolítica o *Indivisible*, o sea, monocrática (que no es igual a decir, autocrática o arbitraria). Es además *Originaria*, ya que su etiología no deriva de ningún otro, pues si así fuese el Soberano sería aquél de quien deriva, y es por lo tanto, *Suprema*.

3. La Potestad así cualificada lo es *para ejercer el Mando*, es decir, para hacerse obedecer, tanto por quienes reciben la investidura o facultad del poder o para "poder actuar" o "gobernantes" y representantes del Soberano, como por los gobernados. El Mando, en términos políticos, corresponde a la potestad constitutiva de la organización política o constitución política de la sociedad.¹⁶ En tanto que el "Poder" no es potestad sino apenas atribución otorgada por el que ejerce el mando. El Poder es un atributo permisivo de competencia otorgada por el que tiene el Mando, por lo tanto no es tanto político, cuanto más bien, y ante todo, jurídico.

4. La Potestad lo es también de *hacer y deshacer el derecho*, por cuanto, siendo el Soberano "Absoluto" o absuelto del derecho, es su fuente, es el que lo hace y lo deshace.

5. Y, obviamente, es entonces el Soberano el que *atribuye e instituye el Poder*, es decir, el que concede la posibilidad (*possum*), de repartir competencias, facultades y atribuciones, incluso la competencia de revisión de la Constitución (o "poder constituyente instituido"), o el permiso para "poder" ejercerla.

6. Claro está que, el Soberano, aunque políticamente es ilimitado, y jurídicamente absoluto, sin embargo, ideológicamente, conforme a la doctrina que oriente la razón de ser de la organización política constituida y jurídica instituida, *está limitado por los principios "suprapositivos" de la ideocracia y de la libertad*, es decir, por el sentir axiológico predominante, o por los valores éticos, de los gobernados en torno del deber ser del poder y del derecho.

La "Autoridad" o "*Auctoritas*" (de "Augere", Acrecer), es así, la que acrecienta, consolida, justifica y torna legítima la acción del Soberano y de

15. Weber. Max, *Le Savant et le Politique* (o *El Científico y el Político*), Paris, Plon. 1969, p. 195.

16. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letra A).

sus representantes y gobernantes instituidos.¹⁷ Es en este sentido en el que se ha afirmado arriba que en los regímenes constitucionales o del "Constitucionalismo", la propia Constitución, en la que se han consagrado aquellos principios, se ha soberanizado.¹⁸

B) *Potestad Constitutiva y Poder Constituyente*

En consecuencia, a esta altura de lo expuesto, ya se puede hacer un correctivo sustancial a la clasificación conceptual tradicional de los juristas que distinguen sin mayores preocupaciones históricas, semánticas o doctrinarias, con un criterio básicamente positivista, entre *Poder Constituyente Originario*, de una parte, al que califican como el Soberano que elabora la Constitución y señala al que ha de reformarla, y, de la otra, *Poder Constituyente Instituido*, o derivado de aquél, al que catalogan como poder político máximo dentro de la organización jurídico-constitucional del Estado, limitado en teoría pero no en la práctica, encargado como representante del Soberano de revisar la Carta según las pautas que en ésta se tracen.¹⁹

Naturalmente, esta distinción se apoya únicamente en la noción jurídica de Constitución, sin atender las de Constitución Política e Ideológica. Confunde además el Mando o potestad política constitutiva, con el Poder o facultad jurídica instituida por el titular de aquél para expedir actos de revisión constitucional.

17. Sobre el significado de las expresiones: "*Mando, Potestas, Macht*", como categorías políticas, distintas de las jurídicas de "*Poder Possum, Herrschaft*", y todas ellas diferentes de las axiológicas o ideológicas de "*Autoridad, Auctoritas, Legitime Herrschaft*"; confróntese la obra escrita en francés por el profesor y tratadista italiano Passerin D'Entreves, Alessandro, *La Notion de L'Etat*, Paris, Sirey, 1969, pp. 3-16.

Curiosamente, a las primeras acepciones (mando, potestas...), corresponde la noción de Predominio o "Fuerza", propias de la concepción "sociopolítica" de la organización social, y a la que atrás denominé como "Constitución Política"; respecto de las segundas (poder, possum...), encuentro su conexidad con la noción de "Legalidad", propia de la escuela "jurídica", coextensiva con lo que anteriormente catalogué como "Constitución Jurídica"; y, en relación con las terceras (autoridad, auctoritas...), éstas coinciden con la noción sociodoctrinaria de "Legitimidad", sinónima de lo que ya arriba se expresó que era la "Constitución Ideológica" (V. *supra*, Sección Segunda).

Desde otra óptica, además, se destaca que frente a la posición "iurispurista" de Kelsen, la fuerza o potestas es "la eficacia"; el poder y la legalidad equivalen a "la validez", y, la autoridad o legitimidad corresponden a lo metajurídico o al "iusnaturalismo", ético pero no jurídico.

18. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letra ordinal C).

19. Sin hacer mención de los innúmeros autores extranjeros que participan de esta tesis, es suficiente para los propósitos de este ensayo mencionar que en Colombia se expresan en igual sentido todos los tratadistas de Derecho Constitucional. Al respecto destaco como ejemplos de dicha tendencia las obras especializadas del profesor Sachica, Luis Carlos: *El Control de Constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Simón Bolívar, 1978, p. 43 y ss., y *Esquema para una Teoría del Poder Constituyente*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 3, 16 y 70.

Esta tesis que aprecia bajo similar punto de mira tanto la potestad de establecer como el "poder" de revisar la Constitución es la que ha servido de sustento esencial al veto u obstaculización excesiva, según las tendencias, de la práctica institucional del control constitucional de invalidación de los actos que atenten contra la Carta Política, ya que apenas lo reconoce como mecanismo positivo circunstancial y contingente, pero no como pieza orgánica imprescindible de garantía y guarda de la vigencia constitucional. Con ella los intérpretes formalistas de su sentido son dados a expresar que el control constitucional de anulación no puede ir contra el Soberano, y que como éste es el Parlamento, tanto para revisar la Ley de leyes o Constitución Jurídica, como para hacer o revisar las demás leyes, es decir, tanto como Poder Constituyente instituido como en calidad de Legislador, se llega a la fácil pero errónea conclusión de que revisar la Carta o hacer la ley son actos de soberanía y no de competencia otorgada por el Soberano, que no pueden ser cuestionados por un simple acto anulatorio de jurisdicción; por lo cual sólo se acepta a regañadientes y con excesivas limitaciones, el control de constitucionalidad por un cuerpo político y no el judicial, y únicamente respecto del legislador y no del constituyente, en lugar de admitir el control judicial completo, o sea, sobre los actos de éste y de aquél; o quizás aún, se instituya el control judicial de los actos del Parlamento, pero apenas como legislador y no como constituyente, así se infrinjan por éste los rígidos procedimientos exigidos para la revisión de aquélla.

El autor francés J. Barthelemy, enemigo acérrimo del control judicial de constitucionalidad, al que denominaba "gobierno de los jueces", al respecto expresaba: "Es el Parlamento el que juzga la conformidad de su obra con la Constitución"... y no los jueces.²⁰

En realidad, no existe "Poder Constituyente Originario", pues si originario fuese, no estaría instituido, ni sería poder, sino mando o *potestad constitutiva*. El Soberano es el que tiene la potestad suprajurídica de hacer o dar la Constitución, es decir, la "potestas constituta" de la sociedad política. Es éste el conformador otorgante de la unidad política y de las atribuciones jurídicas, el que instituye la competencia de revisión de la Constitución y el que señala las condiciones de validez para efectuarla, o sea, el que organiza jurídicamente el "Poder Constituyente". *Quiere ello entonces decir que todo poder constituyente es jurídico, instituido y derivado, y significa apenas atribución otorgada por el Soberano para "poder" actuar.*

O sea que si el poder instituido para revisar la Constitución de conformidad con los formalismos o rituales rígidamente establecidos de competencia, procedimiento, modo y tiempo, llega a aprobar o expedir en forma irregular

20. Cfr. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 38.

actos de revisión, o si quien hace las veces de constituyente es distinto del instituido, no habrá reforma sino violación de la Constitución, y esos actos deberán invalidarse.²¹

Carl Schmitt, paradigma doctrinario de la llamada escuela "decisionista", llegó a afirmar que "el soberano es el que decide de la situación excepcional... , puesto que por definición la legalidad ignora las situaciones excepcionales, por ser un sistema de normas y de reglas y no ser un fin en sí misma..."²² sin embargo, acepta el principio de la limitación al poder constituyente cuando expresa:

"Que la Constitución puede ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento".

Y más adelante agrega:

"El acto de dar la Constitución es cualitativamente distinto del de reformarla, es decir, revisar 'las leyes constitucionales' contenidas en el texto, porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de la totalidad y en otro, la ley constitucional".²³

C) *La Supremacía e integridad de la Constitución y el Poder Constituyente de invalidación*

Pero el derecho supone además de su validez y su legitimidad, su eficacia, es decir, su imperio coactivo preventivo, o su regulación conminatoria coercitiva de sanción por su incumplimiento. Por lo tanto el Soberano ha instituido en la Constitución no sólo un poder constituyente de revisión, sino también *un poder constituyente de anulación* de actos expedidos por aquel en forma irregular o por organismos o agentes no instituidos para revisarla.

En tal sentido sustenté mi "aclaración de voto"²⁴ en relación con la parte motiva o considerativa de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 2 de octubre de 1980, mediante la cual la Corporación se declaró

21. Con fundamento en la rigidez constitucional exigida al constituyente para revisar la Carta, y una vez establecido que dicha exigencia no se respetó, la Corte Suprema de Justicia de Colombia declaró contrario a la Constitución el Acto de Revisión N° 1, de 1979, mediante fallo del 3 de noviembre de 1981, en virtud de demanda que había presentado como ciudadano el autor de este ensayo junto con otros cuatro colegas.

22. Cfr. Freund, Julien, *op. cit.*, pp. 124-125.

23. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Méjico, Editora Nacional, 1966, p. 30.

24. La "aclaración de voto" en la Corte respecto de fallos de constitucionalidad (exequibilidad o ejecutabilidad), se emplea cuando el magistrado está de acuerdo con la parte resolutive de la sentencia, pero no con la motivación. En cambio, cuando el desacuerdo es respecto de la resolutive, se produce "salvamento" o "salvedad de voto".

inhibida para decidir sobre la disposición demandada, que formaba parte del Preámbulo de la Constitución Nacional.²⁵

Afirmé entonces, y aquí lo prohijo para los efectos de este ensayo, lo siguiente:

"1. Considero que la Corte Suprema de Justicia sí ejerce por mandato de la Constitución, un verdadero *Poder Constituyente de convalidación o de anulación*, según declare o no exequible (ejecutable) una norma constitucional, pero sólo por 'vicios de forma' y no porque sus disposiciones contraríen su ideario ni el Preámbulo, y que, ese poder, atribuido al máximo organismo de guarda de la supremacía e integridad constitucional, *no significa el ejercicio de una potestad política, sino apenas el desempeño de una facultad o función de naturaleza jurídica*, por lo cual no resulta incompatible con su función.

Y agregué más adelante:

"..."

"3. En consecuencia, el presupuesto del control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos jurídicos que ejerce la Corte, estriba en que la nuestra es una Constitución escrita y rígida; pues si ésta no fuere escrita o si siéndolo no exigiere procedimientos y mecanismos especiales y rigurosos de competencia, tiempo y mayorías para su revisión, no sería posible ejercerlo formalmente, sino apenas en sentido material y sólo respecto de actos que no tuvieren procedencia constituyente o legisladora.

Por lo mismo, el control constituyente de anulación que ejerce la Corte no es político sino apenas jurídico o instituido".

4. Es indefectible la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer sobre demandas contra actos de revisión constitucional y para declarar inconstitucionales los intentos de revisión irregular que atenten contra la Carta, por vicios de procedimiento o de trámite en su formación, es decir, "por vicios de forma", pues aquélla es la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y debe poder válidamente anular los actos que, en vez de revisarla, la infringen, por no haber cumplido el mecanismo prescrito para su discusión, aprobación y expedición. De no, las regulaciones de forma contenidas en la Carta para su debida revisión se tornarían inocuas o inoperantes por carencia de sanción de anulación de los actos que las transgredan. *Sería entonces flexible y no rígida la Carta.*

5. Sin embargo, con el mayor comedimento, manifiesto que el poder jurídico de anulación o convalidación de actos constituyentes, denominados "*le-*

25. Cfr. en revista *Foro Colombiano*, Bogotá, Año 12, T. XXII, N° 136, octubre de 1980, pp. 358 y ss.

gislativos", que la Constitución otorga a la Corte, no equivale a tener la potestad política y suprajurídica de juzgamiento del ideario o de la doctrina sobre el establecimiento o la revisión de la Constitución, ni tampoco lo absorbe o comprende. Uno y otra son distintos: *la Corte sólo tiene la competencia jurídica de anulación formal mas no la potestad política de derogatoria material de las disposiciones constitucionales*. La anulación formal de un acto legislativo irregular por parte de la Corte no es una decisión de soberanía (o política), sino de competencia asignada por el soberano (o jurídica):

a) Una es la potestad soberana y prejurídica de "*establecer la Constitución*", que no conoce límites jurídicos o de forma, por ser política, que acaso sólo tenga restricciones de legitimidad por razones doctrinarias o éticas mas no jurídicas, y que corresponde a la POTESTAD CONSTITUTIVA, ontológica o conformadora de la unidad política, del Estado; a la que algunos denominan en forma coextensiva, sin serlo, "*el poder constituyente originario*", y afirmo que sin serlo porque el "*poder*" no es potestad originaria sino apenas atribución otorgada, instituida jurídicamente, por quien tiene la potestad virtual o el "*mando*", es decir, la posibilidad real de atribuirlo. En estricto sentido: *el poder es jurídico, no político; sólo el mando es político o suprajurídico*.

b) Otra es, frente a aquella potestad, la "*facultad*" atribuida (*possum*), la competencia instituida, por ende jurídica, es decir, "*el poder*", de reformar o revisar la Constitución; esa sí, y sólo esa, "*poder constituyente derivado o instituido*" de modificar la Constitución, que, entre nosotros, está sometida a restricciones de procedimiento, competencia y tiempo para realizarla válidamente; pero que, a mi juicio, tampoco está sometida a restricciones de contenido o de doctrina, *pues aunque el poder de revisión esté instituido y sea rígido, no es hermético. Supone respeto a las formas de revisión, pero no a su doctrina*.

c) Y otra aún la de la Corte, que como organismo instituido para guardar la supremacía e integridad de la Constitución, ha sido encargada por ésta, *como poder constituyente de anulación o de convalidación*, para decidir sobre la validez formal o jurídica de sus preceptos por vía jurisdiccional, con fuerza general o "*erga omnes*", sin que esta función sea incompatible o coetánea con la del poder constituyente de revisión constitucional, o implique tampoco potestad política o supraconstitucional, sino únicamente facultad jurídica".²⁶

26. Gaona Cruz, Manuel: en Revista *Foro Colombiano*, octubre de 1980, *idem. ibid*, pp. 356-360.

II. BASES PARA UNA NUEVA TIPOLOGIA DE CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1. EVALUACION Y ESQUEMA DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES

1. Los criterios de clasificación de los tipos de control de constitucionalidad actualmente en boga por los doctrinantes del Derecho Público occidental, son a mi entender incompletos y se hallan ubicados dentro de derroteros demasiado rigurosos y unilaterales de apreciación, lo cual determina como consecuencia que muchos de los sistemas de morfología o dinámica combinada o mixta, o respecto de los cuales surjan elementos específicos de esencial significación, quedan por fuera de la tipología genérica establecida o tienen que ser catalogados a la fuerza como modelos imperfectos de algunos de los tradicionales.

Observo además que varios de los modelos de control actualmente vigentes no han sido lo suficientemente estudiados o, incluso, son desconocidos completamente en su tradición, evolución, organización y razón, como acontece precisamente con los sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad donde existe la acción pública o acción ciudadana abierta y directa de inconstitucionalidad, cuya raigambre es curiosamente más antigua e importante y de mayor trayecto histórico que algunos de los nuevos modelos adoptados.

2. Pretendo entonces hacer en esta Sección una presentación de esos criterios vigentes, a fin de facilitar el entendimiento y comprensión hacia otra forma de clasificación, con la advertencia de que sólo se hará mención a los sistemas que operan en los denominados regímenes constitucionales del Estado de Derecho u occidentales, dejando de lado los de los Estados socialistas o de los regímenes dictatoriales de Occidente; centrandome además su análisis en aquellos donde las Constituciones son rígidas y escritas, y no flexibles o consuetudinarias, y dándole especial énfasis al examen en los tipos de justicia constitucional y no a los de control por cuerpos políticos.

3. Encuentro que los elementos esenciales que concurren a las diversas clasificaciones doctrinarias vigentes son sustancialmente los siguientes:

1º) *Por la naturaleza del órgano que ejerce el control, se distingue entre "control por un cuerpo político" y "control judicial o jurisdiccional".*

2º) *Por la morfología del control judicial, identificable además geográficamente, se clasifican en sistemas de control "concentrado", "europeo" o "aus-*

triacos", de una parte, y, de la otra, sistemas de control "difuso" o "americano", pudiéndose acaso aceptar como tercer tipo el control del "fuero de amparo" o "mejicano".

3º) Por la especialidad del órgano que ejerce el control judicial, la clasificación se hace entre sistemas del Tribunal o Corte Constitucional, que corresponden al modelo de control "concentrado" ya mencionado atrás, y sistemas de control de Cortes o Tribunales Promiscuos de Casación y de otros funcionarios judiciales, los cuales se hacen coincidir con el "difuso", también ya descrito arriba.

4º) Por la dinámica funcional del control se hace diferencia entre "control judicial por vía incidental" o "de excepción" o de "inaplicación" o del "judicial review", de una parte, que también coincide con el género del sistema "difuso", y, de la otra, "control judicial por vía de acción directa o principal", que se hace corresponder al ya referido genéricamente como control "concentrado".

5º) En cuanto a los efectos de la decisión judicial de control, referidos a los destinatarios de la decisión, se distingue entre control que genera efectos "inter partes" (para las partes en litigio); control sobre la obligatoriedad antecedente o de "stare decisis", catalogables ambos dentro del sistema "difuso", y control cuya decisión produce efectos "erga omnes", ubicable también dentro del ya descrito arriba como "concentrado".

6º) En relación con los efectos de la decisión judicial de control, referida al tiempo, se dividen en sistemas simplemente "declarativos" o "ex tunc" o "ab-initio", también coincidentes con el "difuso", y sistemas "constitutivos" o "ex nunc" o "a posteriori", coincidentes con el "concentrado". Habría que agregar el de "ineficacia" del sistema francés.

4. Las tipologías que acabo de presentar resumidas bajo estos seis criterios de clasificación, corresponden al sentir doctrinario predominante en Occidente, y por ende, en nuestro país.²⁷ Adviértese sin embargo que la anterior

27. Cfr. sobre dicha tendencia principalmente los siguientes autores: Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique* (8 T.), 2ª ed., T. IV. cit., Paris, L.G.D.J., 1969. Calamandrei, Piero. *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Platina, 1960. Jackson, Robert. *The Struggle for Judicial Supremacy*, Nueva York, Random House, 1941. Cappelletti, Mauro, *op cit.*, y *Proceso, Ideologías y Sociedad*, Buenos Aires, E. Jurídicas E. A., 1974. Grant, J. A., *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política*, México. UNAM, 1963. Bickart, R., *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIIIe siècle*, Paris, P.U., 1932. Fix Zamudio, Héctor, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, y *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*, México. UNAM, 1968. La Roche, Humberto, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado de Colombia, 1977. Da Silva, José, *Da Jurisdicao Constitucional no Brasil e na América Latina*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Exter-

ordenación no ha sido hecha por ninguno de los tratadistas que conozco de los que se han dedicado en particular al tema, sino que es producto de la paciente lectura de sus principales obras al respecto, en las que en una u otra forma he hallado referencia a aquellos elementos de clasificación. Con todo, puedo asegurar que todos ellos han dado preferencia a los dos criterios enumerados inicialmente, o sea, *al de la naturaleza del órgano del control* (político o judicial) y *al de la morfología del control judicial "concentrado" frente a la del control "difuso"*, por lo cual, podremos denominar estas dos tipologías como "principales", en tanto que los otros cuatro criterios de clasificación, accesorios siempre al concentrado o al difuso, son subtipologías o tipologías *secundarias*.

En esta forma, nos queda más fácil emprender el camino de clasificación de los dos criterios principales, incorporando en ellos, como los doctrinantes citados siempre lo hacen, los que aquí hemos encontrado como secundarios. Así se procederá:

2. LAS TIPOLOGIAS ACTUALES DEL CONTROL

A) *Control Político y Control Judicial*

a) *El control ejercido por un órgano político*

1. Cuando se trata del control instituido en un cuerpo de naturaleza política, suele suceder que los organismos o los funcionarios encargados de desempeñarlo son demasiado dependientes de los poderes legislativo o ejecutivo, ora por su origen, ora por su forma de integración, o bien porque sólo pueden actuar respecto de los asuntos que estos mismos les someten a su consideración.

De otra parte, por lo general, las decisiones y atribuciones de esos organismos son más bien orientadoras, conciliadoras, o consultivas, pero rara vez obligatorias, y mucho menos, de invalidación o anulación. Además, naturalmente,

nado de Colombia, 1977. García-Belaúnde, Domingo, *La Jurisdicción Constitucional en el Perú*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia). Un. Externado, 1977. Quiroga Lavie, Humberto, *La Jurisdicción Constitucional en la Argentina*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977. Bidart Campos, José, *La Jurisdicción Constitucional en Argentina*, Sochagota-Paipa (Colombia), Un. Externado, 1977. Quintero, César, *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977. Cascajo Castro, José Luis, *Notas para el estudio de la Jurisdicción Constitucional en España*, Sochagota-Paipa, Bogotá (Colombia), Un. Externado, 1977.

Entre los autores nacionales, los siguientes: Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres Ideas Constitucionales*, Bogotá, Un. Externado de Colombia, 1978. Sachica, Luis Carlos, *El control...* *Idem, Ibid*, Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.* Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Constitucional*, Bogotá, Un. Externado, 1976.

sus pronunciamientos casi nunca producen efectos "erga omnes" o "ultraextensivos", sino de contraída o relativa magnitud.

Donde opera este sistema, el control de constitucionalidad de las leyes se enfrenta con la teoría de la soberanía del Parlamento²⁸ que deriva del principio democrático representativo, según la cual aquél se identifica con la potestad política ilimitada, permanente e incontrolada de hacer y deshacer el derecho. No pocas veces entonces la ley, que debería estar subordinada a la Constitución, se torna en el acto jurídico fundamental, no sólo por ser más frecuente que el acto de revisión constitucional, sino por ser interpretado como la última expresión de voluntad del Soberano. Es así como en ocasiones se hace mención a la "ilegalidad de la Constitución" y no a la "inconstitucionalidad de la ley", dando a entender que la ley contraria a la Constitución está indicando apenas la última decisión del Parlamento y que la Carta debe adecuarse a la ley.

2. El principio de institucionalización de este tipo de control estriba en que no es admisible que los jueces, que son funcionarios ajenos al sistema democrático representativo y a la realidad política de la sociedad, ejerzan funciones de soberanía anulando o invalidando los actos del soberano, y que su función de interpretación de la Constitución y de las leyes se convierta en facultad de veto a las decisiones del constituyente o del legislador y de eliminación de los actos que precisamente deben interpretar y aplicar. Además, la experiencia norteamericana del "gobierno de los jueces", surgida a raíz de la controversia que suscitó el fallo del Juez de la Corte Suprema Federal John Marshall, en el caso *Marbury-Madison*, y que repercutió un siglo más tarde en el debate Corte-Ejecutivo durante la administración del Presidente Franklin D. Roosevelt, generó en los "parlamentaristas" franceses y de otros países una prevención incurable contra el control judicial.²⁹

3. Aún hoy, Francia sigue siendo quizás el modelo esencial, aunque no el único, del control político. En Colombia operó dicho sistema en las diversas Constituciones expedidas desde comienzos de la época republicana (1811), incluyendo la de la Gran Colombia, de 1821, que rigió para los actuales Estados de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, hasta el año de 1830.³⁰

Bajo la IV República, en Francia, de acuerdo con los artículos 91 a 93 de la Constitución de 1946, se creó el "Comité Constitucional", presidido por el Presidente de la República, e integrado por los presidentes de la Asamblea y del Consejo de la República y diez miembros más elegidos por el Parlamento, encargado de "provocar un acuerdo entre la Asamblea Nacional y el Consejo de la República" para conciliar las contradicciones

28. V. *supra*, Cap. I, Secc. Tercera, letra A).

29. V. *supra*, Cap. I, Secc. Tercera, letra B).

30. V. *infra*, Cap. III, Secc. Primera.

entre la ley y la Constitución o para "examinar si las leyes votadas por la Asamblea Nacional suponen una revisión de la Constitución" (artículo 91), es decir, una "ilegalidad de la Constitución".

En la actualidad, a partir de la V República francesa, conforme a los artículos 56 a 63 de la Constitución de 1958, se ha fortalecido sin duda *el control político técnico* con la creación del "Consejo Constitucional", compuesto de 9 miembros, elegidos a razón de tres por el Presidente de la República, de la Asamblea y del Senado, más los ex presidentes de Francia, instituidos para decidir sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del gobierno que les sometan a su consideración el Presidente de la República, o los presidentes de las cámaras legislativas, o determinado número de parlamentarios, y de conocer oficiosamente de la constitucionalidad de las leyes orgánicas, de los reglamentos de las asambleas y de los tratados y convenios internacionales, pero con carácter previo y no posterior a la expedición o promulgación de estos actos.³¹

Es importante destacar que *cuando el Consejo declara la inconstitucionalidad del texto de una ley o de un tratado, su pronunciamiento no tiene como efecto el de la anulación del acto, sino solamente el de su ineficacia*. Jurídicamente, la diferencia es importante, pues ella implica que, si la Constitución es revisada de tal suerte que la irregularidad del texto desaparezca, éste podrá entrar en vigor *ipso iure*, sin más procedimientos de adopción.³²

b) *El Control Judicial*

1. Sin duda, la tendencia predominante en Occidente es la del fortalecimiento de los sistemas judiciales de control de constitucionalidad que tuvieron su origen con la fórmula de Lord Edward Coke en Inglaterra, de primacía de la "Common Law" sobre el "Statutory Law", consistente en que los jueces dejaban de aplicar las disposiciones de éste cuando eran contrarias a las de aquélla,³³ y que luego se transplantó a Estados Unidos de Norteamérica donde impera la Constitución escrita y rígida, bajo dos principios fundamentales en cuanto al control: el de la controversia o el caso judicial incidental (*judicial review*), y el de la desaplicación de norma contraria a la Constitución, señalados en los siguientes artículos:

Artículo III, Secc. 2.

"El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución..."

Y,

Artículo VI, Secc. 2.

31. Cfr. Duverger, Maurice, *op. cit.*, pp. 152 y 182.

32. Cfr. Burdeau, Georges, *Traité...*, T. IV, *idem*, p. 424.

33. Cfr. V. *supra*, Cap. I, Secc. Segunda, letras B, (b).

*"Esta Constitución... será la suprema Ley del país...; y los jueces de cada estado estarán obligados a observarla..."*³⁴

Esos dos postulados constitucionales cobraron su máxima significación a raíz de la sentencia proferida en 1803 por la Corte Suprema Federal de Norteamérica, por intermedio del Juez Marshall, en el caso Marbury-Madison, en la que interpretándolos en su alcance, se expresó:

La Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga... Entonces, un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley... Una ley del Congreso que pugna con la Constitución, debe considerarse inexistente... Si, pues, los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y ésta es superior a toda ley ordinaria del legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.³⁵

2. Más tarde, en América Latina, donde los pueblos republicanos tenían más confianza en sus ponderados jueces que en sus avasallantes gobernantes y en sus inexpertos Parlamentos, se consolidó pronto el control judicial durante el siglo XIX, con el novedoso y original aporte de la acción pública o ciudadana directa, abierta, y ejercitable sin necesidad de tramamiento procesal previo ni pendiente, y con decisión por vía general o "erga omnes" y no incidental, la cual aún rige consolidada, en Colombia, Panamá y Venezuela, o por medio del refugio constitucional del ciudadano ante el juez, o "fuero de amparo", instaurado por vía incidental en México, y luego extendido a otros países como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela; o paralelo como "vía de excepción" o "incidental", al de la vía de acción ciudadana, en Colombia.

3. Un siglo después de la sólida experiencia de las Américas en el sistema del control judicial de constitucionalidad, se implantó, en 1920, en Austria, con algunos retoques en 1929, bajo la inspiración del jurista Hans Kelsen, el control que se llamó "concentrado", para contraponerlo a los controles impropriadamente calificados de "difusos" del Continente Americano. Aquel sistema se ha venido extendiendo luego con similar, pero nunca con mayor éxito al de América,³⁶ a Italia (1948), Alemania (1949) y Yugoslavia (1963), entre otros.

34. *Cfr. The Constitution of the United States of America*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1976.

35. Los apartes referidos de aquella sentencia fueron tomados de la obra citada de Jaime Sanin, *La Defensa...*, idem, p. 30.

36. Hacia el exterior de Sur América, el vocablo "América" tiene desafortunadamente un significado equívoco, pues se ha asimilado como sinónimo de uno de los países del gran continente, o sea, de los Estados Unidos de Norteamérica. Con todo, por razón de geografía, de historia, y de diccionario, América cubre todos los países del continente y no uno solo de ellos.

B) *El control concentrado y el control difuso*

Como atrás se explicó,³⁷ es ésta la clasificación principal vigente sobre los sistemas judiciales de control de constitucionalidad.

Se examinarán los rasgos esenciales atribuidos a cada uno de ellos:

a) *El control "americano" o "difuso"*

1. En esencia, el "americano" o "difuso" es denominado así porque surgió y se practica en los Estados Unidos de Norteamérica, y por considerar los seguidores de la clasificación que allí los jueces no dictan fallos con carácter general o "erga omnes", sino apenas por vía incidental o de excepción, y con efectos "inter partes", como consecuencia de la invocación de inconstitucionalidad que en el curso de un proceso haga una de las partes contra alguna norma legal o administrativa federal o local que se le pretende aplicar, con ocasión del cual el respectivo juez puede decidir abstenerse de aplicar o "inaplicar" dicha norma por estimarla contraria a la Constitución, con el riesgo de que como no se produce la invalidación obligatoria y por vía general de la disposición que se inaplica, otros jueces, en similares casos o controversias judiciales, estimen que ella es constitucional y la apliquen, o de que más tarde los mismos falladores cambien de criterio, todo lo cual genera, al entender de sus críticos y analistas, un sistema *anárquico* o "*difuso*" de control, perjudicial para la estabilidad del orden jurídico, para la "seguridad" de las decisiones judiciales y de la "cosa juzgada" y para la uniformidad de los criterios de interpretación y aplicación normativa.

2. Quienes califican este sistema de difuso, lo hacen no sólo con un criterio científico sino además despectivo. En cambio, el sistema concentrado, es para ellos un control de apología paradigmática.

Así, por ejemplo, sobre la descripción y crítica del *control difuso*, el profesor e insigne tratadista italiano Mauro Cappelletti, quien es uno de los más autorizados en materia de control constitucional, y de los más arraigados partidarios del control concentrado, expresa lo siguiente:

Bajo el...enfoque... relativo a los órganos a los cuales se confía el poder de control, se pueden distinguir sustancialmente, dos grandes sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias: un primer tipo, en el cual el poder de control es *difuso*, pues se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y un segundo tipo, en el cual, por el contrario, ese poder de control es concentrado, en virtud de que se centraliza en un solo órgano judicial.

...

37. V. *supra*, Cap. II. Secc. Segunda, letra A).

El primer tipo de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, el control *difuso*, ha sido también llamado "americano", en virtud de que surgió por vez primera y todavía en la actualidad se realiza, en los Estados Unidos de América, de cuyo sistema jurídico constituye, como ha escrito un autorizado constitucionalista de aquel país: *the most unique and most characteristic institution*.

...

Y para *definirlo*, comenta Cappelletti:

Cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país... Se razona, en sustancia, de la siguiente manera: los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia; tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *lex posterior derogat legi priori*; *lex specialis derogat legi generali*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presenta entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así, la norma constitucional, cuando la Constitución es rígida, más bien que flexible, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ley ordinaria prevalece sobre el reglamento...; ergo, se concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la constitucional, debe *desaplicar la primera, y aplicar, por el contrario, la segunda*.

Luego de lo cual, el mismo autor pretende desvirtuar la solidez del sistema destacando sus inconvenientes, con las siguientes reflexiones:

La introducción en los sistemas del *civil law* del método *americano* traería la consecuencia de que una misma ley podría ser desaplicada en virtud de que algunos jueces la estimaran inconstitucional, mientras que otros juzgadores, por el contrario, podrían aplicarla, porque en su concepto no contradice a la Ley Suprema. Además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer hubiere desaplicado una ley determinada, la aplicase hoy por haber cambiado de opinión sobre el problema de su constitucionalidad. Podrían inclusive formarse verdaderas y propias contradicciones entre las tendencias de los órganos judiciales de diverso tipo o nivel; por ejemplo, una mayor inclinación de los órganos judiciales inferiores (integrados normalmente por jueces más jóvenes y por lo tanto menos ligados al pasado) para afirmar la inconstitucionalidad de las leyes, y, por el contrario, los jueces superiores (y más antiguos), propenderían a considerar válidas las mismas leyes, como precisamente aconteció en Italia en el período de 1948-1956, según mi experiencia directa; y tengo noticia de que actual-

mente se presenta la misma situación, y de manera impresionante, en el Japón.

Los resultados, extremadamente peligrosos de este sistema, podrían desembocar en una grave situación de *incertidumbre del derecho*, perjudicial tanto para los individuos como para la colectividad, e inclusive para el Estado... El tener razón o el estar equivocado, en una situación de tal género, no dependería de otra cosa, sino del hecho de acudir a un juez, en vez de otro; e inclusive, después de que una de las partes hubiese obtenido resolución favorable en primera instancia; podría ocurrir que en apelación, la ley que fue desaplicada por el juez inferior con apoyo en una opinión jurisprudencial de inconstitucionalidad generalmente aceptada, por el contrario consideráse aplicable por no ser inconstitucional, y así sucesivamente.³⁸

Cuán difícil encontrar otro crítico que con tanta minuciosidad, vehemencia y agudeza (aunque con menos de razón), se refiera a los "peligrosos resultados" del *control difuso* frente a las instituciones del Estado de Derecho. Después de esta patética pieza doctrinaria le resulta al lector francamente extraño que no se haya desintegrado aún la sociedad política norteamericana y que ella se atreva todavía a persistir sobreviviendo sin abolir de inmediato el peligroso sistema judicial.

3. En realidad la institución del "*Judicial Review of Constitutionality*" de los norteamericanos, llamada de "control difuso", no es caótica. Deben ser tomados en cuenta para comprender su alcance tres principios esenciales que la gobiernan, y a los que sus críticos no confieren mayor importancia, a saber: el sistema federal, el "sistema judicial" y el "stare decisis".

Veámoslos:

1º) *El sistema federal*

En primer término, el sistema federal sólo permite a los jueces de los estados decidir fundamentalmente las controversias o los casos por vía incidental, que se relacionen con leyes y actos jurídicos locales enfrentados a la Constitución, pero no a las leyes federales o de la Unión.

Al ser controvertida en un proceso una norma local con una disposición legal federal, los jueces no tienen por lo general facultad incidental de inaplicación, pues en Estados Unidos no opera la revisión de "ilegalidad". En consecuencia, las leyes y las disposiciones con fuerza legal expedidas por las autoridades de la Unión Federal, no son cuestionables por la vía del *judicial review* a nivel local. Lo que pueden hacer los jueces locales es dejar de aplicar disposiciones expedidas por autoridades federadas o de los estados cuando a su juicio

38. Cappelletti, Mauro, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, cit., pp. 35-40.

violan la Constitución, en virtud del mandato del artículo VI, Secc. 2, que les obliga a observarla.

Por lo tanto, cuando un juez del Estado de Virginia decida inaplicar determinada norma no contradice la decisión del otro que aplique alguna en el de Arizona, pues las normas que en el primero se desapliquen y en el segundo no, para nada comprometen la "certidumbre" ni la "seguridad" jurídica, pues habrán de corresponder a legislaturas y situaciones distintas y autónomas. A no ser que se afirme, contra toda evidencia, que lo que acontece en Estados Unidos es que no sólo es difuso el control judicial sino también el poder de legislar, caso en el cual la crítica iría contra el federalismo y no contra el control judicial.

De otra parte, la jurisprudencia en el sistema judicial tiende siempre a unificar y no a dispersar criterios, por lo cual, en el ámbito de la jurisdicción del respectivo estado, la mecánica de las decisiones judiciales en forma preponderante no es difusa sino uniforme.

2º) *El sistema judicial*

Se ha dicho que en Estados Unidos la Constitución es lo que digan los jueces. Es decir, la "common law" es judicial, y no como en los países de sistema grecolatino, donde los jueces se limitan a la incompetencia de su interpretación y aplicación. Es pues, otra contextura; es, si se quiere, "the government by judges" because of "the government of the Constitution".

Lo que no se entiende es cómo, si al sistema norteamericano se le endilga su anarquía y su dispersa o difusa contradicción derivada del casuismo y del particularismo judicial, se denuncie al mismo tiempo el peligro de concentración del poder sobre la Constitución en manos de los jueces.

El magisterio moral del juez en este sistema es la garantía esencial de la libertad. Entiéndese allí que todo proceso tiene como partes al Estado, al particular, y *The Rule of Law*, y que quien decide, por encima de todos, es el juez.

3º *El stare decisis*

Y los jueces aparentemente anarquizados y dispersos se unifican en el mandato del *Judiciary Act*, es decir, el del Juez que concentra la judicialidad esencial de la Constitución, o sea, la Corte Suprema Federal, que es la encargada de confrontar en sustancia la ley federal con la Constitución y de decidir en ficticio incidente particular, pero con evidente efecto general, la "regla judicial" de acuerdo con el principio del "stare decisis" o del precedente obligatorio, ge-

neral y de ulterior observancia, equiparable a una derogatoria legislativa o constituyente, o una declaración "erga omnes" de inconstitucionalidad de cualquier país europeo o latinoamericano.

Las vías concurrentes al incidente son principalmente tres: la de excepción particular o de efectos "inter partes", la de "injunction" o provocación de pronunciamiento general, y la declarativa que permite armonizar el cumplimiento o no de cualquier disposición. Ninguna de ellas ha sido fuente de difusión sino de uniformidad judicial.³⁹

b) *El control concentrado o "austriaco"*

1. Este sistema es, al entender de sus propugnadores, la contrapuesta institucional ideal del control judicial de constitucionalidad.

Surge bajo la inspiración del gran jurista Hans Kelsen, quien lo concibió a la imagen de su concepción piramidal invertida que unificaba la jerarquía normativa refiriéndola en forma exclusiva a la Constitución, como único punto de mira jurídico por preservar, sin atender a la dificultad de su operancia, ni a las violaciones que coetáneamente pueden ocasionar las normas de rango inferior en relación no sólo con la Constitución, sino además frente a las inmediatamente superiores o a la ley, las cuales no forman parte del control, y sin tener en cuenta tampoco las contradicciones en que se puede incurrir por vía judicial cuando una norma subalterna, aunque se declare en jurisdicción distinta ajustada a la ley, pueda ser luego encontrada inconstitucional, o a la inversa, que luego de haber sido anulada por ilegal, resultare constitucional por efectos de la inconstitucionalidad declarada de la ley que determinó su invalidación.

Se complementa además con la especialización y dedicación exclusiva de guarda de la Constitución del órgano monolítico encargado de ejercerlo, llamado Tribunal o Corte Constitucional.

Además, ante la dificultad que genera la operancia del principio "stare decisis" en países de sistema jurisdiccional o de contextura grecolatina y declarativa, por contraposición al anglosajón y al norteamericano judicial, se propone el cambio de la vía incidental o de excepción, tildada de difusa, por el de la "res judicata" por vía principal y prejudicial, con efectos generales constitutivos "ex nunc" y "erga omnes".

2. Dicho sistema se instituyó por vez primera en Austria, mediante la Constitución de 1920, donde luego fue modificado por una Ley orgánica de

39. Cfr. Burdeau, Georges, *Traité...*, T. IV, idem, pp. 468-479.

1929. Más tarde se extendió a Italia en 1948, a Alemania Federal en 1949, a Chipre en 1960, a Turquía, a Yugoslavia en 1963 y a Guatemala en 1965.

En todos estos países existe un Tribunal Constitucional o una Corte Constitucional que se integra por especialistas en derecho público, y que ejerce jurisdicción independientemente de las Cortes ordinarias de casación y de los jueces contencioso-administrativos o encargados de la guarda de la legalidad de los actos administrativos.

El mecanismo de impulsión del control denominado "por vía de acción" o por "vía principal" consiste en que determinados funcionarios, gubernamentales o judiciales, provocan en alzada la petición de pronunciamiento del órgano especializado sobre la constitucionalidad de alguna disposición legal.

En Austria tienen facultad de acción, por el sistema que podemos denominar de cruce, los gobiernos provinciales (*lander*) contra las leyes federales, y el gobierno federal contra las leyes locales, y contra unas y otras los altos cuerpos judiciales, o sea, la Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*) y la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*); no así los jueces de menor rango, los cuales tampoco tienen competencia de inaplicación por vía incidental.

En Italia están investidos del derecho legítimo de acción principal los gobiernos regionales contra las leyes nacionales y el gobierno estatal, así como todos los jueces, pero sólo respecto de los incidentes que se susciten en relación con los negocios a su consideración, para los cuales se suspende la decisión mientras no se pronuncie la Corte Constitucional.

En Alemania Federal también tienen derecho a la acción principal por el mecanismo de cruce los gobiernos locales contra las leyes federales y el gobierno federal contra las leyes locales, y todos los jueces por impulsión incidental. Además se le reconoce a los ciudadanos por vía directa cuando se afecten de manera actual e inmediata sus derechos fundamentales.

3. Al decir de Cappelletti, las ventajas esenciales de este sistema se resumen así:

... En el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente la invalidez (y, por tanto, la inaplicabilidad de la ley), no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, así sea *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto...

Pero, además:

Este método, adoptado en una zona muy amplia de Europa, es en verdad —como lo hemos reconocido— *más híbrido y complicado*, pero al mismo tiempo, en nuestra opinión, *más completo* que el americano, ya que puede ocurrir en este último, que algunas leyes, aún siendo inconstitucionales, escapan sin embargo a toda posibilidad de control incidental (*Inzidentkontrolle*), por el simple hecho de que debido a su contenido particular, no pueden dar lugar (o por lo menos de hecho no dan lugar) a litigios *concretos* y, por tanto, a procesos específicos de carácter civil, penal o administrativo, para cuya solución dichas leyes deban ser consideradas pertinentes (subrayas del autor).⁴⁰

III. EL SISTEMA DE CONTROL INTEGRAL DE COLOMBIA Y EL MODELO COLOMBO-VENEZOLANO DE ACCION PUBLICA

1. LAS VIAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA COLOMBO-VENEZOLANO

Inexplicablemente, quizás ante todo por falta de suficiente divulgación de nuestro sistema judicial de control de constitucionalidad de las leyes y de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos, muchos autores extranjeros, incluyendo aún algunos latinoamericanos, lo desconocen, o a la fuerza lo ubican dentro del tipo llamado “difuso”, acaso apenas porque Colombia, junto con Venezuela y Panamá, países donde opera la vía de acción de inconstitucionalidad, forma parte del continente, que no del tipo, “americano”.

Curiosamente, buen número de tratadistas colombianos de derecho público se han alineado en la concepción adoptada por quienes desconocen o conocen mal la tipología colombo-venezolana del control, y no pocos buscan imitar modelos foráneos menos probados y perfeccionados que el nuestro, y se han constituido en sus afanosos detractores.

Se hará un examen de los mecanismos instituidos del control judicial en Colombia y luego una sintética mención comparativa con los de Venezuela y Panamá.

40. Cappelletti, Mauro, *idem*, pp. 59 y 63.

A) En Colombia

1. En Colombia se combinan de manera armónica y completa elementos autógenos o propios, hacia un sistema que yo denomino INTEGRAL de control de constitucionalidad de los actos jurídicos, así no sea el único posible, ni el ideal, el cual según exclamación verbal del profesor y tratadista francés Georges Vedel, "*C'est un monument à la sagesse juridique*".

En efecto, encuentro que en el ordenamiento jurídico colombiano se han instituido doce (12) formas o vías de concurrencia al control de constitucionalidad. Ellas son las siguientes:

Primera. *La vía de acción pública*

Según el artículo 214 de la Constitución Nacional, *todo ciudadano tiene el derecho de acusar por vía de acción pública, directa y abierta, sin tener que demostrar interés concreto alguno y sin necesidad de estar atado en ningún proceso, en todo, en parte, cualquiera ley o decreto gubernamental con fuerza o jerarquía de ley, por estimarlo inconstitucional, ante la Corte Suprema de Justicia, y ésta tiene la atribución, previo el estudio de su Sala Constitucional especializada, de proferir en Sala Plena (integrada por la Sala Constitucional y las de Casación Civil, Penal y Laboral), una decisión o sentencia que declare la inconstitucionalidad o "inexequibilidad" (inejecutabilidad), de la disposición o disposiciones demandadas, con efectos generales y obligatorios "erga omnes" y constitutivos o "ex-nunc".*

Segunda. *Control automático u oficioso*

De conformidad con los artículos 121, 122 y 214 de la Carta, *la Corte debe pronunciarse mediante sentencia "erga omnes" y de manera oficiosa sobre la constitucionalidad de todos los decretos que expida el Gobierno (Presidente de la República y ministros) durante los estados de excepción, denominados "estado de sitio" (cuando hay conmoción del orden público por razones políticas o por causa de guerra exterior), bajo cuya vigencia se expiden "decretos legislativos" y "estado de emergencia económica o social" (cuando se altera el orden público por causas económicas o sociales imprevisibles), durante el cual se profieren decretos con fuerza de ley sobre las materias aludidas; respecto de los cuales cualquier ciudadano puede impugnar o coadyuvar su constitucionalidad.*

Tercera. *Control por vía de objeción presidencial*

Está también facultada la Corte para *emitir fallo por vía general sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, que una vez aprobados por el Congreso y antes de ser firmados o sancionados para su promulgación, objeto por inconstitucionales el Presidente de la República, cuando la objeción haya sido*

rechazada por el Congreso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 214 de la Constitución.

La aquí denominada vía de objeción, corresponde al que dimos en llamar mecanismo de cruce por vía de acción principal, que opera en el sistema concentrado austriaco, alemán e italiano.

Cuarta. Control por vía de intermediación jerárquica y de tutela administrativa, a nivel local

Conságrase también en nuestro orden jurídico el principio de intermediación jerárquica y de tutela administrativa, según el cual, al tenor del artículo 194 de la Constitución, *los Gobernadores de los Departamentos (que son las entidades territoriales descentralizadas administrativamente en el Estado Unitario colombiano), tienen la facultad de objetar por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad los proyectos de ordenanzas aprobados por las Asambleas departamentales (que son corporaciones deliberativas de origen popular, pero con funciones administrativas), las cuales deben remitirse al respectivo Tribunal administrativo para que éste decida mediante sentencia por vía general sobre su anulación o no, según que las encuentre ajustadas o no a la Constitución y a la ley, y además, pueden esos mismos funcionarios revocar los actos de los Alcaldes municipales por inconstitucionales o ilegales y revisar los acuerdos de los "concejos" municipales o cabildos de origen popular de los municipios, y en caso de que los considere contrarios a la Constitución o a la ley enviarlos al Tribunal respectivo, para que éste decida sobre su constitucionalidad y legalidad.*

En relación con las funciones aquí descritas de objeción y de revisión, distintas de la de revocación, los gobernadores también ejercen una acción principal de inconstitucionalidad por vía de cruce, similar a la señalada para el control concentrado de Austria, Alemania Federal e Italia.

Quinta. Control de los actos de revisión constitucional

Ultimamente, a partir de las sentencias de 5 de mayo de 1977 y de 3 de noviembre de 1983, *la Corte ha asumido, de conformidad con los artículos 2, 75, 81 y 214 de la Constitución, la competencia de invalidación "erga omnes" de los actos de revisión constitucional, denominados en Colombia "actos legislativos", que hayan sido expedidos en forma irregular en cuanto a su trámite, es decir, sin haber cumplido el procedimiento y las condiciones de rigidez previstas para la debida reforma en la propia Carta.*

Sexta. Control de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos

Por mandato del artículo 216 de la Constitución y del artículo 66 de la Ley 147 de 1961, *toda persona puede acusar cualquier acto* distinto de la ley

o de un decreto con fuerza de ley, *de naturaleza y jerarquía administrativa, ante la jurisdicción de lo "Contencioso-Administrativo"*, que está compuesta por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, mediante la *acción denominada contencioso-objetiva de nulidad, también pública, directa y abierta* y sin condicionamiento profesal prejudicial, para que ella *"suspenda provisionalmente"* el acto por vía inmediata y previa al proceso, y luego, si encuentra mérito, lo declare nulo cuando lo encuentre contrario no sólo a la ley o al acto jerárquico superior sino a la propia Constitución, por lo cual el control del acto es simultáneo, completo e integral, con efectos igualmente generales y obligatorios o "erga omnes".

Anótase que *la facultad jurisdiccional de "suspensión provisional"* inmediata de un acto administrativo que se encuentre abiertamente inconstitucional o ilegal, *es equiparable a la garantía o "fuero de amparo"* de la justicia mexicana.

Séptima. *Control por vía de excepción tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad*

Aparte de aquellas jurisdicciones generales anulatorias de constitucionalidad de las leyes y de constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos, *se ha instituido en nuestro país la vía paralela incidental o "vía de excepción de inconstitucionalidad"* en el artículo 215 de la Carta, conforme a la cual cualquier funcionario (juez o funcionario administrativo) puede desaplicar, a petición de parte trabada en un proceso en curso, sea judicial o "gubernativo" ante la Administración (en el que hay recursos de reposición, apelación y revocatoria directa), u oficiosamente con ocasión del mismo, toda norma legal o administrativa que estime contraria a la Constitución, y debe aplicar la constitucional. Sin perjuicio de ulterior demanda de inconstitucionalidad ante la Corte o ante el Consejo de Estado o el tribunal respectivo, según el acto, salvo cuando ese acto ya ha sido declarado exequible o ejecutable, o válido.

Conságrase además en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, la llamada *"excepción de ilegalidad"* o de inaplicación de norma reglamentaria contraria a la ley reglamentada.

Octava. *Control por vía de acción contencioso subjetiva de restablecimiento (o amparo)*

Fuera de todo lo cual *se complementa el derecho a la Constitución* con el reconocimiento en favor de cualquier persona, de una especie de *"fuero de amparo integral"* tanto inmediato como remoto, para que, según el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, pueda acudir por intermedio de apoderado en *acción contencioso subjetiva de anulación o de restablecimiento del derecho y de plena jurisdicción*, con el fin de que de inmediato se declare la "suspensión provisio-

nal” mientras se falla, *del acto* administrativo que considere *lesivo de algún derecho suyo y violatorio de la Constitución o de la ley*, y para que culminado el proceso y probado su derecho se declare nulo y se le restablezca en su derecho, con la eventual compensación e indemnización de perjuicios.

Puede, en similar proceso, demandarse, según el artículo 68 de la misma ley, el restablecimiento del derecho, o la indemnización del daño causado *por un hecho o por una operación de la Administración*, cuando se haya infringido algún mandato constitucional o legal.

Novena. *El recurso de “habeas corpus”*

En los artículos 23, 26 y 28 de la Constitución, así como en el Código de Procedimiento Penal y en la Ley 74 de 1968, se instituye el *recurso de “habeas corpus”*, conforme al cual, *nadie puede ser retenido administrativamente* sino mediante orden directa y expresa tomada en Consejo de Ministros por el Presidente y los demás integrantes del gobierno, por un lapso máximo de diez días, pasados los cuales, si no hay mérito para poner a la persona en manos de la autoridad judicial, debe ser puesta en libertad.

Décima. *El derecho de petición*

Reconócese también en el ordenamiento colombiano el derecho público de “petición”, consagrado en el artículo 45 de la Constitución y reglamentado en el Decreto 2.733 de 1959 y en la Ley 58 de 1982, de acuerdo con el cual, toda persona tiene la facultad de presentar o formular ante cualquier autoridad, solicitudes, aclaraciones o reclamos por la gestión pública y obtener pronta resolución.

Décimo Primera. *Acciones públicas precautelativas*

Asimismo, cualquiera persona tiene derecho, por virtud del fuero de acción pública, de acudir a la autoridad policiva o civil de la localidad, para reclamar por el daño material causado o para precaver el inminente, por el hecho de otro, respecto de obras que amenacen ruina o en relación con actuaciones de particulares o funcionarios o agentes públicos, que constituyan peligro para la seguridad, tranquilidad o salubridad públicas.

Y,

Décimo Segunda. *La acción de queja disciplinaria*

Finalmente, toda persona puede formular queja por falta disciplinaria contra los funcionarios o empleados públicos cuyas actuaciones u omisiones le hayan causado perjuicio, o hayan ocasionado daño a otros.

2. Como se palpa a las claras, *el sistema judicial integral colombiano de control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad de los actos jurídicos, y de los hechos y actuaciones de la Administración y de los agentes públicos, es de compleja y completa estructura.* Corresponde no sólo y tanto a un modelo teórico o a una búsqueda estética, sino y ante todo a una realidad social e histórica. Es, además, operante y eficaz y no simplemente formal o enunciativo. Dícese hoy en mi país de este sistema que es el último resorte no sólo institucional sino de magisterio doctrinario y ético de guarda del derecho ciudadano a la Constitución contra los intentos avasallantes o atolondrados del gobernante, del legislador y aún del constituyente de revisión.

Sin que la Corte en su función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución respecto de las leyes y de los actos jurídicos que tengan fuerza de ley; ni el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de constitucionalidad y de legalidad, en el que se *"concentra"* la guarda integral de juridicidad de la Constitución y de la ley, en relación con los actos subalternos de una y otra, que son anulables en forma unificada y simultánea; hayan sido tildados de organismos ineptos por no especializados, ni de ineficientes, desapercibidos, dependientes o inferiores a su labor. Por el contrario, si contra estas entidades se ha hablado, es en el sentido de tratar de morigerar su tarea, de sustituir el teórico y nunca comprobado gobierno de los jueces que se les endilga, por el del gobierno arbitrio sobre la Constitución.

Se ha implantado en Colombia no sólo la vía incidental llamada "difusa", en nuestro caso tanto de excepción de "inconstitucionalidad" como de "ilegalidad", y no únicamente ante los jueces sino frente a la propia Administración Pública por medio del proceso "gubernativo", aunque en este caso quien parifica y concentra la decisión final es el juez contencioso cuando no prospera la pretensión del recurrente. Sino que también se ha consolidado en forma paralela y armónica, para unificar y no para difundir, la "vía de acción pública directa", tanto de mera "constitucionalidad de las leyes" como de "constitucionalidad-legalidad de los actos administrativos", complementada con la vía "oficiosa" o "automática", y con las de "objeción presidencial" y de "objeción y revisión" de los gobernadores, estas últimas similares a las llamadas "vías de acción principal", en los sistemas de control concentrado; todas las cuales provocan decisiones judiciales de invalidación o anulación general o con efectos "erga omnes". Se ha integrado al sistema, además, el principio doctrinario en boga adaptado a nuestro sentir, del "fuero de amparo general", derivado de la facultad judicial de "suspensión provisional inmediata" de los actos de la Administración, de la acción contencioso-subjetiva de restablecimiento del derecho y de plena jurisdicción, del "habeas corpus", del "derecho de petición", del derecho de acción policiva cautelar y del derecho de queja.

Obviamente, resulta entonces estéril pretender catalogar esta macroestructura institucional y dinámica, bien sea por afán de imitación, de comodidad, o de decorado, dentro del esquema tradicional, francamente incompleto e insuficiente, de los controles difuso o concentrado.

B) *En Venezuela*

1. De acuerdo con la Constitución venezolana de 1961 y con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, expedida en desarrollo de aquélla en 1976, y habida consideración de la sólida tradición del sistema integral judicial de control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad, que, como en Colombia, opera en el hermano país, es innegable la rai-gambre común de estos dos sistemas y del panameño, y su particular organización frente a los demás.

2. Las instituciones esenciales del control judicial venezolano son las siguientes:

1º *El recurso de inconstitucionalidad y el de inconstitucionalidad e ilegalidad*

En desarrollo de la previsión de los ordinales 3º, 4º, 6º y 7º del artículo 215 de la Constitución, se ha centralizado en la Corte la competencia de decisión sobre constitucionalidad de leyes nacionales y "estadales", de las ordenanzas municipales y de los demás actos que "colidan" con la Constitución.⁴¹ Similar enunciado normativo se positiviza en los ordinales 1º, 3º, 4º y 5º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte.⁴² Además, según los ordinales 10 y 12 de la misma Ley, se reconoce, como en Colombia, el recurso simultáneo y concentrado por materia, de inconstitucionalidad e ilegalidad contra actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional y contra actos administrativos individuales y generales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos nacionales de similar jerarquía.

Opera, pues, como en Colombia, la vía de acción pública, directa y abierta y generadora de decisiones judiciales de carácter general o "erga omnes". Existe además un control unificado en un sólo órgano: la Corte, y concentrado por materia: tanto de constitucionalidad como de legalidad.

2º *La vía de reconsideración u objeción presidencial*

Según el artículo 173 de la Constitución y el ordinal 2º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte, de julio de 1976, ésta decide sobre las obje-

41. *Cfr. Constitución Política de la República de Venezuela*. Caracas, Ed. La Torre, s.f.

42. *Cfr. La Roche, Humberto J., La Jurisdicción Constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema, idem, ibid, pp. 20-21.*

ciones que por inconstitucionalidad, y luego del trámite de aprobación y rechazo por el Congreso, haya formulado el Presidente de la República contra proyectos de ley "antes de ponerles el ejecútese".

Es una vía similar a la del cruce, del control concentrado.

3º *La vía de acción nulidad general o recurso objetivo contra todo acto jurídico, legal o administrativo, de carácter general*

Es la consagrada, respecto de los actos de efectos generales, en el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte, de 1976.

4º *El recurso subjetivo contra los actos administrativos nacionales, "estadales" y locales, de efectos individuales o particulares*

Se halla instituido en el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte.

5º *Las vías incidentales de excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad*

Ambas se hallan consagradas a nivel legal de la Federación. La primera de ellas se reconoce a los jueces, en relación con los juicios de su competencia, en el artículo 7º del Código Procesal Civil.

6º *El fuero de amparo*

Similar a la acción de restablecimiento con posible suspensión provisional inmediata, instituida en Colombia, aunque con garantía más directa y amplia, el artículo 49 de la Constitución venezolana consagra el "fuero de amparo", conforme al cual:

Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

7º *El derecho de petición.*

Como en Colombia, también en Venezuela, según el artículo 67 de la Constitución, se consagra el derecho de toda persona para presentar o dirigir peticiones a entidades o funcionarios públicos.

8º *El hábeas corpus, también está garantizado por la Constitución.*

C) Panamá

Al igual que en Colombia y Venezuela, en Panamá, que había formado parte de nuestro país hasta comienzos del presente siglo, y que desde 1904 se

dió su primera Constitución, están actualmente consagradas, quizás en gran medida por el prohijamiento histórico de la evolución del control judicial en Colombia durante el siglo XIX, similares instituciones que las descritas para Colombia y Venezuela, fundamentalmente conforme a lo previsto en las Constituciones de 1941 (artículo 188), 1946 (artículo 167), 1956 (artículo 167), y la hoy vigente de 1972 (artículo 188), aunque atenuada en su organización con respecto a las anteriores.⁴³

Se han instituido en el régimen panameño, la acción pública de inconstitucionalidad de todos los actos jurídicos nacionales, en favor de cualquier persona; la facultad centralizada en la Corte de declarar su constitucionalidad o inconstitucionalidad por vía general o "erga omnes"; también la excepción de inconstitucionalidad o la vía incidental procesal, pero unificada en alzada y consulta ante la Corte; así como los "recursos" de amparo, y de *hábeas corpus*.⁴⁴

2. LA AUTONOMIA TIPOLOGICA Y LAS VENTAJAS DEL MODELO INTEGRAL DE ACCION PUBLICA COLOMBO-VENEZOLANO

No son pocos los autores tanto extranjeros como nacionales, algunos de ellos de gran prestigio y credibilidad científica, especialistas en el tema del control judicial de constitucionalidad, que estiman que por fuera de los modelos de control *concentrado o austriaco*, de una parte, y, de la otra, *difuso o americano*, no hay sistemas posibles, que de haberlos, es porque están en "vía de perfeccionamiento" hacia alguno de aquéllos, o porque son una "combinación aproximada", "híbrida, mixta o intermedia" de los mismos, o incluso una atávica o inestética forma institucional.

Propóngome entonces, ya con serios elementos de conocimiento sobre el sistema colombo-venezolano, despejar equívocos y dejar en claro que la *acción pública, directa y abierta de inconstitucionalidad y simultánea o unificada de inconstitucionalidad-ilegalidad*, instituida en tales países, que no es practicada ni conocida como posible, ni aceptada, bajo ninguno de los otros modelos enunciados, da lugar a un nuevo tipo de control, cualificado, autógeno y no derivado, más ventajoso e integral que los otros dos, hasta ahora más conocidos, aunque no más completos.

A) *El control democrático-judicial general de la Constitución*

1. La acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y de inconstitucio-

43. Cfr. Quintero, César: *La Jurisdicción Constitucional en Panamá*, *idem: ibid.*, pp. 40-49.

44. *Constitución Política de la República de Panamá*. Panamá, Edic. Oficial, 1972.

nalidad-ilegalidad o integral de juridicidad, es sin duda una forma real inmejorable de garantizarle al ciudadano su derecho a la Constitución y de lograr el control democrático directo de los gobernados sobre los actos del gobernante y del legislador. No es tanto el gobierno de los jueces, sino el poder de control sobre el gobierno en manos del pueblo. Los jueces son apenas el instrumento institucional, independiente o autónomo, de preservación de la integridad y supremacía de la juridicidad constitucional y legal, que es la *tenida como legítima* por la doctrina para la libertad que se alimenta del Estado de Derecho y que se sustenta en el querer popular predominante.

2. Su práctica, además, no es reciente sino secular, y ha sido cada vez más fructífera y positiva, de paulatina y exitosa consolidación.

Colombia y Venezuela instituyeron por primera vez en el mundo el sistema, en 1811, y cada una aportó por separado, en aquel año, uno y otro de los rasgos esenciales que lo caracterizan.

En efecto:

a) *En Colombia se crea la acción ciudadana de inconstitucionalidad el 4 de abril de 1811, en la Constitución de Cundinamarca, aunque inicialmente dentro de un modelo de control por un cuerpo político y no judicial, llamado el Senado de Censura, en la siguiente forma:*

Título I...

*Artículo 9º Habrá un Senado de censura y protección, compuesto por un Presidente que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.*⁴⁵

O sea que Colombia aporta al sistema universal de control constitucional, *la acción ciudadana de inconstitucionalidad.*

b) *En Venezuela se consagra, también en 1811, por primera vez, en el aparte 28 del Capítulo 9º de la Constitución de ese año, el sistema judicial de control de constitucionalidad distinto del incidental norteamericano, con facultad jurisdiccional para declarar por vía general y con efectos obligatorios, la inconstitucionalidad de disposiciones contrarias a la Constitución.*⁴⁶

45. Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las Constituciones de Colombia* (2. T.), T. I., Madrid, 1977, p. 309.

46. Cfr. La Roche, Humberto, *op. cit.*, pp. 9-10.

3. Más tarde, con las Constituciones colombiana y venezolana de 1858, en reiterada coincidencia de fecha, Colombia instituye en el artículo 50, inciso 2º, de su Carta, el control jurisdiccional suspensivo por vía general, en manos de la Corte Suprema Federal (quedándole aún para entonces el control declarativo al Senado), sobre las disposiciones de las legislaturas de los estados, contrarias a la Constitución, y, Venezuela, en su Constitución de aquel año, toma para sí, además del control jurisdiccional que había adoptado desde 1811, la acción ciudadana de nulidad contra actos legislativos contrarios a la Constitución.

B) *Los errores de las críticas al sistema integral*

1. En consecuencia, habrá que afirmar, como punto de partida, que cualquiera crítica al sistema debe hacerse en una dimensión diferente de la restringida utilizada para los controles "austriaco" y "americano", ya que el nuestro, simplemente, es no sólo algo distinto de aquéllos y más antiguo que uno de ellos, sino también, algo más.

2. Con todo, propios y extraños incurren en errores sobre su apreciación: el profesor Cappelletti habla de "tipos intermedios", entre el "concentrado" y el "difuso", para hacer referencia a los que conoce, como el mexicano, y a los que no, como el colombiano y el venezolano.⁴⁷ El constitucionalista mexicano Héctor Fix Zamudio, califica el modelo colombo-venezolano de "combinado", en cuanto que a su juicio toma elementos del austriaco y del americano.⁴⁸

Uno de los más insignes tratadistas colombianos de derecho público, el profesor Carlos Restrepo Piedrahita, estima que el nuestro es un modelo "hipertrófico y sofisticado" del control difuso, un sistema de "control genérico e inarticulado", por contraposición al anhelado "control específico o regulado", es decir, específicamente "concentrado". Califica a quienes no son partidarios del control concentrado de padecer de "misoneismo", propio del subdesarrollo intelectual e institucional.⁴⁹ Mi ilustre colega de la Sala Constitucional de la Corte, el profesor y constitucionalista Luis Carlos Sachica, cataloga nuestro sistema como "híbrido, mixto, intermedio", para hacer ver que no es concentrado ni difuso, o como "asistemático", para lo mismo.⁵⁰ Ambos, además, preconizan como conveniente la idea de una "Corte Constitucional", distinta de la ac-

47. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 18.

48. Fix Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional, 1940-1965*, *idem*, p. 155.

49. Restrepo Piedrahita, Carlos: *Tres Ideas Constitucionales*, *idem*, pp. 72, 73, 92 v 110.

50. Sachica, Luis Carlos, *El Control de Constitucionalidad y sus Mecanismos*, *idem*, pp. 52 y 58.

tual Corte Suprema, encargada de ejercer en forma "concentrada" el control, y compuesta por especialistas en derecho público.

Al respecto, el doctor Restrepo Piedrahita, como ponente para segundo debate en el Senado, de un proyecto de reforma constitucional, que no prosperó, en el que proponía crear la Corte Constitucional de especialistas, argumentaba en 1967 sobre su justificación calificando nuestro sistema de difuso y propendiendo por el concentrado, de la siguiente manera:

La creación de la Corte Constitucional es uno de los mejores aportes de la Comisión (1ª del Senado), al proyecto. Con esta nueva institución alcanzará el Derecho Público nacional el más alto grado de racionalización de nuestro Estado Judicial, cuya evolución moderna se inicia en la Ley 2ª de 1904 y el Acto Legislativo número 3 de 1910. Se alineará así el Estado colombiano en primera fila con los otros Estados modernos que han perfeccionado y estilizado la función del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y actos del Gobierno.

Al parecer, por lo subrayado, hasta aquí la preocupación esencial del profesor Restrepo es de orden estético y de apologética imitación de lo foráneo! Pero, naturalmente, siguen sus reflexiones de fondo:

El sistema vigente es el conocido en técnica constitucional con el nombre de *control difuso o múltiple*. Consiste en que la función guardadora de la integridad de la Constitución la ejercen organismos diversos: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, y, en general, por la vía de excepción, cualesquiera autoridades del orden gubernativo o jurisdiccional ante las cuales las partes interesadas en litigios invoquen para aplicación preferente el principio de supremacía constitucional. Desde mucho tiempo atrás se han puesto en evidencia los inconvenientes de esta reglamentación, sin que se hubiera precisado los medios para corregirlos.

El nuevo sistema será de *control concentrado o uniforme*. En adelante, sólo una autoridad, la Corte Constitucional, situada en la más elevada cumbre del Estado, será la que con fuerza obligatoria para todos —personas, gobernantes y órganos— exprese el contenido de la Constitución. Y habrá de decidir, también con alcance definitivo, sobre otra materia trascendental, que hasta hoy ha quedado sin salvaguardia, a virtud de muy discutible y reiterada jurisprudencia, a saber: la constitucionalidad de los tratados públicos. . .

El establecimiento de la Corte Constitucional y la fijación de precisos y cortos plazos para que se pronuncie sobre las objeciones presidenciales, o sobre los decretos extraordinarios y decretos-leyes de emergencia económica, o sobre las acciones públicas en general, o sobre los tratados o las objeciones de los Gobernadores a las ordenanzas y acuerdos, representa un avance muy notable en la racionalización del Estado y en la efectiva garantía de la supremacía constitucional. No podrá volver a repetirse la anó-

mala situación prevaleciente hoy de que las acciones de inconstitucionalidad carecen de eficacia porque el órgano competente, por causas múltiples, se inhibe de facto para decidir las.⁵¹

3. Yendo por partes, dejo para adelante la respuesta sobre el control concentrado o el difuso. Sin embargo, es de anotar que el Constituyente de 1968 tenía consciencia de los inconvenientes y anomalías que anotaba el senador Restrepo Piedrahita, y por lo tanto los subsanó, pero sin confundir el fondo con la forma y sin sacrificar a la Corte Suprema de Justicia. Desde que entró a regir la reforma Constitucional de 1968, la Corte tiene además de sus tres Salas de Casación Civil (6 magistrados), Penal (8 magistrados), y Laboral (6 magistrados), una Sala Constitucional especializada (4 magistrados), que es la encargada de sustanciar las ponencias de decisión que se adoptan por mayoría absoluta (13 votos), en Sala Plena.

Además, el promedio anual de fallos por parte de la Corte en asuntos de constitucionalidad ha sido igual al de demandas y revisiones forzosas y por vía de objeción (en octubre de 1983 va en 100). La Corte se encuentra al día, no se ha inhibido *de facto*. Sobre acciones públicas el Procurador General de la Nación debe rendir concepto en 30 días, la Sala Constitucional en 30 y la Sala Plena en 60, o sea, que el fallo se profiere a los cuatro meses de iniciada la acción (generalmente la Corte se pronuncia antes del vencimiento del plazo). En relación con revisiones forzosas de decretos de estado de sitio y de estado de emergencia, el Procurador tiene 10 días, la Sala Constitucional otros 10, y la Plena 30, es decir, el plazo se reduce a la tercera parte. En este año la Corte profirió 39 sentencias por este concepto, ninguna fuera del plazo. Y en materia de objeciones presidenciales, según la última jurisprudencia de la Corte, el Procurador tiene 6 días, la Sala Constitucional 6, y la Plena, 6, para un total de 18.

En lo relativo a la competencia de la Corte para decidir sobre la constitucionalidad de los tratados-leyes, no hay necesidad de crear sólo para eso una Corte Constitucional, sino simplemente bastaría que la Constitución lo estableciera expresamente para la actual Corte. Anótase, por último, que en los tres años que llevo como magistrado de la Corte, los fallos en asuntos de constitucionalidad proferidos por la Corporación son más de 300 y que sólo en tres ocasiones la sentencia ha sido elaborada por alguno de los magistrados distintos de los de la Sala Constitucional. De consiguiente, en el noventa y nueve por ciento de los casos, han sido las ponencias, o alguno de los estudios disidentes, de alguno de los cuatro magistrados que integramos la Sala Constitucional, las que se han convertido en sentencias, obviamente, enriquecidas y vigorizadas, rara vez limitadas o restringidas, por el insustituible aporte

51. Restrepo Piedrahita, Carlos, *op. cit.*, p. 105.

del criterio jurídico que precave la esterilidad del especialista, de los colegas de la Sala Plena.

4. Uno de los fragmentos doctrinarios que mejor revelan el exceso de fervor por el control concentrado, y que demuestran el desconocimiento o el desdén respecto del sistema de control judicial por vía de acción pública, provienen del ilustrísimo profesor y tratadista de derecho constitucional de México, Héctor Fix Zamudio, dedicado como el que más al estudio universal de la justicia constitucional, en una de sus más especializadas obras al respecto, al afirmar erróneamente, lo siguiente:

Finalmente, cabe señalar que en este período de veinticinco años (de evolución de la justicia constitucional en el mundo, comprendido entre 1940 y 1945, Mgc.), al cual hemos circunscrito nuestra investigación, además de la propagación del control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, *se ha caracterizado por una combinación del tradicional sistema americano en el cual impera, aunque no de manera absoluta, el sistema difuso, incidental y de efectos particulares, con los nuevos criterios de la concentración, vía principal y efectos generales de los sistemas europeos, y así observamos que numerosos ordenamientos americanos, inclusive los mismos Estados Unidos, han introducido algunos elementos de los métodos imperantes en Europa, y especialmente los aspectos de la declaración general de inconstitucionalidad que se va extendiendo por Latinoamérica, como ocurre con los ejemplos de Colombia, Venezuela...* hasta culminar con la creación de un *Tribunal Constitucional*, en cierto modo *inspirado en el modelo austriaco*, en la Constitución guatemalteca de 1965.⁵²

Despejemos:

a) En primer término, el autor confunde, en la historia y en el contenido, "la concentración" o el modelo concentrado, con los efectos generales obligatorios y la vía de acción, propios del sistema colombo-venezolano, naturalmente sin darle parte a sus creadores. Como ya dejamos sentado, los efectos generales y la vía de acción pública (más principal que la "principal" del concentrado), son elementos originarios del tipo colombo-venezolano, que sin duda hubo de conocer el jurista Hans Kelsen, su inspirador, y sin embargo, no por ser de nuestros países éstos hacen parte del sistema concentrado.

b) En segundo, dado que los efectos generales y obligatorios de las decisiones judiciales de constitucionalidad operan en Colombia y Venezuela desde hace más de un siglo, *no son tan "nuevos" los criterios como los pretende el autor.*

c) En tercero, no es que el propio sistema judicial de los Estados Unidos haya comenzado a "concentrarse" y a "desdifundirse", para ser aproxima-

52. Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 155.

dos al sentir del autor, por efectos del modelo europeo o austriaco (que sólo entró a operar desde 1920), sino lo que acontece es que el principio del *stare decisis* que en materia constitucional se atiende en ese país por lo menos desde 1803 (Chief Justice John Marshall), sólo comprensible para quienes parten de la razón histórica, institucional y pragmática del "sistema judicial", es lo que ha determinado que allí, el "judicial review" no sea tan difuso como lo pretenden sus tipologistas y lo que explica que desde mucho antes de que naciera el inspirador del sistema austriaco, Hans Kelsen, ya se hubiera afirmado en Estados Unidos que "la Corte concentraba bajo su poder la Constitución", y que desde entonces se venga criticando "the government by judges".

d) En cuarto lugar, no es aceptable que de un solo plumazo, el profesor Fix Zamudio afirme que últimamente "*la declaración general de inconstitucionalidad se va extendiendo... a Colombia y a Venezuela*", siendo que estos países nada tienen que ver en su organización judicial con el modelo concentrado, y que la raigambre de la declaración judicial de inconstitucionalidad, obligatoria y "erga omnes", pertenece a los albores de sus repúblicas, y por lo tanto, a los del sistema judicial mismo del control constitucional y son de anterioridad centenaria respecto del nacimiento del sistema austriaco.

e) En quinto término, la creación de Tribunales Constitucionales compuestos de especialistas en derecho público, obedece más a una preocupación subjetiva estética, que a una necesidad institucional de la acción pública o de los efectos generales obligatorios de las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que, en Colombia y Venezuela, donde no opera el control concentrado (por lo cual entonces sus detractores de inmediato lo ubican en el difuso, confundiendo el órgano con la función, y los efectos con la causa), ya existían desde antes aquellas instituciones.

f) Y, el sexto: parece entonces más bien que con el esfuerzo de imponer la manida tipología entre control concentrado y control difuso, a lo que dé lugar, *se ha utilizado un método sin control y confuso*.

C) *Los reparos a las erróneas críticas. La respuesta sobre las ventajas del sistema integral sobre el concentrado*

Nadie discute que pueda modificarse el actual sistema judicial de control de constitucionalidad imperante en Colombia. Pero no resultaría justo que el cambio se hiciera por error, es decir, por hacer creer que nuestro control es difuso y debe "concentrarse"; que los elementos del tipo concentrado no se logran sin su adopción, y que nuestra Corte no está adecuada institucionalmente para desempeñar la compleja y "esotérica" tarea de los especialistas en derecho público, por el simple hecho de que no todos sus integrantes lo son, o porque

es ineficiente. Estoy seguro de que quienes quieren suprimirle a la Corte Suprema de Justicia su función de control de constitucionalidad, lo hacen porque la han encontrado demasiado independiente y eficiente, pero no por lo contrario. Eso es ya otra cosa, y las razones políticas no son para el debate en esta obra.

1. *Una necesaria explicación personal*

A pesar de que el autor de este ensayo es actualmente magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, me considero con autoridad para preconizar la defensa de dicha Corporación en su tarea de control constitucional, y para rechazar por inconveniente el implantamiento de una Corte Constitucional de especialistas que en su reemplazo la asuma, como se ha venido proponiendo por algunos desde hace más de tres lustros, por las siguientes elementales razones, así una de ellas sea de inmodestia:

a) Porque mis fundamentos jurídicos contra el injerto en Colombia del pretendido y mal llamado control concentrado, fueron expresados en mi condición de profesional raso del derecho y de profesor universitario, desde julio de 1979, o sea, un año antes de que inmerecida e insólitamente me eligieron magistrado de la Corte. Por lo tanto para entonces no tenía respuestas de funcionario interesado sino de ciudadano, las cuales se hallan publicadas en la Revista Derecho Colombiano, bajo el título de "La Reforma Judicial", del mes de julio de 1979, Bogotá, N° 211, Tomo XL, Año 17.⁵³

b) Porque aunque me opongo a la Corte de especialistas no lo hago por no serlo, pues además de "especialista" fui graduado en 1970 como Doctor en Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de París, con tesis laureada, y soy profesor de Derecho Público desde hace más de 15 años, lo cual me hizo aprender desde temprano que cuando uno se especializa, pronto inicia su tarea hacia el conocimiento general y menos unilateral de las cosas.

c) Porque mi experiencia como magistrado de la Corte no sólo me ha comprobado mis hipótesis de doctrinante sino que me las ha consolidado. El control ejercido por la Sala Plena de la Corte, integrada por especialistas, aunque no todos lo son, afortunadamente, de la Sala Constitucional, más los especialistas en sus respectivas disciplinas de la Sala Civil, de la Penal y de la Laboral, asegura no solamente un aceptable conocimiento sectorizado de los temas constitucionales, sino un completo e integrado panorama jurídico, conforme al cual no sólo se examina la Constitución frente a la disposición legal que ejerza, sino también el contenido y significado de la norma que se juzga, ante la Constitución, o sea, que la ecuación mental y de juzgamiento es completa, y no simplemente unilateral o de expertos.

53. Cfr. Gaona Cruz, Manuel, *Revista Derecho Colombiano, cit.*, pp. 45-53.

Y hasta donde yo sé, nuestra Constitución a nadie le prohíbe ser, además de penalista, civilista o laboralista, constitucionalista y administrativista, y filósofo, e historiador, y economista, y humanista; ni a constitucionalista alguno, por sabio que se crea, le hace daño aprender otro poco de lo mismo, más el derecho penal, el civil, el laboral y otras disciplinas por fuera de su reducida especialidad, pues al fin de cuentas, según lo dicho por el propio maestro Kelsen, quien diseñó el control concentrado, el derecho es autárquico y entrelazante, se autointegra, y, lo más importante, no todo es el derecho o lo jurídico, pues las llamadas ciencias sociales y humanas lo explican, lo recubren, y lo justifican, y lo enriquecen de tal manera que hoy en día, con el imperio adicional de la informática y de la telemática, lo más contrario al jurista y al juzgador de constitucionalidad es el pobre especialista.

Con los precedentes prolegómenos de reflexión, reitero aquí, por cuanto ya lo había expresado desde 1979, mis puntos de vista sobre los inconvenientes del control concentrado, frente al integral nuestro.

2. *La radiografía del sistema concentrado frente al nuestro*

No es fácil reducir el llamado "hipertrófico", "híbrido" o "inarticulado" sistema colombiano, cuya etiología histórica y doctrinaria es diferente de aquellos con los que se pretende atrofiar, definir su sexo, o articular, puesto que es un modelo diferente y mejor catalogado y de pronto servirá de referencia a otros países, así hayan adoptado el concentrado. La completud, integridad, dimensión y eficacia de nuestro sistema es innegable.

No es tan sencillo reducir el alazán a rocinante para adecuarlo al tamaño de soñadoras empresas de otrora, ni es razonable renegar porqué no se puede hacer.

He aquí las desventajas del sistema mal llamado "concentrado", frente al colombo-venezolano, mal llamado hipertrófico o difuso.

1º Se preconiza que la Corte Constitucional o una Sala Constitucional especializada y más numerosa que la actual dentro de la Corte Suprema de Justicia, con poder excluyente de decisión respecto de la Plena, y con más atribuciones de control que las que hoy tiene, es decir, no sólo respecto de las leyes, proyectos de ley, y decretos del gobierno con fuerza de ley, sino además con jurisdicción constitucional sobre todos los actos jurídicos administrativos subalternos de la ley, del orden nacional, asegurarían un "control concentrado" y más eficiente, y una jurisprudencia uniforme y vigorosa que enriquecería y esclarecería la doctrina constitucional, así como la "seguridad" y "estabilidad" del orden jurídico, porque sus integrantes, básicamente especializados en derecho público, sólo se dedicarían a esa función y absorberían la totalidad del control

constitucional, hoy disperso entre los tribunales administrativos, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y aún entre los demás jueces y tribunales del país, mediante la llamada vía de excepción de inconstitucionalidad que les permita abstenerse de aplicar normas contrarias a la Carta. O sea, que se sustituiría el "control difuso" actualmente vigente.

2º Pero, con todo comedimento afirmo ante quienes se han ocupado del tema, que *no hay claridad conceptual sobre lo que se entiende por control concentrado y por control difuso. En Colombia existe el control, que yo denomino INTEGRAL Y PARALELO*, más completo de Occidente, y por lo tanto del planeta, como en ningún otro país, salvo Venezuela y Panamá, el cual agrupa tanto el pretendido concentrado como el difuso a la vez, más otras instituciones como la de amparo mexicana, sin hacerlos incompatibles, sino complementarios. Y cualquiera propuesta de reforma hacia el concentrado lo desintegraría en forma absurda e irreparable.

3º No hay que confundir, como defensores y críticos parecen hacerlo, entre el que hemos denominado *Control Integral*, según el cual existe un solo centro jurisdiccional (aunque no necesariamente un solo órgano) de decisión definitiva, unificada y simultánea, por vía general y obligatoria de la validez de un acto jurídico frente a todas las normas jerárquicamente superiores (constitucionales, legales y administrativas superiores), y el *Control Unificado de órgano pero no de competencia por materia*, que apenas supone una aproximación imperfecta a aquél, llamado *impropiamente "concentrado"*, conforme al cual hay unidad de órgano pero no de pronunciamiento sobre la validez completa o total y definitiva del mismo acto que se juzga, ya que su operancia consiste en asignarle a un solo cuerpo jurisdiccional *el control sobre la constitucionalidad de los actos jurídicos del Estado, pero dejándole a otro u otros órganos judiciales la competencia del control de la legalidad de esos mismos actos y de la juridicidad del acto administrativo superior sobre el inferior.*

4º Al quedar establecida la precedente diferenciación se clarifica entonces nuestro sistema: *la razón de ser del control no unificado de órgano, pero sí integrado por materia juzgable, que rige en Colombia, es completa e inmejorable* (al menos por el imperfecto concentrado).

En efecto:

a) *La Corte Suprema de Justicia*, como supremo tribunal judicial de convalidación o de anulación constitucional, *ejerce el control unificado sobre la constitucionalidad de los actos que tienen fuerza o vigor definitivo o provisional de ley*, o sea, de los proyectos de ley, de las leyes, de los decretos extraordinarios o decretos-leyes (artículos 76-12 y 118-8, C.P.), de los decretos planes

(artículo 80, C.P.), de los decretos de autorizaciones (artículos 32 y 76-11, C.P.), de los decretos legislativos o provisionales de estado de sitio (artículo 121, C.P.), de los decretos de emergencia económica y social (artículo 122 (C.P.)), últimamente de los "actos legislativos", o actos de revisión constitucional, en cuanto al cumplimiento de su "rigidez de trámite" (artículos 2, 75, 81 y 218, C.P.), y quizás, de los decretos-leyes de reconducción presupuestal (artículo 209, C.P.). El denominador común de todos estos actos antes mencionados, es el de que *ninguno de ellos puede violar norma superior distinta a la propia Constitución, y por lo tanto no pueden ser invalidados por ilegales sino solamente por inconstitucionales.*

De ahí por qué sea entonces la Corte la encargada de ejercer en forma concentrada la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución frente a los actos jurídicos ordinarios de máxima jerarquía dentro del Estado: las leyes y los decretos con fuerza de ley. No está demás advertir que cuando un decreto-ley o uno de autorizaciones extralimita la ley que lo facultó o lo autorizó, no es ilegal, sino inconstitucional, porque la Carta es la que señala las condiciones de la habilitación legislativa.

b) *Y el Consejo de Estado, en única o en segunda instancia, y los tribunales administrativos, en primera, ejercen en forma unificada y simultánea, el control de juridicidad integral de constitucionalidad y de legalidad, de los actos administrativos subalternos a la Carta y a la ley, o de los mismos de rango inferior cuando transgreden no sólo el mandato de la Constitución y el de la ley sino también el del acto administrativo jerárquicamente superior.*

c) *Pero el control orgánico que por separado ejercen la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y sus tribunales, con efectos decisorios obligatorios y "erga omnes" o generales, no es difuso ni incompleto, sino integrado, completo y por vía general. Tampoco comporta riesgo de contradicción jurisprudencial, puesto que ninguno de los tribunales interfiere la competencia del otro, ni juzga por razones distintas el mismo acto, ni se pronuncia por lo tanto de manera diferente sobre la norma violada.*

Difuso sería si la Corte tuviera, por ejemplo, que conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad de un acto administrativo nacional o local (como una resolución ministerial, o un decreto de un alcalde), y si al Consejo de Estado o al Tribunal Administrativo no se le permitiera conocer y pronunciarse sino sobre la legalidad de ese mismo acto. E incompleto sería si, como sucede precisamente en Alemania Federal, en Austria, y en Italia, al Consejo de Estado y a los Tribunales sólo se les otorgara atribución para juzgar el acto administrativo frente a la ley o al acto administrativo popular superior, pero no frente a la propia Constitución.

Pero en cambio en Colombia el Juez contencioso-administrativo lo es integralmente, tanto de legalidad como de constitucionalidad; y esa competencia integral se reconoce en Venezuela en favor de la Corte, donde está "centralizado" o unificado el control, que no es lo mismo que "concentrado".

5º No hay que olvidar que en Alemania Federal, Austria e Italia, el control concentrado en manos de la Corte Constitucional es incompleto por cuanto ninguna Corte Constitucional o Tribunal igual, superespecializados en derecho constitucional y ni siquiera en administrativo, conoce de demandas de inconstitucionalidad contra actos administrativos, sino únicamente respecto de leyes y decretos nacionales con categoría y fuerza de ley, o de leyes de los estados (en Alemania y Austria) o regionales (en Italia, donde hay una organización federal-administrativa *sui generis*).

Y quién lo creyera: por incompleto, se torna además difuso el mal llamado "concentrado", por cuanto que son "otros" los jueces y tribunales encargados de *juzgar la legalidad* de los actos administrativos, aunque ni siquiera su constitucionalidad, *por lo cual la Administración goza de una especie de impunidad constitucional y resulta siendo más controlado el legislador que su ejecutor o reglamentador*.

6º Y entonces, a las claras se ve, sin ambages ni términos críticos despectivos o regañones, que el control mal llamado "concentrado" de Austria, de Alemania Federal y de Italia, es también difuso o inarticulado, y quizás más, que el integral colombo-venezolano.

7º *Lo que se pretende entonces para nuestro sistema, por parte de los apologistas del control concentrado, es difundir el control unificado hoy por materia, y unificar el órgano sobre una parte del control material*. Confundiendo control concentrado con unificado, quieren darle a una Corte Constitucional de "especialistas" no sólo el control constitucional de los actos con jerarquía formal y fuerza material de ley (leyes y decretos gubernamentales), sino además el de los actos administrativos del orden nacional; pero el control de la legalidad de estos últimos actos, así como el de constitucionalidad y legalidad de los administrativos del orden local, se dejaría en manos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, con lo cual, *de todas maneras quedaría "desconcentrado" por órgano el de constitucionalidad respecto de los administrativos locales, o si se impidiese en adelante que la contencioso-administrativa juzgare su constitucionalidad, quedarían revestidos por la Constitución de impunidad esos actos*, y además, se rompería la unidad del control que por materia hoy existe sobre la constitucionalidad-legalidad de todos los actos administrativos (tanto nacionales como locales). O sea, que además de no lograrse su unificación material, se

volvería bifurcado, difuso y confuso su control, o, según el decir popular nacional: "patidifuso".

8º Y se llegaría además al evidente absurdo, que afortunadamente hoy no padecemos, de que por ejemplo un decreto reglamentario del Presidente de la República, que fuera declarado constitucional por la Corte, podría ser luego declarado ilegal por el Consejo de Estado, en la medida en que fuese la ley el foco de la inconstitucionalidad, y no el decreto que la reglamentó. ¿O no? Y viceversa, un decreto de un Director de un establecimiento público de la Administración Nacional, declarado legal por el Consejo de Estado, podría ser hallado luego inconstitucional por la Corte. Es decir, irremediablemente, se bifurcaría o difundiría la integridad o unidad material del control de legalidad y de constitucionalidad de los actos subalternos de la ley, los cuales, hoy se hallan concentrados, integrados, y unificados, en la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

9º Y en cuanto a los inconvenientes de la Corte de especialistas ya hicimos nuestro comentario.⁵⁴ De otra parte, la acción pública es el mejor instrumento de concentración jurisprudencial, pues por lo general quien utiliza la vía incidental, gane o pierda en su pretensión, acude al juez de constitucionalidad en búsqueda de decisión de autoridad, y si éste contradice la ya tomada incidentalmente, ésta sigue protegida por el principio de la "res judicata" (salvo en materia de favorabilidad penal), sólo que en adelante, al igual que el "stare decisis", sus efectos son obligatorios y generales, o "erga omnes".

10. Francamente, entonces, no nos dejemos influir por manías doctrinarias extranjerizantes, que como no nos conocen, nos interpretan mal. Conozcamos lo que tenemos, y no sustituyamos por prurito imitativo cubierto de antimisoneísmo lo que ya hemos perfeccionado y logrado con mayor experiencia llevar a un grado superior de avance y completud, así sea nuestro, por lo imperfecto y aún rudimentario, así sea foráneo. No adoptemos lo apenas aceptable, por ser europeo, deshaciéndonos de lo "inmejorable", por ser del trópico tórrido. No sacrifiquemos un mundo por pulir un mal verso. Y doblemos la página.

IV. LA ESTRUCTURA Y LA OPERANCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La materia de este último capítulo se refiere a la organización y al proceso dinámico del control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad

54. V. *supra*, Cap. III, Sección Tercera, C1).

colombiano, cuyos mecanismos o vías esenciales se analizaron en el capítulo precedente. Se hará referencia a la evolución histórica del sistema, a los órganos que concurren en su gestión, a la jerarquía normativa colombiana y a la dinámica u operancia del proceso de control.

1. LA EVOLUCION HISTORICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Son tres las etapas fundamentales de evolución cualificada del control de constitucionalidad en Colombia: la del control por un cuerpo político, la del control mixto político-judicial, y la del control judicial. Haremos su análisis por separado.

A) *El periodo del control político*

Dos de los constitucionalistas colombianos que analizan esta evolución, los tratadistas Carlos Restrepo Piedrahita⁵⁵ y Jaime Sanin Greiffenstein,⁵⁶ manifiestan haber tenido en cuenta el ensayo citado por cada uno de ellos, del juriconsulto Eduardo Rodríguez Piñeres, publicado en 1927 y titulado *Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo*.⁵⁷

El período que yo denomino del Control Político comprende desde la Constitución de Cundinamarca en 1811, hasta la expedición de la Constitución de 1858, con la cual comienza el segundo, o mixto.

1. *Bajo la Constitución de 4 de abril de 1811*, se implantó, como ya examinamos, la acción popular o ciudadana de inconstitucionalidad y el control de constitucionalidad por parte del Senado de Censura, al que se le otorgaban funciones judiciales, conforme al artículo 9º del Título I, cuyo texto se transcribió anteriormente.⁵⁸ Además, como lo prescribía el artículo 2º del Título V de la misma Carta, se instaura también por vez primera la hoy conocida "objección de inconstitucionalidad" por iniciativa de los consejeros del ejecutivo contra las providencias del Presidente de la Representación nacional, o por parte de éste contra las leyes entregadas por el legislativo para su sanción o firma, quienes si encontraban esos actos "subversivos" u opuestos directa o indirectamente, "bajo su sustancia o por no haberse guardado las formalidades pres-

55. Cfr. Restrepo Piedrahita, Carlos, *op. cit.*, pp. 12-24.

56. Cfr. Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.*, pp. 102-118.

57. Rodríguez Piñeres, Eduardo, *op. cit.*, en su libro *Por el Reinado del Derecho*, Bogotá, 1927, pp. 248-349.

58. V. *supra*, Cap. III, Secc. Segunda, A)

critas", contra la Constitución, los remitían al mismo Senado de Censura que era el encargado de "*impedir su ejecución*", es decir, de declarar su "inejecutabilidad", o sea, su "inexequibilidad".⁵⁹

2. Con la Constitución de Cúcuta de 1821, la única previsión implícita de control en manos del Congreso, como legislador, se encontraba en los artículos 188 y 189, en los que se estableció:

Artículo 188. Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y las leyes que expidiere el Congreso.

Artículo 189. El Congreso podrá resolver cualquiera duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución.⁶⁰

3. Según Sanin, la Constitución de 1830 reprodujo este sistema (el de la de 1821, Mgc.), y lo complementó con un texto en virtud del cual la Alta Corte de Justicia debía "oír las dudas de los tribunales superiores sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto del Poder Ejecutivo".⁶¹

Esta Constitución, prevista como la de 1821 para la Gran Colombia, que comprendía los actuales Estados de Panamá, Colombia, Venezuela y Ecuador, no operó en la práctica, por cuanto aquella se disolvió de hecho en 1830.

4. La Constitución "Centro-Federal" de la Nueva Granada de 1832, dispuso en el ordinal 25 del artículo 74, que era "atribución exclusiva del Congreso" la de "interpretar, reformar y derogar las leyes establecidas", y agregaba en el artículo 161, lo siguiente:

Artículo 161. Las Cámaras de Provincia no tienen facultad de *suspender*, modificar ni interpretar las leyes y resoluciones del Congreso, de ejercer acto alguno ejecutivo ni judicial, ni ninguna otra función que le esté atribuida por la Constitución o la ley. *Sus resoluciones deliberativas deben ser anualmente sometidas al Congreso por medio del Presidente de la República, y son exequibles mientras no sean expresamente improbadas.* Todo procedimiento en contrario será un atentado contra la seguridad y el orden público.⁶²

59. La expresión que utiliza la Corte en sus sentencias, prevista en el artículo 214 de la Constitución colombiana, de declarar una norma acusada como "exequible" o "inexequible", por ajustada o por contraria a la Constitución, según el caso, significa que el fallo anulatorio "*impide su ejecución*" o declara "*inejecutable*" el acto, y tiene su origen en la Constitución de 1811.

60. Cfr. Uribe Vargas, Diego, *Las Constituciones de Colombia*, T. II, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1977, p. 737.

61. Sanin Greiffenstein, Jaime, *op. cit.*, p. 102.

62. Uribe Vargas, Diego, *op. cit.*, T. II, pp. 800 y 818.

5. Conforme a la *Constitución Centralista de 1843*, persistía el principio consagrado en la de 1832 sobre la "atribución exclusiva del Congreso" de "interpretar, reformar o derogar cualesquiera leyes o actos legislativos vigentes" (artículo 67, ordinal 15), y se contemplaba además la facultad para el Presidente de la República de objetar por indebido curso constitucional los proyectos que para su sanción le enviara el Congreso (artículo 82).⁶³

6. En la *Constitución de 1853*, la más flexible de nuestra historia constitucional, se consagró la posibilidad de revisión suya sin especiales requisitos de rigidez y como si se tratase de modificar o aprobar una simple ley (artículo 57). Por lo tanto, bajo su égida no operó forma alguna de control.⁶⁴

B) *El periodo del control mixto, político-judicial*

1. A partir de la vigencia de la *Constitución de la Confederación Granadina, de 1858*, entró a operar en Colombia en el control de constitucionalidad el poder judicial, por intermedio de la Corte Suprema de Justicia. Se instituyó un sistema combinado o mixto de control, consistente en que le correspondía a la Corte "*suspender la ejecución*" de las leyes de las legislaturas de los estados (inexequibilidad suspensiva), y enseguida debía dar cuenta al Senado del Congreso de la Unión para que éste *decidiera definitivamente* sobre la validez o nulidad de dichos actos (inexequibilidad definitiva).

Disponíase en el artículo 50 de aquel Estatuto:

Artículo 50. Corresponde a la Corte Suprema *suspender la ejecución* de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; *dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.*⁶⁵

O sea, que se *combinaban competencias de suspensión jurídico-judicial y de anulación político-legislativa*, y la Corte aún no decidía definitivamente sobre la exequibilidad de tales actos.

2. Dicho sistema mixto se preservó en la *Constitución Federal de 1863*, en los artículos 51 y 72, consagrándose de nuevo, además, la acción popular de inconstitucionalidad, de la siguiente manera:

Artículo 51. Son atribuciones del Senado:

...

5* *Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legis-*

63. Cfr. Uribe, *idem*, pp. 842-845.

64. Cfr. Uribe, *idem*, p. 880.

65. Cfr. Uribe, *idem*, p. 905.

lativos de las Asambleas de los Estados y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la República.

Y,

Artículo 72. Corresponde a la Corte Suprema *suspender*, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.⁶⁶

C) El periodo del control judicial

a) La fase arcaica

A partir de la *Constitución de 1886*, que es la que aún nos rige, ya próxima a su centenario, se abolió el control de constitucionalidad por parte del Senado y se entregó únicamente a la Corte Suprema de Justicia, aunque inicialmente contraído apenas al mecanismo de "objeción presidencial" y no a la acción popular, la cual sólo se restauraría con la reforma constitucional de 1910.

1. El texto del precepto constitucional sobre las objeciones presidenciales es el siguiente:

Artículo 90. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 (en el que se disponía que el Presidente no podía volver a objetar un proyecto de ley cuyas objeciones hubieren sido reconsideradas ya por el Congreso, Mgc.) el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto.

2. Pero además, se prescribió en el artículo 21 de la Carta, una especie genérica de vía incidental implícita o de excepción aplicativa de inconstitucionalidad, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 21. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio activo quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Al parecer, este precepto constitucional sirvió de inspiración al legislador ordinario de 1887, quien mediante el artículo 5º de la Ley 57 de dicho año, dispuso:

66. Cfr. Uribe, *idem*, pp. 944 y 951.

Artículo 5º. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Esta disposición legal con la que se consagró lo que más tarde iría a ser la vía incidental de excepción de inconstitucionalidad por inaplicación de norma inferior contraria, no tuvo inicial operancia por cuanto en el mismo año el legislador expidió el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, que decía:

Artículo 6º. Una disposición expresa de ley, posterior a la Constitución, se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución.

3. O sea que, en la realidad, sólo era permisible a los jueces "desaplicar" normas legales incompatibles con la Constitución de 1886, que hubieran sido expedidas con anterioridad a ella, mas no las posteriores a ella, las cuales estaban amparadas por la presunción de constitucionalidad. Agrégase a ello que, según la doctrina y la jurisprudencia imperantes para la época, derivadas de la interpretación del artículo 52 de la Carta, sólo podían ser desaplicadas las normas legales anteriores a la Carta de 1886 que contradijeren disposiciones constitucionales que hubieran sido desarrolladas por el legislador, y no las contrarias a preceptos constitucionales no desarrollados en la ley. Llegóse al absurdo entonces de tener que insertar en la parte inicial del Código Civil colombiano, como ley, el Título III de la Constitución, en el cual se consagran los derechos y las libertades fundamentales de los gobernados, para que los jueces pudiesen hacer efectivo el limitado principio del artículo 6º de la Ley 153 de 1887.

Fue así como el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 estableció, en desarrollo del mandato del artículo 52 de la Constitución, lo siguiente:

"El Título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".

4. Terminóse convenciendo todo el mundo de que para poder darle prelación a la Constitución había que "legalizarla", por lo cual, resultaba más entendible y aceptable la "ilegalidad de la Constitución que la inconstitucionalidad de la Ley".

b) *La fase moderna*

1. Tan enrevesado sistema sólo operó entre 1886 y 1910, y a partir de este año, tomando como antecedente la Ley 2ª de 1904, se aprobó el Acto Legislativo N° 3, en cuyos artículos 40, 41 y 59, se dispuso:

Artículo 40. (Hoy codificado como el artículo 215 de la Constitución, Mgc.). En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41. (Hoy 214 de la Carta, pero modificado). A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales.

Artículo 59. Son atribuciones de los Gobernadores...

7º Revisar los actos de las Municipalidades y de los Alcaldes *por motivos de inconstitucionalidad* o de ilegalidad, revocar los últimos y *pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad.*

2. En esencia, mediante el Acto Legislativo N° 3 de 1910, se calificó y enrumbó definitivamente nuestro sistema judicial de control de constitucionalidad actualmente imperante, el que iría a ser complementado luego esencialmente por lo dispuesto en las reformas constitucionales de 1945 y de 1968.

Los rasgos determinantes de la reforma constitucional de 1910 sobre el control fueron los siguientes:

1º) Se reinstauró *la vía de acción popular* o ciudadana de inconstitucionalidad, que había dejado de regir desde 1886.

2º) Se le dió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y se unificó en ella, por competencia de materia, tanto *la decisión suspensiva de inexequibilidad* que se le había reconocido en las Constituciones de 1858 y de 1863, como *la decisión definitiva de inexequibilidad* que venía ejerciendo el Senado, por mandato de las mismas Constituciones, entre 1858 y 1886.

3º) Se concentró en la Corte, por razón del órgano, el control de constitucionalidad de los proyectos de ley o de actos legislativos, de las leyes y de los decretos.

4º) Se preservó *la vía de objeción presidencial* prescrita en el artículo 90 de la Carta de 1886, aún vigente.

5º) Pero nada se expresó sobre el control de constitucionalidad, ni sobre el de constitucionalidad-legalidad, de los actos administrativos nacionales y locales distintos de los decretos. La única pauta del Constituyente se consagró en el ordinal 7º del artículo 59 del Acto Legislativo, conforme al cual los gobernadores tenían la facultad de revisión y reenvío a la autoridad judicial (sin especificar cuál), de los actos de las Municipalidades que considere inconstitucionales para que aquélla decidiera sobre su exequibilidad.

6º) Se instituyó además la vía incidental o de excepción de inconstitucionalidad, como norma que sellara la polémica aplicativa de la ley, surgida por efecto de lo prescrito en los artículos 6º y 7º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 de 1887, todos los cuales fueron derogados.

No hay duda de que lo descrito en los puntos 1º a 4º, correspondería a lo que más tarde se llamaría el control concentrado creado en 1920 en Austria, y que lo de los puntos 5º y 6º, sería lo buscado por varios tratadistas como elementos del control difuso.

c) *La fase actual*

1. Pero posteriormente, como no quedó claridad sobre la competencia judicial relativa al control de legalidad de los actos administrativos nacionales y locales, ni sobre el de constitucionalidad de alguno de ellos, mediante los artículos 52, 71, 72 y 77 de la Ley 130 de 1913, se consagró la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad o anulación de las ordenanzas departamentales y de los acuerdos municipales.

Dicho estatuto fue luego modificado por la Ley 167 de 1941, correspondiente al actual Código Contencioso-Administrativo, cuyo artículo 66 consagra la acción contencioso objetiva de nulidad por vía general y popular; en el 67 se reconoce la acción contencioso-subjetiva de restablecimiento del derecho y plena jurisdicción contra actos; y en el 68, la de restablecimiento y plena jurisdicción por un hecho de la Administración. Todas esas funciones son entregadas a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, o sea, al Consejo de Estado y a los Tribunales administrativos. La cuantía de la indemnización o la naturaleza del acto o su origen local o nacional, determinan que el Consejo conozca de ellos en única o en segunda instancia, y los tribunales en primera o en única, conforme al Decreto 528 de 1964.

2. *Con la reforma constitucional de 1945*, se investió a los gobernadores de la nueva función de "objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas de las asambleas departamentales" (C.P., artículo 194, ordinal 7º).

Pero por virtud de la influencia de lo regulado como respuesta a una necesidad, por las leyes 130 de 1933, y 167 de 1941, dicha reforma adicionó el artículo 214 de la Constitución, y además creó otro, el 216, quedando ambos del siguiente tenor:

Artículo 214. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 (decretos de autorizaciones y decretos extraordinarios con fuerza de ley, ambos de habilitación legislativa, Mgc.) y el artículo 117 de la Constitución Nacional (decretos legislativos o excepcionales y provisórios de estado de sitio), cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación.

Artículo 215. Como estaba.

Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las *acusaciones por inconstitucionalidad* de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.

3. Durante la vigencia del Acto Legislativo N° 1 de 1960, la única modificación sustancial que operó en cuanto al control judicial de constitucionalidad fue la de que respecto de los decretos legislativos de estado de sitio, ya no eran los ciudadanos sino el Congreso el que los acusaba. Pero esto se modificó con la reforma de 1968.

4. *Finalmente, mediante la Reforma Constitucional de 1968, se hacen las siguientes modificaciones esenciales al sistema:*

1º Se crean nuevos decretos gubernamentales con fuerza de ley, los cuales quedan sometidos al control de la Corte por vía de acción ciudadana o popular, ellos son: *los decretos planes*, instituidos en el artículo 80, que serán expedidos por el Gobierno, cuando pasados once meses el Congreso no se pronuncie sobre los proyectos de ley que aquél le hubiera presentado sobre planes y programas de desarrollo; y *decretos leyes*, derogatorios de la ley y no meramente provisórios como los legislativos de estado de sitio, de *emergencia económica y social*, expedidos por el Gobierno, según el artículo 122, cuando se halle turbado el orden público, económico o social del país.

2º Se consagra el control forzoso u oficioso de los decretos legislativos de estado de sitio (artículo 121, C.P.), y de los nuevos de emergencia económica y social (artículo 122, C.P.). Los ciudadanos ya no los demandan pero impugnan o coadyuvan su exequibilidad.

3º) Se crea dentro de la Corte Suprema de Justicia la Sala Constitucional, integrada por especialistas en derecho público, encargada de preparar los proyectos de sentencias de inconstitucionalidad ante la Corte Plena.

4º) Se establecen plazos rigurosos para que el Procurador y la Corte emitan su concepto y su fallo, tanto respecto de las acciones de inconstitucionalidad como de las revisiones forzosas o automáticas, bajo causal de destitución por mala conducta si se extralimitan en el tiempo.

En el resto, la jurisdicción del control y del sistema quedan como estaba, en todo lo cual corresponde a las doce (12) vías o mecanismos que ya se mencionaron sistemáticamente, en la Sección Primera del Capítulo precedente.⁶⁷

5. *Los textos de los preceptos de la Carta relativos al control de constitucionalidad, actualmente vigentes, a partir de la reforma constitucional de 1968, son los siguientes:*

Artículo 90. Exceptúase de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema de Justicia, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto (Constitución de 1886).

Artículo 121. . . .

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo para que aquélla decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente y de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario (Reforma de 1968).

Artículo 122. . . .

Parágrafo. Su redacción es idéntica a la del artículo precedente, lo único es que el artículo 121 se refiere a los decretos legislativos de estado de sitio, en tanto que el 122 hace relación a los decretos de emergencia económica. (Reforma constitucional de 1968).

Artículo 194. Son atribuciones del Gobernador:

7ª) Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas, y sancionar y promulgar las ordenanzas en forma legal.

8ª) Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad. (Reformas constitucionales de 1910 y de 1945).

67. V. *supra*, Cap. III, Secc. Primera.

Artículo 214. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

1*) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimientos en su formación.

2*) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes, y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público.

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley. (Reforma de 1968).

Artículo 215. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales (Reforma de 1910).

Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución. (Reformas de 1945 y de 1968).

2. LA MORFOLOGIA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL CONTROL

Además de las disposiciones constitucionales precedentemente transcritas, los estatutos básicos reguladores del control de constitucionalidad y de constitucionalidad-legalidad de los actos jurídicos son la Ley 67 de 1941, el Decreto 2.733 de 1959, el Decreto 528 de 1964 y la Ley 58 de 1982, en cuanto al régimen contencioso-administrativo y, el Decreto 432 de 1969, el Decreto 250 de 1970 y su reglamentario 1.660 de 1978, el Decreto 1.265 de 1970 y el Decreto 41 de 1971, en relación con el régimen de constitucionalidad para la Corte. Con

fundamento en esas disposiciones se hará una presentación de la morfología y dinámica del control, a cuyos preceptos se hará particular mención en la medida del desarrollo de estos comentarios.

A) *La organización de los Altos Tribunales de la jurisdicción constitucional y de legalidad*

a) *La Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Supremo de la Jurisdicción ordinaria y de la constitucional. No es un órgano de decisión política, sino una institución judicial encargada de asegurar y sancionar la jerarquía de las normas jurídicas del Estado.

Es un organismo colegial. Está integrado por veinticuatro (24) magistrados, distribuidos en cuatro Salas, así: cuatro (4) magistrados integran la Sala Constitucional, seis (6) la Sala Civil, seis (6) la Sala Laboral y ocho (8) la Sala Penal. Los veinticuatro (24) magistrados reunidos conforman la Sala Plena.

La Corte Suprema de Justicia está constituida paritariamente, por representantes en número igual de los dos partidos políticos tradicionales del Frente Nacional, a saber, el conservador y el liberal. La paridad política de la Corte, establecida a partir de la reforma constitucional plebiscitaria de 1957 (artículo 148, C.P.), persigue sin duda evitar precisamente que la institución se torne en organismo de decisión política, por lo cual se estimó conveniente dar en su seno representación igual a las dos fuerzas políticas. A pesar de exigir a los magistrados su filiación política para efectos de su incorporación a la Corte, la Constitución les prohíbe expresamente, una vez vinculados, su participación activa en cualquier partido político o debate electoral.

Las vacantes de la Corte se llenan nombrando los magistrados por el sistema de cooptación colectiva, mediante la elección por los dos tercios de los miembros que componen la Corporación, respetando, claro está, el requisito de la paridad política. Los magistrados son elegidos con carácter vitalicio, y solamente deben retirarse de la institución en caso de mala conducta o cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso (65 años), según el mandato del artículo 148 de la Constitución. El sistema de cooptación y la inamovilidad de los magistrados garantizan de manera satisfactoria una autonomía de origen y de funcionamiento bastante benéfica para las decisiones jurisprudenciales de la Corporación. No obstante, en la práctica, la Corte se ha venido renovando casi en su totalidad cada diez años.

La Corte tiene un Presidente, elegido anualmente por sus miembros. Así mismo, cada Sala elige por el mismo período su respectivo Presidente (C. P.,

artículo 148). Los presidentes forman la Sala de Gobierno de la Corporación (Decreto 250/70).

Las decisiones jurisprudenciales en materia de control de la constitucionalidad de los actos jurídicos que son de su conocimiento, se toman en Sala Plena, por la mayoría absoluta de sus integrantes para la parte resolutive de la sentencia, y por mayoría relativa para los considerandos (Decreto 432/69, artículo 31, y Decreto 1265/70, artículo 11), previo debate y ponencia aprobada en Sala Constitucional por mayoría de votos. Cuando no se llegue a un acuerdo mayoritario sobre algún proyecto de sentencia en la Sala Constitucional, los magistrados disidentes de la Sala deberán manifestar por escrito las razones de su desacuerdo y la Corte adoptará como ponencia la respaldada por la mayoría (Decreto 432/69, artículo 8º). La sustanciación de los asuntos de constitucionalidad corresponde por turno a los magistrados de la Sala Constitucional. Cuando ninguno de los estudios o ponencias de la Sala Constitucional fuere acogido por la Sala Plena, la tesis mayoritaria de la Plena se impondrá y el Presidente sorteará un ponente entre los restantes de la corporación que la compartan (Decreto 432/69, artículo 10).

La Corte, en los asuntos de su competencia en materia constitucional, no puede operar de oficio, salvo en el caso del control forzoso o automático de algunos decretos gubernamentales. Además, le concierne apenas decidir sobre la parte pertinente de la norma acusada, o sobre las disposiciones demandadas u objetadas, sin poder exceder su interpretación en relación con las demás disposiciones de la ley, del proyecto o del decreto. No hay pronunciamiento o sentencia "ultra petita".

No obstante, la Corte debe confrontar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas, con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no sólo respecto de los que se estimen violados por el actor o por el Presidente de la República, según el caso; y si encontrare que han sido trasgredidas por el proyecto, la ley o el decreto, normas constitucionales distintas de las indicadas en la objeción, intervención o demanda, o que la violación de ellas se ha realizado por causa o en forma diferente de la invocada, procederá a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, por los motivos diferentes a los de la objeción o demanda. O sea que, aunque no es procedente el "ultra petita", sí es viable y aun obligatorio el "obiter dictum" en los considerandos (Decreto 432/69, artículo 29).

Cuando al proceder el fallo de constitucionalidad de una ley o decreto, encontrare la Corte que la norma acusada o revisada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia o por "carencia de objeto",

ya que la impugnación de inconstitucionalidad sólo se predica, según ella, de las normas vigentes y no de las derogadas.

b) *El Consejo de Estado*

El Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa de constitucionalidad-legalidad. Tiene por encargo definir los negocios originados en las decisiones que tome la Administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades. Le corresponde además decidir sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, distintos de los gubernamentales cuyo conocimiento esté atribuido a la Corte (C.P., artículo 216).

Es también como la Corte, un organismo colegial, y sus magistrados son elegidos por cooptación y respetando el requisito de la paridad política. Igualmente, los Consejeros de Estado son vitalicios y sólo deben retirarse de la Corporación en caso de mala conducta o de llegar a la edad de retiro forzoso (C.P., artículo 148).

El Consejo de Estado está integrado por veinte (20) Consejeros y dividido en dos Salas: Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y de Servicio Civil. Además tiene adscritos, como representantes del Ministerio Público, seis Fiscales.

La Sala de lo Contencioso Administrativo se subdivide en cuatro Secciones de cuatro Consejeros cada una, según designación que para cada Sección haga el Consejo. La Sala de Consulta y de Servicio Civil está integrada por cuatro miembros.

Respecto de las acciones de nulidad constitucional de los actos administrativos de competencia del Consejo, las decisiones se toman a nivel de Sección de lo Contencioso-Administrativo, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual los Consejeros de toda la Sala Contenciosa lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto.

B) *La jerarquía de las normas jurídicas en Colombia*

En Colombia existe una jerarquía estricta de reglas jurídicas que debe respetarse y cuya transgresión se sanciona con anulación jurisdiccional, la cual asegura no sólo la validez suprema de la Constitución, sino la de la ley y la de los actos con fuerza de ley sobre los actos administrativos, así como la superioridad entre éstos.

1º *La Constitución*

La normación jerárquica superior es la Constitución, establecida como el acto supremo de la autoridad suprema del Estado, a la cual deben estar subordinadas las otras autoridades estatales y sus actos.

2º) *La Ley*

En segundo término, siguiendo el orden descendente de la jerarquía establecida, se encuentra la ley, acto del Congreso, la cual se halla a su vez colocada por encima de los actos que la reglamentan, ejecutivos y administrativos, expedidos por el Ejecutivo del Estado.

Según el artículo 76 de la Constitución, es el Congreso el que ejerce la función de "hacer las leyes", de "interpretar, reformar y derogar las leyes pre-existentes" (ordinal 1º, artículo 76, C.P.), y de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones" (ordinal 1º, *ibidem*). Ha entendido la Corte que cuando no haya disposición expresa en la Constitución sobre la competencia para expedir actos jurídicos, ésta le corresponde al Congreso, en virtud de la cláusula general o implícita de competencia de legislación.

Pero dentro del ámbito de legislación asignado al Congreso, son diversas las clases y aún las categorías de leyes, a las cuales nos referiremos en seguida:

a) *Leyes aprobatorias de Tratados Públicos*

Según el artículo 76, ordinal 18, de la Constitución, es el Congreso el que aprueba o imprueba los tratados y convenios que celebre el gobierno con otros Estados o con instituciones internacionales. En relación con los tratados-leyes, la Corte ha sostenido desde 1914 que es incompetente para conocer de demandas contra las leyes que los hayan aprobado. Sin embargo, mediante reciente fallo, de septiembre de 1983, con el que de nuevo se declaró inhibida la Corte para conocer de la demanda ciudadana que se intentó contra la Ley 27 de 1980, por la que se aprobó el Tratado de Extradición entre Estados Unidos de Norteamérica y Colombia, trece de los veinticuatro magistrados, aunque por razones distintas, fuimos partidarios de que cuando se demande una ley aprobatoria de un tratado internacional, ésta puede permitir pronunciamiento de fondo por parte de la Corte sobre su exequibilidad sólo si ha sido acusada con antelación al perfeccionamiento del tratado, es decir, al canje de notas o al depósito de ratificaciones; pero que después de tal circunstancia, el acto se torna complejo e indesatible por la jurisdicción constitucional nacional, y sólo es denunciabile o demandable por las vías prescritas en el Derecho Internacional. No es que la Corte convalide las eventuales violaciones del tratado-ley perfeccionado frente a la Constitución; simplemente ella entiende, que una vez salida la vigencia del

acto complejo del fuero jurisdiccional anulatorio nacional, la Corte carece de competencia para pronunciarse al respecto. Dado que el tratado-ley de extradición que suscitó la nueva jurisprudencia, ya se encontraba perfeccionado al tiempo de incoar la acción, resultó entonces en la Corte una mayoría, por razones diferentes, coincidente en este caso en el fallo inhibitorio.

b) *Leyes Orgánicas*

Son las que la Constitución defiere al Congreso para estructurar u organizar las instituciones básicas creadas por ella. Son estatutos generalmente exhaustivos y detallados; que regulan íntegramente la materia de que se trate, y que en algunos casos no pueden ser dictados ni modificados por el Congreso sino previa iniciativa legislativa exclusiva del gobierno y no de los parlamentarios (artículos 79-2 y 182, C.P.).

Tiéñense como ejemplos de leyes orgánicas sustancialmente las siguientes: la Ley orgánica o normativa del Presupuesto Nacional (Decreto-Ley 294, de 1973), expedida por el gobierno por facultades extraordinarias de habilitación legislativa, de acuerdo con el mandato del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución, y correspondiente dicha ley al enunciado de su desarrollo señalado en el artículo 76-3 de la misma; la Ley normativa del Plan (Ley 38 de 1981), dictada por el Congreso en cumplimiento de la previsión del artículo 76-4 de la Carta; la Ley orgánica de la Administración Pública centralizada (Decreto-Ley 1.050 de 1968, expedido en virtud de las facultades extraordinarias de la Ley 65 de 1967), y 76-9 de la Constitución, que le permite al legislador determinar la estructura de la Administración; la Ley de Crédito Público, Comercio Exterior y Cambio Internacional, a la que algunos denominan también "ley cuadro" (correspondiente al Decreto Orgánico 444 de 1967), expedido en ejercicio de las atribuciones del artículo 76-22, previa una ley de facultades extraordinarias que de acuerdo con el artículo 76-12 permitía la provisoria delegación de tal competencia al gobierno; la Ley 46 de 1971, sobre situado fiscal, dictada con invocación de la competencia del Congreso, previa iniciativa del Ejecutivo, para entregar a las entidades territoriales descentralizadas de la Nación una parte del presupuesto nacional para prestar los servicios públicos de su cargo, según la previsión del artículo 182 de la Carta. Ninguna de estas leyes o decretos-leyes, pueden ser modificados sino a virtud de propuesta legislativa proveniente exclusivamente del Gobierno ante el Congreso.

Hay además otras leyes orgánicas, cuya iniciativa legislativa puede provenir, tanto de los miembros del Congreso como del Gobierno, cuales son: la Ley 7ª de 1945, y la Ley 17 de 1970, orgánicas o reglamentarias del Congreso, expedidas con fundamento en el artículo 76-6 del Estatuto Constitucional que le atribuye a éste la facultad de expedir su propio reglamento; o las leyes orgánicas

sobre las condiciones para creación de municipios y de asociaciones de municipios y áreas metropolitanas, que son las leyes 1ª de 1975 y 14 de 1979, dictadas de conformidad con las atribuciones de los artículos 76-5 y 198 de la Constitución.

La jerarquía de las leyes orgánicas es especialísima. Estas se hallan colocadas entre la Constitución y demás leyes, por cuanto su violación por parte de alguna ley ordinaria puede ser tomada como infracción directa del mandato constitucional que ellas desarrollan. Así, por ejemplo, mediante sentencia de 3 de noviembre de 1983, la Corte Suprema de Justicia acogió los argumentos de los ciudadanos demandantes y declaró inexecutable el Acto Legislativo N° 1 de 1979, reformativo de la Constitución misma, fundamentalmente porque halló que el Congreso constituyente no se ciñó al trámite de adopción, discusión, aprobación y acumulación previsto para las leyes y actos de legislación en las Leyes Orgánicas 7ª de 1945 y 17 de 1970, reglamentarias del funcionamiento del Congreso, por cuanto en el primer debate de la primera legislatura ordinaria, la Comisión Primera de la Cámara estaba integrada en forma irregular, y porque en el tránsito entre la primera y la segunda legislaturas, fueron acumulados varios proyectos de revisión en contra de lo prescrito en tales leyes, las cuales, a su vez, dieron cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 172 y 81 de la Constitución.⁶⁸

c) *Leyes Cuadro*

Corresponden a la tipología de las leyes cuadro francesas, reguladas en el artículo 37 de la Constitución de 1958 o de la V República. En Colombia fueron señaladas en el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución, y son de las que expide el Congreso en asuntos relativos al comercio exterior, la deuda externa, el cambio internacional, el régimen de aduanas y de aranceles.

Aunque la Corte ha declarado exequibles varios preceptos del Estatuto Cambiario, o del Decreto 444 de 1967, ya mencionado arriba como Ley orgánica, puesto que no son incompatibles una y otra, sin embargo, en sentencia de la que yo disentí, declaró inexecutable en abril de 1982, varias disposiciones de la Ley de zonas francas, sobre regulación del régimen de aduanas, tarifas, aranceles y estructuración de los establecimientos de libre comercio aduanero, por estimar que, al igual que en Francia, este tipo de leyes sólo deben regular "los principios generales", dejándole los demás asuntos a la reglamentación amplia del Ejecutivo, cuando lo que hay que entender es que la ley cuadro en Colombia significa simplemente que el legislador debe, "por lo menos", enmarcar la acción del Ejecutivo en las materias que se indiquen, pero no, que si el Congreso decide

68. Cfr. Gaona Cruz, Manuel; Roldán, Tarsicio; Alarcón Núñez, Oscar; Cancino, Antonio, y Giraldo Gómez, J. Clímaco, en *La Caída de la Reforma Constitucional del 79*, Bogotá, Temis, 1983.

ir más allá de ese mínimo enmarcamiento, resulte violando la Constitución, pues como se advirtió antes, en Colombia, a diferencia de Francia, la cláusula general de competencia es atribución del Congreso y no, como allá, del Ejecutivo; entre nosotros no hay "deslegalización", sino más bien "desreglamentación", de materias.

d) *Leyes de facultades extraordinarias*

Son las leyes de habilitación legislativa del Congreso al Ejecutivo, que según el artículo 76-12 de la Carta, aquél le concede al Presidente de la República en forma temporal, sobre precisas materias y cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, a fin de que éste expida "decretos-leyes" sobre las materias de las facultades conferidas. Dichas leyes pueden ser amplias sin dejar de ser precisas, con tal de que sean claras, pero no ambiguas ni vagas por cuanto que en estos dos últimos casos infringen la Constitución. Así lo dejó sentado la Corte en reciente fallo de agosto de 1983.

e) *Leyes de autorizaciones*

Son las de habilitación del Congreso al Ejecutivo sin condiciones de temporalidad ni de precisión, sobre negociación de empréstitos, celebración de contratos y ejercicio de otras funciones "dentro de la órbita constitucional", que aquél le entrega en materia relativa a asuntos administrativos. Ejemplo de ellas es la Ley 7ª de 1943, que fue declarada exequible por la Corte, y con fundamento en la cual el Gobierno viene desde entonces regulando lo relativo al régimen de congelación de arrendamientos.

f) *Leyes codificadas*

Las que en ejercicio del artículo 76-2 de la Constitución el Congreso expide en materias de organización armonizada y coherente de carácter sustancial y procedimental sobre las disciplinas básicas del derecho como son los códigos Civil, de Comercio, Penal, Laboral, de Policía, Fiscal, Administrativo, de Aduanas, de Minas, y los de Procedimiento de esas mismas especialidades, los cuales, hoy en día, en su mayoría, han sido modificados, o regulados íntegramente, por medio de decretos-leyes expedidos en virtud de leyes de facultades extraordinarias.

g) *Leyes de honores y de auxilios*

Aunque formalmente son provenientes del Congreso, por razón de su materia están destinadas a producir efectos subjetivos o concretos, como es el caso de los honores rendidos a próceres o personajes notables de la patria (artículo 76-17, C.P.), o de los auxilios presupuestales a determinadas regiones o localidades o de fomento de empresas útiles o benéficas (artículo 76-20).

h) *Leyes aprobatorias de contratos*

En una modalidad específica que menciona el tratadista Luis Carlos Sachica, sobre la cual expresa: "en lo tocante a las leyes que autorizan contratos, no debe olvidarse que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para celebrarlos (artículo 120-13), y que si las autorizaciones son generales, para cierta clase de contratos, e indefinidas en el tiempo, se agotan al celebrarse el contrato autorizado por una sola vez". A su juicio son las reguladas en los artículos 76-11, supongo que en parte, porque sobre éste también se sustentan las leyes de autorizaciones, y 76-16 de la Carta. En rigor, por tanto, son también leyes de efectos subjetivos o concretos como las precedentes.⁶⁹

i) *Leyes ordinarias*

Son todas las demás que la Constitución señala para el Congreso y las que, sin corresponder a atribución constitucional expresa, aquél puede expedir en virtud de la cláusula general e implícita de competencia de legislación.

3º) *Los decretos gubernamentales*

Son los que expide el Ejecutivo y tienen la misma jerarquía normativa y fuerza material de la ley, pues derogan y modifican leyes y no pueden ser a su vez derogados y modificados sino por ley. Son por lo tanto, equiparables a la ley. Son ellos:

Los decretos-leyes o decretos extraordinarios con fuerza de ley, dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones conferidas mediante leyes de facultades extraordinarias por el Congreso, los cuales no pueden válidamente extralimitarse en relación con las precisas materias para las que han sido previstas, ni ser expedidos más allá del tiempo prescrito para su ejercicio (artículos 76-12 y 118-8, C.P.). *Los decretos planes*, proferidos por el Gobierno cuando el Congreso no expide en tiempo oportuno, por medio de leyes, los planes y programas de desarrollo económico y social (artículo 80, C.P.). *Los decretos de autorizaciones*, emitidos por el Ejecutivo con fundamento en las leyes de autorizaciones a que se refieren los artículos 76-11 y 118-8 de la Constitución. *Los decretos de emergencia económica y social*, que edita el Gobierno en caso de conmoción excepcional del orden público económico o social del país (artículo 122, C.P.). Dichos decretos son denominados indistintamente como "extraordinarios" o como "legislativos", con impropiedad, pues no son extraordinarios, ya que este calificativo sólo corresponde a los decretos-leyes de facultades extraordinarios arriba referidos, ni son legislativos, puesto que éstos son únicamente los de estado de sitio. En efecto, el calificativo de "extraordinarios" debe ser sustituido por el de "decretos excepcionales" o derivados de situaciones de excepción, y el de "legislativos"

69. Cfr. Sachica, Luis Carlos, *El Control...*, *Idem*, pp. 81 y 82.

significa que son actos de naturaleza provisional y no definitiva, que únicamente rigen mientras dure el estado de excepción y, que por lo tanto, no derogan sino que apenas suspenden en su vigencia a las leyes que sean incompatibles o contrarias con el estado de sitio. *Los decretos de reconducción presupuestal*, o sea, los que expide el Gobierno cuando el Congreso ha omitido aprobar en tiempo la Ley anual de Rentas y Apropiaaciones o Ley del Presupuesto Nacional (artículo 209, C.P.).

4º) *Los decretos legislativos de estado de sitio*

Son los que expide el Gobierno en caso de turbación política del orden público o de guerra exterior (artículo 121, C.P.), y que a diferencia de los excepcionales de emergencia económica y social no tienen vocación de vigencia permanente sino que únicamente rigen mientras perdure el estado de sitio y apenas suspenden en ese lapso, pero no derogan ni modifican las leyes ni los decretos-leyes.

5º) *Decretos reglamentarios constitucionales*

Paralelamente a las leyes y a los decretos con fuerza de ley se encuentran los decretos reglamentarios constitucionales o "reglamentos autónomos", llamados así porque su expedición no depende de la voluntad del Congreso ni de su control. Dichos decretos no pueden modificar las leyes, pero tampoco pueden ser modificados por la ley. Son de competencia excluyente del Ejecutivo y reglamentan en forma autónoma y directa ciertas normas constitucionales que de manera expresa lo autoricen. Las órbitas de legislación y de reglamentación autónoma son paralelas o ininterferibles, de tal manera que si la ley asume competencia sobre ésta, es inconstitucional, así como si el reglamentador actúa en similar sentido en relación con el legislador.

La Corte los ha catalogado como más próximos a los decretos-leyes, y el Consejo de Estado los ha calificado como más equiparables a los actos administrativos que deben supeditarse a la ley. Yo encuentro que, como su nombre y naturaleza lo indican, no son ni lo uno ni lo otro, sino autónomos. Pues así como no se puede anular una ley como "irreglamentaria" cuando asuma indebida competencia de reglamentación constitucional, sino por contraria a la Carta, tampoco se puede anular un decreto reglamentario constitucional por "ilegal" sino por inconstitucional cuando interfiera la órbita de la ley. De esta clase de decretos hago apenas referencia a los artículos 120-12, 120-14 y 132-2 de la Constitución.

6º) A la Constitución, a la ley y a los decretos gubernamentales y reglamentarios constitucionales, deben estar subordinados los decretos reglamentarios legales (artículo 120, ordinales 3, 21 y 22, C.P.), así como los simplemente

ejecutivos y los ordinarios de gestión, nombramientos y remociones, o de instrucciones jerárquicas.

7º) Seguidamente, todos los demás actos proferidos por la Administración Pública Nacional, y sus organismos descentralizados por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de Economía Mixta), sean ellos decretos o resoluciones reglamentarias, deben ceñirse a lo dispuesto en las normas jurídicas jerárquicamente superiores, descritas arriba.

8º) Por último, en el orden seccional y municipal, los decretos de los gobernadores y las ordenanzas de las asambleas departamentales están supeditados a todos los actos jurídicos de carácter nacional, y a éstos y a aquéllos están supeditados los decretos de los alcaldes y los acuerdos de los Concejos Municipales, y a todos, en lo correspondiente, los actos de los funcionarios de los organismos descentralizados por servicios de los Departamentos y de los Municipios.

Todo acto jurídico que sea contrario a cualquier norma jerárquicamente superior, es susceptible de invalidación o anulación, por inconstitucional o por inconstitucional e ilegal, según las reglas de competencia establecidas arriba, por el respectivo Tribunal jurisdiccional (Corte, rangos 1º a 4º, y Consejo de Estado o Tribunales administrativos, rangos 5º a 8º). La violación de una norma constitucional por parte de disposiciones con jerarquía y materialidad de ley avoca el control jurisdiccional de la Constitución, ejercido por la Corte, y la de una norma legal, administrativa superior y constitucional, genera el control simultáneo y unificado de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos administrativos.

C) *La dinámica del control*

1º) *La vía de objeción presidencial*

Según la Constitución, cuando las Cámaras Legislativas han aprobado un proyecto de ley, pasará al Gobierno para que éste lo sancione o firme y promulgue (artículos 81 y 85). Las atribuciones de sanción y promulgación de las leyes constituyen la etapa final del proceso legislativo y significan que el Gobierno tiene la potestad de culminación de dicho proceso.

No existe control forzoso previo de la Corte Suprema de Justicia sobre los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Pero, cuando el Gobierno considere que algún proyecto de ley, presentado por el legislador ordinario para su sanción, es inconstitucional, lo devolverá a la Cámara o comisión legislativa en que tuvo origen, dentro de los veinte días siguientes al de su recepción, según el número de artículos del proyecto, con el objeto de que éstas hagan las modificaciones correspondientes sugeridas por el Ejecutivo (artículo 86).

La Cámara o la comisión legislativa, según que el proyecto hubiese sido objetado en todo o en parte, puede insistir en la sanción y promulgación del proyecto original, rechazando las objeciones mediante la mayoría absoluta o la mayoría cualificada de los dos tercios de sus integrantes, según la naturaleza jurídica del proyecto (artículos 87 y 88). En este caso, el proyecto pasará a la Corte con las motivaciones de objeción y de rechazo, para que ella decida sobre su exequibilidad (artículo 89).

Enviado el proyecto y sus motivaciones a la Corte, se reparte en la Sala Constitucional, y ésta procederá a elaborar la ponencia para fallo dentro de los seis días siguientes, pasados los cuales la Sala Plena tendrá un lapso igual para proferir sentencia. Si la Corte encuentra que el proyecto no es contrario a disposición constitucional alguna, es obligación del Presidente de la República sancionarlo como ley sin reticencias, y si el fallo fuere de inexequibilidad, se archivará el proyecto (C.P., artículos 89 y 90, y Decreto 432 de 1969, artículo 12).

Los proyectos de ley objetados por el gobierno como inconstitucionales pueden serlo tanto por su contenido material como por vicios de procedimientos en su formación (artículo 214, C.P.), y el fallo de la Corte debe remitirse únicamente a tales aspectos, ya que las objeciones por inconveniencia, criterio valorativo de tipo discrecional, sólo corresponde efectuarlas al Ejecutivo y no a la Corte.

En relación con los proyectos de ley objetados por inconstitucionales y trasladados a la Corte para su pronunciamiento definitivo, el Procurador General de la Nación puede, en uso de su atribución constitucional de promoción de la ejecución de las leyes y de defensa oficiosa de la Constitución y de la ley, coadyuvar o impugnar, según su criterio, la constitucionalidad del proyecto.

2º) *La acción popular de inexequibilidad*

Como ya se analizó en la Sección Primera del Capítulo III, el poder de impulsión del control jurisdiccional de las leyes, de los decretos-leyes, de los decretos-planes y de los decretos de autorizaciones, cuyo significado se describió atrás, corresponde a los ciudadanos, esto es, a los colombianos mayores de dieciocho años, quienes por el mero hecho de serlo, pueden demandar ante la Corte Suprema de Justicia por medio de la llamada acción pública o ciudadana de inexequibilidad, la anulación de las normas jurídicas mencionadas que se estimen inconstitucionales por infracción de las disposiciones sustanciales y procedimentales de la Carta.

El éxito y solidez de la acción popular de inexequibilidad se ha acrecentado a partir de la reforma constitucional de 1968, en razón de que desde entonces se instituyó dentro de la Corte la Sala Constitucional dedicada exclusivamente a sustan-

ciar en materia de constitucionalidad y debido a la exigencia por parte del Constituyente de cierta celeridad en la toma de decisiones sobre las demandas presentadas, a riesgo de sanción por mala conducta cuando los magistrados o el Procurador incumplan los términos señalados. El promedio de demandas ciudadanas y de fallos por año es desde entonces de 90.

La actuación de inexecutableidad contra las normas jurídicas precitadas puede adelantarse por cualquier ciudadano ante la Corte y ser presentada en papel común, por duplicado, y deberá contener: 1) la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas de inconstitucionales, 2) el señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos, 3) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, y 4) cuando el caso, la declaración de si al expedirse el acto demandado, se quebrantó el trámite impuesto por la Constitución y en qué forma (artículo 16 del Decreto 432 de 1969).

Repartida la demanda, el magistrado sustanciador de turno proveerá sobre su inadmisibilidad dentro de los cinco días siguientes. Si se considera inepta la demanda por falta de algunos de los requisitos enumerados en el párrafo anterior, la Sala Constitucional dictará una providencia en tal sentido, contra la cual procede el recurso de reposición para ante la misma (artículo 17, *ibidem*). Cuando la admisión de la demanda sea sólo parcial, el auto de rechazo correspondiente debe ser de la Sala.

Es obligatorio, respecto de las disposiciones acusadas por vía de acción pública, trasladar el negocio, una vez admitida la demanda, al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto escrito sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, según el caso. El Procurador dispone de un término máximo de treinta (30) días para emitir su vista de control fiscal al respecto; vencido el cual se devolverá la demanda junto con el concepto del Procurador de la Corte para que la Sala Constitucional dentro de los treinta días siguientes adopte y registre proyecto de sentencia; finalmente, la Corte Plena decidirá definitivamente sobre su executableidad dentro de los sesenta días siguientes. O sea, que, como máximo, la Corte debe decidir sobre las demandas presentadas dentro de los ciento veinticinco días siguientes a aquél en el cual fue entregada a la Corporación, a no ser que sea necesario decretar práctica de pruebas, caso en el cual el fallo se prolonga diez días.

Desde 1969, cuando ha entrado a operar el nuevo sistema de plazos a la Corte y al Procurador, no ha habido un solo caso de mora o de reconvencción ni al Jefe del Ministerio Público ni a magistrado alguno de la Corte. Generalmente, los fallos se profieren con anterioridad al vencimiento del término, jamás con posterioridad a éste.

Las decisiones de inexecutableidad por parte de la Corte producen efectos *erga omnes*, es decir, se imponen a todos los gobernantes y gobernados, y contra

ellas no procede recurso alguno. Las normas, objeto de la demanda, declaradas constitucionales, no pueden volver a ser demandadas, a no ser que se reproduzcan en estatutos nuevos. En caso de ser declaradas inexecutable, quedan anuladas y dejan de regir, no pudiendo ser aplicadas por ninguna autoridad estatal, en ningún caso. En ocasiones las decisiones de constitucionalidad son, aunque definitivas, parciales, es decir, respecto de ciertas materias debatidas como inconstitucionales pero no sobre otras. Es el caso de las demandas que se han presentado contra Códigos que han sido expedidos como decretos-leyes, con fundamento en leyes de facultades extraordinarias, los cuales se declaran executable, de ser el caso, por no haber extralimitación ni por materia ni por tiempo en relación con las referidas facultades, pero quedándole al ciudadano la opción y a la Corte la facultad de volver a demandar y a pronunciarse sobre las mismas disposiciones por razones distintas de constitucionalidad.

3º) *El control forzoso o automático*

Respecto de los decretos legislativos de estado de sitio y de los de emergencia económica y social, el Gobierno está en la obligación de enviar a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de su expedición, copia auténtica del texto de tales decretos, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad; de no cumplir el Ejecutivo este requisito, la Corte asumirá de oficio su conocimiento (artículos 121 y 122, C.P.).

Los decretos legislativos de estado de sitio son los expedidos por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, cuando por razón de una guerra exterior o de una conmoción política del orden público interno, se ha declarado turbado dicho orden. Los de emergencia económica son también expedidos en la misma forma cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan grave calamidad pública.

Los decretos de estado de sitio, por tener fuerza provisoria de ley y no poder derogar sino suspender las leyes, deben ser declarados inexecutable cuando quiera que tengan vocación de vigencia permanente. Los de emergencia, en cambio, están destinados a regir más allá del período de duración de aquélla y pueden derogar o modificar leyes.

En razón del régimen excepcional que implica la vigencia de tales decretos y de la discrecionalidad inherente a su naturaleza, estas normaciones excepcionales constituyen grave peligro para la normalidad y seguridad jurídico-constitucional, por lo cual el constituyente ordenó su control jurisdiccional de manera forzosa. La Corte tiene decidido que no puede haber fallo inhibitorio sobre decretos legislativos de estado de sitio ni sobre los de emergencia, así hayan

sido derogados o dejado de regir en el momento del fallo, es decir, no hay, respecto de tales decretos, abstención de decidir por carencia de objeto ni por sustracción de materia. Tampoco es dable a la Corte abstenerse de pronunciarse sobre ninguno de tales decretos, ni siquiera sobre los que declaran el estado de sitio o el de emergencia, ni aún respecto de los que levantan los estados de excepción, pues aunque la facultad del Gobierno es discrecional para declarar la turbación del orden público y para levantar la situación excepcional, éstos son actos jurídicos, y como tales reglados por la Carta, en cuanto a la competencia del que los expide, las formas exigidas para su expedición, los motivos invocados, las finalidades enunciadas, la conexidad entre los decretos matrices y los que los desarrollan, y la materia.

Repartido el negocio al magistrado de turno, se fijará en lista en la Secretaría de la Corte por el término de tres días, durante los cuales, tanto el Procurador como cualquier ciudadano, podrán intervenir por escrito ante la Sala Constitucional, para impugnar o defender la constitucionalidad del decreto. La coadyuvancia o impugnación fiscal y ciudadana así establecida constituye un mecanismo auxiliar del control jurisdiccional automático. A partir de una sentencia del Consejo de Estado, que declaró inconstitucional una parte del artículo 14 del Decreto Reglamentario Constitucional 432 de 1969, orgánico de la Corte, se decidió por aquel organismo en interpretación jurisprudencial "obiter dictum", aunque no "ultra petita", que en adelante el Procurador tendrá diez días, contados a partir del de la desfijación en lista del negocio, en lugar de aquellos tres que contemplaba la disposición anulada, para el Jefe del Ministerio Público, a fin de que éste obligatoriamente rinda su concepto fiscal sobre la constitucionalidad o no de todos los decretos dictados en estas materias.

Expirado el término de fijación en lista, pasará el asunto al Despacho del Procurador General para que emita la vista fiscal aludida dentro de los diez días siguientes y lo regrese al magistrado sustanciador, quien, dentro de los diez días siguientes, deberá presentar la ponencia respectiva ante la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie antes de culminar dicho término, luego de lo cual la Corte Plena debe decidir en un tiempo máximo de veinte días. La celeridad en los términos, reducidos a una tercera parte en relación con la vía de acción popular, se explica por la trascendencia que para la seguridad normativa del país implica la adecuación de normas discrecionales de carácter excepcional.

La Corte conoce y falla sobre la totalidad de las disposiciones que componen los decretos y deberá confrontar sus textos con la totalidad de las normas constitucionales. Tan ardua labor contrasta con el exiguo plazo concedido a la Corte para fallar, así como con el escaso tiempo otorgado al Procurador. Con todo, la Corte, en la pasada emergencia económica y social, durante la cual el

Gobierno expidió 39 decretos entre diciembre de 1982 y febrero de 1983, de los cuales fueron declarados inexecutable más de la mitad, la Corte rindió a tiempo sus sentencias.

4º) *La excepción de inconstitucionalidad*

La Constitución establece en su artículo 215, que en caso de incompatibilidad entre una norma legal y la Constitución, debe aplicarse la constitucional. En virtud de este principio cualquier juez o funcionario, en su caso, pueden abstenerse de aplicar una norma legal y con mayor razón administrativa, en el curso de un proceso, cuando a solicitud de la parte en cuyo perjuicio se aplicaría la ley o el acto administrativo, formulada por medio de la vía de excepción, o aún de oficio, encuentren que la ley es incompatible con alguna norma superior.

En tal evento pueden ocurrir las siguientes hipótesis:

O el juez o funcionario encuentra infundada la excepción invocada y falla aplicando la ley o el acto que se aduce como inconstitucional, y en ese caso la parte perjudicada puede acudir entonces ante el respectivo superior, valiéndose de los recursos procesales ordinarios, o hacer uso de la acción popular de inexecutable y demandar ante la Corte su anulación; o ambas a la vez. Pero si el juez o el funcionario, *motu proprio*, o a solicitud de la parte interesada, declare la incompatibilidad de la norma que afecte la Constitución y se abstiene de aplicarla, dicha decisión no anula el acto incriminado sino que su des aplicación se contrae a la especie objeto del litigio.

5º) *La jurisdicción simultánea de constitucionalidad y de legalidad ejercida por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos*

La Carta autoriza a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de aquellos cuyo conocimiento y control jurisdiccional corresponda a la Corte (artículo 216).

Los decretos reglamentarios constitucionales y legales, los decretos ejecutivos, las resoluciones y otros actos administrativos de los funcionarios nacionales, son acusables por toda persona, y no sólo por los ciudadanos, ante el Consejo de Estado, mediante la acción contencioso-objetiva o de nulidad (artículo 66, Ley 147/61), cuando se estimen inconstitucionales los primeramente enunciados, o inconstitucionales o ilegales, los demás. Cosa igual sucede en relación con los actos administrativos del orden departamental y municipal, respecto de los cuales conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos seccionales correspondientes y en segunda, el Consejo de Estado.

El control así diseñado comporta la posibilidad de anulación de todo acto jurídico que, siendo jerárquicamente inferior a otro acto administrativo, a la ley o a la Constitución, vaya contra éstos por extralimitación, o por resultar contrarios o incompatibles con su contenido.

La omisión en una actuación administrativa no es en principio susceptible de control jurisdiccional "erga omnes". No obstante, son sancionables por ilegales no sólo los actos sino los hechos u operaciones administrativas, cuando atentan contra alguna norma legal o administrativa.

Cuando la acción es motivada por una violación de un derecho particular por parte de un acto o de un hecho administrativo, debe demostrarse un interés en el proceso: es la denominada acción contencioso-subjetiva de restablecimiento de un derecho (artículo 67, Ley 147/61). Y la contencioso-objetiva ya descrita opera cuando se busca hacer anular un acto administrativo de contenido material objetivo y general, por lo cual no se requiere estar vinculado a ningún proceso.

Toda actuación contencioso-subjetiva presupone el agotamiento de la vía gubernativa o el control administrativo previo. Veámoslo:

a) *El control administrativo*

La vía gubernativa hace relación a la posibilidad de actuación que tiene todo particular que se considere lesionado por un acto administrativo, en algún derecho reconocido en la ley o en la Constitución, para que el mismo funcionario que lo profirió, o su superior jerárquico, lo revoquen como consecuencia del recurso interpuesto, de reposición o de apelación, o en forma directa por medio de la "revocatoria" (artículos 13 y 21 del Decreto 2.733 de 1959). Respecto de los actos administrativos de contenido material y general, contra los cuales procede la acción contencioso-objetiva o la acción pública de nulidad, no es admisible el proceso gubernativo, sino que la ley ordena su anulación únicamente por la vía contencioso-administrativa. En cambio, respecto de los actos administrativos de carácter subjetivo, creadores o culminantes de una situación jurídica individual y concreta, *vgr.* el despido ilegal de un funcionario, la ley exige que para promover la acción contenciosa es menester previamente haber agotado contra ellos la vía de reclamo gubernativo, bien sea porque, habiendo sido interpuestos en tiempo los recursos, fue negada su revocación o por no haber sido resueltos oportunamente (artículos 10 y 13 *ibidem*).

b) *El control contencioso-administrativo*

1. *La acción de nulidad de los actos administrativos*

La acción se ejerce según el rango jerárquico del acto administrativo, ante

el Consejo de Estado directamente, cuando se trata de actos administrativos proferidos por las autoridades nacionales, y ante los Tribunales Administrativos departamentales cuando hace relación a actos de autoridades seccionales o locales, caso en el cual, en ocasiones, el Consejo de Estado conoce en segunda instancia (Decreto 528/64, artículos 30 y 32).

Las causales de impugnación contencioso-objetiva de anulación de los actos administrativos están determinadas por el ordenamiento jurídico de manera taxativa. Son ellas:

- a) La inconstitucionalidad e ilegalidad (nulidad por incompatibilidad de norma inferior con norma jerárquicamente superior), generalmente la jurisdicción constitucional y la legal del Consejo de Estado se ejerce de manera unificada y simultánea o sobre la misma cuerda respecto de los actos administrativos.
- b) La expedición del acto administrativo en forma irregular (nulidad por irregularidades), en razón de que la autoridad que profirió el acto, aunque competente para hacerlo, no respetó las formas y procedimientos exigidos por su validez y eficacia correspondientes.
- c) La incompetencia de jurisdicción (nulidad por exceso), la cual se presenta cuando el acto administrativo ha sido proferido por autoridad distinta de la indicada en la ley, respecto de materias no autorizadas o en jurisdicción diferente, y
- d) La desviación de poder (nulidad por desviación), es decir, cuando el acto proferido no corresponde a las atribuciones propias del funcionario que lo expide o persigue fines distintos de los señalados en la ley.

La acción de nulidad de los actos administrativos es genérica y la sentencia de anulación proferida al respecto por los tribunales jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo constituye cosa juzgada "erga omnes". Contra las sentencias definitivas y ejecutoriadas de anulación de los actos administrativos ilegales o inconstitucionales no procede recurso alguno. Como quiera que por entender doctrinario y jurisprudencial no se admite que en Colombia haya actos administrativos inexistentes, sino que todo acto de tal naturaleza se presume legal y constitucional mientras no se revoque, derogue o anule, los efectos de la declaratoria de nulidad no son constitutivos o "ex tunc" sino apenas declarativos o "ex nunc".

La suspensión provisional de un acto administrativo opera cuando, demandada su anulación, se decreta de plano por el tribunal administrativo correspondiente su inaplicabilidad, cuando haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho, hasta cuando se dicte sentencia definitiva.

Nuestro ordenamiento establece que ningún acto administrativo anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado, podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

2. *La acción de plena jurisdicción contra los actos y hechos administrativos*

Cuando la acción es motivada por una violación o por un desconocimiento de un derecho particular proveniente de un acto o de un hecho administrativo, debe demostrarse un interés concreto en el proceso y se denomina contencioso-subjetiva o de restablecimiento de un derecho.

Dicha acción se ejercerá una vez agotada la vía gubernativa por parte del perjudicado a más tardar cuatro meses después de notificado o publicado el acto administrativo, o de agotada la vía gubernativa, o cuatro años después de ejecutada la operación administrativa o la vía de hecho, según el caso.

En lo relativo a la acción de plena jurisdicción ejercida contra algún acto administrativo, el principio normativo general es el de que, la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que, además de la anulación del acto, se le restablezca su derecho. Con dicha acción, pues, se busca esencialmente el resarcimiento de la lesión ocasionada y el restablecimiento del derecho particular quebrantado, pudiendo así los organismos contencioso-administrativos estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o modificadas y cambiar o reformar éstas, lo cual no puede hacerse por vía de anulación genérica de un acto administrativo.

Esta acción es específica y la sentencia de restablecimiento del derecho respectivo dictada por el tribunal contencioso se contrae apenas a la cosa juzgada inter partes.

3. *El control fiscal en materia de jurisdicción legal*

Conforme acontece en relación con la jurisdicción constitucional, el Ministerio Público ejerce también control fiscal previo sobre los actos y hechos administrativos acusados ante la propia Administración Pública por vía gubernativa, o ante la jurisdicción legal contencioso-administrativa.

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO VENEZOLANO

JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA
Profesor de Derecho Constitu-
cional, Universidad Central de
Venezuela y Universidad Cató-
lica Andrés Bello.

El sistema venezolano prevé dos tipos de recursos de inconstitucionalidad, el *recurso objetivo*, que se conoce mejor con el nombre de acción de inconstitucionalidad, que se dirige a la Corte Suprema de Justicia para que ésta declare la nulidad del acto que ha sido impugnado, si ese acto evidentemente tiene alguna irregularidad o algún vicio de inconstitucionalidad, y el *recurso subjetivo* de inconstitucionalidad, que está consagrado en nuestro Código de Procedimiento Civil, y que consiste en la facultad dada a los jueces de dejar de aplicar una ley, por considerar que esa ley viola o menoscaba las normas constitucionales.

El sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes es producto de una larga evolución legislativa. Ya en la Constitución de 1858 aparece por primera vez el recurso de inconstitucionalidad por vía de acción, consagrado como un derecho público o como una acción popular. Esa Constitución limitó el control única y exclusivamente a los actos de las Asambleas Legislativas violatorias de la Constitución.

La Constitución Federal de 1864 invierte los términos en cuanto a los actos sometidos al control de la constitucionalidad. Esta Constitución dispuso que aquellos actos del Congreso o del Poder Ejecutivo Federal que violaren o menoscabaren la autonomía de los Estados podían ser declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia.

Todo ese proceso, que arranca a mediados del siglo XIX, concluye con la Constitución de 1936, que es la que completa todo el control de la constitucionalidad. Allí se someten al control judicial de constitucionalidad todos los actos del poder público violatorios de la Constitución. Esta extensión del poder de control originó una polémica en torno a si la sentencia estaba o no incluida dentro del control de la constitucionalidad. Hay una abundante jurisprudencia de la Corte,

unas veces concediendo el recurso y otras veces negándolo. Sin embargo, la Constitución vigente en 1961, para evitar todo tipo de dudas, estableció claramente contra qué actos podía intentarse el recurso. Y evidentemente excluyó los actos del Poder Judicial.

El año de 1936 marca el inicio de una etapa histórica, no solamente desde el punto de vista político sino también desde el punto de vista jurídico. Todo este sistema que arranca de 1858, tuvo una aplicación práctica muy precaria en razón de la naturaleza de los sistemas políticos imperantes en el siglo XIX, y en gran parte del siglo XX. Pero a partir de 1936, la Corte Suprema de Justicia empieza a elaborar una rica jurisprudencia que va a delinear y a configurar el sistema de control de la constitucionalidad, de tal manera, que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del año 1976, y no hace otra cosa que recoger toda esa experiencia constitucional de tantos años y verterla en preceptos legales

Características de los recursos de inconstitucionalidad

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia exige que el recurrente tenga *capacidad para actuar*. Dice el artículo 112 de la L.O.C.S.J. que toda persona natural o jurídica plenamente capaz, puede intentar el recurso objetivo de inconstitucionalidad. En principio todas las personas naturales, mayores de edad, tienen capacidad procesal. Este artículo no establece limitaciones en cuanto a la nacionalidad. Por tanto, la acción la pueden intentar tanto venezolanos como extranjeros. En segundo lugar, se trata de *una acción popular*. Este carácter popular de la acción, responde a una antiquísima jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la que entendió siempre que podía intentar la acción cualquier persona, tuviere o no tuviere interés personal, directo o legítimo, en la nulidad de la Ley o del acto contra el cual se recurría. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en forma inexplicable, pretendió limitar la popularidad de la acción de inconstitucionalidad cuando exigió que el recurrente estuviera afectado en sus derechos e intereses por el acto de efectos generales recurrido. Esto es lo que Brewer-Carías ha llamado un interés simple particularizado. Esta norma de la ley orgánica fue interpretada recientemente por la propia Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de 30 de junio de 1982, que devuelve a esta acción el sentido que le había dado la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema, y reafirma el carácter popular de esta acción. Voy a leer algunos párrafos de esa sentencia que considero de gran utilidad.

La Corte dijo: "La finalidad del recurso de inconstitucionalidad no es precisamente la defensa, protección o tuición de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos de los ciudadanos en particular, sino la defensa objetiva de la majestad de la Constitución y de su supremacía. De allí que este recurso se haya considerado tradicionalmente entre nosotros —dice la Corte—, como

una auténtica acción popular para cuyo ejercicio se ha estimado legitimada toda persona natural o jurídica, domiciliada o residente en el país". Más adelante la Corte sostiene que el ejercicio de este recurso "es un deber ciudadano, incluso, más que un derecho como tradicionalmente se le había considerado, de modo que el recurso de inconstitucionalidad puede considerarse como un instrumento de colaboración ciudadana en el resguardo del respeto a la Constitución, por todas las ramas del Poder Público". La Corte concluye en que la expresión utilizada por el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Corte, de que la persona que ejerza el recurso de inconstitucionalidad tiene que estar afectada en sus derechos o intereses, es de interpretación rigurosamente restrictiva toda vez que como consecuencia de las consideraciones anteriores, es obvio que la Ley dijo más de lo que quiso o podía decir". Alega también la Corte que "los recursos que confieren las leyes a los ciudadanos o administrados deben interpretarse en sentido amplio". Con toda esta argumentación la Corte establece que debe presumirse, al menos relativamente, que "el acto de efectos generales recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente, en su condición de ciudadano venezolano, salvo que en el contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuese declarado inadmisibles conforme al artículo 115 de la Ley de la Corte".

De acuerdo, pues, con esta jurisprudencia, el principio general es que toda persona, tenga o no tenga interés, está en el deber de intentar la acción. Porque además, la Corte consideró que, de acuerdo con la norma constitucional que establece la inviolabilidad de la Constitución, y que dice que todos los ciudadanos estamos en el deber de colaborar en el restablecimiento del orden constitucional cuando esté derogado por un acto de fuerza de esta norma, se deduce que la acción no es solamente un derecho sino que es un deber ciudadano el interponerlo cada vez que se considere que se ha violado o se ha vulnerado el orden constitucional.

En tercer lugar, *el acto contra el cual se intenta el recurso debe ser un acto de efectos generales*, y ese acto de efectos generales debe emanar de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales, es decir, del Congreso, de las Asambleas Legislativas o de los Concejos Municipales, así como del Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 181 de la LOCSJ, el recurso de inconstitucionalidad se puede intentar también contra los actos de las autoridades administrativas de los Estados y de los Concejos Municipales.

En cuarto lugar, el recurso objetivo de inconstitucionalidad, *es imprescriptible y no está sujeto a lapso de caducidad*. Ha sido jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de que el recurso de inconstitucionalidad es imprescriptible y no está sujeto a lapso de caducidad. Este ha sido un principio que siempre

apareció en toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y que fue recogido en la Ley Orgánica de 1976. El artículo 134 de la Ley de nuestro máximo tribunal dice que las acciones o recursos de nulidad contra los actos generales del Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo.

La imprescriptibilidad o incaducabilidad de este recurso responden a la misma naturaleza jurídica. Si la acción de inconstitucionalidad es un deber ciudadano y es "un instrumento de colaboración ciudadana en el resguardo del respeto a la Constitución por todas las ramas del Poder Público" como lo ha dicho la propia Corte, tiene indudablemente el carácter de acción pública, que no puede prescribir ni puede caducar mientras exista el vicio de inconstitucionalidad".

Actos de efectos generales

Por último debemos analizar un poco lo que se ha de entender por acto de efectos generales. La Ley de la Corte introduce un sistema de control radicalmente distinto al que venía operando antes de 1976. En el sistema anterior la naturaleza del recurso lo determinaba la norma infringida. Si la norma cuya violación se denunciaba era una norma constitucional, el recurso era de inconstitucionalidad independientemente que la norma infringida fuere una ley o un acto administrativo. Ahora no, ahora el recurso y el procedimiento para impugnarlo dependen de la naturaleza del acto. Si el acto es de efectos generales, tiene un procedimiento. Y, si el acto es de efectos particulares o singulares, tiene otro procedimiento. Es muy importante determinar los efectos generales o particulares del acto, porque de esa determinación se derivan consecuencias teóricas y prácticas. La acción contra los actos de efectos generales es imprescriptible. En cambio, la acción contra los actos de efectos particulares tiene un lapso de caducidad de seis meses. Por tanto, es importante saber cuál es la naturaleza del acto contra el cual se recurre. Además de los actos de efectos generales y de los actos de efectos particulares, la ley de la Corte introduce una tercera categoría, la de los actos de efectos temporales, y allí irá todavía un lapso de caducidad más breve, que es de apenas 30 días.

La definición de lo que es un acto de efectos generales y de lo que es un acto de efectos particulares ha dividido la opinión de los juristas venezolanos. La propia Ley Orgánica de la Corte hace una enumeración de algunos actos de efectos generales, y entre ellos cita a la ley y a los reglamentos. Con esto quiere señalar o quiere significar que el acto de efectos generales tiene un contenido normativo o tiene como característica la generalidad. Es decir, será un acto de efectos generales cuando se dirija a un conjunto de personas que no puede ser determinado ni determinable. En cambio, el acto de efectos particulares será un acto singular, un acto que se refiere a una persona o una

situación muy concreta. Y cuando el acto no nombre a su destinatario sea posible su identificación o determinación. En mi criterio la diferencia entre un acto de efectos generales y un acto de efectos particulares estaría en lo siguiente: en primer lugar, todos los actos normativos, es decir, todos los actos que contienen normas jurídicas, serían actos de efectos generales. Y, en segundo lugar, todo acto que tenga como destinatario a un número de personas indeterminadas o indeterminables, es un acto de efectos generales. En cambio, el acto de efectos particulares sería aquél que tiene como destinatario a una persona o a una pluralidad de personas o tiene como supuestos de hecho ciertos casos o hechos singulares.

Procedimiento de inconstitucionalidad

En primer lugar examinaremos los requisitos que debe reunir la demanda o libelo de nulidad. Aquí debemos combinar la norma del Código de Procedimiento Civil, que determina los requisitos o condiciones que debe reunir toda demanda, con lo establecido en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte. En el libelo se debe expresar sin abreviaturas el nombre, apellido y domicilio del demandante y el carácter con que se presenta e indicar con toda precisión el acto impugnado, las disposiciones constitucionales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Con dicho escrito se debe acompañar un ejemplar o copia del acto impugnado, el instrumento que acredite el carácter con que actúa el recurrente, si no lo hace en nombre propio, y los documentos que quiera hacer valer en apoyo a su solicitud. Esta norma del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Corte quiere identificar el recurso objetivo de inconstitucionalidad y con el recurso de casación. Y los identifica porque en la formalización del recurso de casación se exige que el recurrente señale con precisión los artículos de la ley cuya infracción se denuncie, así como los fundamentos en que se apoye ese recurso. En el caso de recurso objetivo, se pide también que el recurrente señale los artículos constitucionales o los artículos legales, que se consideran infringidos o violados por el acto estatal. Esta identificación, en principio, parece correcta. El recurso de casación no es otra cosa que un recurso de nulidad contra la sentencia que contiene vicios de ilegalidad o vicios de inconstitucionalidad. Sin embargo, el problema se puede presentar con lo que la doctrina denomina principios supraconstitucionales. Hay una serie de principios que, aún cuando no estén recogidos en una Constitución, sin embargo, la conciencia jurídica de la humanidad estima que deben formar parte de un sistema político. Esto se puede decir sobre todo en materia de derechos humanos. Aún cuando la Constitución nada diga en torno a los derechos humanos, se debe suponer que los habitantes de ese país gozan de esos derechos, y que el ejercicio o goce de esos derechos tiene protección constitucional. En Venezuela el artículo 50 de la Constitución

declara expresamente que la enumeración que se hace de los derechos y garantías consagrados en la Constitución tienen un valor meramente enunciativo; es decir, que el hecho de que no aparezca en la Constitución un derecho considerado esencial a la persona humana no se debe entender como si la Constitución lo ha negado. Hay que entender que ese derecho está consagrado en la Constitución y debe recibir una protección constitucional. En este caso de que alguna persona alegue de que se le ha violado un derecho no enunciado, no determinado expresamente por la Constitución, se puede tropezar en la práctica con que no puede señalar en el libelo de demanda el artículo constitucional que consagra ese derecho. Ahora, yo creo que la Corte admitiría el libelo si se denuncia como infringido el artículo 50 de la Constitución, que es el que permite que se pueda invocar cualquier otro derecho no establecido expresamente en la Constitución. Quería, pues señalar este aspecto, porque es posible que en el recurso de casación este problema no se presente. En cambio, en el derecho constitucional, debido a estos principios que tienen una validez supraconstitucional, se puede presentar en la práctica con que no es posible citar un artículo constitucional que consagre el derecho que se invoca. En el recurso se puede solicitar la nulidad total o parcial de una ley o de un acto de efectos generales. En uno u otro caso el recurrente debe razonar, debe exponer los motivos que lo llevan para solicitar la nulidad total o parcial. Si se trata de una nulidad parcial el recurrente tendrá que indicar los artículos de la ley o del acto que estima o considera que son violatorios de la Constitución. En la ley de la Corte Suprema actual se suprimió un artículo que venía repitiéndose en las leyes de nuestro máximo Tribunal y que decía que la nulidad se debe limitar al párrafo, artículo o artículos en que aparezca la colisión, salvo que éstos sean de tal importancia por su conexidad con los demás que, a juicio de la Corte, su nulidad acarrearé la de todo el acto legislativo. Este artículo permitía que, no obstante haber el recurrente pedido la nulidad parcial de un acto, la Corte declarara la nulidad total del acto si estimaba que la nulidad de los artículos impugnados constituían la médula, la esencia de ese acto. En estos casos la Corte podía declarar la nulidad total y deberá hacerlo por la importancia y conexidad que esos artículos tenían con el resto de los artículos. Por ejemplo, supongamos un caso hipotético: que alguien impugne el principio de la progresividad en que se basa la Ley de Impuesto Sobre la Renta, y supongamos, también, que la Corte coincide que el artículo que establece la progresividad es nulo, es inconstitucional, coincidentalmente tendría que declarar la nulidad de toda la ley, porque toda la ley está basada precisamente en ese principio. Esta situación se presentaría cada vez que se solicite la nulidad parcial y la Corte considere que el artículo o artículos denunciados tienen tal importancia, tal conexidad con el resto, que esa ley o ese acto no tendría vigencia, no podrá mantenerse vigente parcialmente. En segundo lugar, una vez intentado el recurso no puede retirarse. Esta es otra de las características del procedimiento de inconstitucionalidad. Aún cuando

él no está consagrado en forma expresa en la actual ley de la Corte, nuestra jurisprudencia tradicional ha dicho que estas demandas son de acción pública y procede por lo tanto su determinación aun de oficio. Este principio no ha sido acogido, de manera expresa, por la Ley de la Corte. Sin embargo, cuando esta ley establece la perención de la instancia, dispone que no procede la declaratoria de la perención cuando se hayan violado normas de orden público o cuando corresponda a la Corte el control de la legalidad de la decisión impugnada. Yo interpreto de que en los casos de control de la constitucionalidad o de la legalidad, esa perención no puede ser declarada porque si se considera que el procedimiento de inconstitucionalidad tiene por objeto salvaguardar intereses de orden público, como es justamente la supremacía de la Constitución, aun cuando transcurra todo el tiempo que sea, toda la inactividad procesal que se quiera, la Corte no podía declarar perimido el recurso, justamente porque están en juego intereses de orden público. En tercer lugar, la demanda de nulidad se debe notificar de oficio al Presidente del Cuerpo o al funcionario que haya dictado el acto. Esta notificación tiene por objeto permitir que el autor del acto impugnado pueda acudir ante la Corte y sostener la constitucionalidad o legalidad del acto. La demanda también se notifica al Fiscal General de la República para que emita un dictámen en su carácter de velador por la exacta observancia de la Constitución y las leyes. También se debe notificar al Procurador General de la República, en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la nación. En mi criterio al Procurador también se le debe notificar cuando el acto impugnado por ilegalidad o inconstitucionalidad haya emanado del Poder Ejecutivo Nacional, porque en este corresponderá al Procurador la defensa de la legalidad o constitucionalidad del acto administrativo. Y por último, la Corte debe ordenar la publicación de un cartel, si lo estima conveniente, en el cual se cite a todo aquel que tenga interés en el proceso. La necesidad de la publicación de un cartel ratifica el carácter popular de la acción, ya que de esta manera se notifica a todo aquel que tenga interés, que quiera hacerse parte en el proceso, y presentar los escritos y alegatos que considere convenientes. En cuarto lugar es un procedimiento especial. No voy a describir todo el procedimiento porque no creo que sea la oportunidad, pero sí debo señalar una cosa. El recurso objetivo de inconstitucionalidad es un recurso de mero derecho. En principio, con este recurso lo que se va a examinar es si la norma legal está o no en contradicción con una norma constitucional, y muy especialmente se requerirá de la presentación de pruebas. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ordena abrir un lapso de 60 días consecutivos para la promoción y evacuación de pruebas. Este lapso sólo se puede suprimir en los casos en que la propia Corte considere que el caso es urgente. Hecha esta declaratoria, la Corte suprime entonces el lapso probatorio, la relación, los informes y procede a dictar sentencia. Excepción hecha de este caso, el procedi-

miento es más bien largo e introduce este lapso de pruebas en un procedimiento que, en principio, no lo requiere. Ha debido establecerse el principio contrario, es decir, que no hay pruebas a menos que el recurrente o alguno de los que se hagan parte en el proceso, soliciten la apertura del lapso de pruebas. Creo que esto hubiera sido mucho más lógico que el sistema actualmente establecido.

El recurso subjetivo de inconstitucionalidad

El recurso subjetivo consiste en las facultades que tienen los jueces para desaplicar la ley que deben aplicar a un caso concreto, cuando consideran que ella es inconstitucional. El artículo 7º del Código de Procedimiento Civil —que es el que consagra este recurso— mantiene la misma idea de que la cuestión constitucional es una cuestión de orden público, de alto interés nacional, cuando establece que el juez está en la obligación de aplicar la Constitución con preferencia a la ley inconstitucional, aún cuando las partes no lo hayan solicitado. Es decir, es un deber del juez aplicar la Constitución con preferencia a la ley. Indudablemente que las partes, sobre todo la parte que pueda resultar perjudicada por la aplicación de una ley inconstitucional, alegará y pedirá al Juez que deje de aplicar la ley en ese caso concreto. Pero, repito, si ninguna de las partes solicita al juez que declare la inconstitucionalidad, el juez está en la obligación de desaplicar la ley si estima es contrario a la norma constitucional.

En segundo lugar, el recurso subjetivo es también imprescriptible. El juez puede desaplicar la ley inconstitucional, aun cuando esa ley tenga cuarenta años de vigencia. No hay ningún lapso de prescripción que impida hacer este tipo de pronunciamiento.

Nulidad de la ley inconstitucional

La propia Constitución establece la facultad de la Corte Suprema para declarar la nulidad de las leyes nacionales y demás actos del Congreso que sean contrarios a la Constitución. Además, el artículo 112 de la Constitución incluye a la ley entre los actos de efectos generales. En el derecho constitucional venezolano, la ley se define desde un punto de vista formal. Ley es aquel acto que es sancionado por las Cámaras actuando como cuerpos colegisladores. Esa ley puede tener o no un contenido normativo. Lo importante en este caso es la forma, es decir, que el Congreso al aprobar ese acto haya seguido el procedimiento pautado en la Constitución para la formación de la ley.

Pero hay leyes que tienen un contenido normativo y hay leyes que no lo tienen. El distinto contenido de las leyes plantea una serie de interrogantes que trataremos de darle respuesta. Todas las leyes, tanto las de contenido normativo como las de efectos particulares, ¿deben ser impugnadas por el procedimiento pre-

visto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema para los juicios de nulidad contra los actos de efectos generales? ¿O habrá que diferenciar también entre leyes de efectos generales y leyes de efectos particulares?

Los proyectistas de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al hacer la división de estos dos procedimientos, acogieron el criterio de la función administrativa para definir al acto administrativo. Por eso resulta una cierta incongruencia hablar de juicios de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares como si todos los demás actos estatales se les puede calificar de actos administrativos. Los proyectistas de la Ley Orgánica sostuvieron el criterio de que todos los actos que no son de efectos generales deben impugnarse mediante el procedimiento de los juicios de nulidad de los actos de efectos particulares.

Esa teoría de la función administrativa es inadmisibile en nuestro sistema constitucional. No se puede sostener que la calificación de un senador o diputado, que es un acto singular y que consiste en determinar si una persona es realmente miembro de la Cámara y si reúne o no las condiciones de elegibilidad, es un acto administrativo. Tampoco se puede sostener que los actos de control parlamentario sobre ciertos actos de la Administración Pública, son también actos administrativos. En ninguno de estos actos el Congreso actúa como órgano administrativo, sino en ejercicio de una función parlamentaria.

Si nos atenemos a los efectos que produce la ley, ésta se podrá clasificar en *ley de efectos generales*, de contenido normativo y que es la que más produce el Congreso; y *ley de efectos particulares*, como sería la ley aprobatoria de un tratado internacional. Si eso es así, las consecuencias jurídicas serían muy graves. Por ejemplo, para poder impugnar —si es que se puede impugnar— la ley aprobatoria de un tratado internacional, habría que hacerlo en el plazo de seis meses, que es el plazo establecido para la nulidad de los actos de efectos particulares. El recurso contra una ley aprobatoria no gozará de la imprescriptibilidad de la que la acción popular. Esta no es una discusión meramente teórica sino que es una discusión que tiene efectos prácticos. Además, en los juicios contra los actos de efectos particulares hay un plazo en el cual la Ley de la Corte supone desistido el recurso. Si transcurren quince días después de emitido el cartel para citar a los posibles interesados y en esos quince días no se consigna en la Corte el cartel, la Ley presume que el recurrente ha desistido. Esta caducidad no se produce en los juicios entre los actos de efectos generales.

¿En qué oportunidad se debe demandar la nulidad de una ley? La nulidad de una ley se debe demandar a partir del momento en que ella aparece publicada en la *Gaceta Oficial*. La publicación en el órgano oficial, en principio marca el inicio de la vigencia u obligatoriedad de la ley. Pero si la propia ley establece un *vacatio legis*, un plazo posterior de entrada en vigencia, ello no impide que se

pueda demandar la nulidad. Aun cuando la ley no esté vigente pero sí está publicada se puede demandar la nulidad. La única excepción prevista, y es un caso muy excepcional y particular, es cuando el Presidente de la República solicita la reconsideración de una Ley ya sancionada por las Cámaras. En este caso tiene el derecho de devolverla al Congreso cuando estima que esa ley es inconveniente al país o que es inconstitucional. Si el Congreso rechaza el pedimento presidencial y si el alegato del Presidente se fundamentó en razón de inconstitucionalidad, puede entonces acudir a la Corte Suprema de Justicia para que declare la inconstitucionalidad. Sólo en este caso muy excepcional se puede solicitar que se declare la nulidad de una Ley aún no publicada. Sin embargo, el principio general debe ser que toda Ley publicada puede ser impugnada por inconstitucionalidad.

La ley aprobatoria de un tratado

El artículo 128 de la Constitución dispone que los tratados o convenios internacionales deben ser aprobados por ley especial para que tengan validez. Esta norma ha dividido la opinión jurídica venezolana, porque hay algunos que consideran que el hecho de la aprobación por una ley convierte al tratado en una ley y, por lo tanto, está sometido a todo el sistema de control de la constitucionalidad de la ley. Para otra parte de la opinión jurídica venezolana, hay una diferencia entre el tratado y la ley aprobatoria. El tratado es un acto de naturaleza internacional mediante el cual los estados, a través de un acto volitivo, se vinculan para obtener determinados objetivos. La ley aprobatoria no es sino un mecanismo de control establecido por la Constitución a fin de que el Congreso examine la conveniencia o no del tratado que ha sido ya suscrito por los plenipotenciarios y encontrándolo conforme autorice el Presidente de la República para que ratifique el tratado, con lo cual adquiere efectos internacionales.

De acuerdo con una u otra posición, el control de la constitucionalidad será distinto. Si el tratado es una ley, estará sometido al control de la Corte. Si por el contrario es tratado de acuerdo de voluntades y la ley aprobatoria un acto unilateral del Congreso, lo que habría que impugnar sería la ley aprobatoria. ¿Cómo impugnarla? Si la ley aprobatoria se sancionó con una finalidad distinta a la prevista en el texto constitucional, o el Congreso aprobó algo que no era un tratado, o si ella contiene reservas o normas interpretativas que vulneran o violan el ordenamiento constitucional venezolano, en estos casos se podría entonces impugnar la ley sin atacar el tratado. Pero se puede alegar también que el tratado es un acto que emana del Poder Ejecutivo, y como acto del Poder Ejecutivo, está sometido también al control de la constitucionalidad.

En esta materia la Corte Suprema ha reconocido la importancia y la trascendencia que tienen los tratados internacionales y ha considerado que sólo es pro-

cedente atacar un tratado internacional desde el momento en que aparece la ley aprobatoria publicada en la *Gaceta Oficial* hasta el momento en que el tratado es ratificado por Venezuela. Después de la ratificación, el tratado se convierte en un acto internacional y el Estado venezolano queda vinculado internacionalmente. Por otra parte, la denuncia de un tratado no es libre. Para que proceda la denuncia de un tratado tiene que haber una causal prevista en el propio tratado o en normas de Derecho Internacional. La denuncia no queda a la simple voluntad del Estado. Y si el Estado llegare a denunciar un tratado en forma arbitraria, contraria al ordenamiento internacional, ese acto va a comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Por eso podemos decir que en materia de tratados internacionales, el principio es que solamente se pueden atacar hasta el momento de su ratificación. Si se ataca después, la Corte se declara incompetente para conocer de estos recursos.

Los contratos de interés nacional

Los contratos de interés nacional también requieren de la aprobación del Congreso. La Constitución no dice cómo da el Congreso esa aprobación. Tradicionalmente se ha interpretado, y así se venía haciendo, que esos contratos debían ser aprobados mediante una ley. Esa interpretación cambió, sobre todo, a partir del momento de la nacionalización del hierro y de la nacionalización petrolera. Las dos leyes que se dictaron establecieron expresamente que los contratos allí determinados debían ser aprobados por las Cámaras en sesión conjunta. Esta parece ser la interpretación que predomina actualmente.

En el año 1962 la Corte declaró la nulidad de un contrato de interés nacional. Fue el suscrito entre el Ejecutivo Nacional y el Banco de Venezuela. Esta fue una sentencia muy controvertida porque sólo obtuvo ocho votos de los quince que integran la Corte Suprema, ya que algunos consideraban que un contrato no puede ser declarado nulo en forma unilateral.

TEMA B. RELACIONES ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO

RELACIONES ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO EN COLOMBIA

HERNÁN G. ALDANA DUQUE
Profesor, Colegio Mayor Nues-
tra Señora del Rosario, Bogotá.

INTRODUCCION

La Constitución colombiana actual data, en cuanto a sus lineamientos generales, de 1886, aunque ha sufrido reformas en algunos aspectos importantes, particularmente en materia de intervencionismo estatal en 1936, 1945 y en 1968.

Los principios fundamentales que se encuentran en la Constitución colombiana pueden sintetizarse así:

1. La organización unitaria y centralista del Estado.
2. Consagración de un catálogo de libertades públicas para los ciudadanos y garantía del ejercicio de los derechos civiles para todos los habitantes y residentes en el país.
3. Organización del poder público en las tres ramas clásicas: Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional o Judicial.
4. Establecimiento del control judicial sobre los actos jurídicos del Poder Legislativo y del Ejecutivo por vía de acción y de excepción.

Este último control puede hacerse efectivo ante cualquiera otra autoridad de la República distinta de los Jueces y del Poder Legislativo.

5. Regulación de las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, a través de un Concordato, y reconocimiento del hecho de que la mayoría de la población profesa la Religión Católica, con las consecuencias que de ese reconocimiento se desprenden.

De ese conjunto de temas fundamentales de la Constitución se puede inferir que Colombia es un estado de derecho, dentro del cual el poder político se ejerce conforme a una concepción institucionalizada del mismo y que esas bases contienen los límites al ejercicio de la autoridad, a fin de prevenir el abuso o la arbitrariedad de los funcionarios del Estado en cualquiera de sus tres ramas.

Así, el artículo 63 de la Constitución previene que, "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en Ley o Reglamento".

Esta disposición se halla en armonía con la consagrada en el artículo 2º, el cual, al prever que la soberanía nacional reside en los tres órganos del poder público, establece que éstos se ejercerán en los términos que la Constitución señala.

Por lo que atañe más directamente al tema de esta exposición y desde la óptica jurídica, se tiene que el artículo 55 dispone:

Art. 55. Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional.

El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en las realizaciones de los fines del Estado.

(Art. 6º del acto legislativo número 1 de 1945 que modificó el acto legislativo número 1 de 1936, y la original Constitución de 1886).

Sobre el alcance del artículo 55, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 25 1970, dijo:

"El Poder Público se manifiesta a través de las ramas que el artículo 55 de la Constitución determina así: la Legislativa que elabora la ley para normar la actividad de gobernantes y gobernados, por medio del derecho objetivo; la Ejecutiva que hace cumplir la ley, creando situaciones subjetivas, y la Judicial que administra justicia o sea, que aplica la ley a casos particulares de contienda jurídica.

"Cada una de estas ramas obra separadamente dentro de la órbita que la Carta le asigna, pues la intromisión indebida de una en las funciones de las otras, quiebra la armonía jurídica y coloca al Estado en los linderos de la arbitrariedad.

"Pero si teóricamente estas ramas del Poder Público deben actuar separadamente, los fines de la comunidad política no se logran sin una armónica colaboración, como la misma Constitución lo indica; la distribución y la redistribución de funciones y competencias que el Constituyente hace directamente, o el Legislador por medio de la ley para el ejercicio del poder estatal sobre la comunidad civil, señala el campo de acción de esa colaboración" (*G.J.* número 2.338-bis, página 129).

Los organismos que integran las ramas del Poder Público, son:

El Congreso: compuesto de dos cuerpos, que son el Senado y la Cámara de Representantes, que constituyen la Rama Legislativa y ejerce sus atribuciones por medio de leyes.

La rama ejecutiva está integrada por la Presidencia de la República, por los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los Establecimientos Públicos, siendo el Presidente la suprema autoridad administrativa, y ejerce sus atribuciones básicamente, por medio de actos administrativos.

La rama jurisdiccional está integrada por dos órdenes de organismos: la jurisdicción común y la jurisdicción especial.

La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Jueces de Circuito y Municipales que juzgan asuntos de derecho común. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos que aplican el derecho administrativo y constituyen la jurisdicción especial. Cabe anotar entre los organismos de la rama jurisdiccional, con carácter temporal y transitorio los denominados Tribunales de Arbitramento.

La asignación de atribuciones o de funciones a los distintos organismos que integran las ramas del Poder Público ofrece, desde un punto de vista general y global, las siguientes características, en cuanto a materia de colaboración armónica y separación de poderes:

1. Las funciones de la Rama Judicial, o funciones judiciales, no son delegables. Ni en las otras ramas del Poder Público, ni internamente entre los distintos niveles u órdenes de jueces de la República. La función judicial es una organización cerrada y no admite interferencias en su ejercicio por parte de las otras Ramas del Poder Público.

Vale la pena destacar que, por vía excepcional, el Senado de la República y la Cámara de Representantes, que integran la Rama Legislativa, ejercen funciones judiciales y obran dentro de procedimientos judiciales, para juzgar a los Altos funcionarios del Estado, en casos precisamente señalados en la Constitución. En materia penal y, en ciertos casos, en otras materias de derecho común, y ante la jurisdicción especial de lo Contencioso-Administrativo el Procurador General de la Nación, interviene como fiscal en interés de la legalidad.

2. El ejercicio del Poder Legislativo corresponde, como regla general de competencia, al Congreso de la República. Sin embargo también puede ejercer el Poder Legislativo la rama ejecutiva, bien como atribución propia, mediante normas de carácter transitorio o permanente, o como delegado del Congreso por medio de actos con efectos permanentes con fuerza de ley.

En algunas materias el Poder Legislativo no puede ser delegado en el Ejecutivo, por cuanto la Constitución establece una competencia privativa e indelegable del Congreso.

3. El ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo se relaciona tanto con los denominados actos de gobierno, como con los denominados actos administrativos, y básicamente con el poder reglamentario de las leyes.

El ejercicio de estas funciones del Ejecutivo no es delegable en ramas distintas del poder público.

Tanto la Constitución como las leyes que la desarrollan y complementan prevén la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas en empleados de inferior jerarquía dentro del Poder Ejecutivo, en virtud del mecanismo de la delegación o de la desconcentración de funciones.

No pueden tampoco el Poder Legislativo ni el Poder Judicial producir actos administrativos reglamentarios de leyes ya expedidas y sancionadas.

El ámbito de lo administrativo puede reducirse en detrimento del Poder Ejecutivo, en la medida que la ley cubra de una manera más amplia y completa las materias sobre las cuales versa; sin embargo, la tendencia en la práctica constitucional y política actual es, justamente, la inversa.

Estas líneas características tienen desde luego un enfoque y una visión política pero se traducen en formulaciones de tipo jurídico y legal.

Por lo que se refiere a las grandes opciones políticas, la Constitución colombiana consagra las siguientes líneas características:

1. El régimen presidencialista. Este consiste básicamente en el hecho de que el Presidente es elegido por el voto universal directo y secreto de todos los colombianos mayores de edad, con derecho al voto y que es el primer magistrado de la República, dotado en ocasiones de poderes excepcionales.
2. Las relaciones entre el Presidente y el Congreso se desarrollan en función de la composición política de éste.

En alguna lejana medida esta característica, que vincularía el sistema colombiano al régimen de gabinete, obedece a la propia dinámica de la evolución política colombiana y a la necesidad de zanjar las pugnas entre los partidos políticos.

3. La marcha armónica del sistema, en el nivel político, supone en mayor o menor medida, la participación de los congresistas en cargos del Gobierno. Esta participación, excepcionalmente prevista por la Consti-

tución, se desarrolla, en la práctica constitucional, por medio del ejercicio por parte de los congresistas, de empleados como ministros y embajadores.

4. Como en toda relación política, la armonía entre el Ejecutivo y el Legislativo implica el intercambio de elementos de poder entre las dos ramas mencionadas.
5. No existe, desde luego, responsabilidad política del gobierno que sea sancionable con votos de censura.

Las características anteriores, tanto en el plano legal como en el plano político, suponen un funcionamiento perfecto y adecuado del sistema político, pero, como todo sistema, ofrece fallas y a veces deficiencias que se explican por la naturaleza de los elementos que participan en la dinámica política y que determinan las necesidades de cambios y los ajustes permanentes en la acción del Gobierno.

1. Un campo de acción política importante del Ejecutivo tiene que ver con el mantenimiento del orden público político y económico, para lo cual la Constitución establece una regulación precisa en los artículos 121 y 122, que vale la pena destacar en esta parte, y en cuya aplicación interviene el Congreso como órgano de control.
2. En el conjunto de la acción y de la dinámica política puede decirse que la Rama Ejecutiva tiene superioridad sobre la Rama Legislativa y la Judicial.
3. Sin embargo, en última instancia, atendido el sistema de control jurídico de los actos de las ramas del poder público, hay que afirmar, sin vacilación, que quien detenta el sumo poder de determinar qué es lo jurídico y qué no es lo jurídico, es la Rama Judicial, con lo que adopta para sí una superioridad de que hace gala cuando la ocasión se presenta, especialmente en materia de control de reformas a la Constitución. Vale la pena señalar que los dos últimos intentos de mayor alcance de reforma a la Constitución realizados por el Congreso a instancias del Poder Ejecutivo, fueron estruendosamente derrotados al ser declarados inexequibles por la Rama Judicial del Poder Público, más exactamente, por la Corte Suprema de Justicia.

El primer artículo citado versa sobre el Estado de Sitio, en cuya virtud el Presidente de la República, con criterio político, declara la turbación del orden público en el país, ya en caso de conmoción interior, ya en caso de guerra

exterior, para repeler la agresión y restablecer la paz. En estas hipótesis privan solamente los criterios políticos de la oportunidad y el Ejecutivo es juez absoluto de la conveniencia de la decisión.

El segundo artículo, el 122, prevé la posibilidad que tiene el Gobierno de declarar la Emergencia Económica, por períodos que, sumados, no pasen de noventa (90) días al año. Ello es factible cuando quiera que ocurran hechos que perturben o amenacen perturbar en forma inminente el orden económico o social del país, o que constituyan también grave calamidad pública.

Al primer caso corresponde la ocurrencia de hechos políticos que alteran la normalidad del orden público; al segundo caso, la ocurrencia de hechos económicos y sociales que amenazan alterar o alteran el orden público económico.

En estas hipótesis el Ejecutivo se ve revestido de poderes de verdadero legislador. Puede en los casos mencionados, dictar decretos con fuerza de ley (artículo 121), en virtud de los cuales, puede suspender transitoriamente las leyes incompatibles con la situación de desorden público político, o dictar decretos (artículo 122) con fuerza de ley permanente en virtud de los cuales puede el Ejecutivo derogar las leyes incompatibles con el desorden público económico.

I. RELACIONES POLITICAS ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO EN COLOMBIA

Las relaciones entre el Ejecutivo y las Cámaras

Colombia, país de régimen presidencialista, y con un sistema unitario o centralista de Gobierno, cuenta para el ejercicio del poder legislativo básicamente con un sistema bicameral: Senado y Cámara de Representantes, que constituyen el Congreso.

Ambas corporaciones son elegidas por el voto universal directo y secreto de los colombianos mayores de edad, con derecho al voto, en el marco de la división electoral del país.

La República ofrece una primera: división territorial en Departamentos, Intendencias y Comisarías. Las primeras son unidades geográficas amplias de mayor desarrollo económico y social que las otras divisiones indicadas.

Cada Departamento constituye, en principio, una circunscripción electoral. Las Intendencias y Comisarías son base de circunscripción en conjuntos regionales de desarrollo.

Las bases de población para elegir Senadores en cuanto al número de votos son más altas que las exigidas para elegir representantes a la Cámara.

El Congreso se reúne por derecho propio el 20 de julio de cada año, por un término de 150 días y, generalmente, las Cámaras sesionan en forma separada.

Las sesiones de apertura así como la sesión de clausura deben contar con la asistencia del Presidente o de los ministros en quienes él delegue la función de representación. Sin embargo la inasistencia del Presidente a las sesiones de clausura o de apertura, o la de sus ministros, no impide ni invalida la realización de la instalación del Congreso o de su clausura.

En estas condiciones, desde el punto de vista político, el Congreso tiene un derecho propio de sesiones. Pero también puede reunirse el Congreso por convocatoria que de él haga el Gobierno. Se trata en este caso de convocatoria a sesiones extraordinarias.

En este evento, a diferencia de las sesiones ordinarias, el Congreso sólo puede ocuparse de los asuntos que el Gobierno le señale expresamente (artículo 68, inciso final de la Constitución).

También puede el Congreso, de su propia iniciativa, convocar a las comisiones de una u otra Cámara que se reúnan durante el período en el cual el Congreso se halla en receso.

Igual facultad tiene el Gobierno con relación a las comisiones que integran el Congreso.

En el caso de convocatoria fuera de sesiones ordinarias, las comisiones pueden ocuparse de los asuntos o proyectos que le señale el Congreso, o de los asuntos que el Gobierno le señale expresamente, si éste es quien las convoca. En este caso las reuniones deben tener por fin debatir los asuntos pendientes en la legislatura anterior (artículo 72, inciso final).

Excepcionalmente, las Cámaras sesionan en un solo cuerpo. Esto ocurre cuando se trata de dar posesión al Presidente de la República o de elegir designado a la Presidencia, quien reemplaza al Presidente en caso de falta absoluta o temporal.

El Congreso, pues, tiene entre sus funciones políticas la de dar posesión de su cargo al Presidente de la República.

Este es un acto político de innegable trascendencia no solamente por el aspecto formal de la posesión, si no por ser la ocasión en la cual el Presidente formula su plan de acción para el cuatrienio que le corresponde ejercer el Ejecutivo.

En caso de reunirse el Congreso en un solo cuerpo, el Presidente del Senado hace las veces de Presidente del Congreso y el Presidente de la Cámara, las veces de Vicepresidente del Congreso. El Presidente del Senado es el encargado de tomar juramento de rigor (artículo 65 de la Constitución Nacional) al Presidente de la República.

En el evento de que el Congreso no quiera, o no pueda dar posesión al Presidente, éste podrá tomar posesión ante la Corte Suprema de Justicia, y, en último extremo, ante dos testigos, para entrar a ejercer su cargo.

Con motivo de la reunión del Congreso en un solo cuerpo y de la toma de posesión del Presidente, éste realiza o formula una declaración política en la cual usualmente traza el programa de Gobierno.

Desde luego, tal declaración no está sujeta a voto de aprobación o de improbación por parte del Congreso. Eventualmente puede dar lugar a debates, que no comprometen la estabilidad del Gobierno.

El Senado y la Cámara de Representantes cumplen también la función de juzgar los delitos de naturaleza política de que sean acusados los altos miembros del Gobierno. Esto constituye un control político sobre las personas.

En efecto, corresponde al Senado de acuerdo al artículo 96 de la Constitución, conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, los ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos; en este último caso, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos (artículo 96 y 102).

El artículo 97 proviene que en los juicios que se sigan ante el Senado, si la actuación se refiere a delitos cometidos en el ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

En caso de que se trate de delitos comunes contra los altos funcionarios, el Senado se limita a declarar si hay lugar o no a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pone a disposición de la Corte Suprema de Justicia al acusado.

La sentencia definitiva que pueda pronunciar el Senado se tomará en sesión pública por los votos de los dos tercios, a lo menos, de los senadores que concurran al acto.

De otra parte, el Congreso de la República ejerce un control político con relación a la acción administrativa del Ejecutivo. Este es un control político

sobre los actos del Ejecutivo. Este control consiste y se realiza por medio de citaciones y debates que los congresistas pueden provocar mediante convocatoria del Ministro o de los ministros del ramo correspondiente (artículo 103, inciso final de la Constitución).

La Constitución regula el procedimiento de la citación a los ministros.

Se prevé que tales citaciones deben hacerse con antelación no inferior a cuarenta y ocho horas y las cuestiones deben formularse en forma escrita, con los interrogatorios del caso.

Los ministros tienen la obligación de concurrir para que sean oídos precisamente en la sesión para la cual fueron citados. Y la Constitución establece que, en todo caso, el debate no puede extenderse a temas diferentes del cuestionario que se le hubiere sometido al Ministro o ministros correspondientes.

Esta medida, de reciente adopción, busca evitar la extensión del debate a temas para los cuales los ministros no se hallan preparados, y establecer además orden en la conducción de las cuestiones sujetas a debate en el Congreso.

El Congreso puede solicitar al Gobierno informes escritos o verbales, para el mejor cumplimiento de las tareas de los parlamentarios (artículo 103).

El Presidente de la República debe rendir un informe al comienzo de cada Legislatura al Congreso, sobre el desarrollo y ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social.

Es claro que con ocasión de estos informes pueden ocurrir debates en las Cámaras que no comprometen la estabilidad del Gobierno. No obstante que en Colombia el Gobierno no tiene responsabilidad política ante el Congreso, en algunas ocasiones un debate sobre la inadecuada gestión de un Ministro o sobre sus deficientes calidades morales o técnicas puede, y ha dado lugar, al retiro del Ministro, blanco de los ataques del Congreso.

Pero esta es una ocurrencia absolutamente excepcional que confirma la regla general de la irresponsabilidad política del Gabinete ante el Congreso.

Las relaciones entre el Presidente y el Congreso se desarrollan a través de los ministros, quienes concurren a los debates y citaciones. Con sólo rara excepción, el Presidente ha concurrido en persona a afrontar un debate sobre la gestión del Gobierno.

El Poder Ejecutivo, en su cúspide, se integra en función de la composición política del Congreso, y este es un rasgo notable del sistema político colombiano. En efecto, la Constitución parte de la hipótesis de que el Presidente de la República pertenece al partido mayoritario en el Congreso. Aquél, además de

tener en su Gabinete representantes de su propio partido, debe dar participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al suyo y, en el evento de que dicho partido no desee participar o decidiera no participar, el Presidente puede, entonces, integrar libremente el Gobierno (artículo 120, párrafo único).

Esta característica del sistema colombiano, que lo asemeja limitadamente al sistema de Gabinete en la medida en que de todos modos el Gabinete refleja la composición política del Congreso, si bien no con todas las consecuencias del sistema de Gabinete, hace del régimen colombiano un tipo *sui generis* de composición política.

Naturalmente que la hipótesis política supone la existencia de los dos grandes partidos tradicionales en el Congreso, y la decisión de uno de ellos, el minoritario, de participar en el Gobierno. La institución no funciona de acuerdo con todas las consecuencias previstas en la Constitución, o por lo menos se presentan alteraciones del esquema, cuando el partido del Presidente no es el mayoritario, o cuando la mayoría que eligió al Presidente no tiene igualmente mayoría en el Congreso.

En este caso desde luego se ha de tratar de preservar la armonía en la rama del Poder Ejecutivo, ya que el Presidente ha de dar representación adecuada y equitativa a los dos partidos mayoritarios y tradicionales del país, el liberal y el conservador. La regla anterior está consagrada en el párrafo único del artículo 120, según el cual para preservar, después del 7 de agosto de 1978, con carácter permanente el espíritu nacional en la Rama Ejecutiva y en la Administración Pública, el nombramiento de los citados funcionarios (ministros), será en forma tal, que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

"Si dicho partido decide no participar en el Ejecutivo, el Presidente de la República constituirá libremente el Gobierno en la forma que considere procedente.

"Lo anterior no obsta para que otros partidos o miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados simultáneamente a desempeñar cargos en la Administración Pública. La reforma de lo establecido en este párrafo requerirá los dos tercios de los votos de los asistentes de una y otra Cámara".

Esta disposición consagra una realidad política: la necesidad que tiene el Ejecutivo de contar con el apoyo del Congreso para la expedición y aprobación de las leyes y de los proyectos que interesan a la Rama Ejecutiva.

Existen, además, dos instituciones importantes en la vida política y jurídica colombiana que traducen relaciones políticas entre el Poder Ejecutivo y el Poder

Legislativo. Me refiero a la denominada institución del Estado de Sitio y a la denominada institución del Estado de Emergencia Económica; una y otra se hallan consagradas en los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, y de ellas paso a ocuparme brevemente.

Las dos Instituciones tienen por característica fundamental revestir al Poder Ejecutivo de poderes excepcionales, tanto en el orden público político como en el orden público económico, en virtud de las cuales el Ejecutivo puede ejercer atribuciones propias del Poder Legislativo con el fin de restablecer el orden público político o de prevenir o paliar los efectos de una crisis económica de graves características.

De conformidad con el artículo 121 de la Constitución el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar turbado el Orden Público y en Estado de Sitio toda la República o parte de ella en caso de guerra exterior o de conmoción interior. Para tal efecto debe contar con la firma de todos los ministros en el Decreto que declare la situación de Estado de Sitio. En virtud de tal declaración el Gobierno tiene además las facultades legales que la Constitución autoriza para casos de guerra o de perturbación del Orden Público, las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.

De manera que en el caso del Estado de Sitio, el Gobierno queda revestido de facultades prácticamente dictatoriales, en el mejor sentido de la palabra, sin que ello, como lo ha señalado uno de los autores de la Constitución de 1886, el señor Miguel Antonio Caro, implique que la Constitución deja de regir en el Estado de Sitio y, en todo caso, en el país no hay vacío constitucional por grave que sea la situación política o económica. La Constitución Nacional continúa en su plena vigencia.

No obstante, puede limitarse el ejercicio de las libertades públicas por el tiempo indispensable para el restablecimiento del Orden Público, y el Gobierno queda revestido de las facultades de legislador, en la medida en que pueda dictar decretos con fuerza de ley que tengan la virtud de suspender las leyes cuya operancia sea incompatible con el Estado de Sitio. Estas disposiciones o decretos del Gobierno emitidas durante el Estado de Sitio, pierden su vigencia de pleno derecho tan pronto se dicte el decreto que declare restablecido el Orden Público.

En este caso de turbación del Orden Público, o de guerra exterior, que impliquen la declaración del Estado de Sitio, las relaciones políticas entre el Congreso y el Presidente están delimitadas. Si el Congreso se halla reunido al momento de declararse la turbación del Orden Público y el Estado de Sitio, el Presidente debe pasarle inmediatamente una exposición motivada de las razones que lo llevaron a la declaración del Estado de Sitio. Si el Congreso no estuviere

reunido, no hay lugar a convocatoria del Congreso para estos efectos, como ocurría en la Constitución anterior a la reforma de 1968, pero el Gobierno está en la obligación de rendir la exposición el primer día de las Sesiones Ordinarias inmediatamente posteriores a la declaración del Estado de Sitio. Si se trata de la declaración de guerra exterior, el Gobierno debe convocar al Congreso si no se halla reunido, en el mismo decreto que declare turbado el Orden Público y en Estado de Sitio la República, y, en caso de no hacerlo, el Congreso se reunirá por derecho propio dentro de los diez días siguientes a tal declaración. La Constitución establece la responsabilidad política del Presidente y de los ministros cuando la declaración del Orden Público haya ocurrido sin que se hubieren presentado casos de guerra exterior o de conmoción interior, y serán también responsables los demás funcionarios que hubieren abusado en el ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 121 de la Constitución.

No hay duda que se trata aquí de un control político que ejercerá el Congreso en la forma atrás señalada, de conformidad con los artículos 96, 97 y 102 de la Constitución, cuyos desarrollos procesales están consagrados en los artículos 592 y siguientes del Código de Procedimiento Penal colombiano.

Vale la pena señalar, de paso, que la Corte Suprema de Justicia, ejerce un control jurídico de constitucionalidad automático sobre los decretos que se dictan con base en la declaratoria del Estado de Sitio.

Desde luego ese control es un control eminentemente jurisdiccional y puede decirse que la Corte Suprema de Justicia, hasta la fecha, no ha invadido el campo político de control que corresponde propiamente al Congreso de la República, ni se ha aventurado a controlar los motivos invocados por el Presidente para declarar el Estado de Sitio.

En la reforma constitucional de 1968 se consagró el Estado de Emergencia Económica, el cual ocurre cuando sobrevengan hechos distintos de los de turbación del Orden Público político o de guerra exterior o de conmoción interior; esto es, de naturaleza fundamentalmente económica y que tengan la virtud de perturbar o amenazar perturbar en forma grave e inminente el Orden Público económico o social del país, en caso de que tales hechos constituyan grave calamidad pública. En este evento el Presidente, con la firma también de todos los ministros, puede declarar el Estado de Emergencia por períodos que, sumados, no pueden exceder de noventa días al año.

En virtud de tal declaración, que debe ser motivada, el Presidente puede dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos solamente pueden referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determina el Estado de Emergencia Económica y presentan la característica funda-

mental de que constituyen verdaderas leyes, como que pueden derogar las leyes preexistentes en las materias de que trata la Emergencia Económica y, además, adquieren carácter de normas legales permanentes. Desde luego, esto no impide que el Congreso pueda introducir, como legislador ordinario, las reformas que estime necesarias a los decretos dictados con base en la Emergencia Económica.

En cuanto al control político y las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso en el caso de la Emergencia Económica, vale la pena indicar que el Gobierno en el decreto que declare el Estado de Emergencia debe señalar el término durante el cual va a hacer uso de las facultades que dicho artículo le confiere y, si el Congreso no se halla reunido, deberá el Ejecutivo convocarlo para los 10 días siguientes al vencimiento de aquel término, a fin de rendirle un informe pormenorizado de las razones, motivos y medidas adoptadas con ocasión de la declaratoria de Emergencia Económica, las cuales examinará el Congreso hasta por un lapso de 30 días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras.

El Congreso podrá desde luego con esta ocasión realizar los debates y formular las críticas que estime convenientes, y si es el caso, establecer las responsabilidades del Ejecutivo en el evento de que hubiere declarado el Estado de Emergencia Económica sin fundamento o hubiere abusado en el ejercicio de funciones que tal Estado le confiere y, además, adoptar las reformas legales que sobre las materias reguladas por decretos del Estado de Emergencia Económica haya dictado el Poder Ejecutivo.

Cabe señalar que si el Gobierno no convocare al Congreso en el lapso señalado atrás, éste podrá reunirse por derecho propio para realizar las funciones que se señalan en el citado artículo 122.

Vale también la pena indicar de paso que la Corte Suprema de Justicia ejerce un control automático de constitucionalidad sobre los decretos que dicta el Gobierno con ocasión de la Emergencia Económica, en forma semejante a la descrita para el caso de la declaratoria del Estado de Sitio por turbación de Orden Público político, en el caso de guerra exterior o de conmoción interior.

Existen, además, relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo que revisten carácter político, por ejemplo: al Senado de la República le compete conceder licencias temporales al Presidente de la República para separarse de su cargo (así lo establece el artículo 123 de la Constitución), y en todo caso en que el Presidente, por motivo de enfermedad deba hacer dejación temporal del Poder Ejecutivo, debe dar previo aviso al Senado y, en defecto de éste, a la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, el Senado autoriza al Presidente para salir del país durante el tiempo en el cual éste se halle en el ejercicio del cargo, y el Presidente o quien

haya ejercido sus funciones no puede ausentarse del país dentro del año siguiente a la fecha en que haya cesado en sus funciones, sin autorización del Senado de la República.

En este marco de las relaciones políticas entre el Ejecutivo y el Legislativo hay que destacar que los ministros deben rendir al Congreso, dentro de los 15 primeros días de cada Legislatura, un informe sobre el estado de los negocios y sobre las reformas que la experiencia aconseje que se introduzcan en la Administración Pública. De otra parte, las Cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros y las comisiones permanentes la de los viceministros, jefes de departamentos administrativos y gerentes o directores de entidades descentralizadas con el fin de debatir asuntos referentes a la política general de la Administración. Como ya está dicho atrás, en virtud de la naturaleza de régimen presidencialista de Colombia, el Congreso no puede dar votos de censura al Gobierno (artículo 78, numeral 3º).

Otro de los aspectos regulado por la Constitución sobre las relaciones políticas entre el Presidente y el Ejecutivo, se refiere a los eventos de declaraciones de guerra.

La Constitución atribuye al Presidente la facultad de proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación, y la inviolabilidad del territorio, en virtud de lo cual puede declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerlo sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera y ajustar o ratificar el Tratado de Paz, habiendo de dar cuenta inmediatamente al Congreso de sus actuaciones.

Al Presidente compete, cuando lo estime conveniente, dirigir las operaciones de guerra, como Jefe constitucional de los Ejércitos de la República. El ejercicio eventual de esa función abre paso a la consiguiente responsabilidad política del Jefe del Estado ante el Congreso.

En materia de relaciones internacionales la Constitución establece un derecho de reserva a favor del Gobierno, en virtud del cual el Congreso no puede exigirle que le comunique las instrucciones que aquél haya dado o impartido para negociaciones secretas.

II. LAS RELACIONES JURIDICAS ENTRE EL EJECUTIVO Y EL LEGISLATIVO: ATRIBUCIONES DEL CONGRESO Y DEL GOBIERNO; LA LEY Y EL REGLAMENTO

Atribuciones del Congreso

Según el artículo 76 de la Constitución política, la ley es obra del Congreso. Las atribuciones legales del Congreso están señaladas en forma mixta por la

Constitución, al adoptar el sistema de la enunciación de las materias propias de la ley y, de otro lado, darle una competencia general para intervenir en el campo de materias legislativas, al prever que al Congreso le compete regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62 y 132, y demás preceptos constitucionales, lo que hace del Congreso el dispensador de la ley en la estructura constitucional colombiana.

Por lo demás, la ley es definida como una manifestación de la voluntad soberana en la forma prevenida en la Constitución. Carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Pero aunque el Congreso, si bien desde el punto de vista formal es el único dispensador de la ley, desde el punto de vista material también puede el Poder Ejecutivo expedir decretos que producen efecto de leyes, bien sea en los casos ya mencionados de los artículos 121 y 122, de la Constitución, o en los eventos señalados en el artículo 80, en el artículo 76, numerales 11 y 12 de la Carta Política.

En las materias a que dichos artículos se refieren, y que se verán enseguida, el Gobierno puede intervenir para expedir decretos que tienen fuerza de ley.

Se debe señalar en primer lugar, que la Constitución le da a los miembros del Congreso la iniciativa en materia de proposiciones de leyes, la cual es compartida con el Poder Ejecutivo, por lo que la ley puede tener tanto su origen en la iniciativa de los miembros de las Cámaras como en la del Ejecutivo.

Conviene precisar que la iniciativa para proponer leyes sobre ciertas materias, la reserva la Constitución al Ejecutivo. Es decir, que, en Colombia, el principio general de que el Congreso hace la ley tiene aún vigencia, con algunas excepciones que esbozan ya una tendencia evolutiva en el sentido de ir sustrayendo paulatinamente al Congreso ciertas materias en las cuales puede obrar como legislador.

En efecto, el artículo 79 de la Constitución le da una notable injerencia al Poder Ejecutivo en la proposición de proyectos de ley, en lo cual puede vislumbrarse una tendencia a la mutación hacia el carácter administrativo de las materias, que se refieren a las normas orgánicas del presupuesto nacional, a las que se relacionan con la fijación de los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional y a los de las obras públicas que deban de emprenderse o continuarse, o las que tienen que ver con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; las que se relacionan con la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de los organismos superiores de la administración y las que tienen

que ver con la fijación de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y a las prestaciones sociales de los empleados públicos; las que se relacionan con la organización del crédito público; el reconocimiento de la deuda nacional y el arreglo de sus servicios, el cambio internacional y el Comercio Exterior, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas; las que decretan inversiones públicas y privadas, las que ordenan participaciones en las Rentas Nacionales o transferencias de las mismas, las que crean servicios a cargo de la Nación o los traspasen a ésta, las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales, y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales, todas las cuales solo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno.

Existe, en consecuencia, una competencia general del Congreso para hacer la ley, pero en las materias mencionadas la iniciativa corresponde al Ejecutivo y, excepcionalmente, puede tal competencia ejercerse por el Gobierno Nacional, a virtud de delegación. Ella está consagrada en los artículos 76, numerales 11 y 12, el primero de los cuales previene que el Congreso puede revestir al Presidente de la República de facultades para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales y ejercer funciones dentro de la órbita constitucional.

Ha existido notable discusión respecto de la naturaleza de la función que se prevé en el citado numeral 11 del artículo 76, pues hay quienes consideran que la función es puramente administrativa y que no se explica por qué el control de la constitucionalidad de los decretos que se expidan en virtud de las autorizaciones aludidas corresponda a la Corte Suprema de Justicia.

Un intento de reforma en el sentido de pasar el control de constitucionalidad de esos decretos al Consejo de Estado y sustraerlo a la Corte Suprema de Justicia se consagró en la reforma constitucional de 1979, la cual fue declarada inexecutable por la propia Corte Suprema de Justicia.

El Poder Ejecutivo realiza además intervenciones en materias legislativas en virtud de autorización constitucional conforme lo dispone el ordinal 12 del artículo 76, que autoriza al Poder Legislativo otorgar *pro tempore*, al Presidente de la República precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

Es este un caso típico de delegación de la función Legislativa en el Ejecutivo por parte del Congreso en períodos normales de la evolución del país.

Cabe destacar, en el ámbito del desarrollo político y administrativo de Colombia, el notable incremento de las funciones legislativas del Poder Ejecutivo,

en virtud de la frecuente utilización de las autorizaciones dadas al Ejecutivo por parte del Congreso para intervenir en materias de naturaleza legislativa. Ello tiene que ver con la crisis del poder parlamentario, la complejidad de la Administración pública moderna y las mayores facilidades y abundancia de mecanismos técnicos de que dispone el Ejecutivo para realizar esas tareas.

Estos decretos del artículo 76, numerales 11 y 12 no tienen regulado un control político por parte del Congreso, pero sí un control jurídico de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Es de revelar también, que, en materia legislativa el Gobierno puede intervenir, en defecto de un pronunciamiento por parte del Congreso dentro de los plazos que le dá la Constitución, respecto de los proyectos de ley sobre planes de desarrollo económico social que, el Ejecutivo, en virtud de exclusiva iniciativa, puede presentar al Congreso.

El artículo 80 de la Constitución señala al Congreso plazos perentorios para pronunciarse sobre el proyecto de ley que el Gobierno le someta sobre este particular, vencidos los cuales, el Congreso pierde competencia para pronunciarse respecto de esos proyectos y, corresponde, entonces, al Ejecutivo poner en vigencia el proyecto, mediante decreto con fuerza de ley.

Estos decretos carecen de control político por parte del Congreso, pero, como los decretos antes citados expedidos con base en el artículo 76, numerales 11 y 12, quedan sujetos a un control jurídico de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Tales son los actos de naturaleza legislativa, especiales, que puede dictar el Poder Ejecutivo en Colombia, respecto de los cuales el Congreso detenta siempre una posibilidad de intervención, bien con ocasión de su propia iniciativa en materias de legislación general o con ocasión de los proyectos que el Ejecutivo le presente nuevamente, en aquellas materias de iniciativa de este último poder.

Corresponden, al Presidente de la República, como Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa, entre otras funciones, las siguientes:

Promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento, y ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.

Estas disposiciones consagran las atribuciones clásicas del Poder Ejecutivo, como encargado de poner en práctica la ley y complementador de los vacíos dejados por ella, poder de complementación que se halla en proporción inversa a la de la extensión de la ley o a su carácter restringido. A mayor cantidad de

materia legislada, corresponde menor cantidad de materia reglamentaria y viceversa.

Pero existen algunas materias en las cuales la Constitución ha previsto que el legislador no puede intervenir, por preservar el campo de aplicación y de expedición de normas al Poder Ejecutivo.

En primer lugar vale la pena destacar, por ser relevante en la evolución política y económica del país, la competencia exclusiva del Ejecutivo consagrada en el artículo 120, numeral 14, en cuanto se refiere a la necesaria intervención del Gobierno en el banco de emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo, el aprovechamiento o la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

La intervención de esta materia se hace a través de los denominados decretos constitucionales, a veces llamados también reglamentos constitucionales o reglamentos autónomos.

Ha habido una notable discusión en el país acerca de la naturaleza jurídica de la función y de los actos por medio de los cuales se ejerce. Hay quienes le otorgan a esta función el carácter legislativo y quienes la consideran función administrativa. Hay la opinión de quienes le otorgan a los actos por medio de los cuales ejerce la intervención autorizada por este artículo, un carácter de actos legislativos, de decretos legislativos y otros quienes consideran que se trata de actos administrativos.

En el Derecho Constitucional colombiano, el control de constitucionalidad de la ley —en sentido formal o material—, está a cargo de la Corte Suprema de Justicia.

Al Consejo de Estado, en cambio, se le otorga el control de constitucionalidad de los actos administrativos.

Por ello, desde el punto de vista de la consagración constitucional, atendida la disposición, en virtud de la cual el Consejo de Estado conoce de los decretos referentes al artículo 120 y numeral 14, permite inferir que la naturaleza de tales actos sea de orden administrativo.

Quienes consideran que los decretos constitucionales tienen fuerza legislativa y que el Ejecutivo ejerce la función legislativa en estas materias, fundamentan sus argumentos en la consideración de que la atribución de competencia no puede ser determinante de la naturaleza jurídica de los actos del Estado; que la enumeración de actos del Ejecutivo con fuerza de ley que establece el artículo 118, ordinal 8º de la Constitución es una enumeración simplemente enunciativa y no restrictiva ni definitiva; en fin, porque tales reglamentos no pretenden ejecutar ninguna ley sino que ellos mismos son la ley, según sostiene la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Consideran los partidarios de esta tesis, que el Gobierno puede ejercer con respecto a tales decretos constitucionales, la facultad o potestad reglamentaria como lo hace respecto de las leyes expedidas por el Congreso, porque aún proveniente de fuerza distinta, tiene idéntica materialidad y sustancia y exigen una cumplida ejecución.

No se trata al parecer, en este caso, de una materia propiamente reglamentaria ni de una materia legal sino que se trata, simplemente, de la atribución de poderes autónomos de desarrollo constitucional al Ejecutivo, en un dominio en el cual las atribuciones del Congreso y las del Ejecutivo juegan a manera de círculos tangentes, pero nunca a manera de círculos secantes.

De otro lado, es evidente que no puede hablarse de la misma naturaleza jurídica de la ley, por cuanto que ésta, en principio, en la legislación colombiana es obra del Congreso, y en manera alguna del poder ejecutivo.

De otras competencias directas o autónomas otorgadas por la Constitución al Gobierno, y en las cuales el Poder Legislativo en principio no tiene intervención, caben señalar las consagradas en las siguientes disposiciones:

Artículo 28. En lo relativo a la institución de la retención de personas sospechosas de atentar contra el orden público que pueden ser retenidas de orden del Gobierno Nacional.

Artículo 36. En su parte final, que atribuye al Gobierno la facultad de vigilar las donaciones intervivas o testamentarias hechas para fines de interés social, para que en lo fundamental se mantenga la disposición de los donantes.

El artículo 39 en el inciso 2º, en lo relativo a la inspección de las profesiones y oficios.

El artículo 41 en su inciso 1º, en lo relativo a la inscripción y vigilancia de los establecimientos educativos públicos y privados.

El artículo 42 que exige permiso del Gobierno para poder establecer o recibir subvenciones de otros gobiernos o compañías extranjeras destinadas a empresas editoriales de periódicos.

El artículo 46 que regula lo referente a la libertad de reunión y que le dá a la autoridad el poder de disolver toda reunión que degenera en asonada o tumulto o que obstruya las vías públicas.

El artículo 66 y el artículo 120, inciso 16, y lo relativo al permiso que han de obtener los funcionarios o los colombianos para admitir cargos o mercedes de gobiernos extranjeros.

El artículo 68, inciso 4º y 118, ordinal 2º, en lo referente a la convocación del Congreso a Sesiones Extraordinarias.

El artículo 72, en la parte final, en lo que respecta a la convocación por parte del Gobierno de las comisiones permanentes del Congreso para que sesionen durante el período de receso de las Cámaras y a que se hizo alusión atrás.

El ordinal 1º del artículo 120, en cuanto a nombramiento y remoción de los ministros, jefes de departamentos administrativos y directores de establecimientos públicos nacionales.

El artículo 120, ordinal 4º sobre nombramiento y remoción de los Gobernadores.

El artículo 120, ordinal 5º, sobre nombramiento y remoción de Representantes de la nación, de juntas directivas, de entidades descentralizadas.

El artículo 120, ordinal 6º, en cuanto el Presidente puede disponer de la fuerza pública.

El artículo 120, ordinal 7º, sobre conservación del establecimiento del orden público que es función exclusiva del Estado.

El artículo 120, ordinal 8º, que atribuye al Poder Ejecutivo y al Presidente la dirección de las operaciones en guerra.

El numeral 10 del mismo artículo 120, referente al permiso que en receso del Senado para el tránsito de tropas extranjeras corresponde otorgar al Presidente de la República.

El artículo 120, numeral 12, en lo referente a la reglamentación, dirección e inspección de instrucción pública nacional.

El artículo 120, numeral 14, ya comentado.

El artículo 120, numeral 19, sobre instrucción y vigilancia de las instituciones de utilidad común, y el artículo 132, segundo, sobre la distribución de los negocios entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

Estas materias son eventualmente objeto de decretos del Presidente de la República como atribución privativa y en el cual no puede interferir el Congreso.

Infiérese de lo anterior que, en todos los demás campos, el poder del Congreso puede intervenir ampliamente para regular los distintos aspectos del servicio público.

Todos los actos del Presidente, excepción hecha de lo referente al nombramiento de ministros y jefes de departamentos administrativos, deben llevar la firma de dichos funcionarios. Estos se convierten así en partícipes del ejercicio del poder administrativo y político de que es Titular el Jefe del Estado.

La acción reglamentaria de las leyes se ejerce por medio de Decretos, que, por definición, deben ser medidas de carácter general, en tal caso.

La potestad o poder reglamentario del Ejecutivo ha sufrido un proceso de ampliación.

Así, por ejemplo, en virtud de decisiones judiciales, hoy se admite, contrariamente a lo afirmado en el pasado, que los Códigos son materia reglamentable por parte del Ejecutivo.

La consagración en la Constitución de las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, leyes cuadros o leyes marcos, las cuales se limitan (artículo 76, numeral 22) a dictar las normas generales en ciertas materias y al Ejecutivo la atribución de complementarlas y desarrollarlas, ha aumentado considerablemente el poder administrativo del Gobierno. Las materias a que tales leyes pueden referirse tienen que ver con la organización de crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones de los lineamientos generales esbozados sobre las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en Colombia, podemos señalar las siguientes:

—En el plano político:

La existencia de un régimen presidencialista sobre la base de una organización de república unitaria y centralista, le dá al Ejecutivo una notable preeminencia, en cuanto a la iniciativa política y la dirección general del Estado.

El Congreso, no obstante, realiza un control político sobre las principales manifestaciones del Poder Ejecutivo, control político que, en ningún caso, conlleva responsabilidad política del Gobierno, el cual no puede ser derribado por el Congreso.

Subsiste, para el caso de extralimitación, abuso u omisión de deberes y funciones por parte del Ejecutivo la responsabilidad consiguiente, que se hace efectiva mediante juicios políticos en los cuales es juez el Senado de la República y Acusador, la Cámara de Representantes.

—En el plano jurídico:

La competencia general para dictar normas jurídicas con carácter de ley, le corresponde al Congreso.

La ley puede intervenir en principio en todo asunto, pero existen materias de atribución exclusiva del Poder Ejecutivo.

El Ejecutivo detenta una iniciativa propia para proponer proyectos de ley en materias que se ha indicado y sin la cual el Congreso no puede intervenir en ellos.

La práctica constitucional muestra una usual delegación de la facultad legislativa por parte del Congreso en el Gobierno, principalmente por medio de las leyes de autorizaciones o de facultades extraordinarias.

Existe, igualmente, un ejercicio de la facultad legislativa por parte del poder Ejecutivo en materia de adopción de normas sobre planes y programas de desarrollo económico y social, en el evento de que el Congreso no se pronuncie oportunamente sobre el proyecto de ley que el Ejecutivo le presente.

Igualmente, el Ejecutivo puede intervenir en materias propias del orden legal, en virtud de los poderes que en momentos de crisis políticas o económicas le confiere la Constitución, ya sea en el caso de guerra exterior, conmoción interior, que hagan indispensable declarar turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio o parte de él; o declarar el Estado de Emergencia Económico.

Sobre el alcance y control de las medidas del Ejecutivo, es de reiterar que el Congreso tiene una vigilancia política y la Corte Suprema de Justicia el control jurídico de constitucionalidad, para actos del Ejecutivo asimilables a leyes. El control de constitucionalidad para actos administrativos es competencia del Consejo de Estado.

El Poder Ejecutivo detenta la facultad general de reglamentar las leyes, lo que ofrece un dilatado campo de acción, y respecto del cual el Congreso no ejerce control político ni legal. Desde luego, el Congreso, salvo los casos precisamente señalados en la Constitución, puede, a través de una regulación legal amplia y detallada, restringir el campo del ejercicio del poder reglamentario.

En las materias que se reseñaron, el Ejecutivo dispone de una competencia propia, autónoma, y en la cual está por definición excluida la acción legislativa. Es, por ejemplo, el caso de la intervención en el manejo del ahorro privado y en el Banco de Emisión.

TERCERA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO

TEMA UNICO: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO TRIBUTARIO

EL ESTABLECIMIENTO, LA DETERMINACION Y LA REVISION DE LOS TRIBUTOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA

Profesor, Colegio Mayor Nuestra
Señora del Rosario, Bogotá.

I. INTRODUCCION

Puede decirse con toda propiedad que la cuestión tributaria constituye el principio del Derecho Público, pues históricamente las primeras manifestaciones de un derecho que tuviera como finalidad contener la acción del Soberano, fueron preocupaciones de los ciudadanos por limitar y regularizar el pago de los tributos. La Carta Magna, obtenida por los nobles y el clero del Rey Juan Sin Tierra en 1215, considerada como el primer antecedente moderno de las constituciones políticas, tuvo su origen en un problema de naturaleza tributaria. Además, por lo que respecta a la historia de América y más concretamente a la historia de los países que recibimos la independencia y la estructura constitucional que en esencia ahora nos rige del Genio de América, Simón Bolívar, sabemos muy bien que la estructura agobiante del sistema tributario colonial prendió la chispa de las revoluciones políticas de finales del siglo XVIII y comienzos de XIX.

Por tal razón, resulta plenamente justificado que dentro de este ciclo de conferencias para analizar el estado del Derecho Público en Venezuela y Colombia, aparezca el tema del Derecho Tributario, a fin de recordar cuáles son los principios que regulan su existencia jurídica.

Durante el tiempo de vigencia de la llamada Hacienda Pública Clásica, hasta la década de los años treinta en el presente siglo, los tributos eran considerados esencialmente como instrumentos para llevar recursos a las arcas del Estado. Su función estaba circunscrita a constituir un ingreso para el Fisco y por ello era de general aceptación que el tributo, desde el punto de vista jurídico, debía estar estructurado en normas abstractas, generales, claras, completas y estables.

Al hacer su aparición las crisis económicas con dimensiones mundiales en el presente siglo y al desarrollarse la importancia de darle vigencia al principio de la igualdad de los ciudadanos y no solo de su libertad, los tributos adquieren nuevas finalidades, pues entonces dejan de ser simples medios de recaudación para convertirse en instrumentos de la política económica y social de los Estados. Es indudable que en los tiempos modernos los tributos, además de ser recursos presupuestales, los más importantes de todos desde luego en el caso de Colombia, son también instrumentos de la regulación económica, por medio de los cuales puede lograrse la reactivación de la economía o moderarse la aceleración inflacionaria, así como también institutos de la política social del Estado, por medio de los cuales se logra una mejor distribución de los ingresos y bienes.

No resulta entonces extraño que al expandirse la concepción sobre las funciones de los tributos, hubiere hecho también su aparición en el mundo jurídico una nueva teoría sobre la estructura legal de los impuestos. Es así como a las características de la claridad y la estabilidad se oponen las de la funcionalidad y la flexibilidad. En virtud de la funcionalidad se quiere que las instituciones tributarias logren su finalidad fiscal, económica y social, sin reparar en las formas jurídicas que imponen determinados requisitos para la expresión del espíritu de la ley, para su interpretación y para su aplicación; cualquier limitación puramente jurídica debe ser removida, para dar paso a la finalidad perseguida por el tributo. Por virtud de la flexibilidad se quiere que desaparezca la rigidez de la norma abstracta, general e impersonal y se implante una nueva concepción constitucional y administrativa, que permita variar a voluntad del Gobierno los elementos fundamentales que estructuran jurídicamente la obligación tributaria, tales como la tipificación del hecho gravado, la cuantificación de las bases impositivas y la magnitud de la tarifa.

Con razón se ha dicho que en presencia de tales teorías no puede hablarse de una construcción jurídica, sino de una demolición. Ciertamente resulta preciso tener completa claridad mental sobre la naturaleza y las funciones de los tributos. Nadie puede desconocer a la altura actual de la civilización occidental que los tributos tienen funciones de orden puramente fiscal, así como también económicas y sociales. Pero de tal reconocimiento no se sigue una modificación

de la naturaleza de los tributos, ya que no es posible entenderlos sino como institutos de naturaleza jurídica, que son en su esencia misma, obligaciones a cargo de personas particulares y a favor del Estado, que nacen del acaecimiento de una hipótesis prevista de manera clara, general e impersonal en una norma escrita, que se implantan dentro de un sistema jurídico general que regula la apropiación, producción y circulación de la riqueza y que finalmente se cumplen mediante la aplicación de un complejo de naturaleza jurídica que regula las competencias de los funcionarios, los derechos de los particulares, la producción y valoración de las pruebas, la configuración, comunicación y ejecución de los actos jurídicos.

La ampliación de las funciones que en nuestro tiempo cumplen los tributos, hace necesaria la radicalización de su concepción como naturalezas jurídicas, que sólo pueden ser manipuladas en su esencia misma como tales. Se reconocen todos sus efectos fiscales, económicos y sociales, pero se reafirma la esencia jurídica, como tal insustituible de los tributos.

Por las razones expuestas, al enfocar el tema de los principios jurídicos tributarios, que los organizadores del presente ciclo de conferencias han querido asignarnos en esta hora del programa, me ha parecido conveniente dividir mi exposición en tres capítulos, que corresponden a tres momentos importantísimos en la vida jurídica de los tributos: su nacimiento como entidades abstractas establecidas por normas jurídicas generales, su aparición como obligaciones concretas a cargo de una persona y a favor del Estado y su confrontación como entes concretos con las regulaciones abstractas que fueron su causa remota. Por ello estudiaremos el establecimiento, la determinación y la revisión de los tributos en el sistema jurídico colombiano.

Antes de comenzar, resulta necesaria una aclaración terminológica. Hasta el presente hemos utilizado únicamente la palabra *tributo*, a fin de denominar así un género jurídico que comprende tres especies: el *impuesto*, la *contribución* y la *tasa*. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 30 de marzo de 1966, ha dicho:

...son *tasas*, las exacciones a que, para la realización de ciertas actuaciones suyas, la administración somete a las personas que en casos determinados promueven su actividad; y *contribuciones* especiales, las que se satisfacen con motivo o para la ejecución o mantenimiento de instituciones de interés comercial, por quienes con ellos han de resultar beneficiados... al *impuesto* lo distingue ser una prestación pecuniaria que debe erogar el contribuyente sin ninguna contraprestación y que se cubre por el solo hecho de pertenecer a la comunidad.

La sentencia transcrita expresa con bastante precisión el concepto generalmente aceptado de que en Colombia se tiene de los tres tipos de ingresos esta-

tales. Los tres tienen en común los siguientes elementos: son ingresos para el Estado, afectan negativamente el patrimonio de los particulares, su cuantía está determinada directamente por el Estado (sin perjuicio de que el particular pueda tener una intervención indirecta en su determinación) y al particular le resulta imposible sustraerse absolutamente a su aplicación (sin perjuicio de que en determinadas condiciones pueda legalmente evitar el pago). Las obligaciones que reúnen tales características reciben genéricamente el nombre de *tributos* y de ellas se ocupa el Derecho Tributario. Las *tasas* son los tributos con una menor carga de obligatoriedad, ya que ésta depende fundamentalmente del sometimiento voluntario del particular al decidirse a utilizar un servicio del Estado que se sabe implica una obligación de pagar, como en el caso de los correos, los peajes, los servicios públicos municipales de luz, agua o teléfono. Las *contribuciones* son tributos absolutamente obligatorios que tienen su fundamento en un beneficio directo y particular de la persona obligada a su pago, como la llamada contribución de valorización, en la cual se está obligado a pagar una cuota del costo total de una obra pública que ha beneficiado directa y particularmente al propietario de cada uno de los inmuebles afectados. Los *impuestos* son tributos absolutamente obligatorios, cuyo fundamento hay que encontrarlo en el beneficio general que el particular obligado recibe de la acción estatal tendiente a formar una infraestructura de orden social, de relaciones internacionales, de organización comunal en materia de educación, de higiene, de técnica, de economía, de obras y de servicios públicos. En todo caso, al hablar de tributos nos estaremos refiriendo a los tres tipos de ingresos que quedan analizados.

II. EL ESTABLECIMIENTO DE LOS TRIBUTOS

Esta materia está regida totalmente por el principio de la legalidad de los tributos, principio que tiene expresión en dos grandes campos: la determinación de la naturaleza de la norma creadora del tributo y la precisión del contenido esencial de la misma. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, expresa lo mismo en el siguiente texto de una reciente sentencia:

Aquellos principios doctrinarios del consentimiento representativo a la imposición fiscal y al presupuesto público, por medio o por mandato de la ley, se hallan consagrados en nuestra Constitución, de manera esencial, en los artículos 43 y 206.

De acuerdo con el primero de ellos, "en tiempo de paz solamente el Congreso" puede imponer contribuciones, en lo nacional. Esto significa que la potestad ordinaria de establecer, modificar o suprimir impuestos en forma general, regular, normal y permanente, sólo le atañe, por medio de ley, al Congreso. Entiende la Corte que en materia impositiva no sólo se requiere para la validez del tributo creado o modificado, su origen legal,

sino, además, su carácter ordinario, impersonal, objetivo, abstracto y de vocación permanente.

Así mismo, la competencia de modificación de las fuentes impositivas del presupuesto y del gasto público, es función propia del legislador ordinario, según lo prescrito en el artículo 206 de la Constitución (Sentencia 23 de febrero/83. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* N° 27, página 40).

Tema antecedente al de la legalidad del tributo es necesariamente el de la fuente jurídica de las obligaciones. ¿Por qué los hombres resultan sujetos a obligaciones? Don Andrés Bello en el Código Civil dio la respuesta a tal interrogante así:

Las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella(artículo 2.302 del Código de Comercio).

Al no resultar posible que los tributos se originen en convenciones o en hechos voluntarios de los asociados, por la tendencia natural de los seres humanos a no obligarse sino ante la presencia de un interés concreto, que surja como consecuencia de una necesidad apremiante y precisa, resulta obvio que la obligación tributaria debe tener origen en la ley.

La Constitución Nacional de Colombia expresa el principio de la legalidad de los tributos en varias disposiciones, como son el artículo 43 y los ordinales 13 y 14 del artículo 76. El primero de ellos, que es el fundamental, dice así:

En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones (artículo 6 de acto legislativo 3, de 1910).

El examen de la disposición transcrita nos sugiere los siguientes comentarios:

A) La norma rige bajo determinada circunstancia, que exista tiempo de paz, luego puede decirse que constituye una regla general sometida a algunas excepciones de las cuales nos ocuparemos posteriormente.

B) La norma se refiere indiscriminadamente a tres niveles territoriales: el nacional, el departamental y el municipal. Sin embargo, el principio no tiene la misma extensión en los tres casos, pues a nivel nacional el poder de imposición es originario, mientras que en los niveles departamental y municipal dicha potestad es derivada del Congreso y circunscrita al texto de su autorización.

C) La norma usa la expresión "contribuciones" en un sentido genérico y no en el sentido técnico que los hacendistas le han dado a la palabra, según

quedó expresado arriba. Por consiguiente, es preciso entender que el precepto constitucional se refiere a contribución como un sinónimo de tributo.

El Congreso expresa su voluntad a través de leyes, las cuales pueden tener origen "en cualquiera de las dos cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los ministros del despacho" (artículo 79, C.N.). Antes de la reforma constitucional de 1968, las leyes sobre impuestos debían tener origen en la Cámara de Representantes y no del Senado, como una acentuación del principio de la representatividad, ya que los miembros de la Cámara de Representantes tenían un período más corto que el de los Senadores. Al igualarse el período constitucional de una y otra Cámara, desapareció la exigencia de que se trata. Las restricciones impuestas por la Constitución Nacional a la iniciativa parlamentaria, no hacen referencia a la creación de tributos propiamente tales, sino al establecimiento de exenciones tributarias de orden nacional y de transferencias o participaciones de los recursos presupuestales de la Nación. Por tanto, los tributos son materia de la iniciativa de los congresistas o de los ministros del Despacho.

Desde un punto de vista material, la ley tributaria no tiene otros límites constitucionales que los que se derivarían de la desviación del poder impositivo del Congreso, al presentarse el extremo de que a través de normas tributarias se llegue a conculcar los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia de libertades individuales y de propiedad privada. El magistrado Miguel Moreno Jaramillo, en glosa a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 3 de diciembre de 1937, dice:

Si bien la Constitución no trae ningún texto que encierre dentro de términos exactos el ejercicio de la potestad impositiva correspondiente al legislador, tengo como norma segura en Derecho constitucional y en hacienda pública, la de que serían inexecutable aquellas leyes, que, a pretexto de establecer impuestos, quebrantarán algún derecho civil o desguarnecieran alguna garantía social.

El legislador no puede hacer fraude a la Constitución de la República.

Los impuestos que por su cuantía equivalieran a expropiar sin sentencia judicial ni previa indemnización; los que confiscaran, los que atentaran las libertades de prensa, de petición, de enseñanza, etc. —gravando prohibitivamente los periódicos o las solicitudes a las autoridades o el desempeño de cátedras—; los que no tuvieran en cuenta la capacidad o habilidad económica del contribuyente directo; los impuestos, en fin, que atentaran contra la justicia fiscal, serían inconstitucionales, y la Corte debería declararlos inexecutable. Luego el poder de imposición no es soberano (tomado de la *Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Hugo Palacios Mejía. T. II, págs.586-87).

Además de las leyes que dicta el Congreso, existen en Colombia normas coercitivas de carácter general e impersonal, que reciben técnicamente los nom-

bres de *decretos-leyes* o *decretos extraordinarios* y de *decretos legislativos*, respecto de los cuales se han formulado interrogantes, en el sentido de si pueden establecer tributos conforme a la Constitución Nacional.

Los decretos-leyes o decretos extraordinarios son los expedidos por el Presidente de la República y el correspondiente Ministro del Despacho, según la materia sobre la que versen, previa autorización dada por el Congreso mediante una ley, en la cual se deben señalar con precisión los alcances de la autorización y el tiempo de su ejercicio, conforme al ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Algunos constitucionalistas colombianos, entre los cuales se destaca el doctor Francisco de Paula Pérez, al estudiar la concordancia entre la norma que permite al Congreso conceder facultades extraordinarias al Gobierno y el artículo que establece el principio de la legalidad, en los términos a los cuales nos hemos referido, han llegado a concluir que debe tener prelación la última disposición en referencia, o sea, la que establece que en tiempos de paz solamente el Congreso puede establecer tributos. Al respecto dice el tratadista citado:

Quienes sostienen que el Presidente de la República, así sea en ejercicio de facultades extraordinarias, puede, en tiempo de paz, imponer contribuciones, deben comprobar que cuando la Constitución dice que solamente el Congreso está facultado para hacerlo, establece una norma que no puede cambiarse por ministerio de los decretos legislativos, y sin llenar los requisitos para una reforma constitucional. Donde dice "solamente el Congreso", habrá que leer en lo sucesivo: "El Congreso o el Presidente de la República, cuando esté revestido de facultades extraordinarias" (*Derecho Constitucional Colombiano*. Francisco de Paula Pérez. Ediciones Lerner quinta edición, pág. 209).

A pesar de la importancia del tratadista citado y del contenido mismo de su argumento, puede decirse que la práctica generalizada en Colombia, durante las últimas seis décadas, ha sido la de reconocer la posibilidad de que el Congreso revista de facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para establecer tributos, en razón de que se considera que la ley de autorizaciones constituye jurídicamente una delegación de las facultades del parlamento al ejecutivo, expresamente autorizada en la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia en uno de los últimos fallos que se ocupó de la materia, expresó lo siguiente:

- a) La disposición contenida en el artículo 43 de la Constitución establece el trascendental principio de que las contribuciones nacionales en tiempo de paz no se pueden establecer sino por el poder legislativo;
- b) Ha querido el constituyente poner en manos del "poder soberano de la Nación", la facultad de crear o establecer los impuestos que han de

servir para satisfacer en gran parte las atenciones de la administración pública (Cfr. sentencia de Sala Plena, 6 de junio de 1913. *G.J.*, tomo 22, p. 55 y 56).

c) Pero, cuando el Gobierno obra en igual sentido, o sea creando o aumentando contribuciones, por mandato o en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorga el Congreso, con el lleno de los requisitos señalados en el ordinal 12 del artículo 76, no está quebrantando el texto, espíritu y antecedentes del artículo 43, sino desarrollando actividades que le incumben por mandato de preceptos de igual origen y categoría (Sentencia del 3 de agosto de 1971. *Jurisprudencia al Día*. Tomo julio-diciembre/71, págs. 68 y 69).

Los decretos legislativos son los expedidos por el Gobierno Nacional en circunstancias de anormalidad institucional, derivadas de conmoción interior o guerra exterior, así como también de emergencia económica o social, conforme a los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional.

El artículo 121 de la Constitución Nacional permite al Presidente de la República declarar el estado de sitio en todo el territorio nacional o en parte de él, cuando se presenten las situaciones de anormalidad a que se ha hecho referencia. Durante dicho tiempo el Presidente de la República puede expedir decretos legislativos, encaminados a restablecer el orden y la paz, los cuales rigen durante el tiempo en que dure el estado de sitio. La Corte Suprema de Justicia tiene la función constitucional de examinar de manera automática los decretos así dictados, para examinar su conformidad con la Carta fundamental.

Durante la época anterior a 1958, la doctrina constitucional fue algo complaciente con respecto al alcance de las facultades de que se trata, pues la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se orientaba en el sentido de que la calificación de las situaciones de orden público y de su remedio correspondía privativamente al Gobierno Nacional. De tal año hasta nuestros días, la doctrina y la jurisprudencia se han vuelto muy rigurosas en cuanto al límite de las facultades del artículo 121, al exigirse la existencia de una clara y directa relación entre las causas de la turbación y las medidas encaminadas a remediarla. En el presente se considera claramente establecido que, en estado de sitio, puede el Presidente de la República expedir decretos legislativos, precisamente encaminados a dar solución a la crisis. En este sentido resultaría claro que con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional se pudieran establecer tributos, con carácter transitorio y extraordinario, a fin de allegar recursos para poner remedio a la anormalidad institucional. Sobre la evolución de la doctrina respecto del artículo 121 de la Constitución Nacional y sobre su alcance, ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia:

A partir de la expedición del decreto legislativo de estado de sitio 2.350 de 1944, que regulaba aspectos relativos al régimen laboral y al inter-

vencionismo del estado en la economía, con vocación de permanencia, y que fue el que sirvió de inspiración al Congreso para expedir la Ley 6ª de 1945, comenzó a formalizarse en la práctica la tesis ambivalente de que el orden público podía verse alterado no sólo por razones de carácter político sino también de índole económica.

Desde entonces se abrió una brecha hacia la práctica perniciosa y desmedida, ajena a la finalidad específica prevista en el artículo 121, de legislar en materia económica por medio de decretos legislativos en estado de sitio, lo cual generó una desviación de la institución en cuanto a sus fines, que esencialmente apuntan al restablecimiento del orden público político o a la atenuación de los efectos del desorden, y en cuanto a su duración, pues las medidas excepcionales sólo rigen mientras se halle perturbado el orden público y no para después de levantarse el estado de sitio. Como quiera que mientras el Congreso no se prestara a aprobar mediante ley los decretos así expedidos y no se levantaba el estado de sitio por el Gobierno ya que el país no podía quedarse sin legislación económica, se fue gestando paulatinamente hasta volverse crónica la normalización de la anomalía institucional engendrada por la distorsión del artículo 121 de la Constitución. (Sentencia del 23 de febrero de 1983. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. N° 27, pp. 35-36).

El artículo 122 de la Constitución Nacional permite al Presidente de la República declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar el orden económico o social. El estado de emergencia tiene un límite en el tiempo, que es de noventa días en el año. Los decretos legislativos que se dicten durante el estado de emergencia económica son de carácter permanente, o sea que, a diferencia de los decretos del artículo 121, están llamados a tener vigencia después de que se ha levantado el estado excepcional. El texto constitucional, que data de 1968, es muy explícito en señalar que los decretos deben estar destinados "exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", así como en exigir que los decretos se refieran "a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia". También prohíbe expresamente la Constitución que los decretos de que se trata puedan "desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores". También en este caso la Corte Suprema de Justicia tiene un control de constitucionalidad que ejerce de manera automática.

A semejanza de lo ocurrido con el artículo 121 de la Constitución Nacional en materia de estado de sitio, la doctrina constitucional relativa al estado de emergencia económica consagrado en el artículo 122 fue en un comienzo amplia, para llegar en el momento actual a un sentido claramente restrictivo. En el año de 1974 se hizo uso por primera vez de las facultades extraordinarias inherentes al estado de emergencia. En tal oportunidad se expidió una reforma tributaria integral, que modificó de manera radical los principales im-

puestos nacionales: el de renta, el de ventas y el sucesoral. Tal determinación dió lugar a un amplio debate nacional, en el cual se expusieron tesis en favor y en contra de la interpretación del Gobierno, hasta que la cuestión vino a ser definida por la Corte Suprema de Justicia en favor de la tesis de la amplitud de las facultades extraordinarias. Al respecto dijo la Corte:

Es cierto que con arreglo al artículo 43 de la Carta en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas y los Concejos pueden imponer contribuciones, y que, en cuanto al primero se refiere, es este un principio jurídico-político que acepta y afirma el criterio democrático de que siendo el Congreso el supremo exponente de la voluntad popular, a él corresponde, por excelencia, tomar esta clase de determinaciones. Y cierto es que de acuerdo con los numerales 13 y 14 del artículo 76, en concordancia con el 210 *ibidem*, corresponde al Congreso, por medio de leyes, establecer las rentas nacionales, fijar los gastos de la administración y decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija.

Ahora bien. El estado de emergencia económica contemplado en el artículo 122, no es evidentemente un estado de guerra, ni de conmoción interior producida por hechos estrictamente políticos en la acepción que a estos conceptos han dado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte. Pero tampoco es un estado de normalidad que pueda ser manejado y superado con los instrumentos corrientes con que se ejerce el Gobierno. Es un estado grave de anormalidad, determinado especialmente por factores económicos y sociales, que, como lo afirma el primer inciso del artículo 122, "perturben o amenacen perturbar en forma grave o inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública". Puede decirse que es una grave perturbación del orden público económico, que históricamente representa un deslinde doctrinario del artículo 121, hecho para dar tratamiento no represivo a las perturbaciones del orden causadas en factores económicos y sociales.

Resulta, por tanto, incuestionable, que si las causas determinantes del estado de emergencia son económicas y sociales, y que si los actos enderezados a eliminarlas o conjurar su amenaza, deben ser del mismo carácter, el Gobierno puede establecer medidas, así sean tributarias, para lograr aquellos fines, si por otra parte el acto que las contiene guarda directa y estrecha relación con las causas invocadas para declarar que aquel estado de anormalidad se ha presentado y siempre que estén destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. No puede ni debe la Corte juzgar la conveniencia de estas medidas sino sólo su constitucionalidad por el aspecto de la conexión que muestren con las causas de la grave e inminente perturbación económica invocadas por el Gobierno; corresponde al Congreso, dentro de sus poderes permanentes, mantenerlas o derogarlas" (Sentencia del 15 de octubre de 1974. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. N^o 16, pp. 509 y 510).

A pesar de la decisión de la Corte, muchos estudiosos del Derecho, entre los cuales me encuentro, consideramos que la sentencia transcrita era equivo-

cada, ya que las exigencias de la Constitución Nacional a que nos referimos anteriormente mostraban una clara incompatibilidad entre la materia de una reforma tributaria integral y la exigencia de una relación directa y específica entre los decretos y las causas de la anormalidad. De otra parte, la tesis de la Corte resultó contradictoria, pues al paso que sostenía la posibilidad de una reforma tributaria integral, declaraba inexecutable normas que consagraban excepciones a los impuestos establecidos, por razón de que no tenían por objeto producir ingresos al Fisco, como si dentro de una estructura tributaria completa no resultara normal la presencia de normas consagradoras de derechos en favor de los contribuyentes.

En el presente año, la jurisprudencia de la Corte dio un giro de ciento ochenta grados al examinar los decretos de emergencia de 1983. En tal oportunidad dijo:

Mediante el artículo 76-14 de la Carta, el constituyente le señala al propio Congreso la facultad especial y restringida, para "cuando la necesidad lo exija" de "decretar impuestos extraordinarios".

Dichos impuestos se denominan extraordinarios por las siguientes razones: porque son imposiciones efectuadas por la ley en caso de necesidad y no en todo tiempo, erigidas en forma excepcional con respecto al régimen ordinario de tributación que comporta facultades permanentes, regulares y generales, es decir, ordinarias; porque están autorizadas para responder a situaciones de orden económico o fiscal o tributario o presupuestal, que se presenten por fuera de las circunstancias normales; porque, además, suponen una imposición específica por una sola vez, con determinado fin concreto y sin que se modifique el régimen general y ordinario de la tributación, y, finalmente, porque su destinación específica, y su carácter concreto y excepcional, es decir, extraordinario, pugna con la fisonomía permanente de los impuestos ordinarios.

Observa la Corte a este respecto que el Constituyente es tan precavido en la guarda del principio del artículo 43, que le exige, aún al propio Congreso, especial cautela y le autoriza apenas una competencia restrictiva cuando se trata de "decretar impuestos extraordinarios".

Es entonces dentro de estos rigurosos linderos como debe examinarse el alcance de la atribución del Gobierno en materia impositiva en época de emergencia económica. Con tales presupuestos llégase a la conclusión de que, por hermetismo institucional, la competencia gubernamental excepcional del artículo 122 en materia de tributación y fiscal, jamás podrá ser mayor, ni más amplia, ni de carácter general, ni de naturaleza ordinaria, sino por lo menos igual a la que el propio Constituyente le permite al Congreso en casos de necesidad o extraordinarios.

No se niega la posibilidad de que el Ejecutivo en estado de emergencia económica pueda decretar, pero con carácter excepcional, restrictivo, específico, concreto, ciertos impuestos que correspondan a situaciones sobre-

vinientes de crisis económica o fiscal y que se hallen destinados exclusivamente a conjurarlas o a impedir su extensión; pero sin que esa facultad excepcional pueda ir más allá de la atribución extraordinaria prevista en el artículo 76-14 para el mismo Congreso. O sea, que las facultades del artículo 122 no permiten el ejercicio de la potestad de reformas generales del régimen impositivo y fiscal ordinario vigente, ni dan lugar a la sustitución permanente y total de la atribución ordinaria del Congreso en estas materias, porque dejaría de ser excepcional" (Sentencia del 23 de febrero de 1983. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*. N^o 27, p. 41).

Personalmente me encuentro en total acuerdo con la anterior doctrina y considero que está llamada a perdurar en el Derecho Constitucional Colombiano, en razón de su conformidad con el texto constitucional y con el principio de la legalidad del tributo, que constituye uno de los cimientos fundamentales de nuestra civilización.

Examinada a grandes rasgos la facultad de imposición a nivel nacional, pasamos a ocuparnos brevemente del mencionado tema en los niveles departamental y municipal.

Los departamentos son entidades territoriales constituidos por un grupo de Municipios que forman una determinada continuidad geográfica. La Asamblea Departamental constituye una réplica del Congreso Nacional en el nivel regional y tiene la competencia de establecer por medio de ordenanzas, tributos "con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley" (artículo 191, C.N.). Por consiguiente, la potestad tributaria en el orden departamental es derivada de lo que sobre el particular determine el Congreso Nacional por medio de las leyes correspondientes. Recientemente, en la ley 14 de 1983, se adoptaron disposiciones para modernizar y uniformar el régimen tributario departamental, que fundamentalmente depende de impuestos de consumo de licores, cigarrillos y gasolina.

En el nivel local se encuentran los Municipios, donde funciona el Concejo Municipal como cuerpo representativo de la comunidad, el cual tiene a su cargo el establecimiento de los tributos municipales, por medio de acuerdos, "en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas", según lo expresa el ordinal 2^o del artículo 197 de la Constitución Nacional. Es decir, que en este nivel la potestad tributaria es aún más restringida, pues depende también de lo dispuesto por las Ordenanzas del respectivo Departamento. También en la Ley 14 de 1983 se establecieron normas para unificar el régimen tributario municipal, que está basado principalmente en los siguientes impuestos: sobre la propiedad inmueble o impuesto predial, sobre los establecimientos de comercio o impuesto de industria y comercio y sobre los vehículos particulares o impuesto de circulación y tránsito.

En esta forma se puede decir que, en el nivel nacional, la fuente formal de los tributos está constituida por la Ley y, excepcionalmente, por los Decretos-Leyes y por los Decretos Legislativos; en el nivel departamental, las fuentes están constituidas por la Ley y por las Ordenanzas, y en el nivel municipal, por la Ley, las Ordenanzas y los Acuerdos.

Examinada la cuestión del establecimiento de los tributos desde un punto de vista formal, corresponde ahora examinar la misma cuestión desde un punto de vista material, con el objeto de establecer cuál debe ser el contenido esencial de la ley del establecimiento del tributo.

Dado que la ley del establecimiento del tributo tiene por objeto fijar las bases para la configuración de una obligación, generalmente consistente en dar una suma de dinero al Estado, resulta preciso que la ley tributaria establezca quiénes son los sujetos de la obligación tributaria, determine el momento en que nace la obligación de que se trata y señale la forma de fijar la cuantía de la obligación, así como las condiciones de su pago. En estos términos se puede decir que los elementos esenciales de la ley que establece el tributo son los siguientes: sujetos activo y pasivo, hecho gravado, base gravable y tarifa.

El *sujeto activo* está constituido por la persona que tiene el derecho al cobro del tributo, el *sujeto pasivo* es la persona obligada al pago del tributo, de una manera directa, cuando la relación se establece sin la existencia de intermediario alguno entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, o indirecta, cuando la relación se establece mediante la intervención de un tercero que actúa como agente entre el sujeto activo o sustituto del sujeto pasivo; el *hecho gravado* es la hipótesis legal de cuyo acaecimiento depende el nacimiento de la obligación tributaria; la *base gravable* es la expresión cuantitativa del hecho gravado, que sirve para fijar la cuantía de la obligación por aplicación de la tarifa, y la *tarifa* es un factor matemático constante que, aplicado a la base gravable, permite determinar la cuantía de la obligación tributaria.

Aunque todos los elementos de que se trata deben estar contenidos en la norma creadora del tributo, no todos requieren estar completamente acabados en la norma legal, pues disposiciones constitucionales expresas y la doctrina constitucional, han ido modificando el rigor del principio, con el objeto de adaptarlo a las situaciones cambiantes de la economía nacional.

Así por ejemplo, en materia de impuestos de aduanas, el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional confiere al Congreso Nacional la facultad de "dictar las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas". En esta forma la Constitución permite que en materia de aduanas el Congreso se limite a dictar una "ley-marco", que señale las condiciones

dentro de las cuales el Gobierno Nacional por medio de decreto ejecutivo puede establecer y modificar algunos de los elementos esenciales de los tributos, como son los relativos a las tarifas de aduanas.

En el caso de la contribución de valorización, que tiene por objeto imponer un gravamen "sobre las propiedades raíces que se benefician con la ejecución de obras de interés público", la cuantía del impuesto está determinada, en general, por el costo de la obra más un porcentaje para gastos de administración y recaudación de la contribución y, en particular, por el coeficiente de beneficio recibido por razón de la obra pública ejecutada, conforme al Estatuto Orgánico que es el decreto extraordinario 1.394 de 1970. En razón de las características propias de la contribución de que se trata, parece necesario que las instituciones tributarias tengan alguna elasticidad, ya que el costo de cada obra y el beneficio particular derivado de la misma, son cuestiones que tienen que establecerse en cada caso y que no son susceptibles de una regulación general.

En el caso de las tarifas de los servicios públicos, la ley ha creado el organismo regulador de los valores que las empresas públicas pueden cobrar a los usuarios y establecido los criterios generales con arreglo a los cuales se deben fijar las tarifas, para lo cual ha ordenado que se tengan en cuenta los costos de funcionamiento y depreciación, así como una razonable utilidad que permita la expansión y mejoramiento de los servicios. También en esta materia, dada su naturaleza misma, se acepta que los elementos que sirven para determinar la cuantía de la tasa sean fijados por la Junta de Tarifas, conforme al decreto 3.069 de 1968, dentro de los lineamientos generales establecidos por la ley.

De otra parte, fenómenos puramente económicos, como la inflación, han determinado que las disposiciones legales de carácter tributario, en las cuales se expresen valores en pesos colombianos, sean materia de reajuste anual en función de la pérdida de poder adquisitivo de la unidad monetaria nacional. En esta forma la ley ha establecido determinados elementos para cuantificar la obligación tributaria en pesos colombianos, así como también ha establecido las reglas generales conforme a las cuales dichos elementos deben ser materia de reajuste anual, por medio de decreto expedido por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta los resultados de las investigaciones estadísticas que realiza el Departamento Administrativo especializado en la materia.

De la misma manera, dentro de la reforma tributaria del impuesto de renta realizada en el presente año por medio de la ley 9ª, se han consagrado disposiciones tendientes a autorizar el señalamiento del valor de los rendimientos financieros no sujetos a imposición, por medio de decretos que debe expedir el Gobierno Nacional en función de los fenómenos económicos predominantes

en el mercado, como puede ser "la tasa de interés de captación más representativa del mercado" certificada por la Superintendencia Bancaria.

En esta forma, puede decirse que los elementos consistentes en determinar los sujetos de la relación tributaria y los hechos que dan nacimiento a la obligación tributaria, deben tener su expresión completa en la ley que establece el tributo. En cuanto a las bases gravables, es admitido que la ley contenga la expresión de los criterios básicos para determinar su evaluación, sin perjuicio de que determinados elementos que intervienen en la cuantificación de la obligación tributaria, puedan ser precisados por medio de decretos del Gobierno, siempre que los lineamientos generales para tal proceder se encuentren establecidos en la ley. También en materia de tarifas de Aduanas es permitida su determinación por medio de decreto ejecutivo conforme a la Constitución Nacional, siempre que por medio de ley se hayan fijado las condiciones dentro de las cuales el Gobierno puede proceder a precisar el contenido de la ley tributaria. Finalmente, en materia de contribución de valorización y de tasas de los servicios públicos, se acepta que la fijación de los valores dependa de determinaciones tomadas por funcionarios administrativos, siempre y cuando que los criterios generales que regulan el ejercicio de tal facultad estén consagrados en la ley.

III. LA DETERMINACION DE LOS TRIBUTOS

La determinación de los tributos tiene por objeto traducir las normas de carácter general a cada caso concreto, por medio del acto administrativo generalmente llamado de liquidación, el cual debe contener la designación del sujeto pasivo, la descripción genérica del hecho que se grava, la determinación de las bases gravables, la aplicación de la tarifa y el señalamiento de la cantidad por pagar.

Esta operación está regida por principios referentes al procedimiento administrativo, a la formación y valoración de la prueba y a la forma de interpretar y aplicar la ley tributaria.

Los principios referentes al procedimiento y a las pruebas, tienen por objeto fundamental llegar a una certeza, en cuanto a la realización de los hechos previstos en la ley como generadores del tributo, y en cuanto a la magnitud de los mismos, para establecer la cuantía de la obligación tributaria. El principio dominante en la materia se expresa en la siguiente forma:

Art. 32. Ley 52/77: La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquéllos.

Su idoneidad depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúan las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De la necesidad legal de que los hechos en que se funda la liquidación del tributo aparezcan plenamente establecidos en el proceso, surge la institución de la declaración tributaria y de su presunción de veracidad, mientras no sea desvirtuada por otras pruebas debidamente allegadas.

La declaración tributaria es un documento producido por el contribuyente y dirigido a las autoridades fiscales, en el cual dá cuenta de los hechos gravados de los cuales es titular, así como de su cuantía y demás circunstancias inherentes a los mismos, que pueden influir en la cuantía de la obligación. Tal declaración constituye el medio de prueba fundamental en materia tributaria y por ello está preservado por la presunción de veracidad. Ello quiere decir, que lo dicho en la declaración tributaria por el contribuyentes se tiene como verdad jurídica, mientras no se hayan producido pruebas en contra de tal presunción.

Con el objeto de consolidar o de desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración tributaria, existen procedimientos tendientes a producir pruebas de otra índole dentro del proceso tributario. Las principales pruebas sobre el particular son las siguientes: los documentos privados del propio contribuyente, contenidos fundamentalmente en su contabilidad y archivos; los registros oficiales, que hayan tomado nota de los contratos y actividades de los particulares; el testimonio contenido en las declaraciones de otros contribuyentes, y la lógica misma de la declaración presentada por el interesado.

Todos esos medios de prueba, reunidos en un mismo proceso y contrastados los unos con los otros, deben llevar a la formación de un grado de certeza que permita, mediante la expedición de un acto administrativo, la determinación de la obligación tributaria en concreto. Para efectuar la confrontación de todas las pruebas que en un momento dado se hayan allegado al proceso, las normas adjetivas permiten que el contribuyente y los terceros puedan ser llamados a rendir testimonio formal bajo juramento.

Antes de que se pueda proceder a la liquidación del tributo, en Colombia resulta necesario que el contribuyente sea requerido de una manera solemne, para precisar cuáles son exactamente los puntos materia de la controversia y las razones en que ella se funda. Sólo como consecuencia de la respuesta del contribuyente a ese requerimiento formal, de su negativa a responder o de la manera evasiva como lo haga, se puede concretar un juicio sobre los elementos que configuran la obligación tributaria en el caso concreto.

En el proceso de determinación de la obligación tributaria desempeña un papel muy importante la interpretación de la ley tributaria.

Ante todo es preciso destacar que existen materias en las cuales la ley tributaria tiene que ser aplicada de una manera estricta, sin que sea posible la ampliación o restricción de la significación de la ley, por estar en presencia de los elementos esenciales de la configuración de la obligación tributaria. La determinación de los sujetos de la obligación tributaria y la configuración de los elementos que integran el hecho gravado, no pueden ser materia de interpretación, ya que el contenido de la ley está señalando su alcance en cuanto a indicación de la persona obligada y del hecho del cual se deriva el nacimiento de la obligación. Puede decirse que en esta materia el Derecho Tributario es tan riguroso como el Derecho Penal en cuanto a la configuración de los elementos esenciales para el nacimiento de la obligación tributaria, lo cual resulta completamente lógico, ya que el Derecho Penal y el Derecho Tributario están regidos por el mismo principio de la legalidad del delito y del tributo.

La cuestión referente a la base gravable tiene una mayor amplitud interpretativa, lo cual resulta lógico, ya que la base gravable es fundamentalmente la cuantificación del hecho gravado, o sea, que es una materia que no se mueve en el campo abstracto de las ideas, sino en el campo eminentemente variable y complejo de los hechos individuales. De ahí resulta la necesidad de que todos los elementos que configuran una determinada realidad concretamente sean estudiados, combinados e interrelacionados para llegar finalmente al establecimiento de la base tributaria. Todo este proceso está regulado desde luego por los elementos contenidos en la ley, pero los textos legales, al ser aplicados a las circunstancias complejas de la vida real, pueden tener una rigidez tal, que hace necesaria la aplicación de la prudencia del jurista para que, sin desatender el espíritu de la ley, se puedan manejar todos los hechos que intervienen en una determinada situación. Por ello es generalmente admitido que las normas sobre interpretación de las leyes en general, puedan tener aplicación en el campo del Derecho Tributario, cuando se trata de establecer la base tributaria en cada situación concreta.

Dada la dificultad de formar un juicio para cada situación concreta y a la necesidad de llegar a la formación de ese juicio, ya que en esta materia tampoco es posible concluir que haya una determinada situación no regulada por el Derecho, para establecer la base gravable no sólo es posible interpretar la ley, sino también integrar el derecho mediante la aplicación analógica de normas que regulen materias semejantes, así como también recurrir a fuentes distintas del derecho escrito, tales como la costumbre y los principios generales de derecho, conforme lo tiene establecido el derecho en general para resolver estas situaciones extremas.

El Consejo de Estado de Colombia ha dicho con toda propiedad cómo deben ser interpretadas las normas tributarias, en los siguientes términos:

INTERPRETACION DE LAS NORMAS FISCALES. El método de interpretación de las leyes impositivas constituye una de las cuestiones más importantes que estudia el derecho fiscal. Y es precisamente en este aspecto que más se pone de manifiesto la autonomía de dicha disciplina jurídica, ya que, si bien tienen aplicación en su órbita los distintos sistemas interpretativos usados en las esferas del derecho constitucional, administrativo, penal y civil, las leyes fiscalizadoras revisten muchas veces modalidades y particularismos que justifican criterios de interpretación propios. Grizotti señala que "para la aplicación de las leyes de impuestos necesarios y justos, que tengan por causa jurídica el interés público en correlación con el interés del contribuyente, rigen las reglas comunes de la interpretación jurídica, pues estas leyes contienen normas de carácter general y no tienen carácter penal ni representan una limitación al ejercicio de los derechos. Hay que admitir, por tanto, además de la interpretación restrictiva (casos en los cuales la ley dijo más de lo que quería decir) y extensiva (en la hipótesis de una ley que dijo menos de lo que quería decir), la interpretación analógica para los casos no previstos por la ley y que regulan con arreglo a las normas de casos semejantes, y adecuada (*interpretatio abrogans*) cuando una disposición está en contraste con otra o cuando debe adaptarse al caso concreto que difiere del caso típico regulado por la ley. Como se ve, *el espíritu equitativo encuentra variadas normas para aplicar* en este punto. En cambio, para los tributos que no son verdaderos impuestos, y que tienen por causa jurídica el interés del Estado, debe excluirse la aplicación analógica, pues ellos limitan el libre ejercicio de los derechos" (Sentencia del 20 de marzo/70. *Jurisprudencia al Día*. Tomo octubre/69, marzo/70, p. 171).

IV. LA REVISION DE LOS TRIBUTOS

La operación de revisión de los tributos tiene por objeto confrontar el acto administrativo de liquidación de una obligación tributaria en concreto, con las normas legales que le sirven de fundamento jurídico. Se trata en síntesis de establecer si las normas jurídicas pertinentes han sido aplicadas, íntegra y correctamente.

La operación de revisión a que nos referimos corresponde ejercerla a la Rama Jurisdiccional del poder público, constituida en Colombia por los tribunales de lo Contencioso Administrativo que funcionan en cada Departamento y por el Consejo de Estado que tiene jurisdicción nacional.

Sin embargo, no siempre que se ha producido el acto de determinación de los tributos se puede acudir directamente en demanda ante las autoridades jurisdiccionales, pues en ocasiones las leyes han establecido recursos contra las liquidaciones del impuesto, que deben surtirse en las dependencias de la Administración Pública, como un paso previo necesario para poder acudir ante los

tribunales. Se quiere que, antes de que se pueda presentar demanda, la Administración Pública tenga oportunidad de corregir las equivocaciones en que haya incurrido al producir los actos de liquidación, con el objeto de evitar la congestión de los Tribunales y de no hacer más oneroso para los particulares el reconocimiento de sus derechos.

Normalmente en Colombia no se aplica de manera absoluta el principio de *solve et repete*, conforme al cual para discutir la validez de los actos de liquidación de los tributos, es necesario pagar previamente el valor correspondiente en su totalidad. Tal principio sólo se aplica de manera restringida, al exigirse como un presupuesto procesal del recurso administrativo, la demostración de que se han pagado los tributos hasta concurrencia de la cuantía que no se encuentra en discusión. Para tal efecto, se exige la demostración del pago de la liquidación privada, o sea, de la practicada por el propio contribuyente al presentar su declaración tributaria o, en el caso de que el contribuyente acepte la liquidación de cantidades adicionales, la satisfacción de una liquidación privada que se practique con ocasión del recurso. Considero que el principio del pago previo, atenuado en la forma como queda expresado, constituye una solución equitativa que toma en consideración los derechos de defensa de los particulares con el interés general de la comunidad.

Como no solamente existe interés público por la eficacia de la justicia, sino también por la prontitud de su administración, en algunos casos se ha establecido en la etapa administrativa de los recursos la institución del silencio administrativo positivo, conforme al cual, si en un término (dos años), a partir de la interposición de los recursos, éstos no han sido resueltos, se deben entender fallados a favor del contribuyente. La institución de que se trata ha provocado el efecto muy benéfico de que todos los procesos tributarios afectados por tal institución sean fallados dentro de la oportunidad establecida en la ley, para que no opere el fallo presuntivo a favor del contribuyente.

Agotada la vía gubernativa, sea por la inexistencia de recursos contra los actos de liquidación o por la interpretación de los mismos, y su fallo por parte de la Administración, el contribuyente tiene la posibilidad de recurrir ante las autoridades jurisdiccionales para promover el juicio de revisión tributaria.

Como tuvimos oportunidad de verlo desde un comienzo, los tributos se clasifican en impuestos, contribuciones y tasas. Sin embargo, el juicio regulado específicamente en el C.C.A. para adelantar la acción de que se trata, se denomina *juicio de revisión de impuestos*. Tal denominación ha hecho surgir la duda relativa a la materia que puede ser revisada mediante los procesos de que se trata. Por razones obvias, no cabe la menor duda de que las liquidaciones de impuestos pueden ser acusadas mediante tal procedimiento. Tampoco ha habido mayor problema con las llamadas contribuciones, ya que su naturaleza

es muy semejante a la de los impuestos, puesto que en su formación solamente interviene la voluntad unilateral del Estado. En cambio, ha habido alguna vacilación de la jurisprudencia en cuanto al juicio que resulta adecuado para obtener la revisión de las tasas cobradas a los particulares por la prestación de los servicios públicos. Unas veces se ha dicho que el juicio correspondiente es el de revisión de impuestos y otras que es el juicio ordinario de plena jurisdicción. En una ponencia presentada ante las Sextas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario en febrero de 1982, el doctor Alfonso Angel de la Torre, dijo lo siguiente:

Vale decir, en otras palabras, que de lo anterior se ponen de presente en forma absolutamente clara, las siguientes conclusiones:

Que la disposición comentada, artículo 271, no ofrece en la actualidad la seguridad que en materia tan trascendental requiere la cabal garantía de los asociados en cuanto a los medios procesales de que pueden hacer uso para protegerse contra los errores o abusos que puedan cometerse en desarrollo de la acción tributaria del Estado, hecho éste que debe ser corregido mediante modificación legal.

Que hoy por hoy en concepto del más alto tribunal de lo contencioso del país, por la vía contenciosa de impuestos deben atacarse no solamente los actos administrativos, contentivos de liquidaciones de impuestos, propiamente dichos, sino, también los de las contribuciones especiales como la de valorización y, no sin cierta vacilación, las de algunas tasas por prestación de servicios" (*Memorias de las Sextas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, febrero de 1982, p. 44).

Por las razones expuestas, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario ha propuesto ante la Comisión Revisora del Código Contencioso Administrativo que se introduzca una aclaración en el mismo, de manera que quede perfectamente establecido que la totalidad de los tributos, cualquiera que sea su naturaleza puede ser objeto de revisión ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público mediante el juicio de revisión tributaria.

Como generalmente la liquidación de los impuestos viene a quedar configurada en la etapa administrativa mediante un acto complejo, ya que normalmente se producen varios actos individuales de idéntico contenido, que buscan una misma finalidad y que se van sucediendo de manera escalonada durante el proceso administrativo, la demanda de revisión de impuestos debe dirigirse contra todos los actos administrativos que integran el acto complejo a que nos referimos. Solamente pueden dejarse de demandar aquellos actos que han sido revocados en el proceso de formación del acto complejo. Así ha dicho el Consejo de Estado en antigua y reiterada jurisprudencia:

...tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto —actos complejos— debe acusarse el conjunto, con el fin de tener esta jurisdicción competencia para revisar y resolver toda la operación jurídico-administrativa; tal concep-

ción doctrinal se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada, permitiéndose la acusación de algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que, anulados alguno o algunos de esos actos, únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el cumplimiento del objetivo de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Pero hay que considerar que dentro de este proceso cinemático todo acto posterior —ya sea ocasionado por un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional— puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anulada, pero sin producir nueva decisión que sustituya la anterior, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto, no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar (Sentencia 30 de noviembre de 1955, C.C.A. Ortega Torres, Editorial Temis, 1965, p. 133).

La demanda de impuestos debe contener la enumeración de las disposiciones superiores que se consideran violadas por el demandante, así como una exposición de las razones por las cuales se considera que existe violación de tales disposiciones.

La competencia de las autoridades jurisdiccionales queda limitada a examinar la validez de las razones expuestas por el demandante, respecto de las normas violadas y de los fundamentos de la violación. En consecuencia, los magistrados no pueden extenderse a consideraciones diferentes de las que resultan del planteamiento hecho en la demanda.

El fallo de los juicios de revisión de impuestos, sean del nivel nacional, departamental o municipal, corresponde en primera instancia a los tribunales de lo Contencioso Administrativo que funcionan en los distintos Departamentos, los cuales conocen a prevención, según el lugar donde se ha producido la liquidación, dónde se ha hecho el pago del tributo o donde tiene su domicilio el demandante. Existe una segunda instancia ante el Consejo de Estado —Sala de Impuestos— siempre que el negocio exceda de cierta cuantía (\$500.000 en el nivel nacional). El fallo del Consejo de Estado es susceptible de un grado de consulta ante la Sala Plena del mismo Tribunal cuando la sentencia de segunda instancia contraría alguna jurisprudencia emanada de la Sala Plena del mismo Consejo de Estado.

Ejecutoriada la sentencia definitiva, si es total o parcialmente desfavorable al demandante, el contribuyente debe pagar el saldo que resulte a su cargo con intereses de mora desde el tiempo en que se hizo exigible el tributo hasta la fecha del pago. Si la sentencia le es favorable y existen saldos a cargo del Estado, éste debe devolver el excedente también con intereses de mora.

En esta forma he procurado resumir cuáles son los principios fundamentales que rigen la institución de los tributos en el Derecho Público colombiano.

EL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO

MANUEL RACHADELL

Profesor de Derecho Administrativo y de Finanzas públicas en la Universidad Central de Venezuela.

I. INTRODUCCION

En estas Primeras Jornadas Venezolano-Colombianas de Derecho Público, me corresponde presentar una visión de conjunto sobre el Sistema Tributario Venezolano, desde el punto de vista de los principios generales y fundamentales que lo rigen. Para desarrollar este tema, he escogido referirme, en primer lugar, a los principios constitucionales de nuestro sistema tributario, en segundo lugar, a la estructura del sistema tributario y, por último, a los lineamientos generales que deben orientar una reforma tributaria.

II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA TRIBUTARIO

En la Constitución que nos rige —la de 1961—, se consagran diversos principios que regulan la potestad del Estado para establecer impuestos y para exigir contribuciones de derecho público. El punto de partida de esas normas, es el deber consagrado en el artículo 56 de la Constitución, según el cual "todos están obligados a contribuir a los gastos públicos", de donde se infiere el denominado "principio de la generalidad de la tributación". Ahora bien, ese deber general no se concreta sino en la medida en que el Legislador dicta las leyes que señalan los supuestos y condiciones para que surja la obligación de pagar los tributos. De allí que en la Constitución se establece un conjunto de disposiciones que tienen como destinatario al Legislador, conforme a las cuales se configura un marco que debe ser respetado por éste en el momento de dictar las leyes tributarias. Entre las limitaciones que la Constitución le impone al Legislador, unas se refieren a la forma y al rango del acto que establece los tributos, otras al contenido de dichos actos.

Entre estas últimas, cabe destacar que la ley tributaria no puede servir de mecanismo para efectuar confiscaciones, pues se infringiría la prohibición consagrada en el artículo 102 de la Constitución, ni puede establecer ningún impuesto pagadero en servicio personal, conforme lo dispone el artículo 225 de la misma Carta Fundamental.

En virtud de lo limitado del tiempo de que disponemos para esta exposición, hemos optado por referirnos a dos principios constitucionales que consideramos los más importantes en esta materia, uno formal y otro sustancial: el principio de la legalidad y el principio de la justicia.

1. *El Principio de la Legalidad Tributaria*

Si bien, como antes se dijo, todos están obligados a contribuir a los gastos públicos, dispone la Constitución que "No podrá cobrarse ningún impuesto u otra contribución que no esté establecido por ley, ni concederse exenciones ni exoneraciones de los mismos, sino en los casos por ella previstos". Este principio de la legalidad tributaria es distinto del principio de la legalidad administrativa tanto en su origen como en su formulación.

A. *Origen del Principio de la Legalidad Tributaria*

En la Baja Edad Media existía lo que García Pelayo denomina la constitución estamental, de carácter sociológico, que se configuró como un orden duocéntrico porque existían dos centros de poder político: el rey y el reino. El reino estaba representado en las Cortes o Parlamentos por delegados provenientes de los estamentos principales: la nobleza, el alto clero y el estado llano o burguesía incipiente. Desde muy temprano en la Edad Media surgió un acuerdo entre el rey y el reino en virtud del cual el primero no podía establecer contribuciones obligatorias a cargo de los súbditos sin el consentimiento de éstos, representados en las Cortes o Parlamentos. Se recuerda, tal vez como la expresión más antigua de la necesidad del consentimiento de la sociedad para el establecimiento de los impuestos, la decisión de las Cortes de León, en España, del año 1188, en virtud de la cual el rey debía solicitar la autorización de dichas Cortes para exigir contribuciones. Del mismo modo, en Inglaterra la asamblea de barones del Reino impuso al Rey Juan Sin Tierra, entre otras exigencias, la obligatoriedad de solicitar el acuerdo de los Comunes (Commons) para establecer impuestos, lo cual se plasmó en la Carta Magna de 1215, documento fundamental del derecho inglés. En una forma u otra, este principio del consentimiento ante el impuesto se fue extendiendo en la Edad Media, pero con el surgimiento del Estado Absoluto se configuró un orden monocéntrico que

progresivamente descartó su aplicación, dado que los tributos se establecían por la sola voluntad del soberano.

Con el surgimiento del Estado de Derecho renace la aplicación de este principio del consentimiento de la sociedad ante los tributos, junto con el principio más amplio del sometimiento del Estado al bloque de la legalidad o principio de la legalidad administrativa y así se consagra en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (Art. 8º), y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Revolución Francesa en 1789 (Art. 14). El principio de la legalidad tributaria, que como se ha señalado es muy anterior al de la legalidad administrativa, se formuló en su origen como una exigencia sustancial de consentimiento ante la imposición y más tarde se transformó en una exigencia de carácter formal: sólo por la ley pueden establecerse los tributos. De allí que el principio se expresa modernamente con el aforismo de: *Nullum tributum sine legem*, tal como se consagra en la casi totalidad de las constituciones contemporáneas.

B. *Formulación actual del Principio*

Mientras el principio de la legalidad administrativa se refiere al sometimiento de la Administración al bloque de la legalidad, lo que implica autovinculación de la Administración a los actos que de ella emanan, el principio de la legalidad tributaria se formula como la reserva a la ley del establecimiento de los tributos. Así lo dispone el artículo 224 de nuestra Constitución, antes citado, y así se refiere en diversas disposiciones que rigen la materia: En primer lugar, en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, se definen los elementos fundamentales de los tributos cuya determinación queda reservada a la Ley. En relación a este artículo es importante señalar que el Código Orgánico Tributario lo declara inaplicable a la materia regida por éste, por lo cual su efecto práctico es muy pequeño, pero durante muchos años esta norma fue considerada como un desarrollo de la disposición constitucional.

En segundo lugar, el Código Orgánico Tributario, vigente desde el 1º de enero de este año 1983, elaborado con base en el modelo de Código Tributario para América Latina, preparado en 1967 por el Programa Conjunto de Tributación de la O.E.A. y el B.I.D., reafirma el principio a que nos referimos cuando en su artículo 4º dispone que sólo la Ley puede crear, modificar o suprimir tributos, definir el hecho imponible, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto pasivo, además de definir el régimen de las exenciones y exoneraciones, establecer procedimientos administrativos y jurisdiccionales, tipificar las infracciones y establecer sanciones, entre otros aspectos.

En tercer lugar, la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en relación a la materia regida por ella, prescribe en su artículo 90 que "No podrá exigirse el pago de impuestos, tasas o contribuciones municipales especiales que no hubieran sido establecidos por el Concejo mediante la promulgación de una ordenanza. . .".

En cuarto lugar, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 10, reitera el principio cuando dispone que: "Ningún acto administrativo podrá crear sanciones ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley".

Cuando se reserva a la Ley el establecimiento de los tributos, no debe entenderse la expresión "Ley" en el sentido formal y orgánico a que se refiere el artículo 162 de la Constitución ("Los actos que sancionan las Cámaras como cuerpos colegisladores"), sino en sentido más amplio. Así, se incluyen en el concepto de Ley, en el ámbito nacional, los actos que tienen rango legal, como son los decretos que el Presidente de la República dicta en materia económica y financiera, autorizado para ello por ley especial, y los decretos-leyes de los gobiernos de facto; en el ámbito estatal, las leyes de las Asambleas Legislativas y, en el ámbito municipal, las ordenanzas municipales. De allí que, en nuestro país, la potestad tributaria coincide con la potestad de legislar.

Establecido, pues, el principio de legalidad tributaria como un dogma en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a la Ley determinar cuáles son las cantidades de dinero que debe pagar la sociedad para el mantenimiento de los gastos públicos bajo la forma de tributos. En tal sentido, es interesante reseñar las posiciones que se han planteado en torno a la clasificación de los tributos.

C. Clases de Tributos

En el Proyecto de Código Tributario, que después pasó a llamarse Orgánico por la jerarquía que se le dio a este instrumento, por encima de todas las leyes fiscales especiales, se establecía una definición de lo que eran los tributos, así:

Artículo 14. Tributos son las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines".

En la versión final de lo que después fue sancionado como Código Orgánico Tributario se suprimieron todas las definiciones en esta materia por las razones que expondré a continuación.

El Proyecto de Código Tributario clasificaba los tributos en: impuestos, tasas, y contribuciones especiales y contenía definiciones sobre las diferentes clases de tributos con fundamento en las particularidades del hecho imponible o hecho generador de la obligación tributaria, así:

Impuesto es el tributo cuya obligación tiene como hecho imponible una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente (Art. 16).

Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho imponible la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado (Art. 17).

Contribución especial es el tributo cuya obligación tiene como hecho imponible los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de servicios estatales" (Art. 18).

Como puede observarse, en estas normas del proyecto se sigue el criterio de clasificación propuesto por el profesor brasileiro Geraldo Ataliba, en virtud del cual se distinguen los tributos vinculados, que son aquellos que se exigen cuando el Estado presta servicios o produce beneficios susceptibles de ser individualizados como es el caso de las tasas y las contribuciones especiales, de los tributos no vinculados, o sea, donde no hay una contraprestación directa, inmediata, individualizable por parte del Estado, sino que el tributo se exige para financiar los gastos generales de la Administración y los cometidos del Estado, sin que haya una correlación entre los servicios o beneficios que recibe el ciudadano y la cantidad de dinero que le pague al Estado, como ocurre con los impuestos.

Ahora bien, ante este proyecto de definiciones, el Legislador se planteó la siguiente disyuntiva: si la tasa es un tributo, todos sus elementos fundamentales tienen que estar definidos en la Ley, por el principio de la legalidad tributaria. Sin embargo, existen ingresos públicos que aparecen en el Presupuesto como tasas y cuyos elementos fundamentales no están definidos en la Ley, tal es el caso de los peajes de las autopistas y puentes, que se exigen con base en la Ley de Utilización de Obras Públicas Nacionales, pero cuyo monto se fija por resoluciones ministeriales. Luego, si la tasa es un tributo, esas tasas a que nos referimos son ilegales, porque no respetan el principio de la legalidad al no estar determinados en la ley los elementos fundamentales del tributo.

Ante esta situación, en el proceso de discusión del proyecto de Código Tributario, la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados señaló en su Informe para la Primera Discusión:

La Comisión, luego de estudiar el articulado del Proyecto, desde el 14 al 18, inclusive, que se refiere a definiciones de tributos, impuestos, contribuciones especiales, de seguridad social y tasas, acordó reducir todos estos artículos a uno solo cuyo texto es el siguiente: "Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las contribuciones especiales, las contribuciones de seguridad social, los precios públicos y las tasas". La Comisión al adoptar esta decisión quiso apartarse de la controversia entre las escuelas de intérpretes que excluyen las tasas del ámbito de los tributos y aquéllas como la de algunos autores argentinos y uruguayos, que conceptúan que las tasas son tributos, tesis ésta adoptada por los redactores del proyecto. En el seno de la Comisión prevaleció el criterio opuesto, pero para evitar una actitud parcial sobre una cuestión controvertida en el campo de la doctrina, se prefirió sencillamente afirmar el área de aplicación del Código, sin definir cada una de las formas que adopta la recaudación fiscal.

En definitiva, el artículo en cuestión quedó redactado así:

Artículo 13. Están sometidos al imperio de este Código, los impuestos, las tasas, las contribuciones de mejoras, de seguridad social y las demás contribuciones especiales, salvo lo dispuesto en el artículo 1º.

Con esta posición, el legislador deja a la doctrina y a la jurisprudencia la definición sobre la naturaleza jurídica de las tasas, en mi opinión, para evitar el problema que se plantearía con las "tasas" cuyos elementos no están definidos en la Ley.

De allí que se hace necesario un esfuerzo para conceptualizar las distintas clases de tributos y para distinguirlos de los ingresos patrimoniales o del dominio. En relación a este último aspecto, se suscitan dudas en cuanto a ciertos ingresos públicos que en algunas leyes se denominan "impuestos" y que aparecen en el Presupuesto de Ingresos ubicados fuera del área de ingresos tributarios. Tal es el caso de los impuestos previstos en la Ley de Hidrocarburos y en la Ley de Minas, como son los impuestos de exploración o explotación, que, según una autorizada doctrina son ingresos del dominio territorial, toda vez que son ingresos que corresponden al Estado como propietario de esa riqueza que está en el subsuelo y que el Estado había reservado desde tiempos remotos, incluso desde la época de la Corona Española. En igual sentido, en la Ley Forestal, de Suelos y Aguas encontramos una serie de ingresos que se denominan impuestos pero que se perciben por concepto de las concesiones de explotación de recursos forestales y que corresponden a la participación del Estado como propietario de esas riquezas, por lo cual no tienen naturaleza impositiva.

En relación a las tasas se plantea, además, la cuestión de revisar si el servicio que da lugar a la obligación del particular debe ser efectivamente prestado, o si se mantiene el criterio jurisprudencial de que basta que la pres-

tación tenga carácter "potencial". Hasta el año 1969, nuestro Máximo Tribunal había sostenido el criterio de que la tasa es la retribución que se hace por un servicio directamente prestado. En tal sentido, la tasa aparece asimilada al precio de los servicios públicos. Entretanto, se produce en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana una tendencia que busca acercar la tasa al impuesto, en el sentido de que la tasa es una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio, lo cual se refleja en el Modelo de Código Tributario para América Latina en el sentido de que la tasa puede causarse por una prestación efectiva, o por una prestación "potencial" del servicio (Art. 16).

Ante nuestra Corte Suprema de Justicia se planteó la cuestión con motivo de la exigencia que se hizo a un particular de cancelar el derecho de caleta, pese a haber desembarcado una mercancía en su muelle particular, sin haber utilizado los equipos ni el personal de los Servicios Portuarios Nacionales. En sentencia del 23-1-69, la Sala Político-Administrativa decidió que el importador estaba obligado a cancelar el derecho de caleta aun cuando no habría recibido el servicio correspondiente.

En conformidad con esta orientación, se consignó en el Proyecto de Código Tributario la definición de que la tasa tiene como hecho imponible la prestación efectiva o *potencial* de un servicio público individualizado en el contribuyente. Sin embargo, al suprimirse esta definición en la versión final del Código Orgánico Tributario, por considerar la Comisión de Finanzas de la Cámara de Diputados que la tasa no es un tributo, deja de tener fundamento la tesis del servicio *potencial*, y la tasa se aproxima nuevamente a la figura del *precio*. En cuanto a la eliminación del concepto de contribuciones especiales que traía el Proyecto de Código Tributario, tal supresión ha sido afortunada por las siguientes razones: En el Proyecto a que nos referimos se definía la contribución de mejora como "aquella que deriva de la realización de una obra pública que produce una valorización inmobiliaria...". Ese concepto corresponde a la contribución prevista en el artículo 15 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, pero resulta sumamente estrecha en relación a las posibilidades que ofrece la figura de la contribución por mejoras. En efecto, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se prevé la posibilidad de establecer una contribución sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se beneficien con la construcción de obras o *el establecimiento de servicios por el Municipio* y que sean de evidente interés para la comunidad (Art. 98).

Por su parte, en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, se dispone que:

Los mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidos por los planes de ordenación urbanística, serán recuperados por los Municipios en la forma que establezcan las Ordenanzas que deben dictar a tal efecto, en las cuales deben seguirse los lineamientos y principios previstos en el Código Orgánico Tributario (Art. 68).

Como puede observarse, la contribución puede hacerse exigible no sólo por la valorización inmobiliaria que deriva de la realización de una obra pública, sino por el establecimiento de servicios o por los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento de los inmuebles, supuestos éstos no previstos en la definición que traía el Proyecto de Código Tributario.

D. *El Régimen de las Exoneraciones*

En conformidad con el principio de la legalidad tributaria consagrado en la Constitución y ratificado en las leyes, se reserva a la Ley el régimen de las exenciones y exoneraciones. Con respecto a estas últimas, dispone el Código Orgánico Tributario que "sólo la ley puede: autorizar al Ejecutivo Nacional para conceder exoneraciones y otros beneficios" (Art. 4º, numeral 3º). En materia de exoneraciones tributarias se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico una evolución que es interesante reseñar: el Ejecutivo Nacional otorgaba las exoneraciones previstas en la Ley, en cada caso, mediante actos administrativos de efectos particulares. En la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1978 se modifica este sistema y se preceptúa que:

El Ejecutivo Nacional sólo podrá establecer exoneraciones de carácter general para ciertas regiones, actividades o situaciones y no para determinados contribuyentes en particular.

Las exoneraciones se establecerán mediante Decreto y operarán automáticamente cuando el contribuyente se encuentre dentro de los supuestos de hecho establecidos en las normas que los acuerden y cumplan las condiciones allí establecidas (Art. 14, Parágrafo séptimo).

Esa forma de establecer las exoneraciones se recoge en el Código Orgánico Tributario (Capítulo IX del Título II) y se hace extensivo a todos los tributos sometidos a su ámbito de aplicación, esto es, los tributos nacionales con excepción de los aduaneros, con lo cual, por una parte, excluye la discrecionalidad del funcionario en el otorgamiento de estos beneficios, tal como se expresa en el artículo 5º, *ejusdem*, y por la otra, se da cumplimiento a la garantía de la igualdad de los contribuyentes que se encuentran en la misma situación de hecho. Como consecuencia de estas disposiciones del Código Orgánico Tributario, se modifican todas las leyes particulares relativas a los tributos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de aquél, en el sentido

de establecerse un sistema de exoneraciones mediante actos administrativos de efectos generales, sobre los aspectos expresamente previstos en las leyes tributarias particulares, los cuales benefician automáticamente a los contribuyentes que se insertan en las previsiones de los mismos.

E. *Modos de Extinción de la Obligación Tributaria*

Dispone el artículo 4º del Código Orgánico Tributario que "sólo la Ley puede: regular los modos de extinción de los créditos tributarios".

Las obligaciones tributarias se extinguen, de acuerdo al Código Orgánico Tributario, mediante medios comunes a todos los tributos y a través de otros medios que pueden establecerse en leyes especiales. Los medios comunes son: 1. el pago; 2. la compensación; 3. la confusión; 4. la remisión; 5. la declaratoria de incobrabilidad y 6. la prescripción. La transacción se regula en capítulo aparte (Capítulo VI del Título II). Algunas de estas formas de extinción ameritan un comentario, aun cuando sea breve por la limitación del tiempo.

En primer lugar, *la compensación*. En nuestro ordenamiento jurídico había sido tradicional la negación de la compensación como medio de extinguir los créditos tributarios. En el artículo 1.335 del Código Civil se estatuye que: "tampoco se admite la compensación respecto de lo que se adeuda a la Nación, a los Estados o a sus secciones, por impuestos o contribuciones". En la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional se dispone que: "En ningún caso es admisible la compensación contra el Fisco" (Art. 5º).

Sin embargo, en la Ley de Impuesto sobre la Renta se previó que cuando el contribuyente ha pagado más del impuesto causado en el respectivo ejercicio, tendrá derecho a solicitar en sus declaraciones futuras que dicho exceso le sea rebajado en las liquidaciones de impuesto correspondientes a los subsiguientes ejercicios, hasta la concurrencia del monto de tal exceso, todo sin perjuicio del derecho de reintegro (Art. 77). De esta manera se incorporó en nuestro ordenamiento tributario una forma particular de compensación, la cual se hizo extensiva a todos los tributos sometidos al Código Orgánico Tributario al promulgarse éste. En efecto, este conjunto normativo declara inaplicable a la materia tributaria regida por el mismo, el artículo 5º de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y además establece que:

La administración tributaria declarará, de oficio o a petición de parte, la compensación de los créditos líquidos y exigibles del contribuyente por concepto de tributos y sus accesorios, con las deudas tributarias igualmente líquidas y exigibles referentes a períodos no prescritos, comenzando por los más antiguos y aunque provengan de distintos tributos, siempre que se trate del mismo sujeto activo.

También son compensables los créditos por tributos con los que provengan de multas firmes, en las mismas condiciones establecidas en el encabezamiento de este artículo (Art. 46).

Asimismo, se dispone en el Código Orgánico Tributario que los créditos tributarios podrán ser cedidos a los solos efectos de ser compensados con deudas tributarias que tuviere el cesionario contra el mismo sujeto activo (Art. 47). En cuanto a los demás créditos de origen no tributario se mantiene la prohibición de la compensación. Es de destacar que la compensación en la materia que nos ocupa difiere de la figura de igual nombre consagrada en el Código Civil, en cuanto ésta opera automáticamente en tanto que aquélla requiere de una declaración expresa de la Administración Tributaria para que surta sus efectos.

En segundo lugar, considero oportuno formular un breve comentario sobre la *declaratoria de incobrabilidad* como medio de extinguir la obligación tributaria prevista en el artículo 50 del Código Orgánico Tributario. Se trata en este caso de una innovación de nuestro proyectista, aceptada por el Legislador, pues este mecanismo no aparece contemplado en el Modelo de Código Tributario para América Latina. Dispone el artículo antes mencionado que el Ejecutivo Nacional podrá de oficio, previa opinión de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República, declarar incobrables las obligaciones tributarias y sus accesorios y multas conexas en tres casos: en primer lugar, deudas que no excedan de 10.000 bolívares, siempre que hubieren transcurrido 5 años a partir de la fecha en que la deuda se hizo exigible y cuando las gestiones de cobro no se justifiquen o hayan resultado infructuosas; en segundo lugar, deudas cuyos sujetos pasivos estén ausentes del país por más de cinco (5) años, siempre que no se tenga conocimiento de la existencia de bienes embargables para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación; en tercer lugar, las deudas cuyos sujetos pasivos hayan fallecido en situación de insolvencia comprobada. En la exposición de Motivos del Proyecto de Código Tributario se justifica esta disposición así:

Esta norma permitirá al Ejecutivo Nacional sincerar la contabilidad fiscal, cargada actualmente con una cifra de varios miles de millones de bolívares que representan tributos liquidados desde hace muchísimos años, absolutamente incobrables por razones de diversa índole; y además, permitirá repetir esta operación periódicamente, cuando se considere necesario y dentro de las limitaciones previstas.

Por nuestra parte, consideramos muy poco feliz esta innovación, por diversas razones: de un lado, se abren compuertas para manipulaciones encaminadas a frustrar los intereses del Fisco y se estimula la falta de pago oportuno de las obligaciones tributarias; del otro, se pone a cargo de la Administración fiscal la tarea de efectuar una serie de constataciones, como sería la de verificar en

los registros del país si una persona tiene bienes susceptibles de ser ejecutados, para lo cual aquélla no tiene capacidad. Si el Fisco no es capaz de cobrar los créditos fiscales, mucho menos podrá hacer las averiguaciones necesarias para declarar incobrables tales créditos. Además, si se declaran incobrables, y por tanto extinguidas, deudas tributarias de unos contribuyentes y no se hace lo mismo con otros que estén en los mismos supuestos, se estaría infringiendo el principio de la igualdad consagrado en la Constitución. En todo caso, el requerimiento de la opinión previa de la Contraloría y de la Procuraduría para declarar incobrables esas obligaciones supone un freno muy importante al mal uso que eventualmente pudiera dársele a esta disposición.

Otra forma de extinguir las obligaciones tributarias es la prescripción. En materia de impuesto sobre la renta, la Ley establece una prescripción de cinco años, contados a partir de la fecha de la terminación del ejercicio en que se consideran disponibles los enriquecimientos, y de siete años, cuando no se haya presentado la declaración. En general, el lapso de cinco años es el que se aplica en los tributos nacionales, mientras que en los tributos municipales es frecuente encontrar lapsos de diez años para que opere la prescripción. Pues bien, el Código Orgánico Tributario rebaja el período de prescripción de cinco a cuatro años cuando se ha formulado la declaración, y de seis a cinco años en caso contrario. Esta disposición, de aplicación inmediata en relación a los tributos sometidos al Código Orgánico Tributario, modifica desde la vigencia del mismo todas las leyes particulares en las cuales se establecen lapsos superiores de prescripción, en beneficio de los deudores de impuestos.

Otra figura que se regula en el Código Orgánico Tributario como medio de extinción de la obligación tributaria es la *transacción*. Aun cuando la transacción estaba prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en relación a deudas atrasadas provenientes de cualquier renta que hubiere pasado a figurar como saldo de años anteriores (Art. 49), la aplicación de este artículo había suscitado polémicas en nuestro país. Particularmente el profesor Florencio Contreras, hoy lamentablemente fallecido, había cuestionado con énfasis la posibilidad de realizar transacciones sobre una materia indisponible como es la soberanía tributaria del Estado, con lo cual al mismo tiempo se atentaba contra los principios de generalidad, de legalidad y de igualdad en la tributación, consagrados en la Constitución. En el mismo sentido, Brewer escribió en 1967 un ensayo sobre "las transacciones fiscales y la indisponibilidad de la potestad y competencia tributarias".

La cuestión adquirió particular relevancia por los reparos que formuló la Administración del Impuesto sobre la Renta y la Contraloría General de la República a las antiguas concesionarias de hidrocarburos, por un orden cercano

a los cinco mil millones de bolívares, en relación a los cuales se han suscitado recursos jurisdiccionales que hoy están pendientes de decisión en la Corte Suprema de Justicia. Ante esta situación, se ha replanteado el acudir a la transacción para cancelar tales litigios, pero han surgido oposiciones de diversa índole, entre ellas en relación a la posibilidad jurídica de efectuarlas.

Ahora bien, en el Código Orgánico Tributario se dispone claramente que la transacción judicial es un medio de extinguir las obligaciones tributarias, pero con la advertencia de que la misma es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable (Art. 58). Por nuestra parte, consideramos que la transacción es un mecanismo difícil de aplicar en una materia donde no cabe la discrecionalidad como es la relativa a la determinación de las deudas fiscales, y asimismo estimamos que por la forma como está redactada la norma a que nos referimos se hace prácticamente inoperante la figura allí consagrada.

En efecto, si el hecho generador de la obligación de pagar el impuesto está contemplado previamente en la Ley, ese hecho se produce o no se produce. Si se produce, el contribuyente debe pagar el impuesto; si no se produce, no existe la obligación tributaria. Luego, no vemos cómo se puede efectuar una transacción sobre la ocurrencia del hecho imponible. En materia de impuestos sucesorales, por ejemplo, ello equivaldría a transar sobre el hecho de si el causante se murió o no se murió.

La transacción en el ámbito fiscal es un rezago de la época en que existían facultades discrecionales muy amplias en favor del Ejecutivo, e incluso, de la Época en que el Estado de Derecho era incipiente. Desde un punto de vista teórico, la transacción es poco menos que imposible de justificar en esta materia, aun cuando desde el ángulo práctico puede ser útil en determinadas circunstancias. En efecto, cuando están en juego intereses políticos de alto nivel, puede defenderse la posibilidad de que el Estado acuda a medidas extraordinarias, como ocurre con la amnistía. Sin embargo, con la redacción del artículo 58 del Código Orgánico Tributario se establece una limitación a la posibilidad de la transacción que, en nuestro criterio, hace imposible la aplicación de este medio de extinción de las obligaciones tributarias, sin violentar el precepto allí establecido.

F. *Las Sanciones*

El Código Orgánico Tributario también reserva a la Ley la posibilidad de tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones. En igual sentido, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos había establecido que "nin-

gún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes..." (Art. 10).

En forma general, en el Código que comentamos se consagra el principio de que las sanciones por defraudación fiscal no serán de naturaleza corporal, tal como se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto:

Respecto a esta infracción, la Comisión Redactora ha seguido la doctrina del Modelo de sancionarla sólo con pena de multa y no con la privación de la libertad. Comparte la Comisión el criterio de los redactores del Modelo, y de muchos destacados tributaristas, de que la realidad social y jurídica de los países de la América Latina no aconseja el establecimiento de la pena privativa de la libertad para la defraudación tributaria, pues por una parte ella puede convertirse en un instrumento de arbitrariedad y coacción por motivaciones extrajurídicas o de otra índole, y por la otra, la adopción de las penas privativas de la libertad obligaría a suprimir las presunciones de culpabilidad y trasladaría la aplicación de las penas al campo del Derecho Penal, lo que reduciría considerablemente su eficacia, como lo demuestra la experiencia de algunos países.

En la Exposición de Motivos a que nos referimos se cita la opinión del distinguido profesor Héctor Villegas, especialista en Derecho Tributario Penal, para quien:

En la medida que no exista una conciencia social que equipare a los evasores fiscales a los delincuentes comunes será muy difícil que la pena corporal tenga una aplicación plena. Respecto a Venezuela, algunas conversaciones sostenidas con venezolanos de aguda inteligencia, así como algunos escritos leídos, me conducen a la impresión de que no se identifica al delincuente (que mata, que roba, que viola, que rapta, que corrompe, etc.), con el que evade los impuestos, aun cuando lo haga mediante fraude. Es la situación que se dio en la Argentina y que motivó al fracaso de la Ley 20.658 que transformó en delito la evasión fiscal fraudulenta y estableció penas privativas de la libertad para los autores. Esta ley estuvo vigente durante aproximadamente dos años y medio y, que yo sepa, *no fue aplicada ni una sola vez a un evasor fiscal*".

De modo excepcional, y en concordancia con la ley especial que rige la materia, se dispuso en el Código Orgánico Tributario que, "cuando la defraudación consista en el ejercicio clandestino de la industria o comercio del alcohol o de las especies alcohólicas, será penada con prisión de tres (3) meses a dos (2) años". En este caso, además de la defraudación fiscal, la elaboración clandestina de las especies alcohólicas puede poner en peligro la salud o la vida de los consumidores de tales productos. Por otra parte, fuera del ámbito del Código Tributario, se mantienen las penas corporales para el delito de contrabando, tal como se establece en la Ley Orgánica de Aduanas. En relación al principio general de que no son aplicables penas privativas de la libertad a los infractores fiscales, quisiera formular un breve comentario.

Por la misma época en que se discutió en el Congreso el Código Orgánico Tributario, se cumplió el proceso de formación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Entre estos dos proyectos existe un paralelismo en el tiempo, pero corresponden a dos filosofías totalmente diferentes. En la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público se consagran como delitos y se sancionan con penas privativas de libertad no solamente los tradicionales delitos contra la Cosa Pública (peculado, concusión, corrupción y otros), sino también determinadas infracciones formales que antes se consideraban incluidas en el ámbito de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos: el sobregiro en las partidas presupuestarias y en las cuentas bancarias, el cambio de destino de un crédito presupuestario, aun en beneficio público, y otros. En estos casos, no existe en la conciencia social la idea de que se está cometiendo un delito, como sí existe cuando se roba, se mata, se viola, para utilizar la expresión del profesor argentino antes citado. Si se hubieran considerado ambos proyectos bajo el mismo prisma filosófico, muchos de los delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público hubieran permanecido en el ámbito de la responsabilidad administrativa.

Esta diferencia de enfoques conduce a regular situaciones en forma paradójica: si un contribuyente defrauda al fisco mediante manipulaciones dolosas, simplemente se le impone una multa; pero si un funcionario público arbitrariamente exige o cobra algún impuesto o tasa indebidos, o que aun siendo legales, emplea para su cobranza medios no autorizados por la Ley, será penado con prisión de un mes a un año y multa de hasta el veinte por ciento de lo cobrado o exigido (Art. 68 LOSPP). En este caso, no se requiere que el funcionario se apropie de lo cobrado u obtenga algún beneficio personal para que se configure el delito, y puede aun tratarse de un exceso de celo del funcionario —nada plausible, por cierto— para que incurra en el supuesto de la norma. De allí que la defensa del patrimonio público se regula bajo concepciones diferentes, aun cuando las mismas se adoptan simultáneamente en el tiempo.

G. Los recursos de los contribuyentes

Entre las materias reservadas a la Ley, y que por tanto forman parte de la formulación actual del principio de la legalidad tributaria, está la facultad de establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto estos signifiquen una limitación o regulación de los derechos o garantías individuales.

Este aspecto nos conduce a decir algunas palabras sobre los recursos administrativos y sobre el recurso contencioso-tributario. Además de la revisión de oficio que corresponde a la Administración tributaria sobre la legalidad de sus actos, dispone el Código Orgánico Tributario que:

Los actos de la administración tributaria de efectos particulares o generales que determinen tributos, apliquen sanciones, o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, podrán ser impugnados por quien tenga interés legítimo mediante la interposición del recurso jerárquico reglado en este capítulo" (Art. 153).

Como aspecto curioso debemos comenzar por destacar la referencia que se hace en la norma transcrita a los actos de efectos generales como sujetos al recurso jerárquico. Entendemos que se trata de un error de terminología, pues debe referirse a los actos generales (aquellos que tienen un destinatario indeterminado) y no a los actos de efectos generales (aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general u objetiva). Estos últimos son los actos normativos, como es el caso de los reglamentos, los cuales no pueden ser objeto de recurso jerárquico, aun cuando pueden ser impugnados por ilegalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Del mismo artículo citado se desprende que los actos normativos no determinan tributos, ni aplican sanciones, ni afectan derechos particulares, toda vez que se refieren a situaciones generales u objetivas.

Una innovación en esta materia la constituye la norma conforme a la cual, "la interposición del recurso jerárquico suspende la ejecución del acto recurrido" (Art. 162). Esta disposición se fundamenta en la doctrina establecida en el Modelo de Código Tributario para América Latina, en cuya exposición de motivos se expresa:

La Comisión estima de gran trascendencia la no exigencia del pago previo o "solve et repete" como requisito o presupuesto de la acción (Art. 167). El odioso "solve et repete", según calificación de autorizada doctrina, constituía un medio utilizado frecuentemente para encubrir la arbitrariedad administrativa y hacer ilusoria la defensa del contribuyente. Además, aparte de tratarse de una institución que no existe en todos los países, en fecha reciente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Italia, su país de origen, por contrariar garantías esenciales, y fue eliminada en Argentina y Uruguay, sin producir ninguna alteración en la recaudación normal de los tributos. Los peligros que ofrecería tal supresión desaparecen con la organización de un sistema coordinado de medidas cautelares y de ejecución, independientes de la prosecución de la acción ordinaria sobre la procedencia del crédito fiscal.

Por otra parte, cabe destacar que la regulación de los recursos administrativos en esta materia tributaria difiere en muchos aspectos de las normas consagradas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en general. Esa diferencia es particularmente notable en cuanto al requisito del agotamiento de la vía administrativa como condición previa para intentar el recurso jurisdiccional.

En el Código Orgánico Tributario no se contempla el recurso de reconsideración, el cual, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es de obligatoria interposición para intentar luego el recurso jerárquico. A su vez, en la Ley que acabamos de mencionar, el recurso jerárquico debe ser necesariamente interpuesto cuando el acto impugnado no emana del superior jerárquico, como un requisito indispensable para que sea admisible el recurso contencioso-administrativo. En materia tributaria, en cambio, puede intentarse el recurso contencioso-tributario sin necesidad del previo ejercicio del recurso jerárquico (Art. 173, COT).

De lo expuesto se desprende que, en el ámbito regido por el Código Orgánico Tributario, se puede impugnar el acto de la Administración tributaria, aun cuando el mismo no emane del superior jerárquico correspondiente, ante la jurisdicción contencioso-tributaria sin necesidad de agotar previamente ni el recurso de reconsideración, que no se regula en el Código, ni el recurso jerárquico, el cual es facultativo para el interesado.

Por otra parte, del recurso contencioso-tributario conocen los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Tributario —de naturaleza unipersonal, a diferencia de los antiguos Tribunales de Impuesto sobre la Renta, los cuales fueron suprimidos— y el recurso puede proponerse directamente ante estos tribunales o a través de la Dirección General de Rentas del Ministerio de Hacienda o de cualquier otra oficina de la administración tributaria correspondiente al tributo de que se trate, o por intermedio de un juez del domicilio fiscal del recurrente (Art. 177 COT). Una diferencia adicional en relación a los recursos ordinarios, resulta de la circunstancia de que el recurso contencioso-tributario puede ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico, en el mismo escrito, para el caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de dicho recurso jerárquico (Art. 174, Parágrafo Unico, COT).

De las apelaciones contra las sentencias de los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Tributario conoce la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo (Art. 185, ordinal 4º de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), excepto cuando se trate de la materia regulada en la Ley de Impuesto sobre la Renta, pues esta competencia fue asumida por la Sala Político-Administrativa en conformidad con el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 21 de junio de 1977, dictado con fundamento en el artículo 187 de la Ley que rige nuestro Máximo Tribunal.

En el Código Orgánico Tributario se regulan otros procedimientos contenciosos, como son el juicio ejecutivo y la acción de amparo.

El juicio ejecutivo es el que sigue el Fisco Nacional para hacer efectivos los créditos a su favor por concepto de tributos, sanciones, intereses o recargos,

que no hayan sido pagados al ser determinados y exigibles (Art. 190, COT). Con esta disposición se sustituye, en el ámbito del Código Orgánico Tributario, y cuando el sujeto activo sea la República, el procedimiento contemplado en el Título XIII del Código de Procedimiento Civil "De las demandas en que tengan interés las rentas públicas". Hemos hecho la salvedad de que el sujeto activo debe ser la República para poder acudir a este procedimiento debido a que el Código Orgánico Tributario se refiere al Fisco Nacional. De allí que cuando el demandante sea un ente público descentralizado dotado de competencia tributaria, como el caso del INCE o del Seguro Social, la competencia y el procedimiento lo determinan las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil.

La acción de amparo procede "cuando la administración tributaria incurra en demoras excesivas en resolver sobre peticiones de los interesados y ellas causen perjuicios no reparables por los medios procesales establecidos en este Código o en leyes especiales" (Art. 208, COT). Esta acción se vincula con el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, a cuyo efecto se consagra un procedimiento breve y sumario para restablecer la situación jurídica infringida. Por último, *en materia de costas procesales* el Código Orgánico Tributario contiene una innovación que es interesante destacar.

En el Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, al regularse los privilegios y prerrogativas del Fisco, se dispone que:

En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos (Art. 10).

Con la Ley Orgánica de Régimen Municipal, mandada a ejecutar el 18 de agosto de 1978, se inicia una evolución tendente a modificar la inmunidad de los entes territoriales en materia de costas procesales. En esta ley se dispone que:

Para que proceda la condenatoria en costas contra el Municipio será necesario que éste resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente en juicio de contenido patrimonial. El monto de la condenatoria en costas no podrá exceder del diez por ciento (10%) del valor de la demanda. La retasa será siempre obligatoria. En todo caso el Juez podrá eximir de costas al Municipio cuando aparezca que éste ha tenido motivos racionales para litigar (Art. 82).

En conformidad con esta orientación, en el Código Orgánico Tributario se suprime la prerrogativa de la exención de costas a favor de los entes públicos en los litigios que caen dentro del ámbito de dicha Ley, y se equipara al contribuyente con el sujeto activo del respectivo tributo. En tal virtud, cuando

uno de los sujetos de la relación procesal resulte totalmente vencido por sentencia definitivamente firme, será condenado en costas, las cuales no excederán del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o acción o de la demanda, según corresponda. Si el asunto no tiene una cuantía determinada, el Tribunal fijará prudencialmente las costas. También se prevé que el Tribunal podrá eximir del pago de las costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de ello en la sentencia (Art. 211, COT).

2. *El Principio de la Justicia Tributaria*

El principio constitucional de que "todos están obligados a contribuir a los gastos públicos", aparece condicionado por un principio de carácter sustancial: esa contribución se hará conforme a los requerimientos de la justicia, que es un objetivo de la Constitución.

A. *La Justicia Social como objetivo de la Constitución*

En el Preámbulo de la Constitución se señala como propósito del Constituyente:

Proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social, y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre.

En conformidad con esta declaración, de todo el articulado de nuestra Carta fundamental se desprende el deseo del Constituyente de que toda la acción del Estado se encamine a lograr el objetivo de la justicia social.

Ello se traduce en la configuración de un Estado de economía mixta en el cual, de un lado, se garantizan los derechos sociales de los ciudadanos: educación, salud, vivienda, seguridad social, mejoramiento de las condiciones de vida de la población campesina y de los indígenas, el derecho al trabajo y a un salario justo, el fomento a la cultura, la protección a las mujeres y a los menores, entre otros derechos y garantías. Del otro lado, se proclaman los derechos económicos, partiendo del principio de que el régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad. A estos fines, se garantiza la libertad de industria y comercio, el derecho de propiedad y se prohíben las confiscaciones.

B. *La Justicia Social en el Sistema Tributario*

En cuanto concierne específicamente al sistema tributario, el propósito de

lograr la justicia social condiciona al principio de la generalidad de la tributación. En tal sentido, se establece en el artículo 223 de la Constitución:

El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida del pueblo.

En relación a esta norma, he creído oportuno formular los siguientes comentarios:

En primer lugar, el objetivo de la justicia tiene como destinatario al Legislador y no a la Administración tributaria. Esta tiene la obligación de liquidar y recaudar los tributos contemplados en las leyes, sin que le esté permitido apreciar la justicia o injusticia de ningún tributo. Sus poderes son reglados, no discrecionales. En cambio el Legislador tiene el deber de diseñar un sistema tributario que se adecúe a los postulados de justicia social adoptados por el Constituyente. Ahora bien, nuestro sistema tributario, como el de la mayoría de los países, no ha sido configurado teórica o racionalmente, sino que es el producto de la agregación de normas, principios, estructuras, sistemas y procedimientos, todo lo cual ha tenido lugar en un largo período de tiempo. En virtud de ello, se hace necesario revisar el sistema tributario para lograr los objetivos señalados en la Constitución.

En segundo lugar, el sistema tributario debe distribuir las cargas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de la progresividad. En este sentido, el principio constitucional de la igualdad ("no se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social"), no debe entenderse como una igualdad absoluta sino como una igualdad de sacrificio para todos los que tienen la misma capacidad económica. Por otra parte, el principio de la progresividad no se refiere a cada tributo en particular sino a la progresividad del sistema en su conjunto. En efecto, en los impuestos indirectos, en las tasas y en las contribuciones especiales es muy difícil —y en algunos casos es imposible— establecer los gravámenes de acuerdo a la capacidad económica de los contribuyentes y hacer efectivo el principio de la progresividad. Únicamente en los impuestos directos, como es el caso entre nosotros del impuesto sobre la renta y el impuesto sobre sucesiones y donaciones, ya que no contamos con un impuesto nacional sobre el patrimonio, es factible determinar la capacidad contributiva con base en indicios objetivos que revelan en forma lo más aproximada posible un determinado nivel de riqueza. Por esta razón, lo que postula la norma constitucional es que el sistema tributario, en su conjunto, sea progresivo, esto es, que en el total de los tributos que paga cada persona o grupo familiar se incorpore el principio de la progresividad, con el fin de hacer efectivo el principio de la igualdad de sacrificio.

Ahora bien, así entendido el principio de la progresividad, la conclusión es que en nuestro sistema tributario no se respeta este postulado constitucional, antes bien, nuestro sistema es francamente regresivo, tal como lo han puesto en evidencia los estudios económicos que se han realizado a este respecto.

La explicación de este fenómeno se ha buscado, por una parte, en la circunstancia de que existe un sistema de incentivos para los contribuyentes de mayores recursos que se traduce en exoneraciones, rebajas, desgravámenes y otros beneficios para favorecer la reinversión de fondos, y por la otra, en el hecho de que nuestros impuestos progresivos (impuesto sobre la renta e impuesto sobre sucesiones) se hacen proporcionales una vez que alcanzan un determinado nivel en las escalas correspondientes. De allí que un empleado medio a quien le retienen el impuesto sobre la renta, contribuye en mayor medida con los gastos públicos que una empresa que obtiene altísimos beneficios.

III. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA TRIBUTARIO

En esta presentación global de nuestro sistema tributario me corresponde ahora referirme a la estructura del mismo. A estos fines, expondré en primer lugar la distribución de la potestad tributaria entre los diversos entes territoriales y, en segundo lugar, la configuración actual de los tributos nacionales.

1. *Distribución de la Potestad Tributaria*

En Venezuela existen tres categorías de entes territoriales, cada uno dotado de potestad de legislar, y por tanto, dotado de potestad originaria para establecer tributos: la República, los Estados y los Municipios. La distribución de las potestades tributarias la hace la Constitución en la forma que analizaremos a continuación.

Previamente es necesario señalar que si bien la potestad tributaria está conferida exclusivamente a los entes territoriales, en las leyes o actos equivalentes que éstos dictan pueden señalarse como sujetos activos de la relación jurídica tributaria a determinados entes descentralizados bajo formas jurídicas de derecho público, tales como institutos autónomos. En estos casos, estos entes no territoriales tendrán competencia tributaria, mas no potestad para establecer tributos, la cual como antes se indicó, está reservada a los entes con potestad para legislar, esto es, los entes territoriales.

A. *Tributos Nacionales*

La República tiene establecido su ámbito de tributación en el artículo 136 de la Constitución, conforme al cual se reserva a la competencia del Poder Nacional:

La organización, recaudación y control de los impuestos a la renta, al capital y a las sucesiones y donaciones; de las contribuciones que gravan la importación, la de registro y timbre fiscal y las que recaigan sobre la producción y consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserve al Poder Nacional, tales como las de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas; las de minas e hidrocarburos y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidos a los Estados y a los Municipios, que con carácter de contribuciones nacionales creare la ley" (ordinal 8º).

De los arbitrios rentísticos reservados al Poder Nacional no se ha utilizado hasta ahora el correspondiente al capital o patrimonio, el cual, tenemos entendido, suministra importantes ingresos para el Presupuesto de Colombia. En el mismo artículo 136 se reservan para la competencia del Poder Nacional la regulación de diversas actividades, tales como: la organización y el régimen de las aduanas (ordinal 9º); el régimen de pesas y medidas (ordinal 12º); lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias (ordinal 20º); el correo y las telecomunicaciones (ordinal 22º); la administración de justicia (ordinal 23º); la legislación sobre notarías y registro público (ordinal 24º) y otras. Se ha interpretado que los ingresos tributarios que se generan de esas actividades cuya regulación está reservada al Poder Nacional, también corresponden a éste.

Por último, nuestro Constituyente atribuye al Poder Nacional los poderes implícitos, cuando dispone en el mismo artículo 136 que es de la competencia de éste:

Toda materia que la presente Constitución atribuya al Poder Nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza (ordinal 25º).

De esta norma se infiere que, en materia tributaria, el Poder Nacional puede reclamar para sí los poderes que, por su índole o naturaleza, deban estar centralizados.

B. *Tributos Municipales*

La autonomía del Municipio comprende, entre otros atributos, "la creación, recaudación e inversión de sus ingresos" (Art. 29, ordinal 3º de la Constitución).

En el artículo 31 de nuestra Carta Fundamental se dispone que los Municipios tendrán entre sus ingresos, además del producto de sus ejidos y bienes propios y de las tasas por el uso de sus bienes o servicios, los siguientes impuestos o contribuciones:

1. Las patentes sobre industria y comercio;
2. Las patentes sobre vehículos;

3. Los impuestos sobre inmuebles urbanos y
4. Los impuestos sobre espectáculos públicos.

En el mismo artículo se preceptúa que entre los ingresos municipales estarán "los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que crearen de conformidad con la Ley".

En armonía con esta norma, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Art. 98) se señalan los siguientes ingresos tributarios que corresponden a los Municipios:

1. El gravamen sobre los juegos y apuestas lícitas que se pacten en su jurisdicción.
2. La contribución de mejoras sobre los inmuebles urbanos que directa o indirectamente se beneficien con la construcción de obras o el establecimiento de servicios por el Municipio.
3. La participación en el producto del Impuesto Territorial Rural, la cual se determinará en la Ley que establezca dicho impuesto. Esta Ley aún no se ha dictado, pero reposa en las Cámaras Legislativas un Proyecto de Ley de Impuesto predial en el cual no se prevé la participación aludida.

Por último, en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio se contempla una contribución por mejoras que tiene como base imponible los mayores valores que adquieran las propiedades en virtud de los cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidos por los planes de ordenación urbanística (Art. 68), la cual requiere, para ser exigible, que se dicte, por cada Municipio, una ordenanza donde se establezca este tributo.

C. *Tributos Estadales*

Nuestra Constitución establece que "La República de Venezuela es un estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución" (Art. 2º). A diferencia de otros estados federales, en nuestro ordenamiento constitucional no se define un ámbito tributario propio para los Estados, lo cual no implica que éstos carezcan de potestad tributaria.

De allí que la determinación de la potestad tributaria de los Estados debe hacerse tomando en cuenta los siguientes criterios:

En primer lugar, los Estados no pueden establecer tributos en las materias reservadas al Poder Nacional ni en las que la Constitución y las leyes asignan a los Municipios.

En segundo lugar, los Estados tienen una serie de limitaciones en cuanto a su potestad tributaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución: no pueden crear aduanas ni impuestos de importación, de exportación o de tránsito sobre bienes extranjeros o nacionales; ni gravar bienes de consumo antes que entren en circulación dentro de su territorio, ni gravar los bienes producidos fuera de su territorio en forma diferente a los producidos en él; ni crear impuestos sobre el ganado en pie o sobre sus productos o subproductos.

En tercer lugar, los Estados disponen de la competencia residual, pues el artículo 17 de la Constitución establece que "Es de la competencia de cada Estado: 7º Todo lo que no corresponde, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal. Aquí se plantea una cuestión interesante, pues si bien los Estados tienen los poderes residuales, el Poder Nacional tiene los poderes implícitos, como antes se señaló. De ahí surge la siguiente interrogante: ante una materia no atribuida expresamente ¿cuál domina; el poder residual o el poder implícito?

El doctor Brewer ha sostenido la tesis del fortalecimiento del federalismo y ha realizado esfuerzos por determinar un ámbito tributario que pueda corresponder a los Estados. En tal sentido, ha señalado que existe un estrecho margen en el cual puede hacerse efectiva la potestad tributaria estatal: los Estados pueden establecer impuestos sobre el consumo de bienes producidos dentro de su territorio o sobre bienes producidos fuera de él después que entren en circulación dentro de su territorio, siempre que no se graven en forma diferente unos y otros; y pueden establecer impuestos sobre animales en pie diferentes al ganado, para no chocar con las prohibiciones constitucionales.

Esta tesis del Dr. Brewer presenta un inconveniente principal: de acuerdo al artículo 136, ordinal 8º de la Constitución, la Ley puede reservar total o parcialmente para el Poder Nacional las contribuciones que recaigan sobre la producción o el consumo de bienes. Por tal razón, si un Estado crea una contribución sobre un arbitrio rentístico no atribuido en la actualidad al Poder Nacional o a los Municipios, el tributo será válidamente establecido, pero una ley nacional posterior puede privar al Estado en cuestión de la competencia sobre esa materia, por lo cual no hay seguridad alguna para el ejercicio de la potestad tributaria estatal. La única manera de garantizar a los Estados la posibilidad de obtener ingresos tributarios en forma estable, sería que se dictara una ley con fundamento en el artículo 137 de la Constitución, según el cual:

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.

A modo de conclusión sobre este aspecto, cabe señalar que en la actualidad los Estados no tienen ingresos tributarios y que los ingresos de los mismos están constituidos casi en su totalidad por las cantidades que perciben del Presupuesto Nacional por concepto del situado previsto en el artículo 229 de la Constitución.

2. *Configuración actual del Sistema Tributario*

Bajo este título trataré de presentar un breve esquema de los tributos nacionales, tratando separadamente los que corresponden al Fisco Nacional y los ingresos parafiscales.

A. *Los Tributos del Fisco Nacional*

En la clasificación de los ingresos públicos que trae la Ley de Presupuesto de cada año se agrupan separadamente los que corresponden a los impuestos y a las tasas. Me referiré en esta exposición exclusivamente a los impuestos, en el orden que aparecen en la Ley de Presupuesto mencionada.

1. *Impuesto sobre la Renta*

Establecido en Venezuela desde 1942, en la actualidad este impuesto se rige por la Ley de Impuesto sobre la Renta del 23 de junio de 1978, reformada el 23 de diciembre de 1981. El impuesto se causa "por los enriquecimientos netos y disponibles, obtenidos en dinero o en especie, en razón de actividades económicas realizadas en Venezuela o de bienes situados en el país". En promedio de los últimos años, el Impuesto sobre la Renta genera más del 60 por ciento de los ingresos ordinarios del Presupuesto, de los cuales las tres cuartas partes proviene de la imposición a las empresas operadores de hidrocarburos. Es un impuesto excesivamente complejo, con diversas tarifas diferenciales y con un amplio sistema de exenciones, exoneraciones, rebajas y desgravámenes. Los niveles de fiscalización son bajos, lo que facilita la evasión.

2. *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*

La Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos es del 13 de agosto de 1982. Se regulan tanto los impuestos sobre las sucesiones como los impuestos sobre las donaciones, aun cuando la mayor parte de las normas son comunes a ambos impuestos. No se grava el patrimonio sino que es un impuesto sobre el enriquecimiento neto del heredero, legatario o donatario. Su rendimiento fiscal es bajo, por lo cual se ha propuesto que se incorpore al Impuesto sobre la Renta.

Al igual que el anterior, este impuesto es directo, por lo cual se pecha al contribuyente de acuerdo a su capacidad económica determinada mediante índices.

3. *Los impuestos aduaneros*

En la Ley Orgánica de Aduanas, la cual está vigente desde el 24-1-79, se regulan los impuestos y tasas que se originan del tráfico internacional de mercancías. Aun cuando se contemplan impuestos sobre importación, exportación y tránsito de mercancías, sólo los primeros tienen vigencia efectiva. En el Arancel de Aduanas, que aprueba el Ejecutivo en conformidad con la Ley, se establecen las tarifas correspondientes, que en su mayoría son *ad valorem*. Los impuestos aduaneros son indirectos, por lo cual recaen en definitiva sobre el consumidor.

4. *Los impuestos sobre la producción y el consumo*

En Venezuela no existe un impuesto general al consumo, a la producción, a las ventas o al valor agregado. En cambio, existen impuestos específicos sobre los siguientes rubros: a) alcoholes y especies alcohólicas; b) cigarrillos; c) fósforos; d) gasolina para vehículos y derivados de hidrocarburos. Cada uno de estos impuestos están establecidos en leyes especiales, pero tienen en común el ser gravámenes indirectos. Como tales, la incidencia económica recae sobre el consumidor, el cual paga el impuesto en la medida en que adquiere o utiliza una determinada cantidad de bienes o servicios, sin que se atienda a su capacidad económica medida a través de índices ciertos o presuntos.

5. *Otros impuestos nacionales*

En la Ley de Registro Público se establece un gravamen con ocasión del tráfico que se opera sobre los bienes de capital y derechos patrimoniales de contenido económico, además de diversas tasas, todos los cuales se engloban en la Ley de Presupuesto bajo la denominación de "derechos de registro".

Por otra parte, en la Ley de Telecomunicaciones se establece un impuesto del uno por ciento del producto bruto de la radiodifusión comerciales, el cual se considera un impuesto indirecto porque se traslada de las radiodifusoras mencionadas a los anunciantes y de éstos a los precios de los bienes y servicios que se anuncian por este medio. Por último, en la Ley de Timbre Fiscal se contempla el impuesto de salida del país, el cual se incluye en el Presupuesto de Ingresos entre las tasas, en razón de que la recaudación del mismo se efectúa mediante la inutilización de un timbre fiscal.

B. *Los Ingresos Parafiscales*

Las contribuciones especiales se clasifican, de acuerdo a la doctrina, en contribuciones por mejoras y en ingresos parafiscales. Estos últimos se caracterizan por la circunstancia de que los mismos no ingresan al Fisco Nacional sino al ente público descentralizado dotado de competencia tributaria. En la termino-

logía norteamericana, estas contribuciones se denominan usualmente "impuestos a la nómina". Las más importantes de ellas son:

1. *La contribución al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.)*

Establece la Ley del Seguro Social del 11-6-66, que tanto los patronos como los trabajadores pagarán cotizaciones al seguro social, así: los patronos, una suma que varía entre el 11 por ciento y el 13 por ciento del monto de los salarios que paguen las empresas privadas, según la naturaleza del riesgo y el 4 y 3/4 por ciento de los salarios que paguen las personas jurídicas de carácter público; los trabajadores, el 4 por ciento del salario en las empresas privadas y el 2 por ciento del salario en los organismos públicos, mientras estos últimos no dispongan del seguro de prestaciones de asistencia médica.

2. *La Contribución al Instituto Venezolano de Cooperación Educativa (INCE)*

En forma similar a la anterior, la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa, del 22-8-59, prevé una contribución a cargo de los patronos (1 por ciento del total de sueldos, salarios y remuneraciones que paguen las empresas privadas) y una contribución a cargo de los trabajadores equivalente al 1/2 por ciento de las utilidades anuales pagadas a éstos, en las empresas que den ocupación a cinco o más trabajadores.

3. *La contribución al IPASME*

En el Decreto-Ley Nº 513, del 9 de enero de 1959, por el cual se crea el Instituto de Previsión y Asistencia Social para el Ministerio de Educación, se establece una contribución para dicho Instituto a cargo de los profesores y maestros del servicio docente nacional, los funcionarios del personal administrativo del Ministerio de Educación y los pensionados y jubilados del mismo que sean admitidos en el Instituto, equivalente al 3 por ciento de la suma mensual fija que devenguen por razón de los servicios que presten.

4. *Otras contribuciones de Seguridad Social*

Los institutos de seguridad social creados por la Ley, tales como el Instituto de Previsión Social del Abogado y el Instituto de Previsión Social de las Fuerzas Armadas Nacionales reciben cotizaciones de sus miembros, las cuales tienen carácter obligatorio.

5. *Contribuciones corporativas*

Cuando los colegios profesionales han sido creados por Ley, tal como ocurre con los de médicos, abogados, ingenieros, economistas, farmacéuticos,

periodistas y otros, los miembros de los mismos deben pagar una contribución o cuota que es obligatoria para poder ejercer la respectiva profesión. Esas contribuciones tienen el carácter de ingreso parafiscal para esos colegios profesionales, que han sido calificados por la doctrina como establecimientos públicos no estatales o corporativos.

IV. LA REFORMA FISCAL

No pretendemos ser originales cuando señalamos la necesidad de emprender en nuestro país una reforma fiscal. En realidad, de la reforma fiscal se habla en todos los países y en todos los tiempos, como una meta siempre deseada y nunca alcanzada.

Ahora bien, en esta época la reforma fiscal se presenta en Venezuela como formando parte de un conjunto de reformas políticas, jurídicas, económicas, sociales y administrativas que persiguen como objetivo replantear las relaciones entre el Estado y la sociedad, para hacer a aquél más eficaz y para permitir a ésta caminos más amplios de justicia y de convivencia. El agotamiento del modelo de desarrollo petrolero —si es que éste existió alguna vez— hace esta búsqueda más urgente, menos aplazable.

Para no desbordar el marco de esta exposición, me limitaré a formular algunas consideraciones sobre la reforma tributaria y sobre la reforma de la Administración financiera del Estado.

1. *La reforma tributaria*

Un objetivo ambicioso para una reforma tributaria en nuestro país podría ser la de permitirnos llegar al siglo XXI liberados de la dependencia de los ingresos petroleros, para lo cual debemos utilizar racionalmente los proventos que todavía nos suministran los hidrocarburos. Una meta de esta naturaleza no podría alcanzarse sin profundas transformaciones en el sistema político y en muchos de los hábitos sociales. En nuestra sociedad existe el convencimiento de que la primera prioridad en este campo debe otorgarse al mejor aprovechamiento del gasto público, antes que al aumento de la participación de la sociedad en la cobertura de los gastos públicos. Por supuesto que dentro de un proceso global de transformaciones será necesario acometer la ampliación de la base de los ingresos públicos para disminuir progresivamente la dependencia de los ingresos del petróleo y diseñar un sistema tributario más justo, donde se peche efectivamente al contribuyente según su capacidad económica y donde se evite en lo posible la elusión, la evasión y la corrupción.

Dentro de este orden de preocupaciones, el Presidente de la República designó en 1980, a sugerencia del Congreso, una Comisión de Estudio y de

Reforma Fiscal, de la cual hemos conocido hasta ahora algunos estudios preliminares. Sin embargo, es motivo de inquietud el que se anuncien en este momento nuevas modificaciones impositivas antes de conocer el Informe Final que deberá presentar dicha Comisión, toda vez que las reformas aisladas no harán sino introducir mayor complejidad e incoherencia en nuestro sistema fiscal.

2. *La Reforma de la Administración Financiera*

En nuestro criterio, la reforma fiscal debe comenzar por una reforma de la Administración Pública, particularmente en el área financiera y tributaria del Estado. La forma alegre e irresponsable como se han manejado las finanzas del país en los años de bonanza petrolera, resta legitimidad a cualquier petición de aumentos impositivos, y con toda razón. Una reforma de la administración financiera no puede desconocer la necesidad de crear cuerpos de funcionarios honestos, capacitados y eficientes en las áreas más importantes de la actividad pública. Bajo los supuestos políticos actuales ese propósito es imposible. Para nuestro sistema político los cargos públicos que se relacionan con el área financiera (compras, suministros, habilitaduría, caja, tesorería, ordenación y control de pagos, inspección, fiscalización), tal como se refleja en el Decreto 211, son de libre nombramiento y remoción, lo que equivale a decir que constituyen un botín para el triunfador en las justas electorales.

De modo que una reforma impositiva exige como prerequisite el establecimiento de sistemas objetivos de selección de personal, de calificación de eficiencia, de estabilidad en los cargos, en fin, de un sistema de mérito en la Administración Pública. Además, es indispensable definir normas objetivas para los contratos públicos, particularmente sobre licitaciones y concursos y establecer mecanismos eficaces de evaluación y control de la gestión pública, para llegar a un proceso de tecnificación y de profesionalización creciente en la administración de los recursos públicos.

CUARTA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA A. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

JAIME VIDAL PERDOMO

Profesor, Colegio Mayor Nues-
tra Señora del Rosario, Bogotá.

1. Gracias señor profesor Manuel Rachadell, distinguido colega Allan Brewer-Carías, señores profesores de Venezuela, señores profesores de Colombia, señores asistentes. Estamos cumpliendo en el recorrido de este seminario, de estas jornadas, una etapa que nos aproxima hacia la mitad del desenvolvimiento de este importante certamen académico. Me corresponde a mí no solamente compartir el tema con el profesor Brewer-Carías, sino comenzar un poco el descenso después de la altura que tuvo el seminario en relación con los temas de derecho internacional, de derecho constitucional y de derecho tributario. Ir buscando un poco la pista de aterrizaje hacia el campo más concreto del derecho administrativo; sin embargo, el nombre de las bases de suyo determina una generalidad que yo voy a aprovechar en una primera parte para hacer referencia a una teoría general de bases del derecho administrativo; luego, en una segunda parte, tratar de llegar a señalar en las constituciones las bases del derecho administrativo, del derecho colombiano y del derecho venezolano; con relación a este último, con la disculpa delante de todos ustedes por los errores que pueda cometer en la designación de los fenómenos propios del derecho administrativo que yo encuentre en la Constitución.

2. En cuanto al primer punto, les decía que hay una teoría general muy interesante; tal vez es de los debates actuales en derecho administrativo del mayor interés: si existe una noción de derecho administrativo extraída directamente de la Constitución, si las constituciones pueden ser apreciadas en términos de

que allí está lo esencial de un derecho administrativo. Esto nos recuerda una vieja polémica, tal vez la polémica del derecho administrativo más importante de este siglo: la polémica alrededor de la teoría del servicio público y de la tesis contraria de la influencia de la noción del poder público o de autoridad, lo que llaman los franceses la noción de "pissance publique". Bello tema del cual han sido protagonistas los más importantes juristas del derecho público en el derecho francés y que, queramos o no, repercute en los derechos venezolano y colombiano, en cierta manera, porque por fortuna nuestra organización institucional no ha sido de obediencia ciento por ciento a esas grandes teorías. Sin embargo, por lo que el tema de bases constitucionales del derecho administrativo arranca de un famoso artículo del profesor Georges Vedel, profesor en París, actualmente miembro del Consejo Constitucional de Francia, vale la pena que para darle un núcleo científico o filosófico hagamos una pequeña mención de esta discusión y luego pasemos a examinar ya las bases en concreto en los dos derechos.

El artículo del profesor Vedel se publicó hacia el año de 1954, y se llama precisamente así: "Las bases constitucionales del derecho administrativo". En buena parte es un artículo crítico de la concepción de la teoría del servicio público que había dominado en Francia la doctrina a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Teoría del servicio público que ustedes lo saben estuvo expuesta con tanto vigor intelectual por León Duguit, por Gaston Jéze, por Bonard, que constituyeron lo que se llamó la "escuela del servicio público". Según ella todos los temarios del derecho administrativo se explicaban con referencia a la teoría del servicio público; la acción del Estado, de otro lado, estaba concentrada en la prestación de los servicios públicos, y la competencia del juez administrativo giraba finalmente alrededor de esa actividad de prestación de servicios públicos.

Recordemos nomás que Duguit decía que el Estado era la cooperación de servicios públicos, y que Jéze anunciaba que la teoría del servicio público era la piedra angular del derecho administrativo.

Frente a esa concepción que hacía de la noción del servicio público el núcleo fundamental, el elemento coordinador, el aglutinante de todas las partes del derecho administrativo, se desdibuja en un tiempo y luego retoma fuerzas una teoría que contemplaba los fenómenos del derecho administrativo más en términos de autoridad, de poder, de gestión pública en la acción del Estado, más que en términos de su vocación de servicio. Es la vieja polémica entre Duguit y Hauriou, y luego en parte trasladada a la nueva escuela dentro de la cual el profesor Vedel aparece como uno de los seguidores del pensamiento de Hauriou, así como el profesor de Laubadere, también de Burdeos, apareció como continuador del pensamiento de León Duguit. Bien, la crítica de Vedel,

para irnos ya hacia el núcleo de su pensamiento, consiste, principalmente, en que la noción de servicio público no define el campo del derecho administrativo: hay servicios públicos de legislación, por ejemplo, de justicia, que no pertenecen al dominio del derecho administrativo; y, en cambio, hay servicios públicos como los industriales y comerciales que a veces los llamamos en nuestros países "empresas públicas" que no están regidos por las normas de derecho público, que son las propias del servicio público. Eso generó lo que en Francia se ha llamado "la crisis" de la noción jurídica del servicio público, con base en un libro del profesor de Corail, libro resonante en cuanto que hizo todo su análisis de cuáles eran las razones que habían conducido a la famosa crisis de la noción de servicio público. Entre ellas, por la razón de que se fue perdiendo el sentido orgánico, el servicio público era una actividad de interés general, pero atendida directamente por el Estado, que tenía a su cabeza un engranaje administrativo, responsable de esa actividad pública; se fue yendo la noción hacia un terreno funcional de actividad importante para la vida de la comunidad, fuera cualquiera persona que la presentara o la atendiera; elemento de ampliación y a la vez de confusión que le permitió decir a Vedel, con cierta ironía que si así fueran las cosas, desde la panadería hasta la música podrían ser clasificadas como servicio público.

A mí me tocó cuando fui a estudiar a Francia asistir a todo ese espectáculo intelectual de debate a que dió lugar la crisis de la noción jurídica de servicio público, y en las distintas ediciones de mi libro de Derecho Administrativo he dado cuenta de ese fenómeno, muy interesante, que todavía creo tiene ciertas repercusiones en la orientación conceptual del derecho administrativo.

3. Decía igualmente Vedel que uno de los problemas de la teoría del servicio público es que no tenía bases constitucionales, porque se monta sobre la idea de una función, de una actividad, cuando en Francia la distinción de las atribuciones del Estado se hace en términos orgánicos, de las ramas que prestan los servicios, y que esto, naturalmente, dejaba el derecho administrativo sobre una base incierta, y colocaba en un terreno de mucha inestabilidad conceptual a la mención del servicio público. Por eso él queriendo, en ese afán de los hombres de ciencia, encontrar un criterio coordinador para explicar el conjunto de una disciplina, lo busca en la noción de "poder ejecutivo" cumpliendo su tarea de ejecución de la ley. Entonces, dice Vedel, que la base constitucional fundamental del derecho administrativo es la actividad del poder ejecutivo en cumplimiento de la ley y mediante esa gestión pública, que se diferencia de la gestión privada en que en esta última la actividad estatal puede estar regida por normas de derecho civil y normas de derecho comercial.

Así, como ustedes lo pueden apreciar, se trata de un intento de constituirle un fundamento sólido, de carácter científico, que arranque directamente

de la Constitución y que permita definir administración pública y qué es derecho administrativo: lo hace alrededor de la noción de poder ejecutivo y de ejecución de la ley. Rápidamente por razones de tiempo, debo mencionar apenas que esa concepción fue criticada por otro jurista francés muy importante, el profesor Eisenmann, en artículo también de mucho vigor de 1972, y que luego, en cierta manera, la polémica ha continuado, pero Vedel insiste en la necesidad de darle esas bases constitucionales al derecho administrativo, y en su 8ª edición de 1980 de su *Droit Administratif* se refiere a las críticas y a lo que él considera que todavía queda en pie de esa fundamentación suya del derecho administrativo.

4. Bien, esto en cuanto hace a esta primera parte, que podía ser más extensa, pero naturalmente, me hago cargo de las limitaciones del tiempo para desarrollar este tema y quiero pasar a una segunda parte, de un pequeño ensayo comparatista entre derecho venezolano y derecho colombiano; quizás si ustedes me acompañan en el recorrido, podamos ver los distintos capítulos del derecho administrativo y ver de ellos qué normas emanan directamente de la constitución. Después de esa teoría de Vedel, la más general sobre las bases del derecho administrativo extraídas de la constitución, podemos puntualizar tres grandes principios que a mi modo de ver dominan el derecho administrativo, y que son útiles para la comparación y reflexión comparatista entre el derecho venezolano y el derecho colombiano.

En primer lugar, la existencia de un régimen presidencial en los dos países; ésto determina una cierta cantidad de funciones administrativas, delimita ciertos capítulos, ciertos campos del derecho administrativo. Naturalmente que, en el caso venezolano, el régimen presidencial puede estar ligeramente atenuado en cuanto a la exigencia de la decisión de ciertos actos en el Consejo de Ministros, exigencia que en derecho colombiano no existe de esa manera, y que a mi modo de ver, y lo he planteado en mis libros podría dar carácter inconstitucional a ciertas funciones que la ley atribuye al Consejo de Ministros en Colombia, porque desafían de alguna manera la lógica rigurosa del régimen presidencial. Someter al Presidente de la República, a la decisión de unos ministros que son subordinados suyos, pero esto en Venezuela no se plantea, porque está consagrada directamente la función del Consejo de Ministros en la Constitución, mientras que en Colombia es una función de ley, no de constitución y el propio Consejo no está contemplado a nivel constitucional.

Los términos con los cuales se designa el régimen presidencial en las dos constituciones es bastante parecido; en Colombia se habla del Presidente como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa en el artículo 120; en Venezuela, en el artículo 181, se habla del Presidente como Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional. Las funciones del Consejo de Ministros pueden atenuar un

tanto, en derecho colombiano, el rigor de la unipersonalidad del poder en la cúspide presidencial que contrastan un poco con el esquema tradicional según nos hace recordar aquella famosa frase de Lincoln, cuando consultando a sus secretarios su opinión, se daban 6 votos en una determinada dirección: 6 votos no, el de él sí, luego gana el sí, dijo Lincoln. Es el rigor si se quiere excesivo del régimen presidencial, que como decía el profesor Planchart ayer en su conferencia, resulta un tanto disminuido por el acomodamiento de mecanismos de cierto parlamentarismo como es el del Consejo de Ministros.

Así presentaría yo, en este ensayo comparatista, aquel primer principio fundamental de bases para las particularidades del derecho administrativo alrededor de esta noción del sistema presidencial.

5. El segundo gran principio de bases constitucionales del derecho administrativo es el relacionado con la definición de un régimen federalista y de un régimen centralista o unitario. En Venezuela, el artículo 2º y el artículo 9º de la Constitución definen ese carácter federal, mientras que en Colombia la Constitución de 1886, que va a celebrar dentro de poco sus 100 años, precisamente en la Constitución que hace réplica a un antiguo régimen federal que existió, sobre todo en una forma más acusada, a partir de 1863; esto da para el derecho administrativo consecuencias muy importantes, naturalmente. Se crea una necesidad en el régimen federal de definir en la Constitución las competencias nacionales, enfrente de las competencias departamentales y municipales, en el lenguaje colombiano, porque todo aquello tiene que ser directamente tratado en la Constitución, o en muy buena parte; mientras que en un sistema centralista o unitario, la Constitución puede ser más escasa en normas y las leyes vienen a desarrollar esos principios, como por ejemplo, en relación con el sistema tributario, lo explicaba hace unos momentos el profesor Juan Rafael Bravo.

Esta es una diferencia en cuanto a bases del derecho administrativo que emana de la Constitución directamente, y que es fruto de la opción por un régimen federal o por un régimen centralista o unitario. Igualmente, se encuentra, lo digo de paso, la idea del Distrito Federal en el artículo 12 de la Constitución de Venezuela; en Colombia el artículo 199 se refiere a un régimen particular de Bogotá, pero sin que haya requerimiento de que la organización de la ciudad capital, en un régimen centralista como el colombiano, deba aparecer en la Constitución, mientras que, me parece a mí, en un régimen federal sí hay necesidad de definir directamente en la Constitución el carácter de esa ciudad sede de los poderes nacionales.

En síntesis, porque naturalmente todo esto supondría unos desarrollos mayores, yo me permitiría dejarles esta inquietud expresada en lo siguiente: lo que puede uno llamar "derecho local", o sea el conjunto de normas dispuestas

por las autoridades seccionales y locales, en un régimen centralista o unitario como el colombiano, es eminentemente un campo del derecho administrativo, porque esas autoridades no pueden producir normas sino de naturaleza administrativa. En cambio, en un sistema de carácter federal, ese derecho local no solamente es más amplio en cuanto a la cantidad de normas, sino que la sustancia de esa normatividad envuelve normas de carácter legislativo, o sea sobre temas distintos de las materias puramente administrativas. Ese es un gran contraste que le da una dimensión al derecho administrativo diferente, según el partido que se tome sobre la organización federal o sobre la organización centralista.

6. En tercer lugar el otro gran principio orientador de bases particulares del derecho administrativo es el ejercicio de la potestad reglamentaria, consagrado en la Constitución colombiana, en el artículo 120.3, y en la Constitución venezolana en el artículo 190, numeral 10, consecuencia (y en esto encontraríamos la formulación de Vedel) de ese principio más general de la ejecución de las leyes, que está en la Constitución colombiana en el artículo 120.2, y en la Constitución venezolana en el 190, número 1.

Aquí, pues, debe hacerse la consideración anterior del ejercicio de ese poder reglamentario, que en el caso de Venezuela, si no me equivoco, está condicionado a hacerse en Consejo de Ministros, mientras que en Colombia los decretos de carácter reglamentario los firman directamente el Presidente y el ministro correspondiente, sin necesidad de deliberación siquiera en el seno del Consejo de Ministros.

Igualmente, como principio general dentro de este tercero de ejecución de las leyes y de potestad reglamentaria, debe tenerse en cuenta esa extensión sustancial normativa de la potestad reglamentaria, en razón de la existencia de leyes que expanden ese poder reglamentario, en una terminología que no sé cuál será expresamente en Venezuela, de leyes cuadros, de leyes orgánicas, para hablar en mi país de las leyes que significan, de suyo, una ampliación de la capacidad normativa del Presidente de la República. Fenómeno que tuvo su punto más acusado en la Constitución francesa de 1958, que ustedes recuerdan, se planteó en términos de producir una "revolución jurídica", para que el principio fuera la disposición normativa por el legislador; revolución jurídica que, como en el nombre de una obra literaria famosa relacionada con la guerra, tampoco tuvo lugar, según las conclusiones de un coloquio en el año de 1978, y que examinó en Francia ese resultado de 20 años, llegando a la conclusión de que no se había producido tal revolución y que, en cierta forma, en la práctica, los términos de relación ley-reglamento se conservaban como habían funcionado anteriormente.

Estos, considero yo, podrían ser tres presupuestos particulares de bases del derecho administrativo tomadas de la Constitución. Ahora podemos hacer un recorrido sobre ciertos capítulos, sobre las partes fundamentales del derecho administrativo a ver de ellos qué encontramos directamente en la Constitución, como para decir que en determinado capítulo hay una base constitucional expresada de determinada manera, con cierto alcance que acá le damos.

7. El derecho administrativo, como ustedes todos lo saben, es el derecho de la organización del Estado, particularmente en su rama ejecutiva o administrativa, y de su actividad; claro que los términos pueden ser un poco más amplios por la diversidad de actividades que pueden asignarse a cargo del Estado, y aun de la Administración. Por eso en ese primer capítulo en el cual hacemos una reflexión de qué hay en la Constitución directamente sobre organización administrativa, es lógico que encontremos distintas normas que se refieran a esos principios de organización. En primer término, la designación de las autoridades administrativas; para estar en nuestro campo, no designemos al Presidente y a los ministros como autoridades políticas, sino sigámoslos mencionando en términos de autoridades administrativas por las funciones que desempeñan. El Consejo de Ministros que ya mencioné, su consagración constitucional en Venezuela y la importancia de las funciones que tiene, que condiciona, si no me equivoco, el ejercicio de la potestad reglamentaria, según lo dije. También las bases de la organización descentralizada por servicios, lo que en algún lenguaje se llama "institutos autónomos", por ejemplo, en el artículo 230 de la Constitución de Venezuela.

En Colombia quizá haya más normas dedicadas a esta organización administrativa; al final, en una pequeña síntesis, trataré de dar la explicación, pero si alguno quiere alguna guía sobre esto, estaría, por ejemplo, el artículo 76, numeral 9, que da una cierta noción de estructura administrativa, cuáles son los órganos principales de la organización administrativa. También la administración descentralizada en Colombia está consagrada en términos de descentralización por servicios, consagrada de manera muy enfática, inclusive mencionando los distintos tipos de los institutos autónomos, para emplear el vocabulario del artículo 230 de la Constitución venezolana. La Constitución colombiana habla directamente de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado, y de sociedades de economía mixta, como especies de ese fenómeno general de empresas públicas, o entidades descentralizadas, o institutos autónomos, nombres todos genéricos que quieren apuntar hacia ese fenómeno general.

Igualmente, en la Constitución colombiana en relación con esos principios de organización administrativa encontramos normas de delegación de funciones presidenciales, en los artículos 135 y 181, que le permiten al Presidente produ-

cir un fenómeno como de cascada que haga descender atribuciones suyas hacia los colaboradores; luego, ya es fenómeno de ley, que descienda de los ministerios hacia otros funcionarios. Además, hay una facultad interesante en Colombia del Presidente en esta materia de organización administrativa: es la distribución de negocios administrativos; o sea, que la ley crea las funciones de los distintos organismos, pero le está atribuido directamente al Presidente la posibilidad de que coloque en una de esas casillas una función, la pase a otro lugar en razón de la afinidad de los negocios, cosa que pueda dar bastante flexibilidad para ir redistribuyendo los servicios entre los distintos despachos sin necesidad de que haya una ley que reordene los ministerios. No es muy utilizada entre nosotros, episódicamente se hacen pequeños ajustes de ese funcionamiento ministerial a través del ejercicio de esta facultad del artículo 132. Viene también el 120.21, una facultad de crear cargos y designar funciones concretas que es fruto de una reforma constitucional de 1968, que se preocupó bastante de esos temas constitucionales y administrativos.

8. Hagamos sobre el capítulo de la actividad administrativa algunas pocas notas. Este es un capítulo muy amplio del derecho administrativo, ustedes lo saben bien; allí se ponen muchas cosas; en primer término, lo relacionado con el orden público, fuente de la noción de poder de policía. En el artículo 43 de la Constitución de Venezuela se menciona el orden público como limitativo de derechos, si sería esa la única fuente de ese poder de policía administrativo o existen otras disposiciones de carácter constitucional. En Colombia los textos son más directos en relación con este poder de policía. El artículo 120 de la Constitución, numeral 7, habla, como responsabilidad del Presidente, de conservar el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado; la jurisprudencia ha hecho nacer de allí ese poder policivo del Presidente con carácter administrativo. En relación con la actividad de servicio público hay coincidencia en las dos Constituciones, parcial en cuanto a ese elemento de continuidad de los servicios públicos, que es un elemento que perdura en esa concepción del servicio público tan maltratada por cierta doctrina, como es en el caso colombiano en el artículo 18 de la Constitución, la prohibición de la huelga, y en Venezuela en el artículo 92 la posibilidad de que la ley limite el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos. En el artículo 104 de la Constitución venezolana se encuentra una referencia a los servicios al público, al servicio del público, por ejemplo de carreteras, ferrocarriles, etc., y en el 136-17 una referencia a que los servicios de salud pública pueden ser nacionalizados, o sea, cambiar de nivel político administrativo. En derecho colombiano hay otras referencias a servicios públicos en la idea de una mayor capacidad de intervención del Estado; es decir, allí con cierto sentido más jurídico, en el artículo 39, que le permite al Estado inspeccionar, reglamentar tarifas de servicios públicos.

En la idea de que servicio público traduce una mayor capacidad de intervención del Estado, que en Colombia, se desdibuja ese significado especial por la consideración de que existe un texto de intervención del Estado en la economía y en las actividades privadas, mucho más amplio, que no condiciona esa intervención, a que sean calificadas esas actividades de servicios públicos.

En tercer lugar, hay una función de inspección que destaco por algunas consecuencias que luego atribuyo en el balance general comparativo, que en el derecho venezolano se manifiesta en el artículo 65 en la inspección de cultos religiosos, de acuerdo con la ley. En derecho colombiano esa función digamos de inspección, manifestación de una actividad administrativa, está en otras normas, inclusive dando lugar a la teoría de decretos autónomos, ejercicio de funciones presidenciales propias no subordinadas a la ley; en materia educativa, en el artículo 120.12 de la Constitución colombiana hay esa consagración de ese poder normativo autónomo, en relación con instituciones de utilidad pública en el 120.19, en el 120.15 una facultad de inspección sobre establecimientos de crédito y sociedad comerciales, y lo que ayer nos mencionaba el profesor Aldana Duque, el artículo 120, numeral 14, de la Constitución, relacionado con funciones de intervención presidenciales en el banco de emisión y en las entidades de ahorro, texto que, digo de paso, se erigió en mi país, por un error de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en una especie de abceso jurídico, que fue creciendo, y por el empleo de una palabra y contra su concordancia con otros textos constitucionales, la jurisprudencia derivó un pretendido poder legislativo del Gobierno, en esos casos. Allí hubo un interesante enfrentamiento en la tesis de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; por fortuna, creo yo, se ha impuesto la tesis del Consejo de Estado, que ha analizado esos poderes en términos de funciones administrativas y no legislativas. Aquel fenómeno de "bola de nieve" que se dio con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, estaba a punto de crear un gran desequilibrio de poderes en la medida en que se interpretaba que todo lo atinente al "ahorro" era facultad exclusiva del Ejecutivo, en la cual no podía intervenir la ley. Y ustedes saben la amplitud del concepto de ahorro en lo económico; así se podía crear ese fenómeno de desequilibrio de poderes o alrededor de la interpretación de lo que es ahorro, que limitaría, en muy buena parte, la vida económica, determinada por normas gubernamentales sin intervención del Congreso, desafiando todos los principios de separación de poderes y de reserva legislativa en ciertos campos.

En otro capítulo, el de libertades y derechos, el Ejecutivo se mueve dentro de ese papel de ejecución de la ley, de potestad reglamentaria, o sea, opera allí ese criterio de base que señala Vedel; sin embargo, en la Constitución colombiana hay dos normas que se han interpretado como concediéndole al gobierno un poder de reglamentación autónoma de ciertos derechos. En el artículo

46 de la Constitución colombiana está la posibilidad, según lo ha interpretado la jurisprudencia, de que el Ejecutivo reglamente el derecho de reunión; así está hoy en día en Colombia, reglamentado por normas del Ejecutivo, no de ejecución de ninguna ley sino normas propias, a través de los llamados reglamentos autónomos; luego, en el artículo 39, se ha encontrado también una fuente de ese tipo de actos reglamentarios en relación con la inspección de profesiones y oficios. En derecho colombiano y no en derecho venezolano, habría una función administrativa en este tema en relación con libertades y derechos.

9. El capítulo sobre función pública, devuelve actividades gubernamentales, dentro del cumplimiento de las leyes, dentro de la ejecución de las leyes, dentro de los límites que son propios de la acción administrativa. Allí estaría la mención que hacen las dos constituciones hacia las facultades presidenciales de nombramiento de ciertos funcionarios. No cito las normas porque son suficientemente conocidas en los dos derechos; ellas serían, digamos, la contribución constitucional base de este capítulo del derecho administrativo sobre función pública. No hago referencia a otras normas de carrera administrativa, de inhabilidades, de inelegibilidades, puesto que operan dentro de la técnica anterior de que deben estar dispuestas por la ley, y el Ejecutivo solamente actúa en ejercicio de la potestad reglamentaria.

10. Pasamos rápidamente al tema de los contratos y encontramos allí también similitudes en los dos derechos. La consagración constitucional en los dos de la representación contractual del Estado, que trae el derecho venezolano en el artículo 190, numeral 15, referido a los contratos de interés nacional; en Colombia de manera más general en el artículo 76, numeral 11, y en el artículo 120, numeral 13. Esta constitucionalización digamos así, de esta representación contractual, por lo menos en Colombia crea ciertos problemas, en cuanto a la posibilidad de celebración de contratos por otros organismos que no dependen de la administración, contratos del Congreso, de la República, contratos de la Contraloría General, contratos de Procuraduría; tal vez este rigor constitucional en este aspecto crea luego esas otras inquietudes.

En la Constitución venezolana encuentra una norma sobre contratos, negociación de empréstitos atribuidas al Presidente en el artículo 190.13, en relación con los contratos de interés nacional en el artículo 126, y en algunas normas sobre las concesiones, fruto, pienso yo, de la evolución venezolana en el campo de los recursos naturales.

11. Rápidamente, como lo impone el rigor del reloj, en relación con los bienes, otro capítulo del derecho administrativo, quizás nos encontramos en que fuera de las normas de contratación no existen en la Constitución otras disposiciones; fuera de la distribución de bienes entre los distintos niveles: na-

cional, estatal y municipal, con una norma curiosa en Colombia: la protección de los bienes de los Departamentos y de los Municipios, en el artículo 183 de la Constitución, en términos de propiedad privada; invoca esa disposición la garantía constitucional de la propiedad privada de los particulares para extenderse a bienes de los Departamentos y de los Municipios, lo cual tiene una explicación histórica que no creo del caso mencionar en el momento.

Para terminar, las apreciaciones sobre dos puntos finales, comenzando por la responsabilidad. La Constitución venezolana define la responsabilidad dentro de los elementos fundamentales del Estado, exige que sea responsable (artículo 3°). Habla también, en el artículo 121, de la responsabilidad por abuso del poder y violación de la Ley, que ya nos va insinuando el contencioso-administrativo de anulación, de plena jurisdicción, por lo menos en relación con el lenguaje en la materia del derecho colombiano; en el artículo 46 también aparecen aquellas menciones de nulidad y responsabilidad. La responsabilidad especial de los ministros en el artículo 196 de la Constitución. En Colombia una norma genérica que puede ser, por lo menos, en principio, equivalente, se encuentra en el artículo 20 de la Constitución, que habla de la responsabilidad general de las autoridades; también existe el artículo 16 que ha sido, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, utilizado como fuente directa de la responsabilidad del Estado por falla en los servicios públicos.

Sobre esta interpretación del Consejo de Estado me he permitido decir que allí quizás exista un error, puesto que la Constitución en Colombia normalmente no consagra derechos subjetivos sino hace declaraciones de carácter político y hay necesidad de que venga la ley para que, al desarrollar esos principios de esa declaración, erija realmente determinadas hipótesis en derechos subjetivos. Así que, como lo dice algún Consejero, tal vez es una fuente apenas mediata pero no inmediata de la responsabilidad en Colombia este artículo 16 que ordena que el Estado debe proteger la vida, honra y bienes de las personas.

12. El último capítulo, el de los principios de la justicia administrativa: en el artículo 220 de la Constitución venezolana está lo relacionado con la nulidad de los actos que hayan sido realizados por razón del empleo de la fuerza, directa o indirectamente; en el artículo 215 las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en el numeral 6, sobre nulidad de reglamentos, numeral 7, sobre nulidad de actos administrativos que creo son las bases del contencioso-administrativo. En Colombia, por la existencia de una jurisdicción especial contencioso-administrativa, que encabeza el Consejo de Estado según el modelo francés que se ha adoptado allí, las normas constitucionales son un poco más abundantes en esta materia, por lo menos aquéllas que como el artículo 137 y el 141 se refieren a la organización del Consejo de Estado. Inclusive; en el artículo 193 que está allí, perdido, mal ubicado en relación con el tema

que trata, se habla de la suspensión de los actos administrativos, y luego del valor de las ordenanzas de las Asambleas Departamentales y de los acuerdos de los Concejos Municipales, que existen mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

13. Hemos hecho, a vuelo de pájaro, este recorrido sobre distintos capítulos del derecho administrativo para tratar de encontrar a cuáles normas de carácter constitucional les podemos atribuir el carácter de servir de bases concretas del derecho administrativo en derecho venezolano y en derecho colombiano. La comparación entre los dos, de manera tentativa, preliminar, son el fruto de estas Jornadas, que precisamente deben permitirnos este acercamiento y algunas conclusiones.

De mi parte serían las siguientes: en primer término, creo que hay una gran similitud en las bases concretas del derecho administrativo entre la Constitución colombiana y la Constitución venezolana, en buena parte con un mismo fenómeno de extensión. Sin embargo, hay algunas diferencias entre ese principio de similitud, por los mayores poderes autónomos en el derecho administrativo colombiano por parte del Presidente de la República como consecuencia de esas funciones de inspección que señalé. En cambio, el derecho venezolano es más abundante en normas constitucionales sobre la organización territorial, consecuencia lógica de que ha optado por el sistema federal. En tercer lugar, la mayor abundancia de normas en el derecho colombiano en relación con la organización administrativa nacional tiene una explicación histórica muy fácil; estas normas, en buena parte, han sido introducidas por una reforma constitucional de 1968, que tuvo como uno de sus centros de preocupación el llevar a la Constitución una serie de principios sobre organización administrativa central y descentralizada por servicios que antes no estaban suficientemente claros en el ambiente jurídico colombiano o creaban polémicas que la reforma consideró del caso eliminar.

Como último punto, la conclusión general: efectivamente hay muchas más bases para el derecho administrativo en las constituciones, que para cualquier otro derecho. Comparemos con el derecho civil, mencionemos simplemente el derecho internacional, y el derecho penal, a pesar de que todos ellos emanan de normas muy concretas de la Constitución; sin embargo, es más abundante la normatividad constitucional en relación con campos que son del dominio del derecho administrativo. Al fin de cuentas —como decíamos al comienzo de la disertación— el derecho administrativo es el derecho de la organización de una rama del poder público y de su actividad y éstos, los cánones jurídicos, exigen que esté dispuesto, por lo menos en muy buena parte, desde la propia Constitución.

Muchas gracias.

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS
Director del Instituto de Derecho
Público, Universidad Central
de Venezuela.

I. INTRODUCCION

Soy de los que están convencidos de que el Derecho Administrativo de un país no puede llegar a conocerse, entenderse, ni exponerse adecuadamente, si no se establecen e identifican, con claridad, sus cimientos, y estos, por supuesto, están en el Derecho Constitucional.

Vieja es la polémica entre administrativistas y constitucionalistas sobre la interrelación, que no interdependencia, entre nuestras disciplinas, y viejo es también el resentimiento de los constitucionalistas por las incursiones que nosotros hemos tenido que hacer en su campo, remozándolo y renovándolo de paso. Frecuente es, así, que los autores de derecho administrativo hayamos tenido que escribir, también, sobre derecho constitucional; no siendo lo opuesto, al contrario, tan frecuente.

Pero los constitucionalistas pueden estar tranquilos: su campo del conocimiento es tan importante, que, como decía al inicio, el derecho administrativo no puede realmente construirse científicamente, si no se identifican sus bases constitucionales. Y en el caso venezolano, ello es lo que me propongo hacer en esta Conferencia. Para ello he pensado, que lo mejor es partir de una definición que, de entrada les digo, renuncia a la existencia de un criterio mágico.

Ciertamente, todos hemos pasado por el ciclo de definir y de negar los intentos definitorios de nuestra disciplina; y todos hemos pensado, en más de una ocasión, en la posibilidad de encontrar ese criterio clave, para definir el derecho administrativo. Yo mismo he pasado por este ciclo, y después de haber pensado, veinte años atrás, que había encontrado ese criterio clave, que aparentemente iluminaba todos los rincones de nuestra disciplina, ahora me en-

cuentro en el polo opuesto, de pensar que el mismo, sencillamente, no existe, lo cual no significa que renunciemos a nuestro afán de definir el derecho administrativo.

En efecto, entendemos por Derecho Administrativo aquella rama del derecho que regula a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma, también, las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de alguna actividad administrativa.

De esta definición, insistimos, resulta claro nuestro rechazo a adoptar un criterio único para definir nuestra disciplina. No se trata de una definición orgánica, ni de una definición material, ni de una definición formal, y más bien hemos optado por una definición mixta, que mezcla los diversos criterios. Ello responde a una realidad de nuestra materia que no debemos olvidar: el contenido de la misma es heterogéneo y mutable.

El Derecho Administrativo de hace cinco o tres décadas, no es el mismo del mundo contemporáneo, y ello por una razón fundamental: el Derecho Administrativo regula una parcela fundamental de la acción del Estado, y el Estado de la década de los años treinta o cincuenta, sobre todo en nuestros países latinoamericanos, no tiene nada que ver con el Estado Contemporáneo. Por ello, siendo el contenido del Derecho Administrativo heterogéneo y mutable, mal podríamos encontrar un criterio único e inmutable para definirlo.

Ahora bien, de la definición que hemos dado, si bien es de carácter mixto, podemos identificar claramente el contenido del Derecho Administrativo en Venezuela.

Hemos dicho que nuestra disciplina regula, en primer lugar, a la Administración Pública como complejo orgánico dentro de la estructura del Poder del Estado. Ello nos conduce, necesariamente, a identificar el sistema de distribución del Poder Público en Venezuela, donde encontramos una de las bases fundamentales de nuestro Derecho Administrativo; distribución que por nuestra peculiar forma Federal del Estado, no sólo es horizontal, sino vertical. A comentar este aspecto dedicaremos la primera parte de esta conferencia.

También hemos dicho, en segundo lugar, que el Derecho Administrativo regula el ejercicio de la función administrativa, lo que nos obliga a identificar las diversas funciones del Estado, como tareas esenciales, cuya diferenciación no coincide ni con la separación de poderes ni con determinadas actividades estatales. Allí está la segunda de las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela, la cual analizaremos en una segunda parte.

Además hemos dicho que el Derecho Administrativo regula a la actividad administrativa, como una de las actividades del Estado, que en nuestro país se realiza por todos los órganos del mismo, en ejercicio de variadas funciones. Identificar la actividad administrativa renunciando al criterio orgánico, pues no sólo es la resultante de la actuación de la Administración Pública, y renunciando al criterio material, pues no solo es la resultante del ejercicio de la función administrativa, es la tercera de las bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano, que trataremos en una tercera parte, y que nos resulta de la definición propuesta.

Por supuesto, también hemos dicho, en cuarto lugar, que el Derecho Administrativo regula el conjunto de relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los administrados o entre los órganos estatales y éstos, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de una actividad administrativa, y ello no es otra cosa que un corolario de los tres elementos anteriores.

Esto nos conduce a identificar los sujetos de derecho que actúan en el campo del Derecho Administrativo, y que pueden entrar en esa relación jurídica. En cuanto a los sujetos estatales, su identificación, en muchos países, resulta del sistema de distribución del Poder Público en forma horizontal y del proceso de descentralización funcional que ha provocado la aparición en el mundo contemporáneo de entidades descentralizadas con personalidad propia, lo cual, como dijimos, estudiaremos en la primera parte; y en cuanto a los administrados, su ámbito de acción está íntimamente vinculado al ámbito de intervención del Estado y de regulación y limitación, con base constitucional, de los derechos y garantías, es decir, a la actividad administrativa, la cual, como también dijimos, lo analizaremos en la tercera parte.

Por tanto, nuestra conferencia de esta mañana, que sigue las líneas de la que leí en el Primer Congreso Bolivariano de Derecho Administrativo, celebrado en Cartagena en julio de este año, la dividiremos en tres partes, que corresponden a las tres bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano y que resultan de los elementos básicos de la definición que hemos formulado de nuestra disciplina.

II. LA ADMINISTRACION PUBLICA DENTRO DEL SISTEMA DE DISTRIBUCION DEL PODER PUBLICO

Hemos señalado que en Venezuela se ha establecido un sistema de distribución del Poder Público, en forma vertical y en forma horizontal, que está a la base de toda la construcción del Estado y, por ende, del derecho que le es aplicable; y por supuesto, por Poder Público entendemos, en la Constitución,

la potestad genérica de actuar que tienen los entes estatales y que les permite imponer el interés público sobre el interés particular.

Ahora bien, la distribución vertical del Poder Público, en Venezuela, da origen a un sistema de descentralización político-formal, derivada de la forma federal del Estado; y la distribución horizontal del Poder Público da origen a la separación orgánica de los poderes, siguiendo los criterios clásicos del constitucionalismo moderno. Veamos qué implicaciones tienen estos dos sistemas en nuestro Derecho Administrativo.

1. *La distribución vertical del Poder Público y los sujetos de derecho estatales*

Conforme a nuestra Constitución, en sentido vertical, el Poder Público tiene tres ramas: el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal, que se distribuyen en un conjunto de tres niveles de personas jurídicas de derecho público estatales que son, a nivel nacional, la República; a nivel estatal, los Estados que forman la Federación, más otras entidades políticas federales como el Distrito Federal o los Territorios o Dependencias Federales; y a nivel municipal, los Municipios, como división político-territorial de los Estados.

Por tanto, jurídicamente hablando, y esto tiene una repercusión básica en nuestro Derecho Administrativo, en Venezuela no existe una sola Administración Pública, como complejo orgánico, ni pueden las Administraciones Públicas, como tales, ser personas jurídicas. En efecto, hemos dicho, tenemos tres niveles político-territoriales que son la República, los Estados y los Municipios. Por eso, definitivamente, la Administración Pública en Venezuela, en los tres niveles territoriales, se muestra como subordinada a la instancia político-territorial-estatal respectiva. Así cada una de estas instancias político-territoriales, tiene su Administración Pública, que no pasa de ser un complejo orgánico, cuya actuación se imputa a la persona jurídico-pública a la cual pertenece.

Este sólo aspecto hace inaceptable en Venezuela, la conocida tesis de Eduardo García de Enterría, de definir la Administración Pública como persona jurídica, negándole tal carácter al propio Estado en el derecho interno, definiendo el Derecho Administrativo como el que regula la actuación de esas personas jurídicas que configuran la Administración Pública. En sus propias palabras, dice: "La personificación de la Administración Pública es el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo", y éste se identifica por ser "el Derecho de las Administraciones Públicas como persona jurídica". Debemos decir además, que tampoco este criterio es aceptable en Venezuela, pues el Derecho Administrativo en nuestro país, como hemos dicho, si bien regula a la Administración Pública como complejo orgánico, no se agota en ello. De allí que tam-

bién rechazamos la conocida tesis orgánica de Fernando Garrido Falla, mediante la cual define el Derecho Administrativo, como el que regula la Administración Pública como complejo orgánico ubicado en el Poder Ejecutivo, que él mismo ha comenzado a revisar y a abandonar, después de la entrada en vigencia, en España, de la nueva Constitución de 1978.

En todo caso, la identificación del sistema de distribución vertical del Poder Público, y de las personas jurídico-públicas que lo ejercen en las tres ramas territoriales, revalorizan la teoría de la personalidad jurídica en Derecho Público. No exageremos diciendo, como lo hacía Hauriou, que "La teoría de la personalidad comprende todo, explica todo, organiza todo", pero sí diremos que es una pieza clave en la identificación del Derecho Administrativo en nuestro país.

2. *La distribución horizontal del Poder Público y la Administración Pública como complejo orgánico*

Pero además del sistema de distribución vertical del Poder en tres niveles territoriales, la Constitución establece un sistema de distribución horizontal del Poder Público que sigue las líneas clásicas de la separación de poderes, pero sólo como separación orgánica y no como separación funcional.

En efecto, en cada uno de los niveles territoriales: Nacional, Estatal y Municipal, el Poder Público tiene una distribución orgánica horizontal peculiar. En el nivel Nacional se distinguen tres ramas del Poder Público: el Poder Legislativo Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Judicial, correspondiendo su ejercicio a tres complejos orgánicos diferenciados y separados: las Cámaras Legislativas; el Presidente, sus Ministros y el resto de la Administración Pública; y la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales, respectivamente. Estos tres conjuntos orgánicos se encuentran separados, y cada uno de ellos tiene sus competencias constitucionales específicas. La Administración Pública como complejo orgánico se encuentra ubicada, en principio, en el denominado Ejecutivo Nacional, que conforma los órganos estatales que ejercen el Poder Ejecutivo Nacional.

Pero no solo la Administración Pública está integrada al Poder Ejecutivo en Venezuela, y he aquí la primera disidencia contemporánea respecto de la teoría clásica de la separación de poderes: a nivel nacional, sobre todo a partir de 1961, han comenzado a encontrar encuadramiento constitucional diversos órganos estatales que configuran también parte de la Organización Administrativa y de la Administración Pública como complejo orgánico, pero que no dependen del Ejecutivo Nacional, ni están subordinadas a ninguno de los tres conjuntos orgánicos clásicos del Estado: el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial. Se trata

de órganos con autonomía funcional, que también son órganos de la República como persona político-territorial nacional, y que son: el Ministerio Público, en particular, la denominada Fiscalía General de la República; la Contraloría General de la República; el Consejo de la Judicatura; y el Consejo Supremo Electoral. Por supuesto, en el derecho venezolano, éstos son órganos que forman parte de la Administración Pública, regulados por el Derecho Administrativo, aún cuando no forman parte del Ejecutivo Nacional ni tengan personalidad jurídica propia. Por ello, el rechazo a la tesis orgánica y personalista para la definición de nuestra disciplina.

Pero decíamos que la separación orgánica de poderes, en forma horizontal, no solo se daba en el nivel nacional, sino también en el nivel estatal e inclusive en el municipal. En los Estados de la Federación, en efecto, se distinguen dos complejos orgánicos que ejercen el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, conformados por las Asambleas Legislativas que existen en los Estados y por sus Gobernadores, por lo que la Administración Pública Estatal está integrada, en principio, en las Gobernaciones de Estado, a las cuales hay que agregar los órganos, como las contralorías Estadales, que en ese nivel, tienen autonomía funcional. No existe un Poder Judicial ni a nivel estatal ni a nivel Municipal, a pesar de la forma federal, pues desde 1945 la Justicia puede decirse que fue nacionalizada en nuestro país.

Por último, en el nivel municipal, en general en Venezuela, no ha habido una separación orgánica de poderes, y ejercen los poderes legislativos y ejecutivos locales los Concejos Municipales, como órganos colegiados en los cuales se mezclan, inconvenientemente, las tareas de legislar, gobernar, administrar y deliberar a nivel local. Quizá sólo ha sido en el Distrito Federal, donde se ha establecido en forma imperfecta un sistema de separación orgánica de poderes, entre el Concejo Municipal del Distrito Federal y el Gobernador, que pronto debe entrar en vías de reforma, como todo el régimen local para, entre otros aspectos, separar orgánicamente los poderes legislativos de los ejecutivos municipales, entre un Concejo y un Alcalde, figura desaparecida entre nosotros desde la misma época de la Independencia. En todo caso, a nivel municipal, la Administración Pública, como complejo orgánico, está en la actualidad, en principio, en los propios Concejos Municipales, a los cuales hay que agregar las contralorías municipales que también son órganos municipales, pero con autonomía funcional.

En todo caso, del principio de la distribución horizontal del Poder, resulta que en Venezuela, hay Administraciones, como complejos orgánicos separados a nivel Nacional y a nivel Estatal, e indiferencia a nivel Municipal.

El Derecho Administrativo regula, sin duda, esas Administraciones Públicas pero, por supuesto, como hemos dicho, no se reduce a ello, además de que

también, por supuesto, no todo el Derecho que se aplica a la Administración Pública es Derecho Administrativo.

3. *Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la interaplicación del derecho público y privado*

En esta forma, aquella clásica ecuación del Derecho Administrativo de principios de siglo: Persona Pública, Derecho Público, Persona Privada y Derecho Privado, quedó en la historia bibliográfica del derecho administrativo, precisamente por los dos elementos que hemos destacado: La Administración Pública es un complejo orgánico de determinadas personas político-territoriales, conforme a nuestro peculiar sistema de distribución vertical y horizontal del Poder, que se rige por el Derecho Administrativo, aún cuando en forma no exclusiva ni excluyente.

Esto nos conduce, de nuevo, a retomar el problema de la personalidad jurídica en el Derecho Administrativo y rechazar una vieja y confusa noción: la de persona pública como categoría supuestamente contrapuesta a las personas privadas.

En efecto, un dato es evidente en la Administración Contemporánea: además de las personas político-territoriales mencionadas, se han venido creando, en virtud de autorización constitucional y legal diversas personas jurídicas como medios para descentralizar servicios y actividades estatales. Ha surgido así ese museo viviente de entidades descentralizadas, compuesta por institutos o entes autónomos y empresas del Estado, que configuran quizás, el signo más característico de las Administraciones contemporáneas.

Todos estos entes son sujetos de derecho, al igual que las personas constituidas por particulares. Sin embargo, ¿Podría decirse que ellas, por pertenecer al ámbito de lo público, "son personas públicas" que podemos contraponer a las "personas privadas" que serían las creadas por los particulares? Evidentemente que no. Ante el universo de las entidades que con personalidad jurídica actúan en el mundo contemporáneo, esa distinción clásica entre personas públicas y personas privadas, es totalmente insuficiente y carente de contenido, y tanto el proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista, como la privatización jurídica del campo de lo público, por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su *imperium*, han provocado su obsolescencia.

Hoy por hoy, y ello es así en Venezuela, no se puede establecer la distinción entre los sujetos de derecho, entre personas públicas y privadas, según su pretendido régimen jurídico que le es aplicable, imposible de aprehender en un mundo de interaplicación permanente del derecho público y del derecho

privado a los diversos sujetos de derecho, conforme al cual, ni el derecho privado se aplica sólo a los particulares, ni el derecho administrativo es el cuerpo normativo de las entidades estatales.

En sustitución de esa dicotomía inexistente, en cambio, surgen dos criterios de distinción paralelos, que en nuestro país se aplican para distinguir los sujetos de derecho: en primer lugar, según la forma jurídica adoptada por el ente concreto se distinguen las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado: las primeras, creadas por la Constitución ó la Ley ó en virtud expresa de una disposición legislativa, que las hace partícipes también del Poder Público; y las personas jurídicas de derecho privado, constituidas por medios autorizados en los Códigos Civil o de Comercio, aun cuando los socios o fundadores sean entes estatales, y en segundo lugar, según la integración de los sujetos a la organización general de la Administración del Estado, se distinguen las personas estatales y las no estatales, pudiendo ser ambas categorías, indistintamente, entidades de derecho público o de derecho privado.

Como consecuencia de ello, frente a una persona jurídica determinada, en el derecho administrativo venezolano dos son las preguntas que nos formulamos: ¿Está o no integrada a la estructura general de la Administración del Estado y en qué forma?, es decir, ¿es una persona jurídica estatal o no estatal?, y además, ¿qué forma jurídica reviste la entidad?, ¿tiene una forma jurídica del derecho privado o es creada por el legislador?

Las respuestas a esas preguntas, sin duda, dan una serie de datos que contribuyen a construir, en concreto, las modalidades de su régimen jurídico y la preponderancia o no del derecho administrativo en el mismo, sin que éste, en caso alguno, sea el régimen exclusivo de algún sujeto de derecho estatal. Además esas respuestas permiten que se configure como parte de la Administración Pública, como objeto del Derecho Administrativo, el universo, tanto de esas personas jurídicas estatales, como de las personas jurídicas con forma de derecho público.

III. LA FUNCION ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Pero hemos dicho que el Derecho Administrativo en Venezuela, además de regular la Administración Pública como complejo orgánico en todo el universo de los sujetos de derecho que hemos visto, regula también el ejercicio de la función administrativa por los diversos órganos del Estado, lo cual nos conduce a la segunda parte de nuestra exposición.

Se advierte, de entrada, que hemos dicho propiamente, que la función administrativa se ejerce por los diversos órganos del Estado, y no sólo por los

órganos ejecutivos o por las Administraciones Públicas. Y he aquí otra disidencia del Derecho Administrativo venezolano, respecto de las fórmulas teóricas derivadas de la interpretación extrema de la separación de poderes que la han convertido en una inexistente separación de funciones.

En efecto, las funciones del Estado se configuran como aquellas tareas esenciales al aparato estatal, que le dan razón de ser y que no pueden ejercerse si no en virtud de la potestad constitucional que se identifica con el Poder Público. Esas funciones se pueden clasificar en cuatro: la producción de normas que integran el ordenamiento jurídico, que es la función legislativa; la conducción política de la sociedad, que es la función de gobierno; la solución de conflictos entre partes, que es la función jurisdiccional, y la gestión, en concreto, del interés público por el Estado, como sujeto de derecho, que se relaciona con los administrados, que es la función administrativa.

Estas cuatro funciones estatales se ejercen, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, por los tres grupos de órganos separados horizontalmente y que ejercen el Poder Público, por lo que el ejercicio de las funciones estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal, o si se quiere, de alguno de los tres "Poderes". Así, las Cámaras Legislativas ejercen como función propia, la función legislativa, pero ello ni es exclusivo ni es excluyente: primero, porque también ejercen la función legislativa, los órganos ejecutivos y judiciales cuando desarrollan la potestad reglamentaria; y segundo, porque las propias Cámaras Legislativas ejercen, además, funciones administrativas y de gobierno, cuando por ejemplo, administran su personal o su presupuesto, o nacionalizan un sector de la economía, respectivamente.

Por su parte, los órganos del Ejecutivo Nacional ejercen la función de gobierno, y en general, la Administración Pública ejerce la función administrativa, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, en cuanto a la función administrativa, ésta se ejerce por las Cámaras Legislativas, como se ha dicho, y aún mediante leyes concretas, y por los tribunales, cuando administran su personal y su presupuesto; y segundo, porque los propios órganos de la Administración ejercen funciones jurisdiccionales, toda vez que, por ejemplo, en el caso de autorizaciones administrativas, deben resolver conflictos entre partes interesadas o cuando ello suceda al decidir recursos administrativos; y ejercen funciones legislativas, al desarrollar la potestad reglamentaria.

Por último, los Tribunales, como función propia, desarrollan la función jurisdiccional, pero ello tampoco es exclusivo ni excluyente: primero, porque como se dijo, también ejercen la función jurisdiccional los órganos de la Administración Pública; y segundo, porque también como se dijo, los propios Tribunales ejercen funciones legislativas y administrativas, cuando dictan cuerpos reglamen-

tarios internos o administran su personal o presupuesto e, incluso, cuando realizan tareas de carácter disciplinario, de registro o de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por tanto, en Venezuela, no coincide la separación de poderes con una pretendida separación de funciones, y al contrario, como se señaló, las funciones estatales se ejercen por todos los órganos estatales. En esta forma, el Derecho Administrativo no sólo regula a la Administración Pública, como complejo orgánico y, por supuesto, al ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional por los órganos de las Administraciones Públicas; sino que también regula el ejercicio de la función Administrativa, así sea por los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Contrastando con esta posición del Derecho Administrativo venezolano, la tesis orgánica, tan difundida por tantos tratadistas, ha tratado siempre de ignorar, ocultar o no darle importancia a estas funciones administrativas ejercidas por órganos legislativos o judiciales o ha tratado de convertir en "administrativas" las funciones legislativas o jurisdiccionales ejercidas por los órganos de la Administración Pública. Ello, sin embargo, a lo que ha conducido es a confundir y a desnaturalizar conceptos, reduciendo la teoría a la práctica, por lo cual ha comenzado ahora a ser abandonada por sus más destacados propulsores.

En todo caso, de lo dicho hasta ahora resulta claro que en la estructuración del Estado en Venezuela no hay coincidencia entre órgano y función, pero aún más interesante, tampoco hay coincidencia entre función y acto estatal. Por ello, rechazamos la fácil y clásica ecuación: órgano administrativo-función administrativa y acto administrativo, pues la actividad administrativa en Venezuela ni está reservada a los órganos administrativos ni es el resultado del solo ejercicio de la función administrativa.

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DENTRO DE LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO

Esto nos conduce a la tercera parte de nuestra exposición, sobre la actividad administrativa dentro de las actividades del Estado, pues el Derecho Administrativo, como dijimos, además de regular a la Administración Pública como complejo orgánico, y el ejercicio de la función administrativa de los diversos órganos del Estado, regula también a la actividad administrativa. Por supuesto, la actividad administrativa puede tener dos connotaciones, ambas fundamentales para entender el Derecho Administrativo, una formal y otra material, por lo que me referiré a ambas, conforme al Derecho venezolano.

1. *La actividad administrativa como actividad formal del Estado*

Desde el punto de vista formal, la actividad administrativa, como conjunto de actos jurídicos, es el resultado del ejercicio de las diversas funciones del Estado, por los diversos órganos del Estado, y para identificarlas no puede seguirse un único criterio, sino la mezcla de los mismos, lo cual en Venezuela contrasta con la definición de las otras actividades estatales, las cuales constitucionalmente tienen una connotación orgánica y formal.

En efecto, los actos legislativos son las leyes y los actos parlamentarios sin forma de ley (actos privativos), y son formalmente definidos en la Constitución, como emanados de las Cámaras Legislativas; los actos del gobierno, son los dictados por el Presidente de la República en ejercicio de atribuciones constitucionales, y en ellas se incluyen los Decretos-Leyes. En ambos casos, la noción del acto legislativo y del acto de gobierno es orgánica y formal: orgánica, pues se definen según el órgano que los dicta, y formal, por la graduación que tienen en el ordenamiento jurídico, de ser actos dictados en ejecución directa de la Constitución.

El acto judicial, la sentencia, en el ordenamiento jurídico venezolano, se define también por el elemento orgánico y el formal: es un acto que sólo puede emanar de los Tribunales, y tiene una fuerza definida en el ordenamiento derivado del valor de cosa juzgada, siendo siempre de carácter sublegal, es decir, dictado en ejecución directa de la ley e indirecta de la Constitución.

En la definición de los actos legislativos, de gobierno y judiciales, por lo tanto, hay una identificación entre órgano y acto, además de criterios formales, y en ningún caso existen criterios materiales o derivados de la función que se ejerce. La razón jurídica es evidente: esos actos tienen una determinada homogeneidad derivada del carácter de garantía formal en su emisión que establece el ordenamiento jurídico.

En cambio, en la definición del acto administrativo en Venezuela, nada de lo anterior sucede en esta forma matemática, pues éste no se puede identificar ni orgánicamente ni funcionalmente: es dictado por los tres grupos de órganos estatales, y en ejercicio de todas las funciones estatales. Así, tan acto administrativo es un reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional o por los Tribunales en ejercicio de la función legislativa, como un acto de ejecución presupuestaria o de personal dictado por el Ejecutivo Nacional, los Tribunales o las Cámaras Legislativas en ejercicio de la función administrativa; o un acto dictado por el propio Ejecutivo Nacional, en ejercicio de la función jurisdiccional, al decidir una solicitud o un recurso administrativo.

La definición del acto administrativo, por tanto, en contraste con los otros actos estatales, requiere de una mezcla de criterios, dado lo heterogéneo de los

mismos: se emplea el criterio orgánico, al identificar como actos administrativos los actos de la Administración Pública en ejercicio de todas las funciones legislativa, jurisdiccional o administrativa; se utiliza el criterio material, al identificar como actos administrativos los actos dictados por los Tribunales en ejercicio de las funciones administrativa y legislativa, y los actos dictados por las Cámaras Legislativas en ejercicio de funciones administrativas; y en todo caso, siempre que se trate de actos de carácter sublegal, es decir, dictados en ejecución directa de la legislación e indirecta de la Constitución; y he aquí el tercer criterio que se utiliza, el formal.

2. *La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente*

Esta forma de enfocar la definición del acto administrativo, clave en la misma noción del derecho administrativo, nos conduce directamente a otra de las bases fundamentales del Derecho Administrativo venezolano: todos los actos estatales están sometidos al Derecho, y todos son controlables jurisdiccionalmente por razones de constitucionalidad o de legalidad. Aquí está la esencia del principio de la legalidad.

En efecto, el sistema jurídico venezolano puede decirse que es un sistema cerrado de control jurisdiccional, conforme al cual ningún acto estatal escapa al control de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales que controlan la constitucionalidad y la legalidad de aquéllos. Así, los actos de ejecución directa en la Constitución, es decir, las leyes, los actos parlamentarios sin forma de ley y los actos de gobierno están sometidos al control de la constitucionalidad que está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, en pleno, por la vía de la acción popular, y que corresponde a todos los habitantes del país, en cualquier tiempo.

En cuanto a las sentencias, estas están sometidas al control judicial ordinario de las apelaciones y, en materia de legalidad, al recurso de casación ante las Salas de Casación Civil y de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Y en cuanto a los actos administrativos, éstos están sometidos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa; a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo; a ocho Tribunales Superiores Regionales en lo Contencioso Administrativo y a tribunales especiales contencioso-administrativos, como los Tribunales del Impuesto sobre la Renta y el Tribunal de la Carrera Administrativa. Estos órganos judiciales forman parte del Poder Judicial, por lo que queda claro que para haber jurisdicción contencioso-administrativa en un país, no es necesario ni establecer un Consejo de Estado, ni crear una jurisdicción administrativa separada de la judicial.

Lo importante a señalar sobre este control contencioso-administrativo en Venezuela, ejercido así, por un cuerpo de tribunales especializados en la materia, es que el mismo se realiza sobre *todos* los actos administrativos, pudiendo los tribunales competentes declarar su nulidad, así sean actos administrativos emanados de los órganos de la Administración Pública, de los órganos legislativos o de los Tribunales.

Pero al referirnos a la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela, debemos establecer su relación con el Derecho Administrativo, para proclamar que, afortunadamente, nuestro país no fue tributario de la influencia francesa en cuanto a definir el Derecho Administrativo, a los solos efectos del control jurisdiccional, pues consideramos que es un auténtico desenfoco, el identificar el problema teórico de la definición del derecho administrativo con el práctico de delimitar la competencia del juez administrativo.

En efecto, la repartición de competencias jurisdiccionales en Francia, como sabemos, ha sido factor clave en el nacimiento y desarrollo del Derecho Administrativo y, en definitiva, ha sido la justificación de la propia disciplina, y ello en virtud de la peculiarísima dicotomía jurisdiccional, que distingue una jurisdicción administrativa de una jurisdicción judicial. Pero ello, como hemos dicho, no sucedió así en Venezuela, como tampoco sucedió en la generalidad de los países de América Latina. Insistimos, en nuestro país el Poder Judicial es uno y único, y tiene a su cargo el monopolio de la actividad judicial y del control de la legalidad de los actos administrativos, por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa, que en nuestro país tiene rango constitucional, es parte del Poder Judicial.

Por tanto, no existiendo dicotomía jurisdiccional, el Derecho Administrativo no se define según la competencia de determinados órganos judiciales. No hay que olvidar, *sin embargo*, que esta postura, sobre todo en Francia, originó la teoría del Derecho Administrativo y, materialmente, todos los países latinos hemos sido tributarios de las concepciones teóricas y de los criterios de las doctrinas y jurisprudencias francesas. Sin embargo, en general, no lo hemos sido respecto de las justificaciones prácticas y pragmáticas, motivadas por la repartición de competencias, por no existir dicha dicotomía. Ello ha provocado, que al recibir la influencia teórica sin las justificaciones prácticas, surgieran instituciones que no encajaban totalmente en nuestras realidades. De allí que la madurez del derecho administrativo en nuestros países, comienza a observarse en la tendencia que apreciamos de abandonar tantas teorías y concepciones basadas en situaciones de origen administrativo, circunstancial por lo demás, y de estructurar nuestras propias concepciones. Como lo afirmamos en la conferencia que sobre "La evolución del concepto de contrato administrativo" pronunciamos en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá en

1978, "no se trata de innovar por innovar, sino de sustantivizar el propio derecho administrativo conforme a las peculiaridades de nuestros países, para dejar de importar por importar". Con base a ello, por ejemplo, concluíamos en la tesis de abandonar toda idea de un pretendido contrato administrativo por oposición a contratos de derecho privado de la Administración, que nosotros mismos, hace veinte años propugnábamos en Venezuela. Al contrario, pensamos que los segundos no existen, pues toda la actividad de la Administración Pública, es administrativa, y, como señalamos, está sometida a un régimen mixto de derecho público y derecho privado. La preponderancia de uno y otro y su utilización regular, es lo que adquiere ahora importancia, tanto en la institución contractual de la Administración como, en general, en relación a todo el régimen jurídico de los sujetos de derecho administrativo y de su actividad.

3. *La actividad administrativa y los administrados*

Pero además de tener una connotación formal, y manifestarse en actos administrativos o en contratos, la actividad administrativa se nos presenta también con una connotación material al identificar un conjunto de actuaciones del Estado que, en general, inciden en la esfera jurídica de los administrados. Por eso hemos dicho que el Derecho Administrativo, además de regular a la Administración Pública, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre los entes públicos y los administrados, resultantes de la gestión del interés público que, en concreto, éstos asuman.

En estas relaciones está otro de los elementos claves de nuestro Derecho Administrativo, y que, además, puede decirse que es el signo del Derecho Administrativo contemporáneo: el equilibrio que busca establecer nuestra disciplina entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos de los particulares, lo cual plantea unas especiales exigencias dado el régimen democrático que existe en nuestro país.

En esta forma, ante el elenco de derechos y garantías que consagra la Constitución de 1961, cuya formulación está a la altura de las declaraciones universales de los Derechos Humanos, corresponde al Derecho Administrativo su regulación, actualización, limitación y protección concretas, dando origen así a las diversas formas de actividad administrativas que se identifican en nuestro país, y que responden a las clásicas formas de policía, fomento, servicio público y gestión económica.

La primera, la actividad de policía, resulta, en definitiva, en una limitación a los derechos constitucionales; la segunda, la actividad de fomento, se manifiesta como el estímulo al desarrollo pleno de los mismos derechos, con

particulares connotaciones en el ámbito económico; la tercera, la actividad de servicio público, en esencia no es más que la obligación prestacional impuesta al Estado, consecuencia directa de algún derecho a prestaciones previsto constitucional o legalmente; y la cuarta de esas formas, la actividad de gestión económica, en un proceso creciente de intervencionismo estatal, es el resultado de la acción del Estado, como ordenador y regulador de la economía, y como partícipe directo en la propiedad de los medios de producción, propia de un sistema político de economía mixta como el establecido en la Constitución.

En esta forma, la actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva, aquélla se concreta en una regulación, limitación, estímulo o protección de los derechos y garantías constitucionales.

La materia administrativa en nuestro país, por tanto, está conformada por todas aquellas regulaciones que permiten al Estado actuar en concreto, realizando cometidos y prestaciones, y que a la vez se configuran como limitaciones a los derechos y garantías constitucionalmente permitidas, por lo que bien podría decirse que el Derecho Administrativo, materialmente hablando, es el derecho de las limitaciones y regulaciones al ejercicio de esos derechos.

V. CONCLUSION

Hemos pretendido hacer una muy apretada síntesis del derecho administrativo venezolano, partiendo de una definición de nuestra disciplina y de las implicaciones que ella conlleva. Estas consideraciones, lo sé muy bien, son sin duda polémicas, pues tocan a la vez dogmas y tesis tradicionales, sobre las cuales muchos de nosotros hemos levantado los cimientos de nuestra propia forma de concebir esta disciplina.

No es fácil, a veces, reconocer que los cimientos, o al menos parte de ellos, están fallos, sobre todo porque todo esfuerzo de revisión implica auto-críticas. Pero es nuestra responsabilidad, precisamente por haber dedicado ya tantos años al estudio de las instituciones del Derecho Administrativo, hacérsola de vez en cuando, lo que a la vez no es sino un signo de madurez.

Por ello, para concluir, me parece oportuno comentar un trabajo reciente del profesor Fernando Garrido Falla, en el cual se revisan algunos criterios muy arraigados en la doctrina española y que tienen relación con lo que he expuesto anteriormente. En efecto, se trata de un estudio intitulado "Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del derecho administrativo español", lo que de por sí es un título sugestivo, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública de Madrid y reproducido en la *Revista de*

Administración Pública, y donde se revisan diversas concepciones tradicionales de nuestra disciplina.

Debo decirles que al leerlo íntegramente, me reconcilié con el Derecho Administrativo español y sus autores, de quienes tanto hemos aprendido, junto con los franceses, inclusive al separarnos de sus concepciones.

En el libro citado hay una frase que resume el problema, y que Garrido formula al comentar el asunto de la personalidad. Dice: "Reducir la personalidad del Estado a la de la Administración no significa otra cosa que *reducir la teoría a la práctica*". Esto último produjo muchas distorsiones en el derecho administrativo español, y condujo a reducir la noción de acto administrativo a los emanados de la Administración Pública orgánicamente considerada (su conocida tesis orgánica), lo que también podría decirse que era reducir la teoría a la práctica.

Los descubrimientos que ahora los autores españoles están haciendo, en cuanto a la reconstrucción de los límites formales del derecho administrativo partiendo de la nueva Constitución española, ya lo habíamos comenzado a lograr nosotros, a la luz de la Constitución venezolana de 1961, con la cual la española, sin saberlo quizás, tiene gran similitud. Estos descubrimientos los reseña Garrido y tocan los aspectos centrales que hemos tratado esta tarde.

En primer lugar, concluye afirmando que la personalidad jurídica *es del Estado* (en nuestro caso, por la estructura federal, en el ámbito nacional, de la República), y ello es algo que siempre hemos sostenido. En Venezuela, como hemos dicho, la Administración Pública nunca ha tenido "personalidad". Como el mismo Garrido lo decía en su Tratado: la personalidad del Estado (la República) tiene relevancia práctica normalmente cuando actúan los órganos de la Administración; cierto, pero ello no puede llevar a confundir el todo (el Estado, la República) con la parte (uno de sus órganos). Siempre hemos sostenido que el Estado (la República) es quien tiene personalidad jurídica, y la Administración Pública, los Tribunales y las Cámaras Legislativas son, todos, órganos de la República.

En segundo lugar, admite Garrido que todos los actos de los órganos del Poder Público (órganos de la Administración Pública y del Poder Ejecutivo, Cámaras Legislativas y Corte Suprema de Justicia y Tribunales) están sometidos a la legalidad y constitucionalidad, y son, por tanto, controlables por la propia Corte Suprema de Justicia como órgano de control de la constitucionalidad, lo cual es algo aceptado desde siempre en nuestro país. Nunca hemos compartido la doctrina de los actos excluidos del control jurisdiccional.

En tercer lugar, acepta que todos los órganos del Poder Público tienen potestad reglamentaria, lo cual hemos sostenido, desde siempre, en nuestro derecho administrativo. Así, no sólo el Presidente de la República tiene po-

testad de reglamentar las leyes y de dictar reglamentos autónomos; sino que la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores tienen asignada la potestad reglamentaria. En cuanto a las Cámaras Legislativas, además de las Leyes, dictan actos parlamentarios sin forma de Ley, algunos, por supuesto, de carácter reglamentario, pero de ejecución directa de la Constitución (Reglamento Interior y de Debates, Estatutos de Personal, etc.). *Todos* estos actos son fiscalizables por vía de control de la constitucionalidad o legalidad, según los casos.

En cuarto lugar, admite que además de los tres clásicos Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) existen órganos estatales con autonomía funcional e, inclusive, potestad reglamentaria, como el Consejo General del Poder Judicial español, lo cual está aceptado en nuestro ordenamiento desde siempre. Así tenemos, como señalaba, no sólo el Consejo de la Judicatura, sino la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo Supremo Electoral, cuyos actos son controlables jurisdiccionalmente, sin límites, y en cuya formación se siguen las normas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En quinto lugar, señala que las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados) realizan actividad administrativa, sometida al derecho administrativo y pueden dictar actos administrativos, inclusive controlables en vía contencioso-administrativa, lo cual hemos planteado siempre, y ello no afecta, en absoluto, la independencia del Parlamento, derivada de la separación orgánica de Poderes, conforme a nuestro sistema constitucional.

En fin, concluye que acto administrativo es una noción clave del derecho administrativo, que no puede definirse orgánicamente (imputable a la Administración Pública como una parcela del Poder Ejecutivo) sino con una mezcla de criterios; y que, por tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer de la impugnación de los actos administrativos que pueden emanar de los Tribunales y de las Cámaras Legislativas, además de la Administración Pública, lo cual también es una tesis que hemos sostenido desde hace años, discrepando de otros autores venezolanos, quienes influenciados por la doctrina española, han propugnado el criterio orgánico ahora, afortunadamente, abandonado por los propios autores españoles.

Como ustedes podrán comprenderlo, no ha sido fácil elaborar esta conferencia sobre las bases constitucionales del Derecho Administrativo venezolano, tema de por sí excesivamente amplio para exponerlo en una hora. Para intentarlo, teníamos que tocar algunos aspectos centrales de nuestra disciplina y dejar otros por sentados, y con tal motivo, teníamos que partir de una definición. Espero, por ello, que ahora hayan comprendido el por qué recurrí a ella como punto de partida.

Caracas, 14 de octubre de 1983.

TEMA B. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA

CONSUELO SARRIA OLCOS

Decano de Jurisprudencia. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

Me corresponde desarrollar en esta tarde el tema de los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Y sabemos todos que este tema dentro del Derecho Administrativo es uno de los temas más medulares, y quizás por esta misma razón, uno de los más complejos e interesantes, tanto desde el punto de vista académico como desde el punto de vista práctico. Y es ésta quizás la razón por la cual los organizadores de esta jornada eligieron justamente este tema, de los Contratos Administrativos, cuando queremos hacer un análisis comparativo de algunos aspectos del Derecho colombiano y del Derecho venezolano. Y decimos que también es de interés académico porque como se ha sostenido, dentro de la doctrina del derecho administrativo, cuando se habla de contrato administrativo, pareciera que se está haciendo referencia a términos antiónicos, si se tiene en cuenta que el Concepto de Contrato, como punto de obligaciones, se fundamenta en la igualdad de las partes contratantes, en la autonomía de la voluntad y en el equilibrio de las prestaciones y obligaciones que de él surgen, mientras que en el campo administrativo, justamente cuando hacemos referencia a ese concepto administrativo, estamos pensando en que hay una desigualdad del particular enfrente de las prerrogativas propias del Estado, en que el Estado puede imponer decisiones, inclusive, unilateralmente a los particulares, de que hay siempre una primacía del interés público que es el interés del Estado, enfrente al interés individual o de los particulares y hay, entonces, que armonizar estos conceptos de contrato y administrativo y, de allí, resalta entonces la importancia desde el punto de vista académico de este tema de los contratos administrativos.

Por otra parte, si nosotros tomamos en cuenta que la figura del contrato está regida por el derecho civil, que es una disciplina mucho más estable, sedimentada, que sus instituciones permanecen en el tiempo, mientras que los aspectos de la administración pública están regulados por el derecho administrativo, que es un derecho cambiante, un derecho dinámico, que tiene que estar permanentemente respondiendo a la evolución misma del concepto de Estado, pues estamos en un punto que sin ninguna duda es de un gran interés desde el punto de vista académico.

Por otra parte, desde el punto de vista práctico, también tiene una gran importancia en la actualidad el contrato, porque aquella afirmación que alguna vez hizo Oto Mayo, en el sentido de que el Estado siempre manda unilateralmente, es una afirmación que en la actualidad ha perdido interés. Cuando el Estado no solamente manda, sino en algunas oportunidades comparte sus responsabilidades con los particulares, éstos colaboran con actividades que habían sido propias y exclusivas del Estado, y el Estado también realiza actividades que hasta hace relativamente poco tiempo se consideraban como propias y exclusivas de los particulares. El contrato surge entonces como un medio de colaboración a través del cual los particulares, por su propia voluntad, acuerdan con el Estado; desde luego, acuerdan no desinteresadamente, pero buscan a través de ese acuerdo colaborar con el Estado; es entonces un instrumento de colaboración, y vemos que en la actualidad, teniendo en cuenta el cúmulo de funciones administrativas a cargo del Estado y la diversidad de las mismas, el Contrato se ha convertido en uno de los instrumentos principales a través de los cuales el Estado puede lograr los fines que él predica, tomando en cuenta el momento histórico, político, sociológico y económico por el que está pasando.

Y así, muy rápidamente, he precisado la importancia desde el punto de vista académico y práctico del tema de los contratos administrativos; podemos afirmar que es entonces de permanente análisis, de estudio, de regulación, y en nuestro país así lo ha sido. Nosotros podemos mencionar diferentes antecedentes en el derecho colombiano, que nos permiten ver como el tema ha sido uno de los que permanentemente ha sido planteado con inquietud por nuestros juristas, en nuestra jurisprudencia y en nuestro legislador. El primer antecedente que se menciona con relación al tema de la contratación administrativa, y siempre se pone a la base de la evolución histórica de la materia, es el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, porque a partir de allí se ha considerado que el Estado puede contratar y, entonces, ese reconocimiento que se ha hecho entre nosotros en el año de 1887, que se le reconoce la capacidad jurídica, la personalidad jurídica al Estado, se plantea como un primer fundamento desde el punto de vista de la legislación positiva para la contratación del Estado. Como persona jurídica el Estado puede celebrar contratos, y de

allí van a surgir sus obligaciones en cuanto así luce este mecanismo para cumplir con los fines que le han sido asignados.

A través del tiempo y después de 1887, en Colombia ha habido algunos antecedentes aislados en materia de legislación positiva con relación al tema de los contratos administrativos, que solamente hasta el año de 1975 podemos decir nosotros que tenemos un Estatuto de la contratación administrativa.

Como antecedentes, y solamente para mencionar dos aspectos que quizás después nos sirvan de fundamento para hacer el análisis de la legislación vigente en este momento, tenemos que mencionar antecedentes como el previsto en el Código Fiscal Nacional que estableció la necesidad, la obligatoriedad para el Estado, de pactar la denominada cláusula de caducidad, aquella por la cual el Estado puede dar por terminado unilateralmente un contrato, obligatoriamente tenía que pactarlo de acuerdo con el Código Fiscal en sus contratos de obra pública y en los contratos de prestación de servicio. En otras normas diferentes del Código Fiscal, y en otras oportunidades, también se establecieron otros antecedentes aislados, como por ejemplo, que para la celebración de contratos, de adquisición de materiales y prestación de servicios, se requería un trámite especial, un trámite de la licitación pública. Pero como así es, podemos notarlo, solamente se trata de medidas aisladas, de normas que van quizás estableciendo unos ligeros aspectos en la legislación positiva, que posteriormente se pueden tener en cuenta ya de la expedición de un estatuto completo sobre la materia.

Un antecedente importante que es necesario mencionar en este tema de los contratos administrativos dentro de la evolución positiva colombiana, está en las leyes de 1964-1966, en donde se regularon íntegramente los contratos de obras públicas y de interventoría, y vale la pena mencionarlo, porque como ustedes saben el contrato de obras públicas, es el único contrato que hoy lo calificamos como administrativo. Por otra parte, y ya como consecuencia de estos primeros antecedentes que se planteaban en la legislación positiva, en la reforma que se hizo en el año de 1964, en la cual se repartieron las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y concretamente entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en esa oportunidad se estableció que la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo, es conocer de todas aquellas controversias que surgieran en razón de contratos administrativos; es un aspecto fundamental porque la legislación positiva por primera vez utiliza el término Contratos Administrativos; sin embargo no estableció criterios de distinción, de cuándo un contrato debe calificarse como administrativo para que, como consecuencia de ello, fueran de competencia las controversias que en razón de él surgieran de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ésa fue labor que después del año 64 ha venido desarrollando la jurisprudencia nacional.

Y, entonces, tenemos fundamentalmente estos antecedentes que posteriormente llevan a que en el año de 1975, utilizando la figura que varios de los profesores que me han antecedido en el uso de la palabra han mencionado. De las facultades extraordinarias que puede conceder el Congreso al Ejecutivo para el ejercicio de un tiempo determinado, de precisas funciones que corresponden al legislador, se expidió el primer estatuto de la contratación administrativa que ha tenido Colombia, estatuto que tuvo una vigencia corta, porque en el ejercicio de las mismas facultades concedidas por la Ley, porque éstas habían vencido en un tiempo, se recogieron algunas inquietudes, se recogieron algunas sugerencias, una experiencia corta y ya expidió un nuevo estatuto en el año de 1976, Estatuto que rigió hasta el presente año, cuando en febrero de 1983 se expidió el Estatuto que actualmente rige la contratación administrativa entre nosotros.

Pero éstos son así, a grandes rasgos, los antecedentes, dijéramos, de la legislación positiva que nos lleva a ubicarnos ya en lo que existe actualmente con relación al tema de los contratos administrativos. Obviamente, ante la imposibilidad de analizar en detalle todo el Estatuto, que tiene 300 artículos, solamente vamos a mencionar los fundamentales, que consideramos con relación al tema de la contratación colectiva y que nos permiten realmente formarnos una idea de cuál es el tratamiento, así a grandes rasgos, que ha dado entre nosotros la legislación positiva y, obviamente, también haciendo referencia a la concepción en general (teórica, doctrinaria y jurisprudencial) con relación al tema del Contrato Administrativo en Colombia.

Sólo de primero precisar que en Colombia, de acuerdo con lo que hemos mencionado y con estos antecedentes de la legislación positiva, podemos afirmar que se ha seguido en este tema muy de cerca a la doctrina francesa, y en este sentido lo primero que hay que dejar muy en claro es que en Colombia se acepta que el Estado contrate, porque, ¿saben ustedes? hay algunas vertientes doctrinarias que no aceptan la posibilidad del contrato administrativo en la medida en que, por ejemplo la doctrina alemana, también la doctrina italiana y de alguna manera también la anglosajona, considera que realmente el Estado decide por sí y ante sí, y que no utiliza el contrato como instrumento para el logro de las finalidades que le han sido asignadas. En Colombia se sigue fundamentalmente la doctrina francesa, que sí acepta el contrato como el instrumento utilizado por el Estado.

Pero, aceptada la figura contractual de la administración, es del interés hacer referencia en primer término al tema de la clasificación de los contratos que puede celebrar la Administración. Partimos de la base que la Administración contrata, pero es necesario precisar qué clase de contratos puede celebrar la administración. Y sabemos también que en este tema de las clasificaciones

se pueden seguir diversos criterios, diversos factores que nos permitan establecer diferentes clasificaciones; si nosotros tenemos en cuenta el objeto del contrato que celebre la Administración, podremos establecer una determinada clasificación. Si tomamos en cuenta la naturaleza de las entidades que lo celebran, podremos llegar a otras clasificaciones distintas del contrato administrativo, y tomamos en cuenta los trámites previos que se deben realizar para la celebración de un contrato, estaremos ante otra clasificación totalmente diferente. Pero realmente, pienso que no es, que no son estos aspectos los más importantes, y por eso me referiré solamente a una de las clasificaciones de los contratos administrativos que es la de mayor controversia, la de mayor elaboración, tanto desde el punto de vista doctrinario, y como lo vamos a mencionar un poco más adelante, desde el punto de vista de la legislación positiva, y ya ustedes se estarán imaginando que la clasificación a la que voy a hacer referencia, es la de Contratos Administrativos y de Contratos de Derecho Privado de la Administración.

Con relación a este tema del Contrato Administrativo, aceptada la figura de la contratación por parte del Estado y precisada esta posibilidad de clasificarlos en contratos de administración y contratos de derecho privado de la administración, es necesario en primer término, que para que pueda hablarse de contratos administrativos se presuponen dos instituciones fundamentales, la asistencia de un juez especial que conozca de las controversias que surjan de esos contratos celebrados por la Administración y la existencia también de unos principios propios que formen el contrato administrativo, y que sean los principios que van a aplicar los jueces cuando se trate de resolver controversias planteadas por contratos administrativos. Son instituciones fundamentales previas a la existencia misma del contrato administrativo.

Pero planteado así el tema de la clasificación en contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, tenemos que precisar cuáles son los criterios para establecer la misma distinción, y en esta materia la doctrina no ha sido pacífica; en Colombia, en alguna oportunidad el Consejo de Estado al resolver una consulta en su ejercicio de Asesor del Gobierno, planteó la existencia de nuevos criterios para establecer cuando un contrato es administrativo y cuando es de los que se denominan de derecho privado de la administración, y ven ustedes la necesidad de elaborar tantos criterios; quizás sea por esto que la decisión no es simple, no es fácil. De todas maneras en Colombia se ha utilizado el criterio de la finalidad, que algo tiene que ver con la teoría de Servicio Público, del que hablaba esta mañana el profesor Vidal Perdomo cuando decía que esta teoría había servido de fundamento alrededor de la cual habían girado todas las instituciones del Derecho Administrativo, y entre ellas, el Contrato. Se planteaba él, si el Contrato tiene unas finalidades de servicio público,

será administrativo, y si no será un contrato de derecho privado de la administración.

Pero, obviamente, al hacer crisis la teoría del servicio público como lo veíamos esta mañana, también el criterio dejó de ser válido para la distinción de contratos administrativos, en la medida en que, como lo comentábamos hace un momento, los particulares también entraban a colaborar con el Estado en la prestación de servicios públicos, y el Estado no solamente tiene a su cargo servicios públicos.

Otro criterio que también se ha utilizado es el del objeto del contrato. Si el contenido del Contrato hace referencia a actividades que son exclusivas de la Administración, respecto a los cuales no hay posibilidades que los particulares pacten porque son funciones propias del Estado, pues allí se estará ante un contrato administrativo.

Otro criterio es el de las cláusulas; si el Contrato tiene cláusulas de servicio exorbitantes será administrativo; si no las contiene será de derecho privado de la administración.

Otro criterio es que la Ley lo define; si hay una norma o una legislación positiva que dice éste es un contrato administrativo, se estará aplicando allí el criterio de la definición legal, los trámites que se deban realizar, las partes que intervengan en los contratos, son otros de los criterios que también se han utilizado para este fin.

En Colombia se ha utilizado el criterio de la finalidad, el criterio fundamentalmente de las cláusulas que deban tener los contratos para establecer si se trata de un contrato o no. Pero actualmente, siguiendo en buena parte la doctrina argentina y la doctrina española, se está dejando ese criterio de las cláusulas de caducidad, y se está acogiendo, fundamentalmente, el criterio del objeto. Porque en la medida en que el contrato tiene un objeto que le es propio al Estado, y exclusivo del Estado, será allí cuando surja la necesidad de pactar cláusulas exorbitantes que le permitan al Estado lograr el objetivo propuesto, o sea, que el contrato es administrativo por su objeto, porque es administrativo incluir las cláusulas exorbitantes, no porque incluya cláusulas exorbitantes es un contrato administrativo.

De todas maneras el tema de la dualidad de los contratos de la administración, en Colombia ha sido aceptado; nos encontramos con sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 1935 y 1938, en donde se habla de los contratos civiles y los contratos de la Administración, contratos civiles celebrados por la Administración, que equivaldrían a lo que hoy se denomina contratos de derecho privado de la administración, y en esos contratos se establecía la distinción, fundamentalmente, entre civiles y administrativos, y se incluía o no la cláusula

de caducidad que mencionábamos que autorizaba para determinados contratos en el Código Fiscal, que citábamos como un antecedente. Pero noten ustedes, que en el año 1935 ó 38 no existían los presupuestos que citaba hace un momento, de que existiera un Juez especial y unos principios propios que regularan la figura del contrato administrativo, porque ahora la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo Tribunal dentro de la Justicia ordinaria en Colombia, la que estaba resolviendo sobre los contratos administrativos, y tampoco había principios propios aplicables a esos contratos que la Corte denominaba contratos administrativos. Con relación entonces con esta dualidad de criterios, vemos también una confirmación en la legislación positiva, además de este antecedente judicial de la Corte Suprema de Justicia en el año 1964, en el antecedente que ya citábamos de la Reforma Judicial de ese año, cuando se repartieron competencia entre la jurisdicción contencioso y la jurisdicción ordinaria. Y al fin se encontró también la aceptación de la dualidad de contratos en otras normas, y en los estatutos que citábamos en 1975, que estuvo muy poco tiempo en vigencia, y el año 76, y llegamos a la legislación actual. En ésta la clasificación cobra aún mayor interés, porque en el año de 1982 fue expedida la Ley 19 de ese año, ley que nuevamente utiliza la figura de las autorizaciones del legislador al Ejecutivo, específicamente para este tema de contratación administrativa, y Ley que no solamente da autorizaciones sino que, por primera vez, se establecen en dicha Ley la norma de los principios que deben regir en los Contratos Administrativos.

De esta Ley, a título informativo, fue ponente en su carácter de parlamentario el profesor Vidal Perdomo.

Con relación a esta Ley tenemos que mencionar cómo consagra por primera vez en la legislación positiva colombiana expresamente la dualidad de contratos y define qué se debe entender por un contrato administrativo y habla también, expresamente, de los denominados contratos de derecho privado de la administración. El artículo 1º de la ley dice que son contratos administrativos, además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que la misma ley concede, los siguientes, y hace una enumeración de contratos como el de obra pública, prestación de servicios, concesión, suministros, explotación de bienes del Estado, empréstitos, etc.; hace entonces una enumeración de determinados contratos que más adelante entra, también por primera vez, en la legislación positiva a definirlos, y agrega una norma que estos contratos define como administrativos, están sometidos a los principios de interpretación por parte de la administración, y determinación que ella ordene, bien por conveniencia del contrato o por incumplimiento del mismo por parte del contratista, mediante resolución motivada; es decir, que la ley establece el concepto de contratos administrativos, e inmediatamente a continuación establece los principios

propios y especiales que van a regir esos contratos que está calificando como administrativos.

Por otra parte, y continuando con esta diferenciación, el artículo 3º de la ley dice que en los contratos de Derecho Privado de la Administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la producción de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo, salvo las excepciones que se deriven de esta ley, o sea, que consagra también la existencia de los contratos de Derecho Privado de la administración, con la posibilidad de que en la tramitación de esos contratos de Derecho Privado de la administración se despidan actos de carácter administrativos que estarán sometidos a las normas de los actos administrativos, en los términos en que se regula el procedimiento gubernativo en nuestra legislación positiva, y entonces tenemos que esta ley, como consecuencia de establecer esta diferenciación de contratos, de establecer sus diferentes principios que lo informan, también previo lo relacionado con el juez competente que iba a conocer de las controversias que surgieran de esas diferentes clases de contratos, y en el artículo 4º, inmediatamente a continuación, la ley dice que serán de conocimiento de la justicia Contencioso Administrativa los litigios surgidos de los contratos administrativos, y de aquellos en los cuales se haya pactado la cláusula de caducidad, de la ordinaria los demás. Es la previsión expresa de la ley que nos está consagrando el otro presupuesto que planteábamos hace un momento, cuando decíamos que para hablar de un contrato administrativo, para hacer referencia a esta diferenciación, esta clasificación, era necesario hablar en primer término de un juez especial que conociera de las controversias, y por otra parte de unos principios específicos que regularan la figura del contrato administrativo.

De acuerdo con estos principios, con estas normas de carácter general que estableció directamente la ley, el legislador extraordinario, el Ejecutivo, expidió el Decreto 222 de 1983, que es el actual estatuto de la contratación administrativa y, obviamente, en él se desarrollan estos principios fundamentales que hemos mencionado. En el Decreto 222 se vuelve a insistir sobre la diferente clasificación de los contratos que celebra la administración, y también en uno de sus artículos se hace una enumeración de cuáles contratos son contratos administrativos, y también en la misma norma se establece que son contratos de Derecho Privado de la Administración los demás, o sea, se está en cierta forma acogiendo el criterio de la definición legal, el estatuto dice: éstos son contratos administrativos, los demás son contratos de Derecho Privado de la Administración. Esa es la situación de nuestra legislación vigente, legislación que por lo demás ha sido objeto de duras críticas y de una gran controversia, tanto desde el punto de vista doctrinario, como desde el punto de vista jurisprudencial. Controversia que ha surgido fundamentalmente porque cuando ya se están

cuestionando, inclusive desde el punto de vista puramente teórico y doctrinario, la clasificación entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración, críticas que como lo anotaba el profesor Brewer-Carías, ya se las habíamos oído a él en Bogotá desde 1978; viene nuestra legislación positiva y en el año 83 consagra la distinción, pero no solamente se plantea un poco la crítica desde ese punto de vista, si cuando ya la doctrina está evolucionando para unificar ese concepto y acabar con esta clasificación y entre nosotros se consagra, sino además por el tratamiento mismo que se le dió en estas normas que estamos mencionando, porque nosotros apenas hemos enunciado la distinción y las consecuencias que se le dan a la distinción, contratos administrativos, contratos de Derecho Privado de la Administración, sometidos los contratos administrativos a unos principios propios y unos jueces que van a ser competentes para conocer de las controversias que surjan en relación a los contratos de la administración. Pero la situación se va complicando con esta legislación, porque no solamente establece esa clasificación que ya en algunos sectores se está dejando de lado, sino porque además al establecerla no mantiene una unidad de criterio, lo que hace que en determinados aspectos se cree una situación confusa, y en este sentido podemos comentar como, luego de que las normas establecen un contrato administrativo y un contrato de Derecho Privado de la Administración, contrato administrativo que tiene unas cláusulas, entre ellas la de caducidad, contrato que se somete a unos principios y que en sus controversias será de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y contratos de Derecho Privado de la Administración, que no están sometidos, en principio, a esos principios especiales y que son en sus controversias de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se viene a establecer en el artículo 17 del mismo decreto del estatuto de la contratación administrativa, que la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativo. Hasta allí está claro, pero agrega, los que se susciten con ocasión de los contratos de Derecho Privado serán de conocimiento de la justicia ordinaria. No obstante, la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de Derecho Privado, en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. Entonces la clasificación se venía consagrando en la legislación, con unas consecuencias claras, la de los jueces especiales, la de los principios especiales también para los contratos administrativos, y acá empieza a desdibujarse, porque hay contratos de derecho privado de la administración en los cuales se incluye la cláusula de caducidad, y si se incluye la cláusula de caducidad el contrato administrativo en sus controversias no irá a la jurisdicción ordinaria, sino a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero además, cuando en el contrato de Derecho Privado de la Administración se incluya la cláusula de caducidad, otro artículo del mismo estatuto establece

que, además de la cláusula de caducidad en esos contratos de Derecho Privado, se tendrán que incluir las cláusulas de los principios especiales que se prevén en el estatuto para los contratos administrativos. Entonces, pareciera que en un contrato de Derecho Privado de la Administración, por el hecho de incluir la cláusula de caducidad, se convierte automáticamente en administrativo y entonces se está borrando la distinción, la clasificación, que es el gran avance de la legislación en esta ley y en este estatuto de la contratación administrativa.

Quizás ésto se ha presentado porque no se utilizó un criterio unificado en la expedición de estas normas, y ésto lo podemos ver si nosotros analizamos algunos aspectos fundamentales de los contratos. Cuando tratamos de hacer referencia a los criterios, y lo hicimos así muy rápidamente, de diferenciación entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración, veíamos que uno de los criterios es el de la formación del contrato, y hay aspectos que son fundamentalmente de carácter público, como los trámites previos para la escogencia del contratista, el fenómeno de la licitación es un fenómeno propio del contrato administrativo. Pues bien, en el mismo estatuto, cuando se hace referencia al fenómeno de la licitación como mecanismo para la escogencia del contratista, se establece que deben cumplirlo tanto los contratos administrativos como los de Derecho Privado de la Administración, pero se establecen unas excepciones y, obviamente, si se ha dicho que lo deben cumplir tanto los administrativos como los de Derecho Privado de la Administración, al establecer excepciones, también se hace referencia para exceptuar de ese trámite a contratos que son típicamente administrativos, como el de empréstito, como el de concesión y a contratos que serían, porque no están enumerados en la legislación, serían contratos de Derecho Privado de la Administración para exceptuarlos del trámite de la licitación. O sea, que uno de los criterios de la formación del contrato que serviría para calificar al contrato como típicamente administrativo, se estableció obligatorio para las dos clases y se exceptúa también en contratos tanto administrativos, como de Derecho Privado de la Administración. Por otra parte, con relación a las cláusulas que contenga el contrato, que es otro de los criterios que citábamos para establecer la distinción, también hay un tratamiento un poco confuso en esta norma, en la medida que, por ejemplo, con relación a la cláusula de caducidad, que es una de las cláusulas de forzosa intención en todo contrato, se establece que no se necesitará, no es obligatoria la inclusión en un contrato de compra-venta de bienes muebles, que no es un contrato administrativo de los enumerados por la legislación como tal, y por otra parte también se establece que no se debe incluir la cláusula de caducidad, en contratos como el de empréstito o en los contratos interadministrativos que son contratos típicamente administrativos. Entonces tampoco se le dio un tratamiento unificado con relación al criterio de

las cláusulas, para distinguir un contrato como administrativo o como de Derecho Privado de la Administración. Tampoco en materia del criterio del juez competente para resolver las controversias, aparece un tratamiento único en la norma, y en esta materia, de acuerdo con las normas que se prevén al respecto, el juez competente para conocer de las controversias que surjan en razón de contratos administrativos, será la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si se trata de contratos de Derecho Privado de la Administración, será la jurisdicción ordinaria, pero si se trata de contratos de Derecho Privado con cláusula de caducidad, será la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y si se trata de actos administrativos que pueden expedirse cuando se esté tramitando un contrato de Derecho Privado de la Administración, será de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Como ustedes ven, en nuestra legislación se quiso acoger la clasificación, consagrar, y realmente fue por primera vez que se hizo, porque antes no se había previsto en esta forma, la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración. Pero si bien se estableció esa clasificación, en sus consecuencias no se establecieron claramente, ni la diferenciación en razón de los principios, ni la diferenciación en razón del juez competente para conocer de ellos, porque por el solo hecho de que un contrato que no es definido por el estatuto como el contrato administrativo, incluya la cláusula de caducidad, se convertirá en administrativo, para los efectos, desde el punto de vista jurídico.

Dentro de este estatuto, además de estos comentarios con relación a la clasificación de los contratos, vale la pena también mencionar algunos comentarios con relación a los principios especiales que se previeron, para los contratos administrativos y que ya hemos visto también se aplicarán a los de Derecho Privado si en ellos se incluye la cláusula de caducidad. Y fundamentalmente de acuerdo con la Ley de Autorizaciones, porque también previó lo relacionado con los principios y con el estatuto de la contratación administrativa, los principios nuevos que se consagraron en la legislación positiva para que regulen el contrato administrativo, hacen referencia a la terminación unilateral por parte de la administración, a la posibilidad que tiene la administración de modificar también unilateralmente el contrato, y también a la figura de la interpretación unilateral de los contratos como competencia propia de las autoridades administrativas.

El principio de la terminación unilateral de los contratos, hace referencia a la facultad que tiene la administración para terminar unilateralmente un contrato, cuando sea inconveniente para el interés público y la misma norma hace referencia a que esa inconveniencia para el interés público, debe surgir por motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato, y la norma prevé que

esos motivos posteriores deben ser o de orden público o de coyuntura económica, términos que han sido realmente controvertidos porque como ustedes ven, son quizás demasiado amplios para establecer una competencia de la administración de poder terminar unilateralmente un contrato. En la medida en que por ejemplo entre nosotros opera la figura, que también se ha mencionado acá, de la emergencia económica, pudiéramos preguntarnos si siempre que haya una declaratoria de emergencia económica en los términos del artículo 122 de nuestra Constitución Nacional, podrá hablarse de que hay una coyuntura económica que hace que un contrato sea inconveniente por razones de interés público, y por motivos que se presentaron después de su perfeccionamiento y pueda entonces la administración terminar unilateralmente invocando ese problema de orden económico, si está declarada la emergencia económica en el país. El mecanismo fundamental para ordenar esa terminación unilateral, es el de una resolución por parte de la administración, resolución que debe ser motivada y previamente consultada al Consejo de Ministros, resolución contra la cual procede el recurso de reposición y expresamente la norma prevé que puede ser demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ante esta posibilidad de demanda, surge inmediatamente el cuestionamiento de hasta dónde van a llegar los poderes del juez que juzgue la legalidad o ilegalidad de esa resolución que da por terminado unilateralmente un contrato, si va a entrar, va a poder entrar a establecer si realmente hubo o no los motivos, o si simplemente se trata de un control jurídico formal. Vale la pena resaltar que en esta figura de la terminación unilateral, aparece como situación importante dentro de sus previsiones, la de que se consagra la posibilidad de que se indemnice directamente por parte de la administración, al particular contratista a quien se le da por terminado unilateralmente el contrato, esto tiene la ventaja de que va a evitar el que el particular acuda a reclamar esa indemnización por la vía jurisdiccional, pero este punto ya ha sido controvertido en nuestro país desde el punto de vista constitucional, en la medida en que está directamente la norma reconociendo la indemnización.

El segundo principio fundamental de los contratos administrativos previsto en este estatuto, hace referencia a la modificación unilateral, y esa modificación unilateral está consagrada en los siguientes términos en la norma: cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas: no podrán modificarse la clase y objeto del contrato, deben mantenerse las condiciones técnicas para su ejecución, deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista y debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes. Son los límites a este principio, a esta posibilidad que se le da a la administración de poder modificar unilateralmente un contrato. El procedimiento en buena

parte reconoce los derechos del contratista, e inicialmente esa modificación trata de que sea de común acuerdo. Si el particular no acepta los términos de la modificación propuesta por la administración, se procederá a la modificación unilateral y el procedimiento es similar al que mencionábamos anteriormente, a través de una resolución motivada respecto de la cual procede el recurso de reposición, y que debe expedirse previa consulta del Consejo de Ministros y que es demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con relación a esta figura de la modificación unilateral, las normas establecen algunos casos de excepción y es en los convenios interadministrativos, es decir en los que se celebran las diferentes entidades de la administración y en los que celebran instituciones financieras internacionales de carácter público, o entidades gubernamentales de crédito extranjeras y organismos internacionales. Por último, dentro de estos principios, la legislación previó la figura de la interpretación unilateral por parte de la administración para los contratos administrativos y se establece que cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas de un contrato, que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo, la entidad convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato. Se hará un acta con los resultados de la reunión, y si no existiere un acuerdo, la entidad pública señalará la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado mediante resolución motivada que se notificará en los términos que nuestra legislación positiva establece para la notificación de actos administrativos.

Vale la pena mencionar, con relación a esta figura, de la interpretación unilateral, que si en el contrato se ha previsto la posibilidad de un arbitramento, necesariamente antes de ir al arbitramento hay que aplicar esta posibilidad de que la Administración interprete unilateralmente el contrato. Y así tenemos planteados los principios fundamentales que rigen con relación a los contratos administrativos. Principios que se aplicarán también a los contratos de Derecho Privado de la Administración si en ellos se incluye la cláusula de caducidad.

Estos son los aspectos fundamentales que reguló el Estatuto a la Contratación Administrativa y la Ley en virtud de la cual se expidió y que nos permite ubicarnos justamente en la clasificación más importante que puede plantearse con relación a los contratos que celebra la Administración. Obviamente que este Estatuto, además de estos aspectos que son los fundamentales, regula íntegramente la materia, hace referencia a temas de la capacidad para contratar, régimen de inhabilidades, de incompatibilidades, cláusulas obligatorias, nulidades, normas para determinadas entidades, y vale la pena mencionar cómo trae todo un capítulo de protección a la industria y al trabajo nacionales, que también se

consagró en este Estatuto para que se tuviera en cuenta necesariamente en los contratos que celebre la Administración.

Finalmente, vale la pena mencionar un último aspecto que puede ser de algún interés, y es el relativo con las entidades territoriales que en Colombia realizan el fenómeno de la descentralización territorial. De acuerdo con lo que ya se ha dicho en esta Mesa, en Colombia existe un régimen unitario desde el punto de vista político, pero se consagra la descentralización administrativa, tanto la descentralización territorial como la descentralización por servicios, y en lo que hace referencia a la descentralización territorial, encontramos la existencia de los Departamentos y los Municipios, Departamentos y Municipios, que en virtud de la misma Ley de 1887, que le reconoció la personalidad jurídica a la Nación, se la reconoce también a los Departamentos y a los Municipios, y entonces podemos preguntarnos si hemos aceptado la posibilidad de que las personas jurídicas como la Nación contraten, también lo podrán hacer los Departamentos y los Municipios, y podemos preguntarnos también, si este Estatuto se aplica a esas entidades o cuál es la regulación en esta materia.

Con relación a este tema, nuestra Constitución, a esas entidades descentralizadas territorialmente, les reconoce un buen grado de autonomía administrativa y es por eso que el artículo 5º de la Ley de Autorizaciones en esta materia de contratación, estableció que en materia relacionada con la formación y adjudicación de los contratos de los Departamentos y de los Municipios, en razón de su autonomía, no se regirían por este Estatuto que hemos comentado, en cambio, en materia relacionada con los tipos de contrato, la clasificación de los mismos, sus efectos, la responsabilidad contractual y la terminación de los contratos, son temas que están regulados a nivel legal y entonces, en materia de contratación de los Departamentos y de los Municipios, vamos a encontrar que hay algunos aspectos. Estos últimos que hemos anotado que corresponden en su regulación al legislador, y en este caso el legislador ejerció sus funciones a través del Estatuto de la contratación administrativa; en cambio, el tema relacionado con la formación y la adjudicación del contrato aparece la autonomía de los Departamentos y los Municipios, y en esos aspectos fundamentales para ellos, en la medida en que a través de la formación y adjudicación del contrato tendrá en cuenta sus propios intereses y las necesidades de los servicios regionales y locales corresponde a las autoridades departamentales y municipales la regulación de esas materias específicas.

Así dejo planteado el tema de los contratos administrativos en nuestra legislación colombiana, haciendo referencia solamente, por razones del tiempo a los aspectos fundamentales que espero les permitan tener a ustedes la visión panorámica del régimen de los contratos administrativos en Colombia.

Muchas gracias.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN VENEZUELA

GONZALO PÉREZ LUCIANI

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

La invitación que me hicieron para dar esta pequeña conferencia me sorprendió un poco, particularmente tratándose del tema de los Contratos Administrativos, dentro del conjunto que forma este nutrido programa de conferencias colombo-venezolanas. Me llamó la atención porque si hay alguien que disiente de la opinión corriente en materia de contratos de Administración soy yo, en relación a los otros profesores y tratadistas de Derecho Administrativo en Venezuela, particularmente de mi querido profesor y respetado maestro Antonio Moles Caubet y de otros profesores como el doctor Lares Martínez, que probablemente tengan ustedes la oportunidad de oírlo en una próxima conferencia, y de compañeros como el doctor Luis Henrique Farías Mata, actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del profesor Allan R. Brewer-Carías, que prácticamente ha sido uno de los que ha llevado el Derecho Administrativo en Venezuela a un nivel y una difusión de carácter internacional.

A mi modo de ver, ser un poco el disidente o protestante en materia de contratos administrativos, no me produce mayor impresión, e inclusive me gusta desempeñar tal papel un poco como el de "Abogado del Diablo" combatiendo la idea del contrato administrativo y me place también ese papel aunque, en una conferencia, es sumamente difícil, salvo nociones muy generales, tratar de temas especializados o profundizar en el análisis de algún elemento particular de cualquier sujeto. Las conferencias se limitan a dar una visión muy general sobre un problema y como consecuencia el interés del oyente apenas es suscitado por los nuevos conocimientos o las nuevas adiciones cognoscitivas que puede añadir a las que ya tenía. Para combatir tal postura en el oyente, me propongo presentar una cuestión no temática sino problemática sobre el tema que me corresponde desarrollar.

Estaba pensando en un profesor colombiano de nombre Eustorgio Sarria, quien defiende la posición del monismo contractual, en el sentido de que todos los contratos que celebra el Estado tienen que ser en cierta forma o medida

contratos públicos, porque es imposible que el Estado se despoje totalmente de la vestidura de Poder Público. Respecto de esa posición de Eustorgio Sarria, es donde manifiesto mi contraposición, es decir, el Estado, y cuando digo Estado, digo los otros Poderes Públicos conformados por entes territoriales o entes con personalidad jurídica distinta a la del Estado pero con naturaleza pública, llámese como se quiera a esas naturalezas públicas, que tienen la posibilidad de actuar siempre de dos maneras: una, como autoridad frente al particular, imponiéndole al ciudadano determinadas conductas o actuaciones, incidiendo unilateral y autoritariamente en la esfera jurídica del particular, limitando, comprimiendo y eliminando los derechos del privado. Esa es una manera en que se manifiesta el Poder Público y se manifiesta en toda la gama de actuaciones del Poder Legislativo, sancionando las normas y reglas de conducta; del Poder Judicial, tomando decisiones definitivas de las controversias, y de la Administración Pública, enderezando la conducta de los ciudadanos mediante órdenes, mandatos, prohibiciones, limitaciones; en fin, todo lo que revele la autoridad de la Administración.

Al lado de esa actividad de la Administración, hay una segunda actividad diferente de aquélla. La Administración no siempre puede actuar como Poder Público sino que puede actuar en condiciones similares a las de un particular. Es evidente que estas condiciones similares a las de un particular no son tan similares a las de las personas humanas naturales, sino a las de una organización privada particular, de relativas magnitudes. Así vemos una gran empresa, un gran banco, una gran industria, donde las decisiones que se adoptan en esas empresas, en esas industrias, en esas grandes instituciones, generalmente revisten una gran complejidad porque son tomadas a diversos niveles con diversos procedimientos, llevadas a cabo a través de una serie de trámites, más o menos complejos. De tal modo que el Estado quizás es prácticamente hoy la mayor de las grandes empresas de un país y se maneja a través de sistemas complicados, es decir, tanto cuando ejerce el Poder Público, aunque quizás no sea tan compleja su actuación allí, pero extremada y lamentablemente compleja cuando ejercita la posición jurídica de sujeto con autonomía privada. Actúa como un particular, pero como un particular que se ve limitado y rodeado de una serie de trámites y procedimientos, tales como se vería una gran empresa.

El Estado no tiene sino dos medios de actuar: o actúa como autoridad o actúa en forma similar a un particular, por más complejidad que tenga, esta última actividad, utilizando los medios que tiene el Derecho Privado. Entre esos dos términos, no creo que exista alguna otra alternativa intermedia.

El problema del contrato administrativo ¿cuál es? El problema del contrato administrativo que se ha presentado desde comienzos de este siglo, no existía en el siglo pasado, en ninguno de los países que tienen hoy lo que

se llama un régimen administrativo. Ha comenzado a surgir como una especie de tercer género, entre el Estado que actúa como Poder Público y el Estado que actúa como un privado o particular. De manera que se trata de una situación mixta, una situación intermedia. Resumiendo: la idea fundamental de un gran número de juristas, especialmente en el siglo pasado, por ejemplo del grupo de profesores alemanes que todavía siguen esa doctrina y puede verse en Mayer o cualquier autor alemán del siglo pasado y aun todavía en Suiza con pensamientos similares, así como la posición del profesor colombiano Eustorgio Sarría, siendo que no admiten la contratación del Estado, porque consideran absurdo que el Estado, como autoridad, pueda llegar a resolver cuestiones de común acuerdo con el particular. El Estado no puede descender al nivel del particular para celebrar un contrato; no puede existir tampoco la igualdad de las partes que —según algunos— sería uno de los elementos fundamentales del contrato.

Al lado de ésta está otra posición, en el sentido de considerar que el Estado tiene la posibilidad de actuar unas veces como Poder Público utilizando los medios del Derecho Privado, otras veces utilizando medios del Derecho Privado, pero en este caso sometándose a las reglas del Derecho Privado. A mi modo de ver existe una tesis intermedia, que es la que sustenta la teoría del llamado “contrato administrativo” que va a caballo entre dos realidades: la de la actuación de Derecho Público de la Administración y la del Derecho Privado de los contratos.

Contrato significa convención, un acuerdo entre las partes; de manera que si la Administración contrata, no impone su voluntad; la Administración tiene necesidad del particular, debe llamarlo a concurso. El particular tiene exigencias, tiene intereses contrapuestos a los de la Administración, y la Administración tiene que soportar o admitir con esas exigencias e intereses lo que lleva a que entre una y otro se establezcan los términos de un acuerdo.

Tan verdad es que el Estado tiene que sujetarse a las exigencias e intereses de los particulares que, en situaciones de emergencia, como se presentan a veces en muchos países, y ejemplo de la cual es la que vivimos actualmente, donde el Estado venezolano tiene que sentarse a discutir con bancos privados extranjeros sobre la necesidad o no de aceptar determinadas condiciones para el refinanciamiento de la deuda pública. El problema es que políticamente la cuestión jurídica queda marginada cuando se afirma que Venezuela no debe aceptar las condiciones que le impone un determinado organismo internacional, el banco privado tal o un grupo de tales bancos. Con este ejemplo puede verse que los particulares en cierta forma y medida le establecen condiciones al Estado. El Estado no se manifiesta en las tratativas de este evidente contrato que se llama de empréstito público como autoridad y, naturalmente el Estado tampoco podría imponerle a los bancos extranjeros soluciones como la negativa de pago o alter-

nativas elegidas arbitrariamente en forma unilateral. El Estado tiene que someterse y negociar un determinado acuerdo.

De manera que lo que quiero hacerles presente es que no participo de las tesis de que el Estado no pueda bajar de su pedestal de soberanía para contratar, así como tampoco creo que exista este término intermedio entre el Estado Poder Público y el Estado contratante, que se expresa con la teoría del llamado "Contrato Administrativo", sino que el Estado unas veces procede como Poder Público y otras veces procede como un particular similar a una gran empresa o una gran industria y con los mismos medios de Derecho Privado.

Este problema que se plantea con relación al Estado, fundamentalmente se plantea con todas las otras personas de Derecho Público. En Venezuela, concretamente, las personas públicas territoriales, que serían los Estados que forman la federación venezolana, las municipalidades o los grupos de municipalidades previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal y algunos entes públicos, llámense institutos autónomos, como podría ser en Venezuela una de esas categorías y las demás de Derecho Público, como los colegios profesionales, etc. Con relación a estas últimas personas jurídicas públicas el problema es más reducido ya que algunas de ellas, como algunos institutos autónomos en Venezuela o establecimientos públicos, como se los llamaría en Francia, no tienen potestades públicas, sino son operadores jurídicos cuyos medios jurídicos para actuar son medios de derecho privado. Estas personas públicas, esos institutos autónomos o establecimientos públicos, etc., no tienen potestades públicas y resulta inútil plantearse el problema de si pueden celebrar contratos administrativos o no, ya que siempre celebrarán contratos de derecho privado igual que un particular.

Distinguimos en la administración pública así, su aspecto de Poder Público y su faceta de persona jurídica, que como toda persona jurídica en los ordenamientos de tipo continental europeo, en los ordenamientos latinoamericanos, tiene también una capacidad plena y una legitimación negocial ilimitada. Toda persona jurídica en nuestro ordenamiento, sea de naturaleza pública o de naturaleza privada, tiene en principio la posibilidad plena para actuar en la vida digamos civil, o del derecho privado o del derecho común. Las excepciones se deben en términos generales a cuestiones de la propia naturaleza inmaterial de la persona jurídica, ya que es evidente que una persona jurídica pública no puede hacer testamento, ni puede realizar actos o negocios que son propios de las personas naturales. Ahora, en mi concepto, el Estado es una persona jurídica como todas las otras personas jurídicas, tiene capacidad plena, tiene legitimación negocial ilimitada, salvo que alguna norma de carácter legal limite esa capacidad de ejercicio o legitimación para realizar negocios. Pero,

en principio, puede el Estado a través de la Administración Pública, principalmente, realizar todos los negocios jurídicos privados sin mayores limitaciones.

Es evidente que cuando la Administración Pública celebra un contrato, puede hacerlo con una finalidad distinta a la de un particular. Así, la Administración Pública, cuando realiza un contrato, suele perseguir una finalidad de carácter público, de cuidar un interés público; se suele decir que su actividad es una "actividad administrativa". Cuando la administración cumple una actividad que no se refiere al cuidado de un interés público o que no tiene una finalidad pública, entonces se suele decir que la administración actúa, realmente, como una persona privada. Para dar un ejemplo: la Administración desea adquirir un inmueble a fin de construir o instalar una escuela o un hospital. La Administración tiene dos medios, que son: uno, utilizar la expropiación para obtener el inmueble; otro, utilizar el contrato de compra-venta para la misma finalidad. En cualquiera de las dos hipótesis la Administración al desarrollar su capacidad y su legitimación privada para adquirir el inmueble, está actuando en función del interés público que tiene encomendado con la consecución de la escuela o del hospital, que se ha propuesto.

Hay otros casos en que evidentemente no se da una situación similar; la Administración Pública puede por herencia, mediante un legado, o mediante la vacancia de bienes hereditarios entrar en propiedad de determinados bienes, bienes éstos que pueden constituir una molestia para la Administración conservarlos o mantenerlos. La Administración decide darlos en venta para eliminar el cuidado del inmueble que no tiene ningún interés en mantener. Evidentemente, cuando la Administración da en venta este inmueble procede mediante un acto de derecho privado y su actividad no puede llamarse "administrativa" porque no persigue ninguna finalidad general pública. En ese sentido, los contratos de la Administración, por regla general son *contratos administrativos*, en el sentido de que son contratos cuya finalidad es el cuidado de un interés público. En ambos casos, aun siendo diferentes las finalidades, los medios e instrumentos utilizados por la Administración son de Derecho Privado y las relaciones que surjan entre las partes se regulan por el Derecho Común. Es verdad también que hay algunas contingencias que han dado origen a problemas, y resultan de la posibilidad de que la Administración en el curso de ejecución de un contrato (cuando digo Administración Pública es la administración del Estado, la de los Estados, la de los Municipios o de cualquier otra persona jurídica pública dotada de potestades públicas), utilice algunos medios o remedios que no son los propios del Derecho Privado. Esto se explica de la siguiente manera: la Administración Pública tiene a su cuidado intereses públicos que le señala la ley; así las leyes de sanidad señalan que el Ministro de Sanidad y los funcionarios de Sanidad tendrán el cuidado de la Salud Pública para prevenirla, para

recuperarla, etc., y así, sucesivamente, va señalando la ley los diversos intereses públicos que debe cuidar la Administración. Cuando la Administración celebra un contrato que se refiere a un interés de esa naturaleza (adquirir un inmueble con destino a un hospital o celebrar un contrato de obra para edificarlo), evidentemente que la Administración ha celebrado un contrato con relación a un fin o interés público. Sin embargo, la Administración Pública, a pesar de estar comprometida y ligada a un particular por las cláusulas contractuales, no puede desentenderse del interés público que se le ha encomendado; de modo que la Administración Pública puede y tiene que utilizar los poderes públicos que posee para cuidar ese interés público. A veces el cuidado de ese interés público hace incidir la actividad de la Administración en las operaciones contractuales y en las obligaciones derivadas de tales operaciones. La Administración Pública no puede ver limitadas sus potestades públicas en el cuidado de los intereses públicos, por la circunstancia de encontrarse ligada mediante un contrato. Evidentemente el particular cocontratante tiene un derecho, merece la protección de la ley, pero la Administración no se ha desprendido de su poder de cuidar y de velar por el interés público que le ha sido encomendado, de modo tal que si en el desarrollo o ejecución de un contrato, el interés público impone la necesidad de actuar de una manera diferente, aun en contra del compromiso contractual, y tiene la posibilidad de incidir unilateralmente en el contrato y en los derechos de carácter contractual, quedando a salvo, por supuesto, la posibilidad del cocontratante de reclamar las indemnizaciones o las expropiaciones, o cualesquiera otro daño que se le haya podido causar por la actividad de la Administración.

Estas circunstancias no revelan la existencia de un contrato administrativo, como parece ser una opinión generalizada. Este fenómeno que acabo de describir, algunos lo consideran como el régimen jurídico propio de los "contratos administrativos", pero a mi modo de ver, es contrario al derecho positivo vigente, porque es una interpretación no satisfactoria, así como también lo es la interpretación de una parte de la Escuela Alemana de que la Administración no puede actuar sino como persona de derecho público. Insistimos en que todas las personas jurídicas tienen posibilidad de actuar, con plena capacidad y con plena legitimación negocial ya que no rige en nuestro derecho el principio anglosajón del *nec ultravires*, de manera que en nuestro ordenamiento toda persona jurídica puede actuar en forma plena, salvo las expresas limitaciones que establezca la ley.

No dejo de reconocer, sin embargo, que en Venezuela como en muchos otros países, se ha planteado el problema del llamado "contrato administrativo"; contrato administrativo en realidad no es sino una especie de un género llamado "contrato". El contrato genérico, que es un acuerdo entre partes para regular

una situación jurídica, para crear, extinguir, modificar derechos y relaciones entre partes, hay como dos ramas o dos especies: una sería el contrato de derecho privado, y otra, el contrato de derecho público. Esto que parece ser relativamente sencillo o sensato, resulta casi imposible construirlo intelectualmente o desde el punto de vista científico ya que no es posible establecer unos principios únicos y generales, aplicables a los dos tipos de contrato, de manera que en realidad lo que ha hecho la doctrina y lo que ha hecho toda la elaboración jurisprudencial y dogmática en estos ochenta años que tiene el problema del contrato administrativo, es crear dos géneros diferentes desde el punto de vista jurídico. Un género que es el género que se llama "contrato administrativo", y un género que no tiene nada que ver con el otro, prácticamente diferente, el género del contrato del derecho privado.

Quizás algunas cuestiones como la capacidad de las partes contratantes o algunos problemas relativos a las declaraciones, vicios de la voluntad, del objeto, o de la causa, etc., generalísimos en principio, y que pueden extenderse a otra serie de actos o actuaciones u otros negocios jurídicos, serían los únicos puntos de contacto entre las dos nociones.

Además, en actitud un poco polémica, la posición que hemos adoptado frente a este problema de los "contratos administrativos", referida en concreto a Venezuela tiene una acentuación especial. En Venezuela, la noción de "contrato administrativo" es inútil, de modo que si en Francia o en Colombia o en Argentina, etc. fuese de alguna utilidad distinguir entre un contrato administrativo y uno que no lo es, en Venezuela es inútil, es algo que no conduce a nada, simple especulación sin ningún sentido práctico.

Todavía considero, en la cuestión de los contratos administrativos, otro problema que en Venezuela además de ser inútil, que es mero ejercicio especulativo de una idea extranjera, también es peligroso el pseudo concepto de "contrato administrativo", cosa que veremos particularmente. En Venezuela la cuestión de los "contratos administrativos" se inició con referencia a una decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia, que en esa época se llamaba Corte Federal y de Casación, institución que otras veces recibió el nombre de Corte Federal y Corte de Casación, Corte Suprema de Justicia, Sala Federal, Sala Político-Administrativa, etc., que son todas las denominaciones que han asignado a nuestro máximo tribunal.

Esta decisión del año 1944 se produce con relación a la construcción del Puerto de La Guaira realizado por una compañía extranjera, de manera que se produjo ese fenómeno de que a una empresa extranjera, de nacionalidad holandesa, se le dio el encargo de ampliar las instalaciones del Puerto de La Guaira, de los muelles del Puerto de La Guaira. En el curso de ejecución del contrato, la empresa alegó fuerza mayor para justificar tardanzas e incumplimientos, la cual

consistía en la guerra europea que se desarrollaba en esa época. Un célebre magistrado en Venezuela, muy avanzado para su tiempo, decidió que el gobierno venezolano cuando rescindió el contrato, y le puso fin unilateralmente, por el incumplimiento de la contratista había procedido de manera correcta, de acuerdo con la teoría francesa de los contratos de derecho público o de los "contratos administrativos". Esa decisión, como ha sucedido otras veces en Venezuela, y también en otras partes del mundo, prácticamente *pasó debajo de la mesa*, pues muy poca gente tomó en cuenta la sentencia dictada por la Corte ni el significado que en aquella época representaba una decisión de esa naturaleza. Inclusive, nuestros primeros autores de derecho administrativo como es el profesor Hernández Ron, iniciador de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, hace referencia a los "contratos administrativos", y si se refiere a los mismos lo hace como una referencia a un derecho vigente en Francia o quizás en algún otro país, pero no se relaciona con Venezuela. Este autor ignora, además, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, a que hemos hecho mención.

El caso no es raro, porque en Francia sucedió lo mismo. En 1873 el Tribunal Francés de Conflictos dictó la célebre decisión que se conoce como *Arrêt Blanco*. Esta decisión permaneció prácticamente desconocida hasta que unas décadas después los juristas se encargaron de calificarla como la piedra angular del llamado Servicio Público. Durante muchos años ni se mencionó la sentencia del célebre *Arrêt Blanco*.

El problema venezolano es que la decisión de nuestra Corte Suprema de Justicia está marcada por la doctrina francesa, de modo que el tratadista, perdón, el profesor Pedro Arismendi Lairret, ponente de la célebre sentencia, sólo cita autores franceses, doctrina francesa, cita la noción del servicio público, y de allí se origina o nace el problema.

Este problema, en Venezuela, tiene apenas 40 años y es el mismo origen de la noción que se presenta en la mayoría de los países latinoamericanos, en algunos países del Tercer Mundo y también en Europa, contaminados todos con la idea del "contrato administrativo". Países como España y otros cercanos a Francia, como Bélgica, son los que sustentan esta tesis del contrato administrativo.

El fenómeno se presentó en Francia por primera vez en una célebre decisión denominada "*Arrêt Terrier*", del año 1903. Ahí se plantea el problema con relación a un cazador de víboras. Se trataba de eliminar a estos animales dañinos y un Departamento Francés ofreció una prima por la eliminación de estos animales. Con relación a este problema el Consejo de Estado francés decidió que ése era un contrato relativo o relacionado con un servicio público, y que en consecuencia correspondía a la jurisdicción administrativa conocer del litigio. Quiero hacer una pequeña digresión, aunque muchos de ustedes la conocen, pero no

viene a mal recordarla ahora. En Francia se establecieron los presupuestos para la existencia de dos órdenes de jurisdicciones, a partir del inicio mismo de la Revolución, de modo que a fines del siglo 18, particularmente en 1789, se le impide a los Tribunales el conocimiento de los asuntos que correspondían a la Administración, o Poder Ejecutivo, en particular lo relativo a los actos administrativos. Esta prohibición daría origen a una jurisdicción paralela a la jurisdicción judicial, que es la jurisdicción administrativa, así que hoy hay una jurisdicción judicial que se ocupa de los litigios entre particulares, y de algunos problemas de la Administración y otra jurisdicción, la administrativa, que se ocupa de los conflictos surgidos con motivo de la actividad de la Administración cuando la administración actúa, como decían ellos, como *puissance publique*, como potencia pública o como autoridad. Naturalmente tratándose de contratos, la distinción entre cuándo la Administración actuaba haciendo uso de su *puissance publique* o su potencia pública y cuándo actuaba como un particular, referida a los contratos, los conflictos que se suscitaban como ocasión de los mismos debían pertenecer al ramo de la jurisdicción judicial.

Esta regla evidente en la distinción que se hacía entre las dos órdenes de jurisdicciones, tenía excepciones. Esas excepciones eran establecidas por la ley. Por ejemplo, desde muy temprano, casi al inicio mismo de la Revolución, cuando se prohibió la intervención del poder judicial en los actos y asuntos de la administración, el contrato de obra pública llamado por los franceses "travail public" (trabajo público) que coincide aproximadamente con lo que llamamos nosotros contrato de obra pública, fue eliminado de la jurisdicción judicial y los conflictos a que pudiera dar lugar sometidos a la jurisdicción administrativa. Así, sucesivamente, una serie de leyes fueron pasando una serie de actos y de negocios celebrados por la Administración en los cuales la Administración parecía actuar como un particular, al conocimiento de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta decisión del Arrêt Terrier fue una especie de sorpresa, porque se trasladaba al conocimiento de la jurisdicción administrativa un nuevo tipo de acto: los contratos que tenían que ver con un servicio público o relativos a un servicio público. Casi de seguidas produjeron otras decisiones, como el Arrêt Therond, relativo a un contrato donde un particular se encargaba del levantamiento de animales muertos en la vía, y de meter a los perros realengos en perreras municipales, etc. Habiendo surgido el problema se estableció que esa actividad era un servicio público y que el contrato relativo a ese servicio, y los conflictos derivados del mismo, debían ser sometidos a los tribunales administrativos.

Así comienza a perfilarse la tesis intermedia: antes no había discusión acerca de lo que era un acto de gestión y de lo que era un acto de autoridad

o de potencia pública y, en consecuencia, no había discusión en el sentido de que los contratos eran actos de gestión cuyo conocimiento pertenecía al Poder Judicial, salvo que la Ley, como en el caso de los trabajos públicos, trasladara esa competencia a la jurisdicción administrativa. Pero con las decisiones del Arrêt Terrier y Therond la tesis de que el contrato referido a un servicio público debía corresponder a la jurisdicción administrativa cambia todo el esquema previo. Estamos así frente a la creación de un derecho nuevo, por la vía pretoriana del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos que estaban sobre una materia novedosa.

Hacia 1912, en el caso conocido como Sociedad de Granitos Porfiroideos de los Vosgos, donde el contrato se refería al adoquinado de unas calles públicas, el Consejo de Estado decidió el 31 de julio de 1912, que a pesar de que el contrato se refería a servicio público de puentes y calzadas, ese contrato, a pesar de estar referido a ese servicio público no correspondía a la jurisdicción administrativa, ni le era aplicable al Derecho Administrativo, sino que estaba sometido al Derecho Privado y a la jurisdicción judicial.

Esta decisión creó una nueva incertidumbre porque se tenían unos principios relativamente claros y sencillos: contratos que celebraba el Estado y cuando digo el Estado, deben entender los Departamentos o las Comunas en Francia, o aquí, en Venezuela, los Estados y las Municipalidades, etc., cuando el contrato se refería a un servicio público, se aplicaba el Derecho Público y la competencia era de los Tribunales Administrativos. El problema evolucionó muy pronto, prácticamente antes de cumplir los diez años de la tesis sustentada en el Arrêt Terrier, el Consejo de Estado había cambiado de opinión y se sostenía que los contratos de la Administración, aunque se refirieran a un servicio público, el conocimiento de los mismos no correspondía a la jurisdicción administrativa.

Esto dio origen a doctrinas que trataran de explicar estas contradicciones. Así se estableció una noción estricta del Servicio Público y fundamentalmente un autor que tuvo mucha importancia en esa época, Gastón Jezé, estableció que servicio público era únicamente la actividad de los gobernantes calificada por el procedimiento de Derecho Público, actuación típica de la autoridad.

El problema que se creó fundamentalmente en Francia fue el de decidir cuándo se daban realmente las notas definidoras del contrato administrativo, o cuándo podía hablarse de contrato administrativo. La tesis que resultó favorecida fue una especie de solución intermedia. Hay contratos que se refieren a servicios públicos, pero esta es una nota que si bien es necesaria, no es suficiente, en el sentido de que en el contrato debe haber lo que llamaron los franceses una "cláusula exorbitante". Se crearon así dos nociones con rela-

ción al contrato administrativo: una, la del "servicio público" y otra la de la "cláusula exorbitante".

Naturalmente, la jurisprudencia se movía variablemente hacia uno o hacia otro sentido. El problema, tanto para los franceses como a los que leemos a los franceses en esta materia de Derecho Público (que fuimos llamados graciosamente "hurones jurídicos" por un profesor francés, calificando así a los latinoamericanos que íbamos a aprender Derecho Administrativo en París) consistió fundamentalmente en lo siguiente: los dos grandes criterios de la doctrina francesa, de la jurisprudencia francesa, de la dogmática francesa del "servicio público" y de la "cláusula exorbitante" nunca alcanzaron los límites mínimos de precisión respecto de qué era una cosa y qué era la otra. Si alguien pregunta hoy a un jurista francés qué cosa es un servicio público, con plena seguridad, no lo sabrá responder.

De manera que la noción de "contrato administrativo" depende de un criterio de base de servicio público que nadie sabe en concreto en qué consiste, inclusive, las últimas nociones, como pueden leerse, por ejemplo, en De Laubadere: es que prácticamente el gobernante dice en cada momento cuando dicta una Ley, qué es servicio público.

"El dominio del servicio público es así esencialmente contingente. Según las épocas el Estado estimará oportuno erigir un servicio público la satisfacción de tal necesidad respecto de la cual el mismo Estado podrá decidir mañana dejarla caer de nuevo en el campo o dominio de la iniciativa privada". De modo que es un criterio nominalista. Del Servicio Público, no es necesario construir ninguna teoría, sino es todo lo que el gobernante, en un momento determinado, decide (gobernante en el positivismo jurídico francés es el Poder Legislativo y conjuntamente el Poder Ejecutivo) considerar y calificar como un servicio público.

Algo parecido sucede con la cláusula exorbitante. ¿Qué es una cláusula exorbitante? La doctrina francesa no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre esta noción. Según algunos "cláusula exorbitante" es una cláusula inhabitual, en los contratos de derecho privado celebrados por particulares. Otros autores la definen como una cláusula que sería contraria al orden público o ilícita si aparece en un contrato entre particulares, y así sucesivamente. De manera que no hay sino varias definiciones que, por supuesto, no aportan ningún concepto claro acerca de la noción de cláusula exorbitante.

A pesar de la jurisprudencia a la cual ha dado lugar y de los esfuerzos de los comentaristas —escribe De Laubadère— el análisis de la noción de cláusula exorbitante permanece muy oscuro. No es fácil siempre determinar con precisión las posiciones jurisprudenciales en la materia.

De manera que el concepto de "contrato administrativo" está referido a dos nociones: una, de "servicios públicos", y otra, de "cláusula exorbitante", siendo criterio del Juez, para decidir o resolver en cada caso, qué es un "servicio un poco subjetiva, en el sentido de que el juez debía buscar los elementos del criterio del Juez, para decidir o resolver en cada caso, que es un "servicio público" o qué es una "cláusula exorbitante".

Naturalmente, esta teoría de la cláusula exorbitante tenía una ventaja sobre la noción de servicio público: la teoría de servicio público era y es un poco subjetiva, en el sentido de que el juez debía buscar los elementos del servicio público, si se trataba de una finalidad de interés general o de satisfacer una necesidad colectiva, o si tenía un fin de utilidad pública. En conclusión, precisar y apreciar toda esa serie de matices que se han atribuido al servicio público. De manera que siempre persiste la apreciación subjetiva de la existencia o no de un servicio público. El problema de la cláusula exorbitante planteaba una solución objetiva mucho más clara. Cuando había una cláusula exorbitante de esas que no eran habituales en el Derecho Privado, como lo que llaman nuestros queridos colegas colombianos la "caducidad", es decir, el poder terminar el contrato unilateralmente en cualquier momento por parte de la Administración, eso era una cláusula inusual en un contrato de Derecho Privado y eso hacía del contrato un contrato administrativo. Era un criterio objetivo; por eso, este segundo criterio fue el predominante hasta muy reciente, particularmente hasta el año 1956 en Francia: cuando había una cláusula exorbitante había un contrato administrativo. Permítaseme citar nuevamente a De Laubadère, en la primera edición de su obra *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, publicada en el año de 1956, donde puede leerse: "La noción de cláusula exorbitante o derogatoria del derecho común constituye hoy día, incontestablemente, el elemento central de la teoría del contrato administrativo. Es, en efecto, la presencia de tales cláusulas en un contrato el criterio por excelencia de su carácter administrativo". No se había secado la tinta de la imprenta cuando De Laubadère prácticamente habría de tragarse sus propias palabras con las decisiones dictadas por el Consejo de Estado con fecha 20 de abril de 1956, conocidas como *Arrêts Epoux Bertin y Ministre de l'Agriculture c. consorts Grimouard* a los cuales nos referiremos luego. Naturalmente, que puede plantearse lógicamente la cuestión de si el contrato tiene cláusulas exorbitantes porque es administrativo; es decir, tales cláusulas son una consecuencia de que el contrato sea administrativo; o por el contrario, la cláusula exorbitante estipulada o convenida por las partes es lo que produce la consecuencia de considerar el contrato como administrativo.

Lógicamente, estas nociones estaban en crisis, ya que desde hacía algunos años se hablaba en Francia de la crisis de estas nociones. Hay una célebre

monografía sobre la crisis de la noción de servicio público. Hace poco en un libro de 1974, en homenaje al profesor Waline, se encuentran dos artículos; uno de Prosper Weil donde habla del criterio del contrato administrativo en crisis la noción de cláusula exorbitante. Una de las causas que produjo la "cláusula exorbitante".

De manera que para los franceses está en crisis actualmente la noción de servicio público, está en crisis la noción de contrato administrativo, está en crisis la noción de cláusula exorbitante. Una de las causas que produjo estas crisis, es la célebre decisión mencionada de los "Expoux Bertin" que es un matrimonio que se encargó de mantener a unos rusos que iban a ser repatriados y por un problema de un sobreprecio en la pensión que les pagaba el Estado por el mantenimiento de estas personas, se planteó el problema de si el contrato era o no administrativo. El contrato era un contrato verbal, no era escrito, de manera que el contrato no podía tener cláusulas exorbitantes y sin embargo la solución fue que el contrato era administrativo, sujeto a la jurisdicción administrativa y que esa calificación derivaba de que se había confiado a los demandantes la ejecución misma del servicio, circunstancia que por sí sola era suficiente para imprimir al contrato el carácter de contrato administrativo.

Entonces, parece haber una circunstancia especial y es que el contrato no sólo se refiera a un servicio público, sino que el cocontratante de la Administración ejecute o realice el servicio público. En esa misma fecha, el mismo día, el Consejo de Estado dicta otra decisión que ya también mencionamos: *Ministre de l'Agriculture s. Consorts Grimouard*, donde el criterio parece ser matizado, no es que el contratante o el cocontratante ejecute el servicio público sino que la ejecución del contrato constituya una de las modalidades o posibilidades de ejecutar el servicio público. De manera que el mismo día el Consejo de Estado regresa otra vez al criterio del servicio público para identificar a los contratos administrativos y, naturalmente, da dos nociones distintas del mismo contrato: una, cuando el cocontratante ejecuta él mismo el servicio y, otra, cuando la ejecución del contrato constituye una de las modalidades de la ejecución misma del servicio público.

De manera que el criterio de la cláusula exorbitante que era prácticamente prevaleciente para esa época pareció retroceder para dar paso a un viejo problema que nunca había sido resuelto o que había sido resuelto poco satisfactoriamente: la relación entre servicio público y contrato administrativo.

Desde un punto de vista práctico la cuestión no es grave ya que se pueden utilizar los dos criterios y si el uno no se acomoda, el otro puede servir. Pero, la persona que mira el asunto desde un punto de vista meramente puro, especulativo, se encuentra con que desde el punto de vista teórico no llega a

un criterio serio, cierto y satisfactorio sino que encuentra una incongruencia en el planteamiento y una conclusión muy poco satisfactoria. El positivismo jurídico francés podría sentirse satisfecho con la obtención de una finalidad pragmática en el estudio del Derecho Administrativo. Pero algunos otros quedamos insatisfechos.

Este criterio alternativo de la cláusula exorbitante y del servicio público, tenía, además, unas excepciones; por ejemplo, por una de ellas era evidente que el servicio público comercial o industrial, cuando la Administración realizaba una actividad que podía llamarse hoy de empresa pública mediante un establecimiento público que no perseguía sino una finalidad, como la podía perseguir un particular (criterio éste del servicio público comercial o industrial, que se inició el año 1921) cuando una Administración, repito, utilizaba un servicio público comercial o industrial, prestado por un establecimiento público los contratos celebrados con los usuarios de esos servicios no eran nunca contratos administrativos. La noción de contrato administrativo que era posible pensarlo sólo cuando los entes territoriales prestaron el servicio comercial o industrial, se extendió a los celebrados por otras personas públicas. Esta característica que aparecía inmutable o permanente, era que siempre debía existir una persona pública actuando en función administrativa pública, como parte en toda contratación administrativa; tal es el caso decidido por el Consejo de Estado el 19 de enero de 1973, y conocido como *Arrêt de la Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, donde la noción de contrato administrativo se extendió a los servicios comerciales e industriales dirigidos por establecimientos públicos comerciales o industriales, esto es, por empresas públicas.

Algo similar sucedió con los contratos estipulados por personas privadas que manejaban un servicio público. El principio establecido era que cuando los poderes públicos conferían la gestión de un servicio público, fuera éste administrativo o comercial o industrial, a una persona de derecho privado, lo normal sería que los contratos celebrados por ésta última se adaptaran al criterio general, esto es, que eran contratos de derecho privado.

De manera que la noción de contrato administrativo verdaderamente estaba y está en crisis, no solamente porque no hay un criterio sino porque los criterios no son absolutamente definidos y totales, sino que están llenos de excepciones, inclusive en los aspectos que pueden llamarse de carácter fundamental.

La conclusión de algunos autores, como Prosper Weil es la siguiente: "De ahora en adelante —dice él— un contrato es un contrato administrativo porque uno no puede tener sino la impresión de que lo debe ser". Otro autor, Charles Debbasch, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política en *Aix-Marseille*, dice lo siguiente: "La distinción entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado de la Administración, plantea a

menudo problemas casi insolubles. Esta distinción es, sin duda, un anacronismo”.

Me hago la misma pregunta que ustedes: ¿Es que ya en Francia está completamente fuera de lugar hablar de “contratos administrativos”? El problema además de haberse originado en Francia, iniciado en el presente siglo, contaminó al mundo occidental y contaminó prácticamente a países como Bélgica, que mantenía un Derecho más o menos del estilo tradicional, contaminó a España y a una serie de naciones latinoamericanas y, por supuesto, a las colonias o ex colonias francesas, en particular algunos países del llamado “Tercer Mundo”.

En España, dice la doctrina, la persona que introdujo esa noción allá fue Fernández de Velasco hacia 1927, y después fue recogida por los tribunales españoles en 1936, y por último, se estableció una ley de “Contratos del Estado” en 1965, modificada en 1973, que tiene algunas definiciones que me voy a permitir trasladarlas textualmente, tomadas de profesores y tratadistas de Derecho Administrativo: Villar Palasi da la definición de “contrato administrativo” siguiente: *A falta de expresa determinación legal, siempre que un órgano de la Administración contrate en el ámbito específico de su competencia y atribuciones, estamos ante un contrato administrativo.* Como ven ustedes, es una definición “sumamente precisa”, se puede hacer con ella lo que uno quiera.

En Argentina, otro tratadista, Miguel Angel Berçaitz, quien fuera miembro del Tribunal Supremo de la República Argentina y profesor de la Universidad de Buenos Aires, dice: *Contratos administrativos son por naturaleza los celebrados por la Administración con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos u obligaciones frente a terceros o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva por los que están sujetos al Derecho Público (exorbitante del Derecho Privado) y que colocan al cocontratante en una situación de subordinación.* Particularmente, el elemento de que tenga un fin público el contrato administrativo, causa asombro, ya que casi excepcionalmente la Administración procede con fines estrictamente privados. Lo lógico y normal es que la Administración proceda siempre con fines públicos. De esta manera, todos los contratos serían administrativos.

En Colombia, nuestro querido colega y visitante, el profesor Vidal Perdomo, reconoce también la doble actividad del Estado y la dualidad contractual, y dice: *Cuando se permite al Estado llevar a estipulaciones todas las prerrogativas que crea necesarias para el buen cumplimiento del servicio o la satisfacción del interés general, con cuya finalidad se celebró el contrato, estaremos en presencia de un contrato administrativo.*

Como ven ustedes, son nociones extremadamente generales, imprecisas, jurídicas, atécnicas, en base a las cuales es imposible precisar los géneros o es-

pecies que se tratan de diferenciar. Tiene razón Prosper Weil cuando dice que cuando uno cree que el contrato es administrativo, es administrativo porque esa parece ser la única solución.

En Venezuela no hemos escapado a este problema. Les voy a citar nada más que a mi querido profesor el doctor Lares Martínez, quien dice que *el contrato administrativo es un contrato en el que participa una entidad pública estatal y que se compromete el contratista a realizar durante cierto tiempo una actividad dirigida a dar satisfacción a un interés general* (clarísima precisión). *No es menester que las obligaciones del contratista se refieran a la organización o al funcionamiento de un servicio público.*

Como ven ustedes, con razón me quejo de la noción de "contrato administrativo", porque los teóricos del Derecho Administrativo prácticamente no están de acuerdo en esa noción, discrepan sobre cuestiones elementales y el resultado es que tal noción es poco útil. En algunos países la distinción entre el contrato de Derecho Público y contrato de Derecho Privado tiene unas consecuencias prácticas que es necesario tomar en cuenta. Esas consecuencias prácticas son, fundamentalmente, la jurisdicción competente, ya que hay algunos actos de la Administración Pública que van a un tipo de tribunales que se llaman Tribunales Administrativos o Contencioso-Administrativo u otro tipo de Tribunales que son de la jurisdicción ordinaria o jurisdicción judicial. Naturalmente, en tales países, se plantea para ellos el grave problema de determinar cuándo "algo", acto o contrato, es administrativo y cuándo no es administrativo.

En Venezuela, no tenemos problemas. La distinción ya de por sí difícil es poco menos que inútil porque si la principal consecuencia es saber a qué Tribunal debe plantearse la controversia, resulta que tal cuestión no existe, porque en Venezuela no hay sino una jurisdicción y de acuerdo con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a esta Corte conocer las demandas que se intenten contra la Nación. Es inútil discutir si el Contrato es "administrativo" o no es "administrativo". Cualquier contrato, cualquier problema relativo a un contrato de la Administración va siempre al mismo orden de jurisdicción, al mismo Tribunal. No hay que hacer siquiera el esfuerzo práctico de distinguir entre un tipo de contrato y otro tipo de contrato, porque las consecuencias son exactamente las mismas.

Nuestro Código de Comercio en las disposiciones preliminares (copiadas del Código de Comercio italiano) dice que la Nación, el Estado, las Municipalidades, etc. pueden realizar actos de comercio y cuando lo hacen se les aplica la jurisdicción y la ley comercial, es decir, son actos que tienen el carácter de actos objetivos o subjetivos de comercio. De manera que en los contratos de "suministros" y los contratos de "transporte" y en cualquier contrato sujeto al

derecho mercantil, se aplica la norma mercantil y se aplica el Código de Comercio hasta ahora inmodificado.

De manera que para nosotros sigue siendo algo extraño tratar de explicar el problema de la contratación administrativa. Es verdad que en los contratos administrativos se producen fenómenos como la modificación unilateral o la terminación anticipada del Contrato, que son algunos de los ejemplos típicos que signan los poderes extraordinarios de la Administración o que caracterizan ese régimen especial de los contratos administrativos. Pero Giannini, el ilustre profesor italiano, dice que los franceses se plantearon el problema con olvido de la regulación que el propio Código Civil trae sobre el contrato de obras. En el contrato de obras (si ustedes abren el Código Civil venezolano), encontrarán que el dueño de la obra puede exigir del contratista que suspenda la obra, o la termine. Naturalmente, siempre el dueño de la obra deberá pagar la indemnización de daños y perjuicios. Como forzada consecuencia: si el dueño de la obra puede terminar el Contrato en cualquier momento por propia voluntad unilateralmente, evidentemente que lo menos, por lo más, puede exigir modificaciones unilaterales al propio contrato.

Así pues, que por las propias normas del Código Civil se puede colegir que esas llamadas "facultades extraordinarias" de la Administración en la ejecución de los "contratos administrativos" no son tales, sino que se consiguen también en materia de Derecho Privado. A veces, también, es verdad, el particular no puede exigir a la Administración el cumplimiento, en algunos de los contratos llamados "administrativos" y esto se considera como una de las características del contrato administrativo. Pero exactamente pasa lo mismo en algunos contratos de Derecho Privado. En el Seguro de Vida, el asegurador no puede pedir o demandar al asegurado el pago de las primas. El asegurado puede desentenderse del contrato solamente con no pagar las primas y el asegurador no tiene la acción de cumplimiento del contrato. De manera que los fenómenos o peculiaridades del contrato administrativo no son tales sino meras modalidades propias del objeto de cada uno de esos contratos.

Nuevamente lo vuelvo a decir: que en muchos casos la posibilidad de la intervención de la Administración, en la ejecución de los llamados "contratos administrativos", obedece a que la Administración tiene a su cuidado el interés público encomendado por la ley. Ese interés público no puede haberse comprometido o enajenado en virtud de un contrato. Si la Administración celebró un Contrato y después ese Contrato está en contra del interés público por el cual debe velar la Administración, ésta puede incidir, influir, contradecir, modificar, etc., las obligaciones pactadas con anterioridad.

La justificación de esta conducta es que la Administración tiene a su cuidado el interés público, que sobrepasa los deberes u obligaciones y el compor-

tamiento que se refiere a la ejecución de las mismas. En Venezuela, dije al comienzo, no solamente es inútil la noción de "contrato administrativo", sino que la misma es peligrosa. Si ustedes examinan la jurisprudencia administrativa en Venezuela, la Corte Suprema de Justicia habrá dictado apenas una decena de decisiones jurisprudenciales, en las cuales, por regla general, todas las de perder las ha llevado el Contratista, el particular, frente a la Administración, en el sentido de que el particular, ha quedado siempre un poco abandonado frente al auxilio o el apoyo de los demás poderes públicos. Nuestros Tribunales (que generalmente son apéndices o sirvientes de los otros poderes públicos, del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo en particular) nunca han tomado una actitud decente frente a las arbitrariedades del Poder Ejecutivo en Venezuela, que en realidad, de todo el aparato estatal, es el único respecto del cual el substantivo "poder", expresa lo que es en la realidad sociológica.

En dos o tres casos, de los diez que es posible citar en la jurisprudencia venezolana, la razón le ha sido dada a consorcios o empresas de las que ahora llaman transnacionales, grandes empresas petroleras americanas. Por eso es que el particular sin poder político o económico ha sufrido la incidencia de los poderes extraordinarios de la Administración para manejar, ejecutar, rescindir o manipular esos contratos, como si fueran cosa propia. En Venezuela, a mi modo de ver, es inútil hacernos problemas acerca de la existencia de contratos administrativos diferenciados de otros de derecho privado y, además, es sumamente peligroso. La administración en Venezuela está dotada de tal serie de privilegios, heredados del Estado absoluto, que el Poder Ejecutivo, o la Administración Pública tienen una enorme variedad de privilegios, en materia procesal y materia patrimonial; la Administración nunca puede ser condenada en costas; la Administración cuando no hace uso de los recursos, siempre éstos se tienen como interpuestos; la Administración no incurre en confesión ficta, y, además, de todos esos poderes adicionales que tiene la Administración, deben sumarse también esos poderes teóricos, contruidos por analistas y profesores traductores de Derecho Administrativo en la materia de contratación administrativa.

Señores, lamento haberlos desilusionado. De todos modos, muchas gracias. . . Muchas gracias a nuestros pacientes colegas colombianos, al doctor Brewer-Carías, a los estoicos oyentes y a vosotros todos, señoras y señores.

TEMA C: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

ALVARO TAFUR GALVIS

Rector del Colegio Mayor Nue-
tra Señora del Rosario, Bogotá.

Señor profesor Brewer-Carías, señor profesor Farías Mata, profesores, colegas colombianos, señoras, señores:

Comienzo por exteriorizar mi complacencia por tener esta oportunidad muy honrosa de compartir con los colegas venezolanos y con los estudiosos venezolanos nuestras inquietudes en torno a temas del Derecho que nos son comunes necesariamente.

La iniciativa y ejecución magnífica de estas Jornadas, asumida por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, será indudablemente un punto de partida para un diálogo y una colaboración permanente que nos lleve a metas superiores en las relaciones culturales, jurídicas y en general en las relaciones que corresponden a dos pueblos hermanos como son los nuestros.

El tema que me ha sido encomendado es el del Procedimiento Administrativo; trataré de desarrollarlo buscando establecer un panorama de la regulación que actualmente tiene esta materia en el Derecho colombiano, con la anotación previa de que en este momento en Colombia, con base en unas facultades extraordinarias, conferidas por la Ley 58 de 1982 a que hacía alusión el profesor Betancourt Jaramillo en su exposición de ayer, viene el Gobierno colombiano, en desarrollo de esas facultades, preparando un proyecto de regulación orgánico del Procedimiento Administrativo.

Esto coloca mi exposición un poco en desventaja ante la dificultad y ausencia de esa base normativa. También me coloca en inferioridad la magní-

fica exposición que hemos oído del profesor Farías Mata, cuya presencia me honra también de manera particular, dada su trayectoria y reconocida solvencia académica.

La doble función del Procedimiento Administrativo. La existencia de un procedimiento administrativo, entendida como del conjunto de principios y reglas que condicione la formación, la expedición, la comunicación y la impugnación de los actos administrativos y que determine la oportunidad y mecanismos de participación de los administrados, es acogida de manera general como presupuesto necesario de la actuación administrativa para la protección de los intereses sociales, mediante la legítima y eficaz gestión, conforme a reglas claras y precisas y para la protección de los administrados en su trato con la Administración.

La relación Administración-administrados, proyecta el conflicto entre la autoridad y la libertad, materia del Derecho Público, que en el Derecho Administrativo se resuelve en la búsqueda de un equilibrio, de una correspondencia entre las prerrogativas de la Administración y las garantías del administrado.

La respuesta dada por el ordenamiento jurídico pondrá en evidencia de manera inmediata, las características específicas del régimen administrativo y dará los elementos de juicio indispensables para la apreciación de la realidad del régimen político que en su conjunto rija una sociedad determinada.

Actividad jurídica y prerrogativas del Estado. El acto administrativo en cuanto genera *per se* efectos directos en el ámbito del Derecho, es la mejor y mayor expresión de la supremacía que se reconoce a las autoridades que ejercen funciones administrativas en su relación con los administrados. En efecto, según se acepta de manera unánime en la doctrina y en las diferentes legislaciones, mediante el acto administrativo declara el Estado el derecho en un supuesto específico y hace efectiva esa declaración sin que sea menester acudir al juez en respaldo de validez y eficacia. Pero como corresponde a la concepción del Estado de nuestros días y de nuestros países, que proclama la sujeción de las autoridades al Derecho como imperativo categórico, las prerrogativas que se reconocen adquieren validez y eficacia sólo en tanto en cuanto se ejerciten dentro del contexto jurídico establecido, el cual se proyecta de manera total y global en relación con los fundamentos de la actuación, con los medios escogidos y con las finalidades perseguidas.

Las prerrogativas del Estado puestas al servicio del interés general en los términos que se deduzcan del bloque jurídico, adquieren plenitud y eficacia y condicionan la actividad de los administrados. Es que sólo el ejercicio de las prerrogativas de Poder Público permiten garantizar a la sociedad la consecución de las finalidades de interés general que constituyen fundamento y razón de ser de la organización estatal.

Actividad administrativa y garantías administrativas. Señala el profesor Marcelo Caetano que en sentido amplio por garantías deben entenderse todos los medios previstos en el ordenamiento jurídico con la finalidad inmediata de prevenir o remediar las violaciones del Derecho objetivo vigente o la ofensa y menoscabo de los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

Por ello, habrá que distinguir inicialmente garantías de legalidad que miran a la conservación del orden jurídico objetivo y garantía de los administrados que miran a la protección de los derechos subjetivos. No obstante, es evidente que no existe una separación absoluta entre esas dos categorías de garantía, toda vez que el cabal y adecuado funcionamiento de las garantías de legalidad, en múltiples ocasiones genera protección directa de los intereses subjetivos de los administrados. Asimismo, el ejercicio y efectividad de las garantías de los administrados produce de manera directa el restablecimiento de la legitimidad.

Las garantías referidas pueden clasificarse en garantías políticas y garantías jurídicas, teniendo en cuenta la finalidad, la naturaleza, los efectos y los procedimientos previstos para su efectividad.

Garantías políticas. En ese orden de ideas, serán garantías políticas aquellas que resultan directamente del funcionamiento de los órganos supremos del Estado y del ejercicio de los derechos individuales consagrados y garantizados en la Constitución política. Así, la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento en los regímenes parlamentarios, o la obligación del Gobierno en los regímenes presidencialistas de justificar públicamente sus actos ante el Parlamento o Congreso. En ese sentido, en las Constituciones se prevén mecanismos como los de citaciones a los ministros para que rindan explicaciones sobre los actos administrativos expedidos por su Despacho o los informes periódicos que debe rendir el Presidente al Congreso Nacional, o la facultad que en el ordenamiento colombiano se otorga a la Cámara de Representantes para examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Presupuesto y del Tesoro.

Asimismo, las garantías políticas, como se ha expresado, hallan fundamento en el comportamiento individual derivado del ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución. Cabe señalar todos aquellos instrumentos que ponen en funcionamiento los derechos y las garantías fundamentales consagradas constitucionalmente en favor del administrado.

Garantías jurídicas. Como tales se denomina a aquellos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, mediante los cuales se pueden exigir resultados específicos en el funcionamiento de la Administración y significan tutela práctica de las garantías consagradas constitucionalmente. Así, se ha señalado que las garantías jurídicas en cuanto conllevan un elemento sancionatorio que pone

de presente la ilegitimidad de la actuación, se pueden clasificar, a su turno, según el órgano competente y los procedimientos aplicables en garantías administrativas y garantías judiciales. Las garantías administrativas desde este punto de vista, comprenden todos aquellos medios de defensa, de protección de los derechos subjetivos, cuya efectividad se alega y obtiene ante los órganos administrativos. Las garantías judiciales son todos los medios que permiten la efectividad de los derechos subjetivos ante los jueces.

Entendidas en los términos enunciados, las garantías del administrado no constituyen ni deben constituir evidentemente una camisa de fuerza que obstruya e impida la acción administrativa. Por ello, y como lo señala el profesor francés, los derechos y las garantías administrativas no sólo protegen al individuo y sus derechos, sino que de manera más amplia y general se orientan y se deben orientar a asegurar el buen funcionamiento de la administración y la prestación de los servicios públicos.

Los principios fundamentales del equilibrio jurídico en las relaciones entre la administración y los administrados. Todo el problema del derecho administrativo, en su fondo, se reduce al establecimiento de unas reglas y a la efectividad de esas reglas, que permitan una convivencia positiva y efectiva entre la autoridad del poder público y la libertad de los asociados, que permitan en el ámbito del Derecho Administrativo, ese equilibrio entre las prerrogativas necesarias de la administración y las garantías indispensables de los asociados. En ese orden se enuncian en la doctrina del Derecho Administrativo, unos principios fundamentales de ese equilibrio. Siguiendo al profesor, en su libro sobre el control de la administración y protección de los administrados, podemos señalar los siguientes principios: a) sometimiento de la administración a la regla del derecho: la administración está subordinada a un conjunto de reglas dictadas por órganos exteriores a la administración y jurídicamente superiores. Como sabemos, el estado de derecho descansa en ese precepto, y del mismo se derivan los mecanismos de efectividad del propio estado de derecho en cuanto instrumento de integración y de desarrollo apropiado de la sociedad; b) la aplicación de la ley que corresponde a la administración, no es función automática. La administración tiene siempre una responsabilidad propia que implica para ella, correlativamente, el reconocimiento de una capacidad de escogencia, la llamada discrecionalidad administrativa entre distintas opciones para el logro de su buen funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios públicos; escogencia que puede recaer sobre las personas, el momento, el contenido; c) la participación del administrado en la acción administrativa. Esa participación inicialmente individual, proyección de efectividad del derecho de defensa, se amplía progresivamente a los grupos representativos de intereses que se afianzan y desarrollan mediante mecanismos de descentralización, el administrado tiene siempre derechos que puede invocar ante

la administración en todo caso, pero en contrapartida la administración tiene siempre también prerrogativas que le permiten ejercer su supremacía ante los particulares. Luego de ese brevísimo recuerdo de los contornos teóricos, de las reglas que deben observarse, ya en la determinación de las reglas propias del procedimiento administrativo, señalaré los antecedentes de la regulación del procedimiento administrativo en la legislación colombiana.

En el derecho colombiano no ha existido un procedimiento administrativo en el sentido estricto del concepto que atrás se señaló. En efecto, no se había enunciado un cuerpo orgánico de principios y reglas especialmente aplicables a las relaciones que surgen entre la administración y los administrados, con ocasión del ejercicio de la función administrativa del estado. Sólo muy recientemente en la ley 58 de 1982, se han adoptado las bases e indicado los principios con acuerdos a los cuales podrá establecerse un régimen propio, que configure el procedimiento administrativo. Además, las disposiciones existentes en la materia sólo han regulado de manera parcial aspectos relativos a la impugnación de los actos administrativos. En nuestro país se ha dicho que las normas vigentes regulan el procedimiento a partir del momento de la expedición del acto administrativo, cuando comúnmente debe terminar ese procedimiento constitutivo; así la regulación es fundamentalmente de revisión, de impugnación de los actos. La formación del acto administrativo, etapa fundamental en la protección y acción del derecho objetivo y subjetivo, ha carecido de regulación específica. En esas condiciones la interpretación de los actos, la determinación de sus elementos, la forma de efectividad de los derechos constitucionales de los administrados, se han venido resolviendo por vía analógica aplicando normas propias de la formación de otros actos del estado, que se expiden en ejercicio de funciones estatales de naturaleza diferente a la de la función administrativa, y acudiendo a los principios generales del derecho consagrados en la constitución de legalidad, de igualdad, de defensa, que no obstante al carecer de una instrumentación adecuada y específica, no logran proyectar su efectividad y protección adecuadas.

En el Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, se incluían disposiciones sobre la forma de comunicación de los actos y sus efectos, los recursos procedentes para la impugnación de los actos ante la propia administración y el agotamiento de la vía gubernativa. En el informe que sobre el proyecto que luego se convirtió en esa Ley 167 de 1941, expresaba el Presidente del Consejo de Estado de esa época, profesor Tulio Enrique Tascó, no hay disposición, decía él, que señale clara y terminantemente el procedimiento propiamente administrativo; se ha sostenido que el artículo 12 de la Ley 72 de 1925, proveyó en tal sentido por vía general, más ella fue derogada por la Ley 37 de 1931; tampoco cabría afirmar, agregaba, que el vacío lo llena el artículo 240

del Código Judicial, según el cual las tramitaciones especiales que se hallan en otras leyes, deben aplicarse de preferencia, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código, porque en la generalidad de los casos, en cuanto a las entidades de Derecho Público actúan unilateralmente, resultan exóticas las normas del procedimiento civil que suponen la existencia de un fallador distinto de las partes contendientes. Las disposiciones del Código Contencioso Administrativo fueron modificadas en 1959, mediante el Decreto-Ley 2.733 por el cual se reglamentó el derecho de petición y se dictaron normas sobre procedimientos administrativos. Esperadas las disposiciones del Decreto en la búsqueda de simplificación y de economía en los procedimientos administrativos, se regularon los aspectos relativos a la notificación, a los recursos contra los actos administrativos, y se reguló también el ejercicio del derecho de petición. Pero no avanzó en cuanto a la enunciación de principios y al señalamiento de normas a las cuales de manera general deba someterse la actuación administrativa, y la formación de los actos administrativos.

La Ley 58 de 1982, sienta las bases normativas del procedimiento administrativo, constitutivo y de revisión, conforme a los principios del moderno Derecho Administrativo, siguiendo de cerca las regulaciones más recientes sobre el particular, como la española, la costarricense y la venezolana de 1981. La Ley 58 de 1982, cuya iniciativa de autoría correspondió al profesor Jaime Vidal Perdomo, que nos ha acompañado en estas Jornadas, luego de indicar los principios que orientan la actuación administrativa y los procedimientos administrativos, dispone el otorgamiento de facultades extraordinarias al gobierno para que entre otras materias, se ocupe de modificar el Decreto 2.733 de 1959 y dictar normas de acuerdo con los principios de esta ley, en materia de procedimiento administrativo y revocación directa de los actos administrativos, y determinar un régimen de responsabilidad civil de los empleados oficiales, en razón de sus actuaciones u omisiones de carácter administrativo.

Como señalé inicialmente, no han sido dictadas todavía esas normas, ese estatuto orgánico previsto en la Ley 58 de 1982, se está trabajando en una comisión de la cual forma parte muy principal el profesor Betancourt Jaramillo. Tratando para información de los profesores y estudiosos venezolanos, tratando de establecer un panorama de la regulación existente en este momento y tratando de indicar orientaciones que se están siguiendo en el proyecto de ley en preparación, podemos señalar los siguientes aspectos primordiales: Primero, los principios de la actuación administrativa y su función. El artículo 2º de la Ley 58 de 1982, dispone que la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, y señala que esos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento administrativo. Los funcionarios deben

tener en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de derechos o intereses de los particulares reconocidos por la ley. Los principios señalados han sido adoptados en las diferentes legislaciones como rectores de la actividad de la administración, encaminada al ejercicio de la función administrativa del estado. Así, el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, dispone que la actuación administrativa se ha de desarrollar con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y que las autoridades superiores de cada centro de dependencia velarán respecto de sus subordinados, con el cumplimiento de este precepto que servirá también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento. En la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, de 1º de julio de 1982, se dispone que la actividad administrativa se desarrollará con arreglo a principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, e impone a las autoridades superiores de cada organismo el deber de velar por el cumplimiento de esos preceptos, cuando deban resolver cuestiones relativas a las normas de procedimiento.

Esos principios básicos buscan asegurar dentro del contexto del estado de derecho de las actuaciones administrativas, a más de legales, a más de sujetas a la legalidad, sean eficaces en cuanto adecuadas, oportunas y apropiadas al cumplimiento de los cometidos estatales. Como expresa el profesor español González Pérez, de poco serviría una administración que cumpliera estrictamente la ley, si cuando llegase a pronunciar su decisión fuese innecesaria. En la obra del profesor Brewer-Carías, el Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se comentan y desarrollan las proyecciones de cada uno de esos principios del procedimiento, a los cuales como acertadamente puntualiza el profesor, deben agregarse el principio del formalismo y el principio inquisitivo.

Los principios reguladores de la actuación o actividad administrativa, como todo principio en el ámbito jurídico, cumplen la triple función de fundamento, interpretación e integración del ordenamiento jurídico. Las reglas generales aplicables a los procedimientos administrativos. Prescribe el artículo 5º de la ley el comentario que a falta de procedimiento especial, las actuaciones administrativas se cumplirán conforme a los siguientes principios: audiencia de las partes, enumeración de los medios de prueba que puedan ser utilizados en el procedimiento, necesidad por lo menos sumaria de motivar los actos que afecten a particulares. Estas reglas ponen en acción los principios generales del Derecho Público, y los especiales informadores de la actividad administrativa buscan proteger a la propia administración y a los administrados. La audiencia de las partes constituye aplicación del principio de defensa y de los especiales de la actuación

administrativa a que hacía alusión y que en el Derecho colombiano son los mismos que consagra la Ley venezolana.

Por parte se entenderán los interesados que promuevan la iniciación del procedimiento o contra quienes se inicie y quienes siendo titulares de derechos o intereses legítimos, puedan ser afectados por el procedimiento y soliciten que se les tenga como partes en el mismo.

La enumeración de las pruebas, también proyección del principio de defensa. Sin embargo, no se señala en la Ley colombiana a quien corresponde esa enumeración; creemos que ella, en todo caso, corresponde al legislador, no a la Administración y, quizá, deben admitirse todos los medios idóneos para probar los hechos alegados reconocidos en el ordenamiento procesal como lo dispone la Ley Orgánica venezolana en el artículo 58, quizá.

La necesidad de motivación. Esta es una de las innovaciones, a mi juicio más positivas que incorpora la Ley 58 de 1982. En efecto, en el pasado, ante la ausencia de una norma que solucionara la materia, la jurisprudencia había vacilado sobre la obligatoriedad de la expresión de los motivos del acto administrativo. Se acudía a la diferenciación entre actos expedidos en ejercicio de facultades regladas y actos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales para resolver que los primeros estaban sujetos a motivación y los segundos no. Se acudía también a la determinación legal, pero la Ley sin criterios aparentemente permanentes, en ocasiones exigía que determinados actos debían contener la motivación y en ocasiones exoneraba de esa motivación.

En el Derecho moderno, todo acto en principio debe ser motivado, en todo acto deben contenerse los fundamentos de hecho y de derecho que inspiran la decisión administrativa. Si se trata de actos reglados, esos motivos, o expedidos en ejercicio de una potestad reglada, los motivos que dan lugar a su expedición deben coincidir con los motivos previstos en la Ley como únicos que den lugar a esa decisión precisamente.

Si se trata de actos expedidos en ejercicio de una potestad discrecional, la potestad discrecional bien entendida no es más que una capacidad, reconocimiento de una potestad de opción entre varias soluciones, todas ellas legítimas, es decir, todas ellas sometidas al principio de legalidad básico. Todas ellas también inspiradas en los fines propios del Estado y, entonces, por ello, si bien la Administración puede escoger una u otra opción, deberá señalar por qué escoge una determinada; sólo en esa medida se puede lograr un adecuado control por parte de la propia Administración frente a las actuaciones de sus funcionarios y sólo en esa medida puede asegurar la adecuada defensa de los intereses de los administrados, intereses legítimamente reconocidos.

Entonces, la Ley 58, recogiendo esos antecedentes y teniendo en cuenta las tendencias legislativas de los demás países, señala que la necesidad —dice— al

menos sumaria de motivar los actos administrativos, será conveniente en los decretos de desarrollo establecer qué se entiende por motivación sumaria y también el sentido específico de la locución actos que afecten a particulares. La Ley venezolana, en ese sentido, señala que los actos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite o salvo disposición expresa de la Ley.

Deberes y derechos de la Administración, los funcionarios y los administrados. Todas las normas sobre procedimientos administrativos en cuanto regulan las actividades de la Administración señalan deberes para la Administración con los correlativos derechos para los administrados, derechos para los administrados con los correlativos deberes para la Administración.

Me ocuparé de dos aspectos principales traídos por la Ley 58 y que también constituyen en cierta medida una novedad en el ámbito colombiano, o por lo menos una definición a nivel legislativo: el de la publicidad de las actuaciones administrativas, pues el artículo 8º de la Ley establece que las actuaciones son públicas, salvo las excepciones que establezcan la Constitución y la Ley. Se consagra entonces la obligación para la Administración de dar acceso a los particulares, de dar información a los particulares sobre las actuaciones administrativas y el derecho correlativo para los administrados de pedir esa información y que les sea otorgada.

La decisión oportuna de las peticiones. Efectos de la no petición oportuna se señalan que las peticiones no resueltas se entienden negadas como principio general, pero la Ley puede señalar los casos en que opere el silencio con efectos positivos.

El decreto 2.733 de 1959 sólo aludía a la operancia del llamado "silencio administrativo" en el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas, no en relación con las peticiones iniciales. No dice nada la Ley sobre si la operancia del silencio negativo habilita al particular para acudir directamente al Juez administrativo o para pasar a la instancia administrativa siguiente, si la hubiere, naturalmente, en ejercicio de los recursos gubernativos, como creo que es la solución venezolana.

En cuanto a la comunicación de los actos administrativos, en el Derecho colombiano se distingue el carácter del acto o se tiene en cuenta el carácter del acto para señalar la necesidad de publicación, si se trata de actos de contenido general o la de notificación personal si se trata de actos de contenido particular y se señala que la no notificación del acto impide que el efecto surta sus efectos propios.

La impugnación de los actos administrativos. En el Derecho colombiano esa impugnación se puede efectuar, bien sea ante la propia Administración o ante los jueces administrativos. Ante la Administración se cumple a través de los

recursos gubernativos que proceden sólo contra los actos de carácter subjetivo y no contra los creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas. Siguiendo en esto una norma o un principio de general observancia y acogida.

Esos recursos que son: el de reposición que equivale quizá al de reconsideración del Derecho venezolano, se ejerce ante el mismo funcionario que expidió el acto, el de apelación ante el superior jerárquico que correspondería al llamado recurso jerárquico. Estos recursos deben interponerse dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación o fijación del edicto o de quince días contados desde la publicación del acto en el diario oficial.

En el procedimiento general del decreto 2.733, vigente hasta ahora, el recurso de reposición no es obligatorio. En normas que regulan procedimientos especiales se señala si la obligatoriedad del recurso de reposición, seguramente ayer el profesor Bravo Arteaga hacía alusión a las normas sobre el procedimiento administrativo en materia tributaria en el cual se contempla esa obligatoriedad del recurso de reposición. De conformidad con las disposiciones vigentes también, la interposición de los recursos impide la ejecutoriedad del acto administrativo, salvo lo que en casos especiales señale la Ley.

La orientación del Derecho venezolano es diferente en este punto, según se desprende del artículo 87. El principio general es el de la no suspensión de la ejecución del acto, salvo disposición expresa. En cambio en el Derecho colombiano el principio general aplicable hasta el momento es el contrario.

El efecto de la interposición y decisión de los recursos administrativos está marcado por el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto de la impugnación del acto ante los jueces administrativos. *La suspensión provisional del acto administrativo por la propia Administración.* Sin desarrollar sus características, condiciones de utilización y efectos, la Ley 58 de 1982, entre los temas de las facultades extraordinarias otorgadas al Congreso, menciona esta figura novedosa de suspensión provisional de los efectos del acto por la propia Administración. En el numeral 7º del artículo 11 de la Ley se autoriza al Gobierno para que en ejercicio de las facultades determine el régimen de impugnación de sus propios actos por la Administración, cuando no sean revocables directamente o sus efectos se hayan suspendidos provisionalmente por ella.

La Ley venezolana consagra en su artículo 87 esta posibilidad de la suspensión del acto, de los efectos del acto por la misma Administración. Sobre el particular, expresa el profesor Brewer en su libro, que se trata de que el interesado pueda solicitar a la Administración, intentando un recurso administrativo, que suspenda los efectos del acto, es decir, que suspenda su ejecución mientras los recursos administrativos se deciden.

En Colombia esa posibilidad de suspensión provisional está o estaba dada exclusivamente para el Juez administrativo que conociendo de una de las acciones contencioso-administrativas podía y puede suspender los efectos del acto provisionalmente. La posibilidad de suspensión se condiciona en el Derecho venezolano a dos supuestos que habrá de tener en cuenta el legislador colombiano al regular y desarrollar esta figura de la suspensión provisional, que se alegue y se trate de casos de nulidad absoluta o de la llamada nulidad de pleno derecho, según los españoles, y que el acto pueda causar graves perjuicios al interesado. En tal caso, deberá pedirse la constitución de una caución suficiente a juicio del funcionario, quien responderá posteriormente si la caución no resultó adecuadamente suficiente.

En el Derecho colombiano, finalmente, se regula una institución que es la llamada Revolución Directa de los Actos Administrativos, la imposición de un deber a la Administración de revocar el acto cuando éste es manifiestamente inconstitucional o ilegal cuando se atenta contra el interés público o social, contraviene o cuando se causa un agravio injustificado a una persona. En sus condiciones o supuestos esta revocación directa se asemeja a la nulidad y a las causales de nulidad absoluta o a la nulidad de pleno derecho.

En esta forma, dejo presentada muy panorámicamente la situación del Procedimiento Administrativo en Colombia; he tratado de sintetizar lo más posible, buscando igualmente de no caer en la superficialidad, pero creo que en función de las finalidades de estas Jornadas, inquirir una aproximación de la realidad de nuestros ordenamientos en los diferentes campos era lo procedente. Espero haber llenado este propósito, reitero a los organizadores de las Jornadas y a todos los presentes, especialmente a los presentes, por su paciencia en escucharme, mi agradecimiento.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

LUIS H. FARÍAS MATA

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas. Primer suplente del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Una particularidad del Derecho positivo venezolano —particularidad que en él se inscribe a partir del 1º de julio de 1981 y se hace efectiva el 1º de enero de 1982—, me refiero obviamente a la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (portadora, como puede apreciarse, de una *vacatio legis* de seis meses), me aconseja desarrollar el presente trabajo con apoyo en dicho texto, al cual se le sigue asociando, parece que inevitablemente, el adjetivo "novísimo", sospecho que llevando implícito semejante calificativo la sensación de que su empleo nos libera del complejo de culpa que, según opinión generalizada, la ausencia de aplicación de la Ley en comento nos produce.

Es mi propósito tender sobre este selecto auditorio binacional un manto de optimismo —que ojalá llegue a atenuar el aburrimiento natural que a los temas de Derecho Administrativo suele acompañar— desarrollando una tesis, quizá intranquilizadora para la Administración, con lo cual mi propósito llegaría a cristalizar en un deseable doble efecto. La tesis es, por enunciarla de cualquier manera, la de que si con la promulgación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no otra cosa se hubiere logrado, ha de contribuir ella a acusar, cuando menos, una acentuada influencia en el contencioso administrativo.

Califícolamente peculiaridad porque corrientemente la mejor sistematizada, o la única que existe, suele ser la regulación legislativa del contencioso administrativo; y porque, aún de no ser así, lo normal es que el procedimiento administrativo —tanto de constitución como de revisión en la vía interna de los actos a él sometidos— trate de adaptarse al "fatal" (por sus consecuencias y por lo inexorable) contencioso administrativo, con lo cual es éste el que moldea

a aquél; ello, por razones obvias: para que su producto final, el acto administrativo, pueda soportar airoosamente los embates de una cuidadosa nueva revisión, esta vez a cargo no del ente que lo crea ni de su superior jerárquico, sino de un Juez independiente de la Administración —característica “vital” del contencioso— debe el procedimiento administrativo, por vía de previsión al menos, amoldarse, paradójicamente, a aquél. Un acomodo de la doctrina a esa acuciante realidad parece revelarse en el plano de la teoría cuando, por ejemplo, Prosper Weil concibe el acto administrativo (con un criterio diríamos “finalista” o “procesal”, tratando de superar de esta manera posiciones orgánico-materiales) como aquel que necesariamente ha de desembocar en el contencioso, con lo cual sería éste el que nos vendría a revelar, a la postre, lo que es acto administrativo, precisando así el concepto del mismo al inscribirse necesariamente dicho procedimiento en la etapa final de la revisión de los actos administrativos. Acto administrativo sería, en suma, conforme a lo expuesto, aquel íntegramente sometido al régimen administrativo, régimen cuya etapa final comporta la inexorable posibilidad de la revisión del mismo en vía contencioso-administrativa. Los “excluidos” pues, si es que existen, no serían auténticos actos administrativos, en cuarto que les está vedado el acceso al contencioso.

Así planteada mi sedicente tesis del condicionamiento en Venezuela del contencioso por el procedimiento administrativo de constitución y de revisión de los actos a él sometidos —campo exacto de aplicación de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos— encontraría esa tesis basamento, primero, en razón de orden natural y universal, si, al gusto francés, entendemos por universal todo aquello que se inspira en Francia, y, concretamente, en el régimen jurídico administrativo de los países, que en algún sentido, seguimos el modelo francés: me refiero al hecho —“cronológico”, digamos— de que el acto administrativo ha de nacer primero —mediante un procedimiento constitutivo del mismo (Título III de la Ley)—; pasar luego por el cedazo de la revisión —de oficio o a través de los recursos administrativos propiamente hablando— en la vía interna (Título IV de la misma Ley); y, tercero, finalmente caer en el contencioso. Pues bien, son esas dos primeras etapas, insisto, *fatalmente previas al contencioso*, y, por tanto, creo que alguna huella han de dejar en éste. Eso por una parte; pero hay más: a la anterior se añade una razón que también tiene que ver con el tiempo, y es la circunstancia de que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por motivos ahora estrictamente “locales” y no “universales”, haya nacido en Venezuela como cuerpo sistemático con antelación a la todavía anunciada vigencia de un texto especialmente dedicado a la exclusiva y total regulación del procedimiento contencioso administrativo, regulación que en Venezuela hasta ahora aparece dispersa, aún cuando parte de sus lineamientos generales esté consagrada en un texto, no por benévolamente hospitalario igualmente ajeno, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a

cuya Sala Político-Administrativa le corresponde el privilegio de ser depositaria, al más alto nivel, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello llegue a monopolizar, en modo alguno, su ejercicio, compartido como lo tiene con otros tribunales, cuyos regímenes —excepción hecha de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, también regulada en su funcionamiento por esta Ley¹— aparecen consagrados en textos de diversa índole. Sospecho que habiendo estado precedida la futura y anunciada, aun en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia,² regulación *ad hoc* del contencioso, por la sistemática,

1. Reza el artículo 184 —que forma parte de las "Disposiciones Transitorias"— de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) lo siguiente: "Se crea con sede en Caracas y jurisdicción en todo el territorio nacional, un Tribunal que se denominará Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, integrado por cinco Magistrados, quienes deberán ser abogados, venezolanos, mayores de treinta años y de reconocida honorabilidad y competencia. Será condición preferente para su escogencia, haber realizado cursos de especialización en Derecho Público, ser docente de nivel superior en tal rama o haber ejercido la abogacía por más de diez años en el mismo campo, al servicio de instituciones públicas o privadas.

"La designación de los jueces que formarán el Tribunal y la de sus respectivos suplentes, será hecha por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, con arreglo a las normas complementarias que ella dicte, y su organización y funcionamiento se regirán por las disposiciones de esta Ley y de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Y el 185:

"La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, será competente para conocer: 1º De los conflictos de competencia que surjan entre tribunales de cuyas decisiones pueda conocer en apelación; 2º De los recursos de hecho intentados contra las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación en las causas cuyo conocimiento le corresponda en segunda instancia; 3º De las acciones o recursos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de autoridades diferentes a las señaladas en los ordinales 9º, 10, 11 y 12 del artículo 42 de esta Ley, si su conocimiento no estuviere atribuido a otro Tribunal; 4º De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas, en primera instancia, por los tribunales a que se refiere el artículo 181 de esta Ley o que conozcan de recursos especiales contencioso-administrativos; 5º de los juicios de expropiación intentados por la República; 6º De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva si su cuantía excede de un millón de bolívares, pero no pasa de cinco millones de bolívares y su conocimiento no está atribuido por la Ley a otra autoridad; 7º De las controversias que se susciten con motivo de la adquisición, goce, ejercicio o pérdida de la nacionalidad o de los derechos que de ella derivan, sin perjuicio de lo establecido en la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución; 8º De cualquier acción o recurso que le atribuyan las leyes". Asimismo expresa el 187, *ejusdem*: "Cuando las necesidades de la administración de justicia lo exijan, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, creará otras Cortes de lo Contencioso-Administrativo y distribuirá la competencia entre ellas.

"La Corte en Pleno podrá, asimismo, asumir en Sala Político-Administrativa alguna de las atribuciones conferidas a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en los ordinales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del artículo 185, mediante acuerdo que deberá ser publicado previamente en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*".

2. Dice, en efecto, el 181 (obviamente también "Disposición Transitoria") de dicha Ley: "Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o

y sobre todo ya promulgada Ley de Procedimientos Administrativos, el hecho no ha de pasar sin consecuencias por el juez venezolano de lo contencioso quien, incluso abrumado por su quehacer cotidiano, habrá de echar mano, como vía más fácil y expedita, de los "principios generales" de Derecho Administrativo que en esta Ley se consagran, principios fuente de derecho —prioritaria según autorizada doctrina³— de imperativa aplicación conforme a los artículos 4º del Código Civil y 8º del Procedimiento Civil, sin que pueda ese Juez lamentarse de la ausencia de principios, que plagada de ellos aparece la Ley hasta el punto de que se le reproche su semejanza más con un texto doctrinario que legislado. O permisible le sería acudir directamente a la analogía, "fuente" también de derecho —y no podía ser de otra manera— a tenor de los dos artículos últimamente citados.⁴

Un balance, tanto de derecho legislado como de algunas de nuestras adquisiciones jurisprudenciales, atinente a los capítulos fundamentales del contencioso, podría permitirnos, con suerte, demostrar la tesis, tarea que aprenderemos —espero que brevemente, gracias a una rápida lectura— examinando el condicionamiento del contencioso por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en dos secuencias: primera, la de los dogmas fundamentales de cualquier procedimiento administrativo; y, seguidamente, en una segunda parte, a través de un análisis de los, a su vez, dos niveles de procedimientos consagra-

particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad.

"Cuando la acción o el recurso se funde por razones de inconstitucionalidad, el Tribunal declinará su competencia en la Corte Suprema de Justicia. En la tramitación de dichos juicios los Tribunales Superiores aplicarán en sus casos, las normas establecidas en las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta del Capítulo II, Título V, de esta Ley.

"Contra las decisiones dictadas con arreglo a este artículo, podrá interponerse apelación dentro del término de cinco días, para ante la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo a que se refiere el artículo 184 de esta Ley" (subrayado del conferenciante).

3. En efecto, se dice: si los principios son los que informan el propio ordenamiento jurídico, ni siquiera una norma legal aislada incorporada al derecho positivo podría contrariarlos; de ahí su notoria prelación sobre cualquier otra fuente.

4. Conforme al artículo 4º del Código Civil (C.c.) venezolano:

"A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho".

Y en cuanto al 8º del Código de Procedimiento Civil (CPC), coincidente con el anterior en el orden de aplicación de las fuentes, expresa dicho texto:

"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".

dos en dicha Ley: el constitutivo del acto y los por ella llamados "recursos administrativos".

I. LOS DOGMAS FUNDAMENTALES

A) *El principio de legalidad* no es a menudo demasiado trabajado, y a veces ni siquiera enunciado, por la jurisprudencia, quizá por aquello de que, formando parte, de nuestro entorno, ha de darse por sabido, y por necesariamente existente.⁵ Y, por otra parte, hasta ahora ningún texto de derecho positivo, había regulado⁶, como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos lo hace, con tanta precisión, ese principio, regulación a la cual ella se aboca en exacta coincidencia con la extensión que al mismo diera Hauriou en su llamado "bloque de la legalidad", a saber: 1º) obediencia a la ley formal: las administraciones —establece la de Procedimientos Administrativos (artículo 1º)— "ajustarán su actividad a las prescripciones de la presente Ley"; 2º) obediencia al principio de jerarquía administrativa (artículo 13: "ningún acto administrativo podrá violar otro de superior jerarquía");⁷ y 3º) autovinculación: "ni los de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando fueren dictadas por autoridad *igual* (reza la Ley)... a la que dictó la disposición general" (mismo artículo 13, subrayado del conferenciante).

B) *El principio de respeto a las situaciones jurídicas* había sido extraído por la jurisprudencia venezolana⁸ de textos legales precarios en cuanto a su for-

-
5. Una excepción importante —también por su amplitud al diferenciarlo de la vigencia del mismo principio en el Derecho Privado— lo constituye, en otras, una decisión del Máximo Tribunal (entonces en Sala Federal), la cual lleva fecha 14 de octubre de 1958: "El principio alegado por el recurrente según el cual, ante el silencio de la ley, lo que no está prohibido debe tenerse por permitido, es máxima de derecho privado derivada de la idea fundamental de la libertad individual, que no tiene aplicación en el derecho público en cuyo ámbito rige el principio opuesto de estricta sujeción a pautas y a atribuciones legales" (*Gaceta Forense* N° 22, 2da. etapa, Sala Federal, p. 70).
 6. Honrosa excepción fue nuestro primer *Texto Fundamental* (1830), en cuyo artículo 186 se lee: "Ningún funcionario expedirá, obedecerá, ni ejecutará órdenes manifiestamente contrarias a la Constitución o a las leyes o que violen de alguna manera las formalidades esenciales prescritas por éstas o que sean expedidas por autoridades manifiestamente incompetentes". Como ha apuntado Moles, los textos posteriores, que —a partir de la Constitución de 1864— se apartaron ya de esta fórmula, perdieron claridad en la enunciación.
 7. Reconocido asimismo por la jurisdicción del Supremo Tribunal: "...el principio de legalidad administrativa, en virtud de la jerarquía administrativa que implica la subordinación de los funcionarios inferiores a los superiores, comprende también las normas que imponen dentro de la Administración los funcionarios superiores a los inferiores" (Sentencia de 16.6.53 en Corte Federal).
 8. Sentencia de 14.3.60. Jesús Barreto Rodríguez c/ Resolución del Ministro de Fomento N° 1.317 de 20.4.59. En ella se expresa, a nuestro juicio sin el necesario rigor técnico como se observa en la nota diez (10) de este trabajo, lo siguiente:

mulación —en esa época el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal⁹—, y a veces hasta apoyándose indebidamente el más Alto Tribunal en norma inadecuada, como el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil¹⁰ exclusivamente consagrado para regular la legitimación activa en las relaciones jurídico-privadas, a las cuales el recurrir en nombre de otro (de un interés colectivo) —como es el caso del interesado legítimo en Derecho Público— les resulta extraño hasta el punto de considerarse inadmisibles en ese campo la acción así intentada. Mas, no nos lamentemos demasiado de la remisión a un texto legal impropio: buenos son los caminos si a un fin lícito conducen.

Por otra parte, es un punto en el cual la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no nos resulta un modelo de precisión al incidir sobre una materia que el transitorio legislador de lo contencioso (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) intentó regular de manera un tanto diferente a como lo hizo su predecesora la Ley Orgánica de la Corte Federal. Optó, en efecto, la “novísima” legislación por:

1º Prudentemente, diría yo, remitirse (en su artículo 22) a la definición de “interesados”¹¹ que diera la ley reguladora del contencioso, con cuyos artículos 112 y 121 de esa Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia¹² nos conecta. Colocado dicho artículo 22 bajo el Título I (de las Disposiciones Fun-

“Los ordenamientos jurídicos que como el nuestro, admiten el recurso contencioso de anulación de actos administrativos, exigen como requisito procesal que el demandante ostente un interés que, en todo caso, ha de ser personal directo y legítimo aunque, como lo dispone el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, puede ser eventual o futuro, salvo el caso en que la Ley lo exija actual”.

9. En efecto, la convocatoria a los “interesados” “a hacerse parte en el recurso”, regulada en el artículo 25 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Federal, fue interpretada —especialmente por la doctrina— como natural acceso de los interesados legítimos en calidad de legitimados activos a este tipo de procesos.
10. “Para que haya acción debe haber interés, aunque sea eventual o futuro, salvo el caso en que la Ley lo exija actual” (artículo 14 del Código de Procedimiento Civil), que nuestro Arminio Borjas comenta así: “Para que haya acción debe haber interés y este se entiende *interés jurídico propio*... Cuando se alegue tener interés basado... en motivo de interés ajeno, la acción no puede prosperar...” (subrayado nuestro), con lo cual el interesado legítimo —admisibles como recurrentes en el contencioso-administrativo— quedaría en cambio excluido del proceso civil para ampararse en interés ajeno: el interés general o colectivo.
11. El artículo 22 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), establece: “Se considerarán interesados, a los efectos de esta Ley, a las personas naturales o jurídicas a que se refieren los artículos 112 y 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”.
12. Reza el 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia: “Toda persona natural o jurídica plenamente capaz, que sea afectada en sus derechos o intereses por ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales emanado de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales del Poder Ejecutivo o del Nacional, puede demandar la nulidad del mismo ante la Corte, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, salvo lo previsto en las Disposiciones Transitorias de esta Ley”.

Y el 121 *ejusdem*: “La nulidad de actos administrativos en efectos particulares podrá

damentales) de la de Procedimientos Administrativos, y especialmente referido a los "actos administrativos", regulados éstos por el Capítulo II que a dicho artículo alberga —emplazamiento, por tanto, previo a todo y a cualquier procedimiento, ya se trate de constitutivo o de revisión en la vía administrativa— habría que entender, pienso, que la noción de interesado, es definida por la Ley de la Corte Suprema de Justicia para la de Procedimientos Administrativos (por remisión de ésta a aquélla) con miras a su aplicación a cualquiera de esos tres procedimientos —el "constitutivo" incluso—, trátase o no de recursos propiamente dichos, acoto; que por lo demás la equiparación es recomendable, en el deseo de prevenir desajustes, asegurando de esta manera la necesaria secuencia entre los "recursos administrativos" y el contencioso.

2º) Pero ahora sí, con impecable precisión, la Ley cuyo contenido estamos describiendo reserva en su artículo 85 la legitimación activa a los titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos cuando recursos administrativos contra actos de efectos individuales se intenten. Que se trata sólo de recursos contra actos administrativos de carácter particular nos lo aclara, por si dudas quedaren, el artículo 94 de la Ley.¹³

C) Y si en cuanto al tercer principio fundamental atinente a todo procedimiento administrativo, *el de la separación de poderes*, no aparece una formulación precisa en la Ley, ello se debió probablemente a dos razones complementarias: la primera, su consagración —en forma mágico-eufemística, mas al caso apropiada de: "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"— por la Constitución (artículo 118); y, segundo, porque en verdad toda la Ley se vuelve, en ese doble sentido por la Carta Magna previsto, un desarrollo del principio, en cuanto, de una parte, reserva para la Administración la confección del acto administrativo

ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate.

"El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuya tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general".

13. El 85 de la LOPA está concebido en los siguientes términos: "Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus *derechos subjetivos* o intereses legítimos, personales y directos" (subrayado del autor). El 94 dice: "El recurso de reconsideración procederá contra todo acto administrativo *de carácter particular* y deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna, por ante el funcionario que lo dictó. Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone este recurso, decidirá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del mismo. Contra esta decisión no puede interponerse de nuevo dicho recurso" (subrayado nuestro).

a través del procedimiento constitutivo del mismo; y, por la otra, "colabora" a su vez —terror de los procesalistas "puros"— con el poder judicial haciendo uso la propia Administración de facultades jurisdiccionales para la revisión de los actos administrativos en la vía "interna".

II. LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LA REGULACION DE LOS PROCEDIMIENTOS POR LA LEY PREVISTOS

Dijimos al comienzo que examinaríamos —tanto en el procedimiento constitutivo como en los de revisión de los actos administrativos— aquellos principios útiles al Juez de lo contencioso para aclarar conceptos hasta ahora imprecisos o de inadecuada formulación en nuestro derecho positivo. Se cumple el anuncio en dos párrafos;

1. *El procedimiento constitutivo*

A) Los encomiables esguinces jurisprudenciales de nuestro más Alto Tribunal —que distintos nombres ha recibido en diferentes épocas¹⁴— habían venido cubriendo una lamentable realidad: la proliferación, en leyes especiales, de procedimientos —¡tantos como actos!— encaminados a formar el acto administrativo, dada la inexistencia de un texto que fijara uno general para cualquier otro acto administrativo que careciera de un procedimiento *ad hoc* destinado a crearlo.

En efecto, ya en 1937 el Supremo Tribunal sentenciaba: debe el funcionario seguir el procedimiento especialmente previsto en la ley respectiva cuando de crear actos administrativos se trate; en ausencia de texto *ad hoc*, recurrirá al previsto en otros para casos análogos (analogía); en ausencia de texto expreso o análogo, ha de acudir el funcionario a la práctica administrativa; y ante un vacío procedimental, —tan frecuente como explicable porque no puede preverlo todo el legislador— deberá el funcionario "crear" el procedimiento.¹⁵

No quedaba en verdad al capricho del funcionario esa creación. En decisión del año de 1962 se afirmaba —continúan los obligados esguinces jurisprudenciales—, que no obstante asumir el ordenamiento procesal civil la tarea orientadora del funcionario en la elaboración del acto administrativo, no puede éste último ser enteramente asimilado a la sentencia judicial en el sentido de que deba necesariamente contener una parte narrativa, otra motiva y una decisoria, sirviendo en tales casos como motivación de las "escuetas resoluciones gubernamentales".

14. Corte Suprema de Justicia, Corte Federal y de Casación.

15. Sentencia de 7.12.1937, en *Memoria* de 1938, tomo I, pág. 374.

mentales" el propio expediente administrativo aportado a los autos, de obligatoria solicitud conforme al texto legal para entonces vigente.¹⁶

He dicho en otra ocasión que una revolución copernicana se opera —en relación por el pasado descrito— cuando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos crea en su Título III un procedimiento general —que diversifica en extenso ("ordinario") o abreviado ("sumario")— para la formación de los actos administrativos, al cual concede la Ley¹⁷ prelación sobre los "especiales" contenidos en otras leyes, para regir las materias que constituyan la especialidad (artículos 47 y siguientes).

Sin duda que ante regulación expresa, general pero precisa, el camino al Juez de lo contencioso le ha sido desbrozado, y esto hay que abonarlo a favor de la tesis que trata de servir de sustento a esta Conferencia.

B) Excepción hecha de la tradicional regulación contenida en las sucesivas leyes de la Procuraduría (hoy General de la República) acerca del antejuicio administrativo —destinado a crear un acto administrativo donde, en reclamaciones contra la República, no existe¹⁸— carente estaba el ordenamiento positivo

-
16. Sentencia de 19 de febrero de 1962 (caso Sudamérica de Seguros) comentada en la *Doctrina de la Procuraduría General de la República (D.P.G.R.) correspondiente al año de 1964* (página 31): "Ante la ausencia de legislación procedimental administrativa expresa, los órganos decisorios de esta importante rama gubernamental han carecido de normas precisas en cuanto al aspecto formal de sus fallos, limitándose a una sucinta expresión declaratoria de la voluntad afirmativa o negativa de la administración ante el supuesto planteado. En los casos de nulidad de dichas decisiones, la presencia ante el órgano jurisdiccional del respectivo expediente administrativo, de obligatoria solicitud, ha venido sirviendo como elemento de integración de las escuetas resoluciones gubernamentales". Hoy la solicitud de los antecedentes administrativos del caso es facultativa para el Presidente de la Sala (Político-Administrativa o Plena) ante la cual el recurso haya sido interpuesto (artículo 123 de la L.O.C.S.J.). En rigor, nuestra Corte Suprema de Justicia está formada por cuatro Tribunales independientes: la Sala de Casación Civil, la de Casación Penal y la Político-Administrativa, cada una de ellas integrada por cinco magistrados: los quince se reúnen en Sala Plena o Corte Plena para ejercer una competencia fundamental, pero no exclusivamente, de orden constitucional.
 17. LOPA, artículo 47: "Los procedimientos administrativos contenidos en leyes especiales se aplicarán con preferencia al procedimiento ordinario previsto en este capítulo en las materias que constituyan la especialidad". La frase final por nosotros subrayada hace pensar que si el procedimiento contenido en leyes especiales adoleciera de algún vacío, la vuelta al ordinario parece inevitable para cubrirlo.
 18. En efecto, el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece un "procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República" que en Venezuela es conocida con la tradicional denominación de "antejuicio administrativo", equiparable a lo que en el contencioso administrativo francés de "plena jurisdicción" se busca con tal tipo de tramitación para lograr una "decisión" previa —equivalente al acto administrativo impugnado en el recurso de anulación— cuando dicha decisión no existe *a priori*. Forma parte de ese "antejuicio" —tradicional en nuestro Derecho positivo— la doctrina del silencio administrativo interpretado en sentido negativo, que deja al particular abierta así la vía judicial una vez vencidos los lapsos en la Ley previstos (artículo 35 de la LOPGR). No ha sido bien estudiada en Venezuela la naturaleza jurídica de ese

venezolano de una regulación general del silencio administrativo que permitiera a los particulares intentar el recurso subsiguiente ante conducta omisa del funcionario. El que el "engavetamiento" no fuera la regla es un milagro que como tal no alcanzo a explicarme, pero que dice mucho a favor de la Administración venezolana.

Una afortunada brecha abrió la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 134 al permitir el acceso al contencioso pasados 90 días del silencio

"antejuicio", pero el propio derecho positivo la aclara en el artículo 37 *ejusdem*, cuando expresa que él "Se equiparará en sus efectos a la iniciación del procedimiento contra los actos administrativos que se instauran por ante los tribunales competentes".

Por cuanto entiendo que la figura no tiene símil en el Derecho Colombiano me permito —dentro del propósito de estas Jornadas— transcribir las disposiciones legales respectivas:

Artículo 30: "Quienes pretendan instaurar judicialmente alguna acción en contra de la República deberán dirigirse, previamente y por escrito, al Ministerio al cual corresponda el asunto para exponer concretamente sus pretensiones en el caso. De la presentación de este escrito se dará recibido al interesado, a menos que su remisión haya sido hecha por conducto de un juez o de un notario. De la recepción del escrito se dejará constancia en nota estampada al pie.

"Cuando la acción tenga por objeto la reclamación de acreencias previstas en presupuestos fenecidos se seguirá exclusivamente el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. El procedimiento a que se refiere este Capítulo no menoscaba la atribución que tiene la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional".

Artículo 31: "El Ministerio respectivo, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que haya recibido la representación procederá a formar expediente del caso, agregándole todos los elementos de juicio que por su parte considere necesarios y dentro de ese mismo plazo remitirá dicho expediente a la Procuraduría General de la República".

Artículo 32: "Dentro de los treinta días hábiles siguientes al del recibo del expediente, la Procuraduría General de la República formulará por escrito su dictamen y lo remitirá al Ministerio respectivo, quien lo deberá hacer de conocimiento del interesado dentro de los ocho (8) días siguientes a aquél en que lo hubiere recibido. Si el Ministerio se apartare del criterio sustentado por la Procuraduría General de la República, llevará a conocimiento del interesado la opinión que al efecto sustente, dentro del mismo plazo antes referido".

Artículo 33: "El interesado responderá por escrito al Ministerio que corresponda, si se acoge o no al criterio comunicado. En caso afirmativo, el asunto se solucionará con arreglo a dicho criterio, y si no fuere aceptado, quedará plenamente facultado para acudir a la vía judicial.

El Ministerio deberá enviar copia de la respuesta del interesado a la Procuraduría General de la República, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que la haya recibido; y si el asunto no hubiere quedado resuelto el Procurador General ejercerá la representación de la República en el juicio correspondiente".

Artículo 34: "Vencidos los lapsos previstos en los artículos anteriores, contados desde la fecha de la presentación del escrito respectivo conforme al artículo 31 de esta Ley, sin haberse notificado al reclamante el resultado de su presentación, quedará éste facultado para acudir a la vía judicial".

Artículo 35: "Cuando el Procurador disienta del criterio sustentado por el Despacho respectivo, procederá conforme a lo previsto en el artículo 18. Si aceptare dicho criterio, ejercerá la defensa ampliamente, sin que pueda invocarse como prueba en contrario, ninguno de los antecedentes u opiniones que consten en la tramitación

de la administración.¹⁹ Y fue completada por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (artículo 4º), no sin que ésta dejara de castigar (artículo 3º) esa conducta omisa mediante un "reclamo", ante el Superior jerárquico, verdadero recurso de queja.²⁰ La interpretación jurisprudencial que en esta materia ha hecho recientemente el Supremo Tribunal reviste el mayor interés.²¹

extrajudicial del asunto, por cuanto éstos no tienen efecto vinculante".

Artículo 36: "Los funcionarios judiciales no darán curso a ninguna acción que se intente contra la República, sin que se acredite el cumplimiento de las formalidades del procedimiento administrativo, previo a que se refieren los artículos anteriores, o el contemplado en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, según el caso".

Artículo 37: "El procedimiento previsto en los artículos anteriores se equipará en sus efectos a la iniciación del procedimiento contra los actos administrativos que se instauren por ante los tribunales competentes".

19. El párrafo segundo del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, reza: "El interesado podrá intentar el recurso (de anulación contra actos administrativos de efectos particulares) previsto en el artículo 121 de esta Ley, dentro del término de seis meses establecido en esta disposición, contra el acto recurrido en vía administrativa, cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el término de *noventa días* consecutivos a partir de la interposición del mismo" (los subrayados y paréntesis son del conferenciante. Como puede observarse esta disposición que data del 1º de enero de 1977 —fecha de entrada en vigencia de la LOCSJ— se generaliza ahora en nuestro contencioso la doctrina del silencio administrativo al extender la interpretación de éste a cualquier recurso de anulación.

20. Las disposiciones de la LOPA son las siguientes:

Artículo 4º: "En los casos en que un órgano de la administración pública no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus personeros, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.

Parágrafo único: La reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que éstos se consideren resueltos negativamente como se dispone en este artículo, les acarreará amonestación escrita a los efectos de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 100 de esta Ley".

Artículo 3º: "Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la administración pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran.

"Los interesados podrán reclamar, ante el superior jerárquico inmediato, del retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento, trámite o plazo, en que incurrieren los funcionarios responsables del asunto. Este reclamo deberá interponerse en forma escrita y razonada y será resuelto dentro de los quince (15) días siguientes. La reclamación no acarreará la paralización del procedimiento, ni obstaculizará la posibilidad de que sean subsanadas las fallas u omisiones. Si el superior jerárquico encontrare fundado el reclamo, impondrá al infractor o infractores la sanción prevista en el artículo 100 de la presente Ley sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar".

Artículo 100: "El funcionario o empleado público responsable de retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición, procedimiento, trámite o plazo, establecido en la presente Ley, será sancionado con multa entre el cinco por ciento (5%) y el cincuenta por ciento (50%) de su remuneración total correspondiente al mes en que cometió la infracción, según la gravedad de la falta".

21. La decisión FORD MOTORS DE VENEZUELA (ponencia: magistrada J. Calcaño

Por si fuera poco, los mejores, si no mayores aportes los ha dado la aún "novísima" en materia de procedimientos de revisión del acto administrativo en la vía interna; y, también los más útiles, a mi juicio, para el Juez de lo contencioso. Los examinaremos en un:

2. *Los recursos administrativos*

Aportes que nos proponemos analizar en función de los capítulos fundamentales del contencioso, excusándonos de abordar de nuevo el de la legitimación activa, ya esbozado al tratar del principio de "respeto a las situaciones jurídicas".

A) Respecto a la *materia del recurso* habíamos venido debatiéndonos en Venezuela acerca de la prelación de criterios —formal, orgánico, material, ideológico— para concebir el acto administrativo.

Una afortunada definición sincrética —del gusto de Sayagues— nos la proporciona ahora el texto de la Ley (artículo 7º). Entiende ésta por acto administrativo —"a los fines de esa Ley", aclara, queriendo significar, quizás con esta frase, a la manera de Weil, la noción de acto condenado a morir o sobrevivir en el destino final del contencioso— tanto los contentivos de declaraciones de carácter general como de carácter particular (criterio material), emitida esa declaración "de acuerdo con las formalidades y requisitos *establecidos en la Ley*" —acto de ejecución directa e inmediata de la Ley, diría la Escuela Vienesa dentro de la teoría formal del Derecho, acoto— y por los órganos de la Administración Pública (criterio orgánico).

Acto administrativo así definido combinando todos esos elementos (formal, orgánico, material y quizás "procesal") sometido a requisitos que, por vía de formalidades, fija prolijamente el legislador (arts. 14 a 17 y especialmente el 18), entre ellos la necesaria expresión de los motivos en el cuerpo de la decisión ejecutoria. ¿Cómo no recordar ahora la citada sentencia que excusaba a las "escuetas resoluciones gubernamentales" de motivación expresa en su texto,

de Temeltas), de fecha 22.6.82, dictada por la Sala Político-Administrativa confirmando auto del Juzgado de Sustanciación (Presidente: Magistrado R. De Sola), de 82, realiza un cuidadoso análisis de la naturaleza jurídica de la interpretación que, en criterio del fallo de la citada norma de la L.O.C.S.J., da al silencio de la Administración, concluyendo la sentencia en que no se configura por efecto de éste un acto administrativo tácito denegatorio del recurso jerárquico interno, sino que sólo se abre una posibilidad para el administrado de acudir a la jurisdicción contencioso cuando la administración se revela como morosa en la decisión de dicho recurso jerárquico, en cuyo caso se puede recurrir directamente en vía contencioso-administrativa del mismo acto impugnado ya, sin respuesta; pero la señalada doctrina jurisprudencial parece en cambio al caso de respuesta; pero la señalada doctrina jurisprudencial parece en cambio al caso de silencio de la Administración ante la solicitud de configuración de un acto administrativo cuando éste aún no existe (véase artículo 3º de la L.O.P.A., transcrito en la nota 20). ¿Cómo no concluir aquí que de un acto administrativo denegatorio tácito se trata?

doctrina jurisprudencial que parece ya agotada, la que abona una vez más a favor de la tesis aquí propuesta?

Y dudas que también nos embargaban ha comenzado a disipar la Ley al contener en su seno principios generales para clasificar los actos administrativos. Dudas que fueron sembradas por expresiones, no del todo ortodoxas, provenientes incluso del legislador y aún del constituyente. Un ejemplo: la Disposición —afortunadamente transitoria— Vigésimoprimera de la Carta Magna, en cuyo párrafo segundo, después de haberles conferido el carácter de “definitivamente firmes” a las decisiones de la Comisión Investigadora prevista en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito, admite dicha norma sinembargo la posibilidad de un recurso contra ellas ante la Corte Suprema de Justicia,²² Tribunal que sin preocuparse de entrar en mayores lucubraciones doctrinarias, pareciera que ha terminado por restituir a esas antiguas decisiones su originario carácter administrativo de actos que han “causado estado”, interpretación que se me ocurre cuenta habida de la amplitud con que el máximo Tribunal ha conocido de esos asuntos.

Ejemplares son, en cambio, los conceptos sobre la materia del recurso, expresos o subyacentes en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Revisemos algunas:

1) Justamente la nota de *firmeza* la atribuye la Ley ahora (artículo 97), con todo rigor técnico, al acto contra el cual no cabe ningún recurso ordinario ni extraordinario, regulación que hace con motivo del de “revisión” en un todo equivalente este procedimiento al de invalidación de juicios típico del proceso civil.²³

22. El texto de la citada Disposición Transitoria Vigésimoprimera de la Constitución es: “Igualmente pasarán al patrimonio nacional y en la cuantía que determine la Comisión Investigadora prevista en la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios o Empleados Públicos, los bienes pertenecientes a las personas sometidas ante ella a investigación hasta la fecha de promulgación de la Constitución y en razón de hechos o actuaciones anteriores al 23 de enero de 1958.

“En su decisión, que tendrá carácter de *sentencia definitivamente firme*, la Comisión Investigadora determinará los bienes que han de pasar al patrimonio nacional conforme a esta Disposición y las cantidades que quedarán adeudando al Fisco Nacional aquéllos que se hubieren enriquecido ilícitamente por un monto mayor al valor de los bienes restituidos al patrimonio nacional. Los interesados podrán *recurrir* por ante la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, en el plazo de treinta días continuos contados a partir de la publicación de la decisión para demostrar la licitud parcial o total de su enriquecimiento. La Corte tramitará y decidirá el recurso de acuerdo con el procedimiento establecido en su artículo 25 de la Ley Orgánica de la Corte Federal” (subrayados nuestros).

23. LOPA, artículo 97: “El recurso de Revisión contra los actos administrativos firmes podrá intentarse ante el Ministro respectivo en los siguientes casos: 1. Cuando hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente. 2. Cuando en la resolución hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por

Concepto bien diferente el de "firmeza" al de *definitividad*, regulado también con precisión por el artículo 62 refiriéndolo simplemente al acto que decide el asunto",²⁴ concepto más tarde afinado —por oposición al acto de trámite y regulándolo conjuntamente con éste— en el 85 al calificar al definitivo como "aquel que pone fin a un procedimiento. . .".²⁵ Remata la Ley asociando al de definitividad el concepto de *ejecutoriedad* del acto (artículo 87), e incluso equiparando al definitivo el de trámite, bien que excepcionalmente y a los solos fines de su recurribilidad cuando dicho acto, en las propias palabras del legislador, imposibilite la continuación del procedimiento, "cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo" (mismo artículo 85).

Rigor conceptual que extiende asimismo el legislador al acto que *ha causado estado*, sin llamarlo por su nombre, pero describiéndolo en los artículos 92 al 96 como el surgido del último de los recursos admisibles en la vía administrativa.²⁶

Que el afán de demostración de la claridad de conceptos legislados, a los cuales el juez de lo contencioso tendrá que acudir para cubrir los vacíos procedimentales sin necesidad de hacer uso solamente de la "doctrina", no destruya mi fervoroso propósito inicial de no postrarlos en aburrimiento; pero ¿cómo no hacer alusión? a:

2) La definición legal de discrecionalidad que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos nos aporta —sin considerarla, por cierto, concepto opuesto al de "regla" como lo pretendía la doctrina tradicional— atribuyendo esa nota de discrecionalidad a cualquier acto administrativo, que mediante el artículo 12 queda así conceptualmente configurado como un equilibrio de "discrecionalidad" y de "regla", en los siguientes términos: "Aun cuando una disposi-

sentencia judicial definitivamente firme. 3. Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme".

24. LOPA, artículo 62: "El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación".
25. LOPA, artículo 85: "Los interesados podrán interponer los recursos a que se refiere este Capítulo contra todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo, cuando dicho acto lesione sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos".
26. LOPA, artículo 92: "Interpuesto el recurso de reconsideración o el jerárquico, el interesado no podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras no se produzca la decisión respectiva o no se venza el plazo que tenga la administración para decidir".
LOPA, artículo 93: "La vía contencioso administrativa quedará abierta cuando interpuestos los recursos que ponen fin a la vía administrativa, éstos hayan sido decididos en sentido distinto al solicitado, o no se haya producido decisión en los plazos correspondientes. Los plazos para intentar los recursos contenciosos son los establecidos por las leyes correspondientes".

ción legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia”, reza el precepto que comentamos.²⁷

B) El más alto Tribunal había venido también aguzando su ingenio jurisprudencial, de consuno con nuestra doctrina, para reducir los *efectos del recurso* contencioso administrativo de anulación a sus justos límites de nulidad (absoluta) y anulabilidad (relativa), desterrando de esta manera la “inexistente figura de la inexistencia” con el argumento de que si admite caducidad dicho recurso (entre nosotros el plazo ha sido tradicionalmente de seis meses) mal cabe hablar de inexistencia de los actos administrativos susceptibles de consolidarse como firmes a través de la vía de la caducidad.

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia púdicamente eludió el tema —no olvidemos que la regulación que del contencioso hace es parcial y provisoria— aludiendo eufemísticamente a la obligación para el Juez que declare la anulación de precisar, a la vez (artículos 119 y 131) “los efectos de la decisión en el tiempo”.

Sin pudor alguno, en cambio, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos definió, de una parte, los pronunciamientos del funcionario en la decisión de un recurso administrativo, estableciendo que “el órgano competente para decidir el recurso de reconsideración o el jerárquico, podrá *confirmar, modificar* o *revocar* el acto impugnado, así como ordenar la *reposición* en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de *convalidar* los actos anulables” (artículo 90). En suma, de menor a mayor: confirmación, convalidación, modificación, reposición, y, finalmente revocación.²⁸

Sin quedarse allí, hace causa común la Ley, dentro de la teoría de las nulidades, con la tesis de la bipartición, al reducir los efectos del recurso exclusivamente a dos: la nulidad absoluta, cuyos casos consagra taxativamente en cuatro numerales del artículo 19; y la anulabilidad, que se convierte en regla de las anulaciones al establecer el legislador (artículo 20) que fuera de esos casos, restrictiva y previamente fijados por él, y sólo por él, el resto merecerá la sanción de nulidad relativa.²⁹

27. Véase análisis de esta norma en la decisión “Depositaria Judicial” de la S.P.A. de la C.S.J. (2.11.82).

28. LOPA, artículo 90: “El órgano competente para decidir el recurso de reconsideración o el jerárquico, podrá, confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la administración para convalidar los actos anulables”.

29. LOPA, artículo 19: “Los actos de la administración serán absolutamente nulos en los siguientes casos: 1. Cuando así esté expresamente determinado por una nor-

C) Justamente esos dos textos legales últimamente citados arrojan además, en mi opinión, una luz que seguramente irá permitiendo al Juez de lo contencioso orientar sus decisiones en sentido terminológicamente diferente —y no ausente de consecuencias doctrinarias— al que lo había venido haciendo hasta ahora al enfrentar el problema de los motivos de impugnación en el recurso anulatorio.

De manera subyacente —¿subrepticamente?, me pregunto— se había venido perfilando en la jurisprudencia venezolana la poco racional (la “irracionalidad” en la tierra de Descartes no es término admisible, advierto) clasificación de los motivos de impugnación que el Consejo de Estado francés fue trabajosamente elaborando a través de fallos, algunos de ellos magistrales, fincados armoniosamente en su propio contexto histórico, pero que no había necesariamente que transportar, sin más, a nuestro medio.

Me estoy refiriendo a la clasificación que de los motivos de impugnación —“aperturas” al recurso por exceso de poder, se diría gráficamente en español producto de una inadecuada traducción literal— realiza en (cronológicamente como fueron apareciendo): incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y, finalmente, “violación de ley” (como si las tres anteriores no lo fueran también); clasificación que en algunos fallos (uno de fecha 6.11.58, por ejemplo) acogía nuestro más alto Tribunal, ya la cual Brewer, comentando y sistematizando la jurisprudencia venezolana, trata de insuflarle una cierta racionalidad.

Digo que los comentados artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos parecen orientar hacia otros derroteros que permitan —como en la doctrina y jurisprudencia españolas— abrir nueva ruta hacia una sistematización de los motivos de impugnación montada sobre la necesaria correlación entre *elemento* del acto administrativo, *vicio* susceptible de afectarlo y *sanción* (nulidad o anulabilidad), sistematización que, a la luz de dichos artículos, podría proyectarse de la siguiente manera:

NULIDAD ABSOLUTA (con efectos incluso hacia el pasado), por vicios relativos:

- a) al SUJETO (la *incompetencia* manifiesta, del numeral 4 del artículo 19);

ma constitucional legal; 2. Cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley; 3. Cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución, y; 4. Cuando hubieren sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes, o con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

LOPA, artículo 20: “Los vicios de los actos administrativos que no llegaren a producir la nulidad de conformidad con el artículo anterior, los harán anulables”.

- b) al OBJETO ("cuando su contenido sea de imposible o ilegal ejecución", reza el numeral 3);
- c) a la FORMA (prescindencia total y absoluta de la misma, conocida en doctrina como "vía de hecho de la Administración" a la que se refiere también el numeral 4); y
- d) a la CAUSA, cuando los actos que se impugnen contrarían la cosa juzgada administrativa (numeral 2 del mismo artículo 19); a más de otros, seguramente referentes a esos mismos elementos del acto, que fijare el constituyente o el legislador (numeral 1, del 19) expresamente.

NULIDAD RELATIVA (con efectos sólo hacia el futuro), en cambio, para los otros actos de anulación provenientes de *vicios* en esos mismos *elementos* (artículo 20). Y la misma sanción habría que extenderla a la desviación de poder (relativa al elemento fin), tipificada por el propio constituyente (artículo 206) como defecto capaz de acarrear anulación del acto que lo contenga, pero sin especificar la Carta Magna la pena que le corresponde, lo que lo coloca indefectiblemente dentro de las previsiones del citado 20.

En todo caso, el olvido de la clasificación francesa va siendo en verdad cada vez más patente, al menos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, sin que a ésta le resulte estrictamente necesario acudir a la propuesta sistematización de los motivos de impugnación, ni a ninguna otra, para reemplazarla, que no es esa tarea, en principio, del sentenciador. Me resulta embarazoso, por razones obvias, juzgar en este momento nuestras más recientes decisiones sobre la materia;³⁰ y

D) En las cuentas también a abonar a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos otro tanto habría que hacer respecto a los *medios de impugnación*, último tema que brevemente me propongo abordar.

Brewer, con la paciencia y laboriosidad que lo caracterizan, no exentas nunca, gracias a Dios, de imaginación, rozando a veces los límites de la ficción —re-

30. Por oposición de la decisión ("Reingruber") de 6.11.58, la sentencia ("Depositaria Judicial") de la actual S.P.A. de la C.S.J. de 2.11.82 para iniciar en ese sentido.

proche que probablemente en éste y en todos mis trabajos, y ojalá no al sentenciar, también pueda hacerme— intentó una clasificación de esos medios de impugnación dentro de nuestra entonces descuartizada legislación relativa a la materia. Reposaba la clasificación por él propuesta, sobre dos pilares: el de los que Brewer llamaba entonces recursos *proprios* (reconsideración, jerárquico); y el de los recursos impropios, título que reservaba para algunos que se dan en materia de inquilinato o los que la doctrina juzgaba como "jerárquicos impropios", hoy restituidos ambos a sus justos límites por la jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros Tribunales contencioso-administrativos.³¹

La nítida expresión de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos excusa hoy de cualquier discusión clasificatoria al concebir como *ordinarios* los recursos de "reconsideración" (artículo 94), y el "jerárquico" (artículo 95), añadir y regular el de "queja" (artículo 3º), y estimar como naturalmente *extraordinario* el de *revisión* (artículo 97), precedente este último sólo por causales taxativas.³²

* * *

Corresponde al intérprete —y entre ellos al Juez— pronunciarse acerca de la verosimilitud del vaticinio que al principio bauticé con el pomposo nombre de

31. Véanse en este sentido las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 14.10.63, 25.10.65 y 18.6.81. A pesar de una decisión de 18.2.81 en sentido contrario emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ese mismo Tribunal volvió a su posición anterior, hasta ahora reiterada (S. de 8.6.81). Asimismo, los fallos del Supremo Tribunal (S.P.A. de 11.5.81 ("Pan American")) —cuyos principios reiteran en el de 2.11.82 ("Depositaria Judicial")— despejan cualquier duda respecto del criterio prevalente en la materia. Criterio que se ha extendido a los otros tribunales de lo contencioso (p.e., decisión de 9.8.83 del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, con sede en Maracay).

32. LOPA, artículo 94: "El recurso de reconsideración procederá contra todo acto administrativo de carácter particular y deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto que se impugna, por ante el funcionario que lo dictó. Si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano ante el cual se interpone este recurso, decidirá dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del mismo. Contra esta decisión no puede interponerse de nuevo dicho recurso".

LOPA, artículo 95: "El recurso jerárquico procederá cuando el órgano inferior decida no modificar el acto de que es autor en la forma solicitada en el recurso de reconsideración. El interesado podrá, dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión a la cual se refiere el párrafo anterior, interponer el recurso jerárquico directamente para ante el Ministro".

LOPA, artículo 96: "El recurso jerárquico podrá ser intentado contra las decisiones de los órganos subalternos de los Institutos Autónomos por ante los órganos superiores de ellos.

Contra las decisiones de dichos órganos superiores, operará recurso jerárquico para ante el respectivo Ministro de Adscripción, salvo disposición en contrario de la Ley".

LOPA, artículo 97: "El recurso de Revisión contra los actos administrativos firmes podrá intentarse ante el Ministro respectivo en los siguientes casos: 1. Cuando

“tesis”, a saber: la marcada influencia que, en nuestros medios judiciales, la jurisdicción contencioso administrativa ha necesariamente de recibir al conocer del acto que le ha sido previamente concebido y revisado en vía administrativa con arreglo a procedimientos contenidos en una Ley más sistemática que la que describe y le asigna sus propias funciones, e inspirada en principios muchos de ellos por primera vez legislados entre nosotros, sobre los cuales el Juez de lo contencioso tendrá que decidir considerándolos, ahora, como de derecho positivo venezolano. Pero sus decisiones, sobre todo las anulatorias, se constituirán asimismo en constante recordatorio —por si hiciere falta— para la Administración de la plena vigencia de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, rediviva gracias al aliento del contencioso.

En el descrito flujo y reflujo de los procedimientos administrativos —injer-tada ahora, como decía al comienzo, una ley principista y sistemática— lucen únicamente estelares las actuaciones del juez y del funcionario. Vana apariencia. El gran *actor*, y lo revela ese preciso nombre que él recibe, como iniciador del proceso, es el administrado: en sus manos están todos los elementos para desencadenar la *acción*, y sólo su inacción puede convertir en letra muerta una hermosa creación legislativa. Prestos estamos ella y los intérpretes —no importa el nivel— para mantener su vigor mediante el equilibrado cuanto fascinante juego del compromiso en resguardar las garantías individuales sin desmedro del interés colectivo.

Al final recojo velas para descubrirles, como en las novelas de misterio, que a propósito —aparte del fallido de tratar de no aburrirlos, recurriendo incluso a ligerezas en la expresión, por las cuales ruego se me excuse— han sido más bien poner al día a propios, que no lo necesitan, y a “extraños” —que a fuerza de vecinos y de coparticipantes ya dejaron de serlo— sobre las novedades, que tampoco lo son ni para ellos ni para nosotros, del procedimiento administrativo venezolano, todo con base en un intento de sistematización de la siempre “novísima” LOPA, como familiarmente suelen llamarla nuestros estudiantes.

Celebro la honrosa compañía del doctor Alvaro Tafur Galvis en este ejercicio de Derecho Comparado a dos voces, no del todo afinada la mía.

hubieren aparecido pruebas esenciales para la resolución del asunto, no disponibles para la época de la tramitación del expediente. 2. Cuando en la resolución hubieren influido, en forma decisiva, documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial definitivamente firme. 3. Cuando la resolución hubiere sido adoptada por cohecho, violencia, soborno u otra manifestación fraudulenta y ello hubiere quedado establecido en sentencia judicial, definitivamente firme”.

LOPA, artículo 98: “El recurso de revisión sólo procederá dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de la sentencia a que se refieren los numerales 2 y 3 del artículo anterior, o de haberse tenido noticia de la existencia de las pruebas a que se refiere el numeral 1 del mismo artículo”.

TEMA D: PRINCIPIOS GENERALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PRINCIPIOS GENERALES QUE GOBIERNAN LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

Profesor de Derecho Administrativo
en la Universidad del Externado de
Colombia y en el Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario.

I. INTRODUCCION

En Colombia, como en todos los países en donde existe el control jurisdiccional sobre las actividades de los diferentes órganos estatales, sea ejercido ese control por la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo como en Colombia y Francia en donde existen las dos jurisdicciones, sea realizado por la jurisdicción ordinaria en aquéllos en donde no se ha previsto y consagrado la existencia de una jurisdicción especial, bien sea que en esos países se hayan consagrado unos mismos jueces para conocer de las controversias entre particulares y entre éstos y los entes públicos, bien sea que se hayan establecido jueces especializados encargados de conocer de los litigios en los cuales tiene que ver la Administración, pero integrados en lo que se conoce como el Poder Judicial, como en España y Venezuela, la base de la jurisdicción encargada de ejercer dicho control se encuentra en el principio de legalidad, según el cual toda actuación administrativa debe surtirse con arreglo a la norma superior de derecho: Constitución Nacional y Ley, lo que, además, es de la esencia de todo Estado de Derecho que se caracteriza por estar regido por una norma preestablecida, una separación de funciones y un control recíproco de ellas.

En Colombia, en donde desde la expedición de la Ley 130 de 1913, dictada con fundamento en lo preceptuado por el artículo 42 del Acto Legislativo

Nº 3 de octubre 31 de 1910 que ordenó crearla, existe la jurisdicción contencioso-administrativa cuya cabeza es el Consejo de Estado, no integrada ni dependiente de la denominada jurisdicción ordinaria cuyo máximo organismo es la Corte Suprema de Justicia; esa jurisdicción especial, como en Francia, está instituida para decidir los negocios originados en las decisiones que tome la Administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la ley 167 de 1941,¹ lo que indica, en términos generales, que Consejo de Estado y Tribunales Administrativos Seccionales conocen de las controversias en que tengan parte las administraciones públicas, relacionadas con actos y contratos administrativos, así como de las acciones indemnizatorias relacionadas con hechos u operaciones administrativos, omisiones y vías de hechos de los funcionarios públicos que comprometan la responsabilidad estatal.

Correspondiendo tratar los temas relativos al "Procedimiento Administrativo" y a la "Organización de la jurisdicción contencioso-administrativa" en Colombia, a los ilustres colegas Alvaro Tafur Galvis y Carlos Betancourt Jaramillo, en su orden, nos concretaremos al análisis de los Principios Generales que gobiernan la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, lo que haremos a continuación.

II. CARACTERISTICAS GENERALES

En nuestra jurisdicción contencioso-administrativa encontramos las siguientes características generales:

a) *Carácter contencioso.* En primer término, se trata de un procedimiento de carácter contencioso y de ahí el nombre de contencioso-administrativo. El Código Contencioso-Administrativo colombiano vigente, las leyes que lo adicionan y reforman, así como las concepciones jurisprudenciales de Consejo de Estado y Tribunales Administrativos Seccionales, configuran el citado procedimiento teniendo por base una contención promovida por un acto-demandante en el caso del juicio o acción de plena jurisdicción, que puede ser una persona natural o jurídica, inclusive la propia Nación y otras entidades públicas como los Departamentos y Municipios, los establecimientos públicos de los diferentes órdenes, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de económica mixta, todas como personas jurídicas que son, y un accionante en el supuesto del juicio o acción de nulidad, en donde no es dado hablar de demandante propiamente, pues en él, realmente no se demanda a la Administración, sino la nulidad de un acto, pudiendo, igualmente, ser accionante la propia per-

1. Art. 28, Decreto-Ley 528 de 1964.

sona jurídica de derecho público que produjo el acto, u otra que considere vulnerado el orden jurídico general.²

b. *Régimen probatorio dispositivo.* El código contencioso-administrativo colombiano —como bien lo observa Carlos Betancourt J.,³ dada su estructura original, que aún se mantiene, supone un sistema dispositivo que sus normas no hacen sino confirmar. Por ello, los intentos que se han hecho para acomodarlo a la orientación inquisitiva impuesta por el código de procedimiento civil de 1970, en lugar de hacerlo más ágil y operante, han conducido a un hibridismo estéril que insistentemente pide su reforma, aun cuando son dignos de resaltar los grandes esfuerzos de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano para quebrar el rígido principio dispositivo tomado del anterior código de procedimiento civil, mediante el empleo de la facultad de dictar autos para mejor proveer, en su intento para lograr también en el proceso contencioso-administrativo la certeza real, en lugar de la legal predominante en éste.

Algunos han propugnado por la tesis contraria, es decir, por la de sostener el cambio de orientación en el proceso contencioso-administrativo hacia el sistema inquisitivo, siguiendo el modelo del proceso civil, con el argumento de que no poseyendo el citado proceso un régimen probatorio propio y estando autorizada la aplicación extensiva, o remisión, de las normas del código de procedimiento civil al proceso contencioso-administrativo,⁴ es viable la facultad oficiosa del juez administrativo en la promoción de pruebas. Sin embargo, cabría preguntar: ¿En qué oportunidad podría el juez decretar pruebas de oficio, fuera de la señalada en el artículo 91 del C.C.A. mediante autos para mejor proveer? ¿Cuál sería el alcance real de estos proveídos?

c. *El carácter no suspensivo.* Una tercera característica del procedimiento contencioso-administrativo, es el carácter no suspensivo del procedimiento en cuanto hace relación a los actos administrativos impugnados. En efecto, el hecho de que se intente un juicio o acción de nulidad o de plena jurisdicción no implica, en principio, que el acto recurrido se suspenda en sus efectos. El principio que rige, al igual que en casi todos los países, es totalmente el contrario, es decir, el de la ejecutoriedad y obligatoriedad de los actos administrativos, cuyos efectos no se suspenden en razón del ejercicio de un juicio de nulidad o de plena jurisdicción contra los mismos, pudiendo la Administración ejecutarlos, en consecuencia.

Esta característica es importante por sus consecuencias, y fundamentalmente en relación al pedimento que, conforme al artículo 94 del Código Contencioso-

2. Art. 72, C. C. A.

3. Carlos Betancourt J. *Derecho Procesal Administrativo*, primera edición. 1981.

4. Art. 282, C. C. A.

Administrativo, se le puede hacer al juez administrativo en la demanda o en escrito separado, antes de que se decida sobre su admisión, de suspender los efectos del acto o actos administrativos acusados cuando sean ostensiblemente contrarios a una norma superior de derecho o causar un perjuicio notoriamente grave al demandante en el juicio de plena jurisdicción, lo que confirma la característica de que promovido un juicio contencioso, ello no implica que el acto quede suspendido en sus efectos, como sucede con los recursos gubernativos, por lo general.

Al igual que en Venezuela, como lo observa Brewer-Carías,⁵ el principio además tiene otras aplicaciones en el campo administrativo, y un derivado del mismo es el llamado principio del *solve et repete*, que implica que para intentar acciones o juicios contenciosos de naturaleza fiscal, es indispensable haber satisfecho o pagado la contribución debida o, al menos parte de ella según las disposiciones legales vigentes, o haberla afianzado cuando la ley lo admite.

III. LOS REQUISITOS PROCESALES

a. *El agotamiento de la vía gubernativa.* Aun cuando algunos actos administrativos pueden ser objeto de la acción o juicio contencioso-administrativa en forma directa, es decir, que proferidos por la entidad o funcionario que actúa en función administrativa, pueden demandarse directamente ante la jurisdicción especial, siempre que el acto sea definitivo, haya causado estado, o que siendo de trámite haga imposible la continuación del trámite o vía gubernativa,⁶ tales como los reglamentos constitucionales o legales, los decretos ejecutivos, las Ordenanzas de las Asambleas de los Departamentos, los Acuerdos de los Concejos Municipales, los actos de designación de un funcionario público o de retiro del servicio de los mismos, salvo cuando se trata de destitución, que admiten recurso administrativo o gubernativo, y, en general, todos los actos jurídicos creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas, no atribuidos a la competencia de la Corte Suprema de Justicia por la Constitución Nacional, y, asimismo, hay casos en que el conflicto jurídico puede ser llevado directamente al conocimiento de los jueces administrativos por tratarse de actuaciones, omisiones, hechos u operaciones administrativas, vías de hecho que pueden haber comprometido la responsabilidad del Estado, o por tratarse de controversias surgidas de un vínculo contractual en las cuales no existe acto administrativo separable del contrato de por medio que implique el agotamiento de la vía

5. Allan R. Brewer-Carías. "La jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela". ponencia al Primer Congreso Bolivariano de Derecho Administrativo celebrado en Cartagena (Col.), p. 27.

6. Art. 82, C. C. A.

gubernativa, en la gran mayoría de los casos es requisito *sine qua non* que el accionante haya agotado la vía gubernativa, por así imponerlo la ley positiva.

En efecto, por mandato de los artículos 71 y 82 del C.C.A., para recurrir en demanda ante lo contencioso-administrativo, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá "cuando los actos o providencias respectivas no son susceptibles de los recursos establecidos en la ley", que son los de reposición o reconsideración y el de apelación, o se han decidido oportunamente por la Administración, o ha transcurrido el término señalado por la ley para su decisión por parte del funcionario o entidad competente ante el cual se ejercitó el recurso o se hizo la petición, sin que se tomare decisión formal alguna sobre él o sobre ella, configurándose así el silencio administrativo con efectos negativos.

Como hemos dicho, si se trata de la impugnación de actos administrativos de efectos generales, no se exige este requisito de agotamiento de la vía administrativa, pues contra ellos no proceden los recursos gubernativos ordinarios de reposición y apelación.⁷

El silencio administrativo inicialmente solo estaba previsto para los eventos de no pronunciamiento de la Administración sobre los recursos gubernativos ordinarios;⁸ hoy, sin embargo, se ha establecido también para las peticiones iniciales no resueltas.⁹

b. *La legitimación.* En cuanto respecta a la legitimación como requisito procesal, ésta varía según el tipo de acción a seguir. En la denominada acción o juicio de nulidad, a diferencia de su equivalente en el derecho francés, o sea, la acción o recurso contencioso-administrativo por exceso de poder, la ley colombiana presume en toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera residente en el país, el interés general de que se preserve el orden jurídico en la nación y que, en consecuencia, la Administración someta sus decisiones a las normas constitucionales y legales. Por ello, por tratarse de una acción pública, el artículo 66 del C.C.A. colombiano radica la titularidad de la acción o juicio de nulidad en "toda persona", natural o jurídica, nacional o extranjera residente, la cual puede presentarse al proceso contencioso directamente o por conducto de apoderado especial o general constituido legalmente. Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha reconocido ese derecho de postulación en la acción o juicio de nulidad, inclusive a los funcionarios públicos que, como personas y no como funcionarios, pueden demandar la anu-

7. Art. 17, Decreto-Ley 2.733 de 1959.

8. Art. 18, párrafo único, Decreto-Ley 2.733 de 1959.

9. Art. 7, Ley 58 de 1982.

lación de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonas o abstractas.

La administración pública, como ya se anotó, igualmente puede comparecer al proceso contencioso como parte demandante, para solicitar, a través de sus representantes legales que tratándose de la Nación lo es la Procuraduría General de la Nación a través de uno de los fiscales del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos, en materia de Departamentos lo es el Gobernador del mismo, tratándose de Municipios lo es el Alcalde Municipal y en materia de entes descentralizados por servicios el Gerente, Director o Síndico del ente, la nulidad de un acto administrativo propio o de otro ente administrativo que se ha dictado con desconocimiento de una norma superior de derecho.

En cuanto a la legitimación pasiva, así como cualquiera persona puede demandar un acto creador de una situación jurídica general, también cualquier persona puede comparecer al proceso para oponerse a las pretensiones del libelo, por considerar que el acto administrativo impugnado está conforme a ese orden jurídico superior.

Por el contrario, cuando se trata de la acción o juicio de plena jurisdicción, la persona legitimada para promoverla es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera domiciliada, que alega la existencia en su favor de un derecho protegido por la ley civil o administrativa, derecho que ha sido conculcado por el acto administrativo o como consecuencia de la realización del hecho u operación administrativa, la omisión o la vía de hecho de un órgano o funcionario administrativo o que ejerce funciones de tal naturaleza.

En el supuesto de la acción de plena jurisdicción la legitimación pasiva sí corresponde propiamente a un "demandado", pues en esta acción o juicio sí puede hablarse propiamente de una demanda contra el Estado representado en una de sus personas jurídicas (Nación, Departamento, Municipio, establecimiento público, empresa industrial y comercial, sociedad de economía mixta), la cual debe citarse al proceso mediante la notificación personal de la demanda, en algunos casos, o la comunicación de la admisión de la misma, en otros.

Es bueno señalar al respecto que, en la gran mayoría de los procesos contenciosos, no existe contestación de la demanda, como acontece en el proceso civil o laboral.

La posición de los agentes del Ministerio Público (Procuradores Delegados para lo contencioso-administrativo o fiscales) es *sui generis*, pues debiendo intervenir en todos los procesos administrativos, sean de nulidad o de plena jurisdicción, para lo cual se les notifican todos los autos que se dicten dentro de aquéllos, desde el primero, y dar un concepto sobre las pretensiones de la

demanda con motivo del traslado que se les corre para ello, casi al final del proceso, con el objeto de velar por la observancia de la Constitución y de las leyes del país, por lo cual no se les considera como parte en lo contencioso-administrativo que en un momento dado se oponga a una pretensión deducida por el demandante, sin embargo, en ocasiones sus servicios son requeridos por la Nación para que en su nombre demande actos administrativos propios o de otros entes estatales, bien sean creadores de situaciones generales o individuales y, además, por mandato expreso del C.C.A. deben representar judicialmente a las Intendencias y Comisarías, entidades nacionales que no poseen personería jurídica ni representante judicial.¹⁰ En estos eventos, por lo general, interviene en el proceso contencioso promovido por un fiscal en nombre de la Nación, otro fiscal de la respectiva corporación judicial, a quien se le notifican los autos que se dicten y se le corre traslado para rendir su concepto sobre las pretensiones, conforme a lo establecido en la norma superior.

Por lo anterior, sería más conveniente para todos que se dejara al Ministerio Público, representado por la Procuraduría General, la misión exclusiva de velar por el imperio de la norma superior aún respecto de los actos y actuaciones de la administración pública, y que se creara un Ministerio Fiscal, con la misión exclusiva de defender los intereses de la Administración en todas las causas, administrativas o civiles.

c. *Término de caducidad de los juicios.* En el supuesto del juicio de nulidad, por norma general y salvo algunas excepciones a la regla, no hay término de caducidad de la acción,¹¹ aun cuando últimamente se ha venido propugnando por establecer un lapso para el ejercicio de este juicio, que tentativamente se ha fijado en dos años contados desde la publicación o ejecución del acto.

Por el contrario, en el supuesto de la acción o juicio de plena jurisdicción, también por norma general, que como casi toda tiene excepciones previstas unas en el mismo Código, otras en normas posteriores diferentes, hay un término de caducidad de cuatro meses calendario que se cuentan desde la notificación, comunicación o ejecución del acto acusado, creador de situaciones jurídicas individuales.¹²

d. *Otros aspectos procesales.* No todos los actos o providencias de la Administración son susceptibles del control contencioso-administrativo a través de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción. La Ley y la jurisprudencia han señalado que no son susceptibles del control contencioso, las siguientes providencias:

10. Art. 21, C.C.A.

11. Art. 83, C.C.A.

12. Art. 83, C.C.A.

1. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza civil o penal, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales;

2. Las correcciones o sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes; y

3. Las contenciones atribuidas por la ley a otra jurisdicción, que será la ordinaria.¹³

Las resoluciones proferidas por funcionarios de policía en juicios de naturaleza civil o penal, por ejemplo las que recaen en querrelas policivas por ocupación de hecho de propiedad inmueble (acción posesoria policiva), de amparo de propiedad industrial (marcas y patentes), por hurtos de menor cuantía atribuidos a los funcionarios policivos, por lesiones personales sin desfiguración facial, con incapacidad menor de 15 días, etc., porque aun cuando ellas son tomadas por funcionarios que pertenecen a la rama ejecutiva del Poder Público, es decir, por funcionarios administrativos, sus actos jurídicos no son actos administrativos sino verdaderas decisiones jurisdiccionales, que tienen la fuerza de verdad legal que no puede ser desconocida por autoridad alguna, a menos que se trate de resolver un recurso por razón de competencia jerárquica. En síntesis, los funcionarios administrativos de policía, en esas materias, reemplazan a los jueces civiles o penales, y sus actos son sentencias que escapan a todo control contencioso-administrativo.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, diferentes a la suspensión transitoria y a la destitución o retiro del funcionario del servicio, tales como la amonestación, los descuentos de sueldo, etc., se consideran como de poca entidad jurídica para ser sometidos a control contencioso.

Finalmente, hay asuntos contenciosos atribuidos por la ley expresamente a la jurisdicción ordinaria, por considerarse como controversias de derecho privado de la administración pública, tales como las que se susciten entre administración y trabajadores oficiales vinculados por un contrato de trabajo y no por una situación estatutaria o reglamentaria; las relativas a contratos de derecho privado de la Administración; y, las relativas a responsabilidad extracontractual y contractual de las personas jurídicas descentralizadas por servicio regidas fundamentalmente por el derecho privado: empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta, entre otras.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, por otra parte, expresamente ha sentado el principio de que los actos políticos escapan de todo control juris-

13. Art. 73 del C.C.A.

dicional el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, un tratado, convenio o acto de carácter internacional, entre otros, por no ser la consecuencia del ejercicio de una función administrativa.

IV. ASPECTOS PARTICULARES. ACCION DE NULIDAD-ACCION DE PLENA JURISDICCION

Aparte de las características generales del procedimiento contencioso-administrativo y sus requisitos procesales, hay algunos aspectos particulares del mismo respecto de cada una de las acciones o juicios contenciosos, que destacaremos a continuación.

a) La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquélla tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones, porque el interés procesal del actor se confunde con el de la colectividad, a la cual en el fondo representa, con el objeto de que la jurisdicción, también en interés público, declare la verdad, ésta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de los derechos, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos u operaciones administrativas, mediante sentencia que condene a la Administración a restablecer el derecho o resarcir el daño.

b) Este principio fundamenta las diferencias procesales de las dos acciones, a saber: I. Mientras la acción de nulidad puede promoverse por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera residente en el país, incluidas las propias personas jurídicas de derecho público, hayan ellas dictado o no el acto demandado, así como los propios funcionarios públicos como persona natural, la de plena jurisdicción debe promoverse o incoarse por el interesado, o sea, por el titular del derecho civil o administrativo quebrantado por el acto, hecho u operación de la Administración. II. Mientras la acción de nulidad puede promoverse en cualquier tiempo, pues no tiene término de caducidad, salvo la de nulidad electoral, la de nulidad de actos de adjudicación de baldíos nacionales y la de nulidad de actos de concesión de patentes de invención y de registro o depósito de marcas comerciales, que tienen término de caducidad en interés público,¹⁴ la de plena jurisdicción debe instaurarse por el titular de ella dentro de los correspondientes términos legales, que varían según las pretensiones de que se trate: cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto, por norma general (artículo 83, C.C.A.); tres meses contados a partir de la ejecutoria del acto que agota vía gubernativa en los juicios de

14. Art. 209, C.C.A.; artículo 596 del Código de Comercio.

revisión de la operación administrativa de impuestos (artículo 272 del C.C.A.); un mes contado desde la notificación en los juicios de revisión de la providencia que declara extinguido el derecho de dominio privado por falta de explotación económica del predio (artículo 38, Ley 135 de 1961); tres años contados desde la ejecución del hecho u operación administrativa, vía de hecho u omisión, en los juicios de responsabilidad extracontractual (artículo 28, Decreto-Ley 528 de 1964), etc. III. La suspensión provisional es procedente en la acción de nulidad si el acto acusado es manifiesta y ostensiblemente contrario a una norma superior de derecho, mientras que en la de plena jurisdicción, fundada en la nulidad de un acto, se requiere además probar sumariamente el perjuicio que sufre el accionante (artículo 94, ordinal 1º, C.C.A.) y sólo en ésta tal medida cautelar, como el proceso, es susceptible de perención (artículo 97, C.C.A.; artículo 346, C. de P.C., y artículo 282 del C.C.A.). IV. En la acción de nulidad cualquiera persona puede hacerse parte, en procura del orden jurídico, para coadyuvarla o impugnarla, mientras que en la de plena jurisdicción debe acreditar "un interés directo en los resultados del juicio", que puede contradecirse (artículo 89, C.C.A. V. La acción de nulidad, como la coadyuvancia y la oposición a la misma, puede incoarse directamente por cualquier persona sea abogado o no, pero la de plena jurisdicción, como también la coadyuvancia y la oposición a ella, deben proponerse por conducto de éste (artículo 40, Constitución Nacional, y 28 del Decreto-Ley 195 de 1971), como uno de los presupuestos procesales indispensables para dictarse sentencia de mérito o dictar auto admisorio de la demanda, oposición o coadyuvancia. VI. La admisión de la demanda en la acción de nulidad debe comunicarse a la entidad que dictó el acto y por extensión a la persona o personas determinadas que quedaren comprendidas por el mismo, para enterarla de la existencia del proceso, sin que ello signifique llamamiento a juicio, en el cual pueden hacerse partes voluntariamente para coadyuvar u oponerse a la acción (artículos 89 y 126, C.C.A.), mientras debe notificarse personalmente a la persona o personas contra las cuales se aducen las pretensiones de la demanda de plena jurisdicción (artículo 26, C.N.; 20, C.C.A.; 42, Decreto 3.135 de 1968; 40, Decreto 2.336 de 1971; etc.). VII. La sustitución procesal o legitimación extraordinaria, la sucesión procesal y el desistimiento de las pretensiones sólo pueden ser procedentes en la acción de plena jurisdicción (artículos 52 y 60 del C. de P.C.; 14, Ley 28 de 1925; 282 y 284 del C.C.A.). VIII. Las acciones de nulidad difieren en cuanto al efecto de las sentencias: declarativo y *erga omnes* en aquélla, prevaleciente de condena e interpartes en ésta (artículos 70 y 92 del C.C.A.).

c) En consecuencia, como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado colombiano desde la sentencia de 10 de agosto de 1961, la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar el orden jurídico, como se ha expuesto;

pero si mediante petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la Administración y que debe hacerse valer mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción y conforme a su régimen, con la observación que ha hecho la misma entidad, de que este caso de excepción, fundado en la índole procesal de las dos acciones, sólo comprende la tutela de derechos particulares o privados, no la de los que interesan o comprometen al orden público, como los derechos políticos o las libertades públicas, garantizados por las disposiciones constitucionales y legales que los reconocen y rigen, cuya vigencia por lo mismo puede asegurarse mediante acción de nulidad.

d) *Causales de nulidad.* Fuera de los motivos o causales que consagran los artículos 62 a 65 del C.C.A., que son la violación de la Constitución, de la ley, del reglamento, de los decretos ejecutivos, de las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, de los Acuerdos de los Concejos Municipales, es decir, resumiendo, la violación de una norma superior de derecho, existen para la doctrina y la jurisprudencia, al igual que en el derecho francés, como formas de violación de aquélla, las siguientes: el abuso o el exceso de poder, la desviación de poder, la falsa motivación, la expedición irregular del acto, causales que se aplican indistintamente en las dos acciones.

e) Finalmente debemos observar que, como característica propia del sistema contencioso-administrativo colombiano, cuando lo que ha desconocido o vulnerado un derecho no es un acto administrativo sino un hecho u operación administrativa material, una vía de hecho o una omisión, que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, la acción de plena jurisdicción que se promueva para obtener esa declaratoria de responsabilidad estatal por la falla en el servicio, e inclusive sin que ella se haya presentado como en los casos en el servicio, e inclusive sin que ella se haya presentado, como en los casos públicas, y la consiguiente indemnización de los perjuicios causados, no está condicionada al previo agotamiento de la vía gubernativa, como se anotó anteriormente, ni a una decisión previa de la Administración en relación con eventual solicitud de reconocimiento de esa indemnización, sino que, por el contrario, la controversia debe ser llevada directamente, al juez administrativo.

V. OBJETO DE LAS ACCIONES: EL ACTO ADMINISTRATIVO

Salvo las controversias relacionadas con contratos administrativos, en las cuales no esté jugando papel un acto administrativo contractual (declaración de caducidad administrativa, imposición de multas al contratista, declaratoria uni-

lateral de terminación del contrato por conveniencia pública, actos de interpretación de las cláusulas del contrato o ampliación del objeto contractual, entre otros), y las relativas a responsabilidad extracontractual del Estado que deben ser llevadas directamente al juez administrativo, por lo general, en las acciones de nulidad y plena jurisdicción su objeto es el acto administrativo que desconoce el orden jurídico general o quebranta un derecho civil administrativo.

Pero ese acto, en cuanto respecta a Colombia, puede provenir del órgano ejecutivo o administrativo, del legislativo o del jurisdiccional, y en todos esos casos es susceptible del control contencioso-administrativo. En efecto, el Congreso Nacional puede expedir o proferir actos administrativos como los relativos a elecciones y nombramientos de personal a su servicio o llamados a ejercer el control fiscal (Contralor General de la República) o del Ministerio Público (Procurador General de la Nación), que caen bajo el control del juez administrativo; lo propio acontece en el orden jurisdiccional en materia de elecciones y nombramientos de magistrados, jueces y empleados, imposición de multas y sanciones disciplinarias, que como actos administrativos son controvertibles ante los tribunales administrativos. Por manera que, en ocasiones, la naturaleza del acto administrativo no proviene del órgano del Poder Público que lo produce, sino del ejercicio, es decir, que sea una consecuencia del ejercicio de una función o actividad administrativa.

Finalmente, debemos anotar que para que el acto administrativo sea susceptible de control por el contencioso-administrativo, debe ser: *definitivo*, o *de trámite* que haga imposible la continuación de la actuación administrativa, que *haya causado estado*, es decir, que no sea revisable en la vía administrativa por haberse agotado esa vía, que *norma expresa de derecho no haya establecido la imposibilidad de recurrirlo* ante lo contencioso-administrativo, como en los casos del artículo 73 del C.C.A., y tratándose de resoluciones negativas de la expedición de Carta de Naturaleza a un extranjero, entre otros casos, y que, finalmente, respecto de él no se haya configurado el fenómeno de caducidad de la acción.

PRINCIPIOS GENERALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

ELOY LARES MARTÍNEZ
Profesor de Derecho Adminis-
trativo, Universidad Central de
Venezuela.

I

La Jurisdicción es una de las tres grandes funciones estatales, uno de los tipos de actividad a través de los cuales el Estado realiza sus fines, aquél mediante el cual el órgano competente decide acerca de las pretensiones esgrimidas por una parte frente a la otra. El Estado actúa en estos casos por medio de órganos imparciales e independientes. Merkl establece la diferencia entre la Administración y la Jurisdicción, precisamente en la circunstancia de que el órgano jurisdiccional es independiente, en tanto que el órgano administrativo no lo es.

En Venezuela el ejercicio de toda la función jurisdiccional está encomendado al Poder Judicial. Esto no ocurre en todas las naciones. El sistema jurídico francés, por ejemplo, se caracteriza por la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, a saber: de un lado, los tribunales judiciales, encabezados por la Corte de Casación y, del otro, los tribunales administrativos, en cuya cúspide se halla el Consejo de Estado. En Venezuela, la expresión "tribunales judiciales" que se usa en Francia, sería pleonástica, porque en nuestro país todos los tribunales forman parte del Poder Judicial; por lo tanto, entre nosotros, todos los tribunales son órganos judiciales.

Bajo uno u otro sistema, en la mayoría de los Estados modernos, se ha constituido la jurisdicción contencioso-administrativa, llamada a conocer del conjunto de recursos jurisdiccionales organizados para la protección de los individuos contra los excesos de poder de la administración.

El artículo 205 de la Constitución de la República dispone que en el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del poder público. Aun tratándose de una controversia en que sea parte el Estado, el órgano jurisdiccional llamado a decidirla deberá actuar con im-

parcialidad, con plena autonomía e independencia de los demás órganos del Estado.

En el sentido funcional la jurisdicción es sólo una. En cambio, en el sentido orgánico, puede hablarse de diversas jurisdicciones, pues la competencia para conocer está distribuida entre distintos órganos jurisdiccionales, en razón de la materia. Por eso, puede hablarse de jurisdicción civil, mercantil, del trabajo, penal, y entre otras, de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cual corresponden el conocimiento y decisión de los litigios administrativos.

Es evidente la conveniencia de que exista una jurisdicción especial, es decir, un conjunto de órganos especializados a los que corresponda el estudio y la decisión de aquellas controversias emanadas de los actos, operaciones y contratos administrativos, no ya por las causas históricas bien conocidas que originaron en Francia la creación de una jurisdicción especial en el seno de la propia administración, sino principalmente por la necesidad técnica de que puedan resolver este tipo de litigios jueces evidentemente idóneos, aptos para el examen de las cuestiones de derecho administrativo.

II

En el curso de las actividades de la administración pueden producirse actos ilegales, y causarse daños y perjuicios a particulares y entidades privadas y públicas.

En todos los casos en que, por razón de los actos, operaciones o contratos administrativos, surgen situaciones conflictivas entre una entidad pública y un particular o empresa privada, o entre dos entidades públicas, es indispensable en el estado de derecho la intervención de un órgano jurisdiccional, llamado a decidir la controversia.

Es necesario, pues, que exista un sistema de control jurisdiccional que proteja a los administrados contra los actos irregulares de la administración, por medio de la anulación de los actos administrativos contrarios a derecho y, además, cuando sea procedente, mediante el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas indebidamente lesionadas, y la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la actividad administrativa.

En un sentido amplio, se entiende por el contencioso administrativo, el conjunto de litigios nacidos de los actos administrativos, de las operaciones materiales y de los contratos de la administración. En un sentido restringido, el contencioso administrativo comprende el conjunto de reglas jurídicas que rigen la solución por vía jurisdiccional, de los litigios administrativos.

Algunos autores modernos prefieren sustituir la expresión Contencioso-Administrativo por la de Derecho Procesal Administrativo, y definirlo así: Con-

junto de normas referentes a los presupuestos, contenidos y efectos del proceso administrativo. De este modo tratan de destacar que el estudio de esas normas, antes que un capítulo del derecho administrativo, constituye un sector del derecho procesal (Conf. Jesús González Pérez: *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo I, páginas 125 y ss.).

III

La Constitución de la República de Venezuela en vigor desde el 23 de enero de 1961 traza en líneas generales, el sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 206 de dicha Carta coloca la nombrada jurisdicción dentro del marco del poder judicial. Conforme a los términos constitucionales, esa jurisdicción es ejercida por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que determine la ley. Señala, además, la Constitución los poderes atribuidos a los órganos de la expresada jurisdicción, a saber: son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; y en fin, para disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Tales principios constitucionales han sido desarrollados por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 30 de julio de 1976, la cual entró en vigor el 1º de enero de 1977. Las disposiciones sobre la materia contencioso-administrativa contenidas en esta ley tienen un valor meramente transitorio, pues en su artículo 181 se anuncia una futura ley que habrá de organizar en Venezuela la jurisdicción contencioso-administrativa.

La existencia en un país de una jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, de un conjunto de órganos competentes para ejercer el control de la legalidad de los actos de la administración y la protección de los administrados frente a la arbitrariedad de las autoridades es uno de los signos distintivos del estado de derecho.

La Constitución venezolana, para asegurar el funcionamiento del estado de derecho, consagra en forma clara la potestad de los individuos a obtener justicia. En efecto, la referida carta, en su artículo 68, incluido en el capítulo concerniente a los derechos individuales, proclama que "todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses en los términos y condiciones establecidos por la Ley...".

IV

Como antes dije, es de principio la necesidad de la absoluta independencia del órgano jurisdiccional con relación a todas las partes que intervienen en el litigio. Esa independencia es la garantía de la imparcialidad.

Ahora bien, en los casos en que el Estado, como sujeto de derecho participa en controversias jurisdiccionales, el órgano que ha de pronunciarse acerca de la cuestión debatida, aun cuando es evidentemente un órgano del mismo Estado, debe estar dotado de independencia con relación a aquellos otros órganos estatales que actúan en el proceso.

Son órganos jurisdiccionales aquellos a los cuales el ordenamiento jurídico confiere el ejercicio de la función jurisdiccional, o dicho en otros términos, son los órganos del Estado caracterizados por su independencia a los cuales las leyes encomiendan la aplicación del derecho en los casos controvertidos. Organos de la jurisdicción administrativa son aquellos a los cuales el ordenamiento jurídico encomienda el ejercicio de la jurisdicción en las cuestiones derivadas de los actos, operaciones o contratos de la administración.

En Venezuela los órganos más importantes de la jurisdicción contencioso administrativa son: la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, los Tribunales Superiores en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo y el Tribunal de la Carrera Administrativa.

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia tiene entre sus atribuciones principales, las siguientes: la de conocer de los recursos de nulidad intentados contra los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional; la de conocer de los recursos de nulidad contra los actos administrativos individuales del Consejo Supremo Electoral, de la Contraloría General de la República, de la Fiscalía General de la República y del Consejo de la Judicatura; la de conocer de las controversias surgidas en materia de la interpretación, cumplimiento, caducidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sean parte la República, los Estados o los Municipios.

La Corte Primera de lo Contencioso ejerce, entre otras atribuciones, la de conocer de los recursos contencioso-administrativos de nulidad que puedan intentarse por razones de ilegalidad contra los actos administrativos emanados de los institutos autónomos y de otras entidades públicas no territoriales, como los colegios y federaciones profesionales y las academias.

Los tribunales superiores antes mencionados ejercen, entre otras atribuciones, las de conocer de los recursos contenciosos de anulación de los actos administrativos emanados de las autoridades de los Estados y Municipios.

El Tribunal de la Carrera Administrativa tiene a su cargo conocer y decidir acerca de los recursos que formulen los interesados contra los actos administrativos dictados en aplicación de la Ley de Carrera Administrativa. En efecto, el artículo 63 de la citada Ley dispone que los actos administrativos dictados en ejecución de ella misma son recurribles por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 de la Constitución. El artículo 70 *ejusdem* establece que "hasta tanto se dicte la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se organicen los tribunales competentes, se crea el Tribunal de Carrera Administrativa"; y el artículo 72 de esa misma ley define las atribuciones y deberes de dicho tribunal, entre los cuales aparecen en primer término, los de "conocer y decidir las reclamaciones que formulen 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 aplique la presente ley", esto es, la Ley de Carrera Administrativa.

V

Una de las cuestiones más importantes que generalmente se plantean en el estudio de lo contencioso-administrativo es la de determinar quiénes pueden ser partes en los juicios de esta naturaleza, o lo que es igual, quiénes no están legitimados para actuar en estos juicios. La legitimación, en derecho procesal, significa la aptitud de ser parte en un proceso concreto. La legitimación es un requisito procesal. Para que un Tribunal examine una pretensión, esto es, una acción o recurso, es necesario que haya sido intentada por personas legitimadas activamente y frente a personas pasivamente legitimadas.

Conviene examinar sucesivamente la legitimación activa, o sea, la aptitud para ser parte activa o recurrente, en un proceso concreto, y la legitimación pasiva, o sea, la aptitud para ser parte demandada en un proceso concreto.

La legitimación activa dependerá del tipo de recurso intentado; según se trate del recurso contencioso de anulación o del recurso contencioso de plena jurisdicción.

Cuando se intenta un recurso anulatorio, es decir, cuando el recurrente solicita se declare la nulidad de un acto administrativo por ser jurídicamente irregular, pueden surgir dos posibilidades; o bien el acto administrativo impugnado es un acto productor de efectos generales, un reglamento o una ordenanza, o bien se trata de un acto administrativo productor de efectos individuales, como una multa, un permiso de construcción o un certificado de habitabilidad.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, si se trataba de un acto administrativo general, el recurso conten-

cioso de anulación podía ser intentado por toda persona dotada de capacidad para estar en juicio: era una acción popular. Tratándose de un acto administrativo individual, la jurisprudencia de la Corte exigía en el actor, un interés personal, legítimo y directo. Había, pues, una clara distinción de la *legitimatio ad causam* entre uno y otro caso.

Con la entrada en vigor de la L.O.C.S.J., la situación se ha tornado confusa. En lo tocante a los juicios de nulidad de los actos administrativos individuales, no ha habido cambio, pues el texto legal ha acogido la doctrina del alto tribunal. En efecto, el artículo 121 de la ley citada dispone que "la nulidad de los actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate". En cambio, conforme al artículo 112 *ejusdem*, puede demandar la nulidad de una ley, reglamento, ordenanza u otro acto de efectos generales, toda persona natural o jurídica plenamente capaz que sea afectada en sus derechos o intereses por el acto impugnado.

La acción de nulidad contra los actos de efectos generales, se ha convertido, por lo tanto, en una acción popular limitada. Anteriormente el recurso de inconstitucionalidad podía ser intentado por cualquier habitante de la República. Hoy es necesario que el recurrente haya sido afectado en sus derechos e intereses por el acto impugnado. Sin embargo, la ley no exige, como cuando se trata de los juicios de nulidad de los actos administrativos individuales, que el recurrente pruebe tener "interés personal, legítimo y directo" en impugnar el acto. A quien recurra contra un acto de efectos generales le bastará demostrar que tiene en el asunto un interés colectivo o de grupo, y no necesariamente personal, de orden afectivo o moral, aun cuando no esté protegido por la ley; indirecto o no directo. La jurisprudencia del más Alto Tribunal no ha definido hasta hoy la legitimación activa requerida para el ejercicio de las acciones de nulidad dirigidas contra actos de efectos generales, si bien es evidente la tendencia de la Corte a interpretar restrictivamente esas limitaciones, es decir, a ampliar las posibilidades del ejercicio de dichas acciones. Así, en sentencia del 14-6-79, asunto *Luis Daniel Ortiz*, la Corte en pleno expuso: "La exigencia de que el recurrente se considere afectado en sus derechos e intereses, debe sin embargo interpretarse sólo en el sentido de evitar el ejercicio de acciones completamente temerarias e intrascendentes. De modo alguno como un impedimento que obstaculice el ejercicio de cualquier acción que tienda a la salvaguarda del Estado de derecho, cuyo fundamento esencial y configuración se encuentran en la Constitución de la República". En sentencia de 30-6-82, asunto *Piña Rodríguez*, la Corte en pleno, al hacer un examen comparativo entre el recurso de inconstitucionalidad y el recurso contencioso de anulación, afirmó que "no ha podido ser la intención del legislador exigir la misma legitima-

ción activa para deducir uno u otro recurso”, y concluyó: “es de presumirse, al menos relativamente, que el acto de efectos generales recurrido, en alguna forma afecta los derechos e intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que el contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuese declarado inadmisibile, conforme al artículo 11 de la Ley de la Corte”. Por otra parte, la Sala Político-Administrativa de dicha Corte, con fecha 24 de abril de 1980, en asunto promovido por el *Fiscal General*, estableció que aquellos actos cuyos efectos son generales “afectan a toda la ciudadanía”, y por ello, tienen pautado un procedimiento especial de impugnación en sede jurisdiccional, cuyas características más resaltantes estriban en la imprescriptibilidad (artículo 134 de la L.O.C.S.J.) y, en la cualidad genérica de cualquier ciudadano para intentarla (acción popular)”.

En lo que respecta a los recursos de plena jurisdicción, dado su carácter subjetivo, únicamente pueden ser ejercidos por los titulares del derecho o interés lesionado. Si tiene por objeto la reparación patrimonial en razón de la responsabilidad extracontractual de la administración, sólo pueden ser intentados por el titular del derecho lesionado o por quien lo represente legalmente. Lo mismo ocurre en los casos en que la parte actora pide al órgano jurisdiccional, dicte las providencias necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada por la actividad administrativa. Si el recurso tiene por objeto cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad o resolución de un contrato administrativo, no podrá ser intentado sino por personas que hayan participado en la celebración del contrato, o por sus herederos o causahabientes. Si se tratare de demandas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad de contratos o convenciones celebradas por la administración pública, podrán ser intentadas por personas extrañas a la relación procesal, pero que tengan un interés legítimo, personal y directo en la anulación del contrato o convención impugnados o por el Fiscal General de la República en los casos en que dichos actos afecten un interés general. Aun cuando los contratos, conforme al artículo 1:166 del Código Civil, sólo tienen efectos entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a terceros, los contratos que celebra la administración, cuando tienen por objeto asuntos de interés general, por ejemplo, las concesiones de servicio público, crean derechos a favor de los administrados, y les imponen obligaciones, particularmente pueden afectar a personas naturales y jurídicas que se hallen en ciertas situaciones de hechos. Estas personas tendrían la legitimación para pedir la nulidad, por violación de la Constitución o de la ley, de los referidos contratos. Lo mismo podría hacer el Fiscal General, si se afecta un interés general. Esto no descarta, desde luego, la legitimación que naturalmente corresponde a las partes que hayan intervenido en la celebración del contrato, para ejercer el recurso de nulidad, cuando sea procedente.

En cuanto a la legitimación pasiva, conviene también distinguir entre el proceso anulatorio y los procesos de plena jurisdicción.

La legitimación pasiva determina la persona frente a la cual ha de deducirse la pretensión. En el proceso anulatorio es parte demandada la entidad administrativa de la cual emanó el acto impugnado: la República, el Estado, el Municipio o Instituto cuyas autoridades hayan dictado el acto administrativo que se pretende anular. "Demandada en el proceso administrativo es siempre la administración que ha dictado el acto cuya validez se discute y que comparece en el proceso para defenderlos de la impugnación" (Guicciardi, *La Giustizia*, p.o. 183-185). También se consideran demandadas en este caso, las personas que deriven derechos del acto impugnado. El Tribunal podrá ordenar la citación, por medio de carteles, de los interesados, cuando a juicio de aquél, fuere procedente. Dentro de esta citación quedan comprendidos los coadyuvantes de la administración, esto es, las personas que, por tener interés directo en el mantenimiento del acto impugnado, pueden intervenir en el proceso, adhiriéndose a las pretensiones de la administración. Por ejemplo, la persona física que dictó el acto impugnado, puede intervenir como coadyuvante de la administración.

Cuando se haya intentado un recurso de plena jurisdicción, la parte demandada es siempre la entidad administrativa a quien se impute la responsabilidad contractual o extracontractual, o de la cual se exige el restablecimiento de la situación jurídica e infringida por la actividad administrativa. En todos estos casos es absolutamente indispensable para que se establezca la relación procesal, la citación legal del representante de la entidad administrativa demandada.

VI

En los casos en que la República de Venezuela, o el Fisco Nacional, que es la denominación correspondiente a la Hacienda Nacional, considerada como persona jurídica, actúe ante los tribunales, como parte actora o demandada, la representación natural de aquéllos corresponde al Procurador General de la República. Este funcionario tiene, entre otras atribuciones constitucionales, la de representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República. El Procurador General puede ejercer por sí mismo la representación de la República o del Fisco, o por medio de los Directores y Adjuntos del Procurador, Auxiliares o Abogados apoderados; y aun en los casos en que legalmente existan otros funcionarios investidos de la representación de aquéllos, y que el Procurador General haya hecho sustitución en Abogados o Auxiliares, conservará en toda su plenitud la expresada representación. El Procurador General deberá actuar conforme a las instrucciones que le comunique el Ejecutivo Nacional.

Al ser intentada acción judicial contra la República o el Fisco, sea por efecto de contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional o por la negativa de otorgar concesiones a que alegare tener derecho el demandante, o por reparación patrimonial fundada en responsabilidad extracontractual de la administración, se pedirá la citación del Procurador General como representante de la parte demandada.

Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al Procurador General de la República, por la vía más rápida, de toda demanda, oposición, sentencia, providencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses de la República o del Fisco Nacional, así como la apertura de todo término para el ejercicio de algún derecho o recurso por parte del Fisco.

Los fiscales nacionales de Hacienda ejercerán la representación del Fisco en los juicios fiscales relativos a asuntos que le competan, sujetos a la superior dirección del Procurador General. Dichos funcionarios están obligados a informar al Procurador de las gestiones que ejecutaren y suministrarle todos los informes que éste solicite de ellos.

En los recursos intentados contra los reparos de la Contraloría, ésta podrá designar representantes ante los Tribunales, sin perjuicio de las atribuciones del Procurador General.

El Procurador General del Estado tiene, según las constituciones regionales, entre otras atribuciones, las de representar y defender judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la respectiva entidad.

En los Municipios, la representación ante los tribunales corresponde a los Síndicos Procuradores Municipales, que nombrará cada Concejo, y los cuales deberán ser abogados en aquellos Municipios que tengan más de cincuenta mil habitantes (artículo 66, L.O.R.M.). Entre otras atribuciones, le corresponde sostener y defender judicial y extrajudicialmente los derechos del Municipio en todos los negocios en que tengan interés, cuando el Concejo se lo ordenare, lo que significa que, a falta de instrucciones del Concejo, el Síndico Procurador no puede actuar. Por eso, al ser demandado el Municipio, la citación debe practicarse, no en la persona del Síndico, sino en la del Presidente del Concejo Municipal.

VII

Los recursos de nulidad contra los actos generales del poder público podrán intentarse en cualquier tiempo. Así, pues, el recurso de nulidad contra una ley nacional, una ley de un Estado o una ordenanza municipal por colisión con la Constitución de la República, o el recurso de anulación dirigido contra

un reglamento, por ilegalidad, pueden intentarse en cualquier tiempo. No existen en estos casos, lapsos de caducidad.

En cambio, los recursos de anulación dirigidos a anular actos particulares de la administración, caducarán en el término de los seis meses, contados a partir de su publicación en el respectivo órgano oficial, o de la notificación del acto al interesado, si fuere procedente, y aquella no se afectare. Por consiguiente, el recurso para pedir la nulidad de una multa o una destitución, o de la orden de demolición de un edificio, o de la liquidación de un impuesto, caduca a los seis meses, contados desde la publicación del acto o de su notificación al interesado. La ilegalidad del acto puede oponerse siempre como excepción, salvo que la ley disponga lo contrario.

Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el recurso de nulidad caducará a los treinta días. Esto ocurre, entre otros casos, cuando se ordena la suspensión de empleo de un funcionario, o cuando se efectúa la elección de Junta Directiva de un cuerpo administrativo, tal como un Concejo Municipal.

En cuanto a los recursos de plena jurisdicción, es de observar que todo crédito contra el Fisco prescribe por diez años desde la fecha del acto que da origen a aquél. Esta prescripción se interrumpe por demanda legalmente notificada o por gestión administrativa. Quedan a salvo las prescripciones más cortas del Código Civil.

En lo que respecta a los créditos del Fisco por razón de contribuciones, prescriben por diez años, contados desde la fecha en que la contribución se hizo exigible. Queda a salvo lo dispuesto en leyes especiales; por ejemplo, el Impuesto sobre la Renta prescribe por cinco años, a contar del último día del lapso en que debió hacerse la declaración, y el impuesto sobre el líquido de las herencias, legados y donaciones, también por cinco años, contados a partir de la fecha del acto del cual se originan.

En lo referente a las acciones derivadas de los contratos celebrados por la administración, rige la norma del Código Civil, según la cual las acciones personales prescriben por diez años.

Algunas leyes consagran un derecho de apelación para ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia contra ciertas decisiones de los ministros o algunas otras autoridades administrativas. Los lapsos de apelación varían de una ley a otra. Según el artículo 205 de la Ley del Trabajo, de la resolución del Ministerio del Trabajo, denegatoria de la inscripción de un sindicato, podrán los interesados apelar ante la Corte dentro del término de diez días. Conforme a la Ley de Propiedad Industrial, la apelación para ante la Corte contra la resolución del Ministro de Fomento que anule el registro de

inventos industriales, podrá hacerse dentro de los tres meses siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial*. De acuerdo con el artículo 425 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, relativo a la imposición de multas, cuando la ley concede el derecho de recurrir de la decisión del ministro u organismo respectivo ante la Corte, deberá hacerse uso de él dentro del término de diez días a contar de la fecha en que hubiere notificado la decisión. Como anteriormente expusimos, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencias dictadas el 8-11-81 y el 2-11-82, ha decidido que esas apelaciones concedidas para impugnar actos administrativos ante órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa deben ser entendidas como el recurso contencioso-administrativo previsto en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica de la Corte. A nuestro parecer, la consecuencia lógica de ese criterio es que tales recursos puedan ser ejercidos dentro del lapso de seis meses, contados desde la publicación del acto o desde el día de su notificación al interesado.

VIII

La autoridad de la cosa juzgada tiene en derecho común efectos relativos. Así como los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes, no dañan ni aprovechan a terceros, igualmente las sentencias en materia de derecho común no producen efectos, sino entre las partes empeñadas en la contienda judicial. Este principio tiene una excepción en lo tocante a las sentencias constitutivas de un nuevo estado y las de supresión de estado y capacidad, que una vez insertadas en los registros respectivos, producen inmediatamente efectos absolutos para las partes y para los terceros o extraños al procedimiento, conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 507 del Código Civil.

En los procedimientos contencioso-administrativos rigen los principios que a continuación se exponen: La sentencia recaída en los recursos de anulación produce efectos *erga omnes*, así haya sido impugnado un acto administrativo de efectos particulares, como un nombramiento o una multa. En cambio, las sentencias recaídas en los recursos de plena jurisdicción, por su carácter subjetivo, sólo producen efectos *inter partes*.

TEMA E: ORGANIZACION DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

CARLOS BETANCOURT JARAMILLO

Consejero de Estado. Profesor,
Colegio Nuestra Señora del Ro-
sario, Bogotá.

La jurisdicción contencioso administrativa posee entre nosotros un ilustre ancestro. Como lo sostiene el distinguido profesor que nos acompaña, doctor Miguel González Rodríguez,¹ la gran mayoría de los autores de derecho público está de acuerdo en sostener que la génesis del Consejo de Estado colombiano, y con éste la de la jurisdicción que lo justifica, se encuentra en el decreto orgánico de 27 de agosto de 1828, dictado por el Libertador; aunque otros consideran ese origen más bien en la Constitución de 1830. Sea de ello lo que fuere, el primer Consejo de Estado sólo poseía funciones consultivas y colegisladoras. La Constitución de 1843 lo abolió, creando en su reemplazo un Consejo de Gobierno con funciones igualmente consultivas. El Consejo de Estado reapareció en la Constitución de 1886; en esta Carta se insistió en las funciones consultivas y en la preparación de proyectos de ley y de códigos y se contempló ya la posibilidad de la jurisdicción contencioso administrativa cuando el legislador tuviera a bien crearla.

El Consejo de Estado fue suprimido de nuevo mediante el acto legislativo N° 10 de 1905 por el General Rafael Reyes, quien no quería trabas jurídicas que coartaran el ejercicio del poder absoluto. Estando suprimido dicho organismo, mediante la ley 130 de 1913, se organizó la jurisdicción contencioso administrativa. En vista de este vacío que no permitía su operancia, a instancias del

1. *Derecho Contencioso Administrativo*. González Rodríguez, Miguel. Tomo I, Edit. U. Libre pág. 70.

doctor José Vicente Concha, se presentó el acto legislativo reformativo de la Constitución, el cual quedó aprobado en septiembre de 1914. En ese acto se revivió el Consejo de Estado y se señalaron como funciones propias las de actuar como supremo cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos administrativos; preparar proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras legislativas y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación; desempeñar las funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo; y darse su propio reglamento. En desarrollo de las normas constitucionales de 1914, la ley 60 de ese mismo año organizó el Consejo de Estado y lo dividió en dos Salas; la de negocios generales y la contencioso administrativa. La ley 7ª de 1932 creó la sala de negocios electorales. En 1941 se expidió el código que hoy nos rige o ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa, la que según sus voces, se ejerce por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.

En la actualidad el Consejo de Estado consta de dos salas: la de consulta o servicio civil y la contencioso administrativa, con 4 y 16 consejeros, respectivamente (artículo 1º, Ley 50 de 1967). Por mandato constitucional el número de miembros de la Corporación será determinado por la ley (artículo 136).

La Corporación es paritaria (distribuida entre los partidos tradicionales liberal y conservador), y en virtud del acto plebiscitario de 1957 (decreto 251) la elección se hace libremente por el sistema de cooptación, sin la previa selección de candidatos por otro funcionario u organismo.

La fallida reforma de 1979 (acto legislativo Nº 1) trató de imponer la selección de los candidatos por el Consejo Superior de la Judicatura, pero fue declarada inexecutable en sentencia de 3 de noviembre de 1981. Reforma que igualmente trató de suprimir la vitalidad de sus miembros (hasta la edad de retiro forzoso) para imponer un período de 8 años.

Para ser elegido Consejero se requieren hoy las mismas cualidades exigidas que para ser magistrado de la Corte Suprema, organismo cabeza de nuestra jurisdicción ordinaria y par del Consejo de Estado.

El Consejo actúa en sala plena para resolver determinados asuntos de especial interés para la marcha de la administración.

Así, le corresponde conceptuar previa solicitud del Gobierno en los casos de los artículos 28 y 120, numerales 10, 121, 122 y 212 de la Constitución Nacional; vale decir, en los casos relacionados con la aprehensión y retención de personas contra quienes haya indicios graves de que traten de subvertir el orden público; con el permiso, en receso del Senado, para el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional; con el estado de sitio y con la emergencia económica y cuando se trate de la apertura de algún crédito suplementario

o extraordinario en el presupuesto nacional. De estos conceptos el único que es obligatorio para el Gobierno es el contemplado en el artículo 212 de la Constitución Nacional. Emite concepto previo, asimismo, en los casos de creación de departamentos (artículo 5º, ordinal 5 de la Carta).

La misma Sala elige dignatarios, consejeros y empleados, y adopta e interpreta su propio reglamento. Igualmente designa magistrados de tribunales, auxiliares y conjueces.

La Sala de lo Contencioso Administrativo es la de mayor importancia, ya que en ella está radicada la mayoría de las funciones jurisdiccionales.

La Sala de consulta absolverá las consultas jurídicas de orden administrativo y de carácter general que le someta el gobierno y revisará los contratos administrativos que celebre la nación con miras a estudiar si se ajustan a las autorizaciones legales.

La jurisdicción contencioso administrativa posee en Colombia una jerarquía funcional bastante simple. A nivel inferior están los tribunales administrativos departamentales que conocen de ciertos asuntos en primera instancia y de unos pocos en única. Y a escala superior el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (artículo 141, ordinal 3º de la Constitución Nacional), con su competencia propia de única instancia, y de segunda, para los asuntos conocidos en primera por los tribunales.

El Consejo está dividido en la actualidad en dos salas, acatando así el mandato constitucional (artículo 137), para separar las funciones que le competen como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de las que corresponden como supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración.

Las dos salas, conocidas como la contencioso administrativa y la de consulta o servicio civil, no presentan igual número de miembros. Mientras la primera cuenta con 16 magistrados o consejeros, la segunda posee 4, para un total de 20, quienes reunidos para ciertos actos, conforman la sala plenísima.

La sala contenciosa fue subdividida en cuatro salas o secciones por mandato del artículo 22 del decreto 528 de 1964. Aunque en principio la competencia era común, el reglamento del Consejo dispuso la especialización por materias mediante el acuerdo Nº 1 de 1971. Estaba facultado para ello porque por mandato constitucional la Corporación puede darse su propio reglamento (artículo 141, ordinal 4º de la Constitución Nacional).

El acuerdo reglamentario distributivo de la competencia general vigente, dispone:

"ACUERDO N° 1 de 1971

Para efectos del repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo, tanto en única como en segunda instancia se distribuirán entre sus cuatro secciones así:

A LA SECCION PRIMERA

1º Los juicios de simple nulidad de actos administrativos que no versen sobre asuntos laborales;

2º Los juicios de plena jurisdicción que no sean de carácter laboral. Se exceptúan los juicios que por este acuerdo se asignan a la Sección Cuarta;

3º Los juicios de simple nulidad y de plena jurisdicción de actos administrativos que no sean de carácter laboral emanados de la Superintendencia Nacional de Precios y del Instituto Colombiano de Comercio Exterior (INCOMEX).

A LA SECCION SEGUNDA

1º Los juicios de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre cuestiones laborales;

2º Los juicios de plena jurisdicción de carácter laboral;

3º Los juicios de revisión de pensiones o reconocimientos periódicos.

A LA SECCION TERCERA

1º Los juicios de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, por hechos u operaciones administrativas (artículo 68 del C.C.A.) y por ocupación transitoria de la propiedad privada.

2º Los juicios sobre petróleos y concesiones o permisos mineros.

3º Los juicios sobre actos administrativos del INCORA (extinción del dominio, adjudicación de baldíos, etc.).

A LA SECCION CUARTA

1º Juicios de simple nulidad y de plena jurisdicción de actos administrativos que no sean de carácter laboral, emanados de las siguientes entidades: Junta Monetaria y Superintendencia Bancaria.

2º Actos administrativos que se relacionen con impuestos, además de los juicios de revisión de que trata el capítulo XXIII del C.C.A.

3º Juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva".

La sala de consulta no presenta distribución interna y conforma una sola sala de decisión compuesta por cuatro magistrados. No tiene función jurisdiccional alguna y sólo se reúnen con la contenciosa cuando el Consejo deba actuar como Corporación en pleno o sea en sala plenísima (20 Consejeros).

Como se observa, el Consejo tiene funciones típicamente jurisdiccionales y consultivas. Estas, quizás, han perdido un poco de importancia, pero continúan siendo un poderoso auxilio para la buena marcha de la administración.

Aquellas, en cambio, han ganado relieve no sólo cuantitativamente (ampliación de competencia en el decreto 528 de 1964) sino en calidad.

Se debe esta mayor importancia, entre otras razones, a que el Estado colombiano, como sucede con los demás, es cada vez más intervencionista; y por ende, está invadiendo con mayor frecuencia la órbita de los derechos de sus administrados, con imposición de nuevas cargas, deberes, obligaciones y tributos.

La competencia de las dos salas está delimitada en la ley. Se refieren a este punto, principalmente, la 167 de 1941 o código contencioso administrativo como también se le denomina y el decreto-ley 528 de 1964. Este decreto introdujo serias innovaciones en la jurisdicción administrativa, entre las que cabe destacar: a) adscribió al Consejo los asuntos que le competían a la sala de negocios generales de la H. Corte Suprema de Justicia, sala que fue suprimida; b) introdujo el factor cuantía para la distribución de la competencia entre el Consejo y los tribunales; c) le quitó a la jurisdicción ordinaria (Corte, tribunales superiores y juzgados) el conocimiento de las controversias de responsabilidad contractual y extracontractual y se las adscribió a la jurisdicción administrativa; y, d) amplió considerablemente la competencia de los tribunales seccionales.

Se anota que antes del 528 las controversias derivadas de los contratos administrativos estaban expresamente excluidas de la jurisdicción administrativa (artículo 73, ordinal 1º del C.C.A.) y las de reparación directa o extracontractuales sólo comprendían las de trabajos públicos y eso por ocupación transitoria o daños en inmuebles. Al ser declarados inexecutable los artículos 261 y siguientes del C.C.A., lo relativo a la ocupación permanente quedó del conocimiento de la justicia ordinaria.²

En el código administrativo o ley 167 de 1941 se observa la distribución de competencias entre el Consejo y los tribunales en las siguientes normas:

- a) El Consejo:
 - Su conocimiento en única instancia. Artículo 34.
 - Su conocimiento en segunda instancia. Artículos 35 y 36.
- b) Los tribunales administrativos:
 - En única instancia. Artículo 52.
 - En primera instancia. Artículo 54.
 - En segunda instancia. Artículo 55.

2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de junio de 1955. G.J. LXXX, p. 259.

Estas normas fueron complementadas con los artículos 30 y 32 del decreto 528 de 1964, los cuales precisan cuándo conoce el Consejo en única instancia y cuándo los tribunales en única o primera.

En suma, la jurisdicción administrativa conoce de los negocios originados en las decisiones que tome la administración (actos administrativos en general), las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los ordinales 2º y 3º del artículo 73 del C.C.A. (artículo 20 del decreto 528 de 1964). Las excepciones se refieren a los juicios de policía y a las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según la ley, que sí tendrán control jurisprudencial.

En otros términos, la jurisdicción administrativa controla la legalidad de la actividad administrativa, traducida ésta en actos administrativos, hechos u operaciones y contratos administrativos y al hacerlo restablece el ordenamiento jurídico vulnerado a los derechos subjetivos de los administrados.

Esta visión panorámica muestra el esquema de una jurisdicción administrativamente nueva en nuestro derecho, como que su creación data de la ley 130 de 1913. Jurisdicción especializada que forma parte de la rama jurisdiccional del poder público y que encuentra su indiscutida aceptación en el derecho colombiano no sólo por su tradición legislativa de más de un siglo (ya la constitución de 1886, que aún nos rige en buena parte, había autorizado su creación en su artículo 141), sino por la existencia de un derecho administrativo o conjunto de normas derogatorias del derecho privado que rige la actividad o las relaciones entre la administración y los administrados y el propio comportamiento de aquélla.

Aunque sea ésta una justificación de alcance meramente práctico fundada sobre la idea de la distribución del trabajo entre los distintos órdenes de jurisdicción, especializados en la aplicación de derechos diferentes,³ ha producido resultados tan positivos que nadie ha intentado insinuar siquiera cambios en su organización.

Nuestra jurisdicción así concebida llegó a dominar un derecho con notas de autonomía, referido al régimen de la actividad propia y especial cumplida por la administración, en torno a temas como la responsabilidad extracontractual del Estado, el servicio público en general, los poderes de policía, la responsabilidad contractual, los principios reguladores de los actos jurídicos en cuanto a ejecutividad, legitimidad y legalidad. Autonomía relativa, claro está, entendi-

3. *Derecho Procesal Administrativo*. Betancourt Jaramillo, Carlos. Díké, 1981, p. 15.

da con relación al derecho privado y a la propia idiosincrasia de los jueces ordinarios, para los que el derecho no tolera los poderes exorbitantes en cabeza de uno de los sujetos de la relación jurídica, con actos de ejecutividad propia; y sólo concibe factores como la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad, la responsabilidad por culpa, la libertad contractual, la compulsión judicial, etc., etc.

Entendemos que cada Estado justifique y defienda su tipo de organización. Así, los judicialistas de tipo anglosajón, alegan el principio de la igualdad ante la ley y estiman que todos los asuntos deben ser conocidos por los jueces ordinarios. Los franceses, prevalidos de su tradición histórica y de su respeto a la separación de los poderes, preconizan una justicia administrativa impartida por organismos separados de la administración activa, no pertenecientes al órgano jurisdiccional y gobernada por un régimen autónomo de derecho administrativo; y los venezolanos, con una jurisdicción especializada no contrapuesta a la ordinaria civil o mercantil, defensores de la competencia de su Corte Suprema de Justicia, como regla general, ampliada en forma especializada a tribunales como el de Impuesto sobre la Renta y Carrera Administrativa; y transitoriamente, según la Ley Orgánica de la Corte Suprema, a la Corte Primera de lo contencioso administrativo y los tribunales superiores⁴ con competencia general contencioso administrativa.

La estructura orgánica, bastante simple, de la jurisdicción administrativa colombiana (Consejo de Estado y Tribunales administrativos departamentales) se ha venido cuestionando. Personalmente considero que deben crearse ya los juzgados administrativos de primera instancia en las capitales de Departamento. Aunque no sería necesaria su operatividad sino en ciudades como Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, dado el volumen de los asuntos que a estos niveles se tramitan, se agilizaría la prestación de la justicia y se descongestionaría a los organismos superiores, hoy recargados con asuntos de importancia muy relativa. Estimo que ni siquiera para su creación se requeriría una reforma constitucional porque la misma carta defiere su creación a la ley (artículo 58).

Pero la jurisdicción en la forma como ha venido funcionando, requiere sus ajustes teóricos. El código administrativo que la hace operante tiene ya más de 40 años y, como es obvio, no concuerda con la evolución de las instituciones administrativas. La misma organización del Estado ha cambiado sustancialmente. Basta pensar que en su época sólo existían los entes territoriales tradicionales (Nación, Departamento, Intendencia, Comisaría y Municipio); y que hoy, la descentralización funcional o por servicios maneja importantes áreas de la actividad estatal, con mayor influencia quizás en la marcha del Estado.

4. Brewer-Carias, A. R. *La jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela*, Edit. Jurídica Venezolana, p. 11.

Conscientes de esta realidad la doctrina y la jurisprudencia nacionales han aguzado su ingenio. Pese a lo que se ha sostenido de no ser fuentes formales, los pronunciamientos del Consejo de Estado y de los tribunales tienen marcado acento pretoriano; circunstancia que impone ya, dada su prolongada decantación, su traducción legislativa en principios concretos. Ha sido éste el positivo y real aporte de los organismos jurisdiccionales que permitirá al legislador tomar así de fuentes reales y prácticas el ordenamiento que debe expedir.

Ha precisado esa jurisprudencia, con el poderoso auxilio de doctrinantes como Eustorgio Sarria, Tulio E. Tascón, Diego Tobón Arbeláez, Jairo E. Duque, Mario Rodríguez M., Francisco Sierra Jaramillo, Jaime Vidal Perdomo, Miguel González Rodríguez, Alvaro Tafur Galvis, Gustavo Humberto Rodríguez, Luis Alberto Luna Benítez y otros no menos importantes que se me escapan, tópicos como el de la responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual, la función pública, los controles jurídicos de la actividad administrativa, la potestad discrecional, los actos de gobierno, los poderes de policía, la contratación, la descentralización administrativa, etc., etc.

En esa labor creadora, la responsabilidad estatal no puede confundirse con la privada, ni por sus fundamentos ni por sus alcances. Ya su razón de ser no está en la culpa ni en las defectuosas vigilancia y elección, "sino en la esencia misma del Estado de derecho, en el complejo de sus principios"⁵ que le imponen la salvaguarda de los derechos por los riesgos sociales que encarna, delimitados por el marco normativo que lo condiciona.

Incluso figuras como la falla del servicio, de socorrida aplicación todavía, pierden terreno. Quizás esto se debe, por un lado, a su parentesco cercano con la culpa privada y por el otro, a la idealización del Estado. Las notas de anonimato por su no imputación, en principio, a un funcionario o agente público identificado, no lograron publicitar el fenómeno y menos cuando el servidor causante del daño aparece con toda objetividad, confundiendo así en muchas oportunidades la culpa personal con la del servicio. Aunque, asimismo, en estos eventos se ha logrado deslindar esa falla de la culpa penal misma para evitar los efectos enervantes de la prejudicialidad penal, clarificando los fines propios de cada una, no se ha conseguido aún que la extensión de la falla concuerde con la estructura operativa del servicio y sus posibilidades de acción porque, como lo sostiene Carlos H. Urán en su ensayo "La causalidad estructural y la falla del servicio",⁶ "no es posible atribuir a un organismo público cualquiera que sea, la responsabilidad que se le exige a la globalidad del Es-

5. Marienhof, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Clem S. A. Buenos Aires, Tomo IV, p. 697.

6. Urán, Carlos H. *La causalidad estructural y la falla del servicio*. U. de A. Estudios de Derecho, marzo-septiembre de 1982, p. 137.

tado aun cuando ese organismo sea representativo; no es posible tampoco exigir a cada organismo particularizado toda la responsabilidad que teóricamente le corresponde según el objetivo que persigue sino según la estructuración interna que le permita o no alcanzar dicho objetivo”.

Es importante no olvidar esta posición porque, de lo contrario, se corre el peligro de hacer del Estado un Estado providencial, causa última de todos nuestros males y frustraciones, pero también de las ventajas de un amplio y a veces excesivo restablecimiento. Vamos entonces hacia una responsabilidad estatal que concuerda con nuestro Estado, no con el Estado ideal de los teóricos, en el que los riesgos especiales, la legalidad imperante y la igualdad frente a la ley son los fundamentos inmediatos de esa responsabilidad.

Hemos logrado superar las fórmulas tradicionales para la evaluación de los perjuicios creados por el ingeniero italiano Egidio Garaffa y hoy aplicamos las tablas de las matemáticas financieras, con corrección monetaria, para evitar los efectos desastrosos de la devaluación. En perjuicios morales se nos ha ido un tanto la mano, ya que cambiamos la regla del resarcimiento simbólico de contenido espiritual por una de tipo indemnizatorio que traduce el “pretium doloris” en términos económicos, sin pruebas y con arbitrio judicial. Conservamos, por otro lado, sin explicación valedera, la tesis de que cuando sea el Estado la parte lesionada debe ser la justicia ordinaria la competente para definir esa responsabilidad. No creemos que exista justificación para esto, porque en una u otra hipótesis es el patrimonio estatal el que en definitiva resulta comprometido.

En pasada ocasión tuve oportunidad de sostener al respecto: Consideramos que debe precisarse el fenómeno de la responsabilidad en cuanto a su fundamentación. En nuestra jurisprudencia la falla del servicio ocupa un lugar primordial. Pero esta falla no es más que un trasplante impropio del derecho privado condicionado por la culpa. El hecho de que se habla de culpa anónima, no le quita su característica. El servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente, compendian su enunciado. En él se observa su connotación: La actividad se desarrolló por fuera de las normas y cometidos. Pero, ¿cuáles normas y cuáles cometidos? El servicio orgánicamente considerado tiene su estructura legal propia, con sus limitaciones estatales y su propia dinámica. De allí que esa falla tenga que calificarse o subsumirse dentro de la estructura real del organismo encargado de prestarlo, y no con relación a un estado ideal. De allí que las limitaciones operativas, impuestas por la organización misma, no podrán separarse de esa calificación.

Así, es un ideal que el servicio de vigilancia y protección que se debe a las personas, se preste en todo momento y para cada una de ellas. Pero, ¿podrá el Estado ponerle un agente de policía a cada uno de los habitantes? Sería im-

posible y es una meta no lograda ni aún en los países más civilizados y potentes. ¿Entonces? La jurisprudencia debe responder: la protección es para todos por igual, pero la falla no se puede medir únicamente por el resultado perjudicial, sino teniendo en cuenta que se deba razonablemente esa protección, dado el rol que la persona cumpla dentro de la sociedad, dada la capacidad operativa del cuerpo protector y de la proximidad del que la necesite.

No significa lo precedente que la protección no se debe sino cuando medie requerimiento más o menos formal al respecto. No, pero sí es lógico pensar por ejemplo que la persona amenazada informe a las autoridades; que aquélla que debe cumplir labores que impliquen riesgos especiales, dé aviso; que la persona sea consciente de los riesgos y no los afronte imprudentemente.

No es en definitiva, un problema de culpa. Es un simple incumplimiento de un deber legal vinculado al servicio que impone cómo, cuándo y en qué lugar debe prestarse. El servicio debe funcionar siempre para bien de la comunidad, no en su perjuicio. Lo razonable es que el servicio responda cuando produzca un resultado perjudicial con notas de especialidad, no mediando la culpa de la víctima o un elemento extraño. Claro está, pudiendo exculparse con la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el fondo más que en la falla, el fundamento está en el rompimiento del principio legal de la igualdad.

En el campo contractual hemos ganado terreno, no sólo en la esfera legislativa sino en la práctica. Ya desde 1964, con el decreto 528, logramos adscribirle a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos administrativos. Se borró así el escollo que significaba el ordinal 1º del artículo 73 del C.A.A. que expresamente disponía que no eran acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa "las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato".

La aludida derogatoria hizo que entrara al derecho colombiano el contrato administrativo como una especie dotada de notas propias y adecuadas a la actividad de la administración. Contrato donde "los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados, ya que es del interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares", según la afortunada calificación del profesor Dromi.⁷

Aunque la reforma del 64 dejó vigente la división clásica de los contratos de la administración (administrativos propiamente tales y privados) para so-

7. Dromi, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Astrea, 1973, Buenos Aires, p. 380.

meter a los primeros a la jurisdicción administrativa y a los segundos a la ordinaria, el decreto 222 de 1983 (sobre contratación administrativa) prácticamente dispuso que las controversias de los contratos de la administración (administrativos o privados con cláusula de caducidad) serían del conocimiento de la justicia administrativa. Aunque el nuevo estatuto dejó por fuera aspectos de capital importancia en cuanto a la índole de las acciones y a la caducidad de las mismas, la jurisprudencia ha elaborado una clasificación que clarifica un tanto el problema y que distingue entre controversias contractuales de reclamación directa (nulidad absoluta o relativa del contrato, terminación, resolución o cumplimiento, indemnización de perjuicios, etc., etc.) y controversias de plena jurisdicción típicas en las que se impugna, por razones de ilegalidad, el acto administrativo dictado por la administración en uso de poderes exorbitantes (caducidad, terminación, modificación, interpretación, multas, liquidación, etc., etc.).

En materia de procedimientos administrativos intentamos ahora una reforma de fondo. Gracias a las facultades extraordinarias que el legislador le otorgó al gobierno mediante la ley 58 de 1982, y que vencen al principio del año entrante, labora una comisión asesora, a la cual tengo el honor de pertenecer. Pretendemos regular el ejercicio del derecho de petición en sus diferentes facetas referidas al interés general y al particular o personalizado; redistribuir las competencias entre el Consejo de Estado y los tribunales con miras fundamentalmente a desconcentrar la justicia para hacerla así más operante, más inmediata y menos gravosa para los interesados. Estamos precisando las distintas acciones para someterlas a procedimientos adecuados y propios, ya que uno deberá ser el seguido para la acción pública de simple legalidad (similar a la acción de inexecutable que se sigue ante la Corte por el procedimiento del decreto 432 de 1969) y otro para las de restablecimiento, como propio deberá ser el trámite de las controversias contractuales y extracontractuales, impuestos y electorales.

Estamos delimitando el régimen probatorio del proceso administrativo, hasta hoy tributario del código de procedimiento civil; y por sobre todo tratamos de imponer la oficiosidad en el juzgador, amplia, sin las limitaciones del tradicional auto, para mejor proveer, que aún nos agobia con su anacronismo.

Queremos unificar hasta donde sea posible los términos de caducidad de las distintas acciones con dos términos bien definidos: cuatro meses para la plena jurisdicción típica, y 3 años para las de restablecimiento (reclamación o reparación directa); para abandonar así el estado actual de cosas dotado de múltiples términos difíciles de recordar. Intentamos precisar las figuras de la intervención de terceros para regular hasta donde sea posible la intervención *ad-excludendum*, la denuncia del pleito, el llamamiento en garantía o ex officio, la coadyuvancia y la impugnación, según el tipo de acción. En fin, queremos

asimismo organizar un procedimiento ordinario, con auténticas partes procesales y donde los distintos sujetos actúen en un mismo pie de igualdad, con nítidas oportunidades para excepcionar, presentar pruebas y alegar. Estamos organizando unos pocos procesos especiales (electorales, de responsabilidad y de revisión de cartas de naturaleza) dada la materia de que tratan. En cuanto a recursos extraordinarios hemos hecho la propuesta de contemplar sólo el de revisión, con causales específicas, con cierta aproximación al de casación por violación directa o indirecta de la ley sustancial y con fines nomofiláquicos.

En cuanto a las dos acciones tradicionales, vamos a aprovechar las lecciones que nos ha dado la doctrina, precisando sus alcances y contenido y diferenciándolas entre sí, en razón de los titulares, la índole de la sentencia y sus efectos, la posibilidad de la suspensión provisional, la caducidad para su ejercicio y sobre todo, la impugnación del acto sin tener en cuenta el carácter general o particular que ostenta.

Pensamos concretar una especie de proceso de lesividad (la administración demandante de sus propios actos) con características propias según nuestra idiosincrasia, con posibilidad de restablecimiento integral, pero con término de caducidad, para reemplazar el procedimiento establecido en el artículo 72 del C.C.A. que, dada su sintética y recortada reglamentación, llegó a ser simple letra muerta.

En lo que toca con los motivos de impugnación del acto administrativo, nos proponemos contemplar la falsa motivación como causal autónoma, al lado de la incompetencia, la expedición irregular, la desviación de poder y la violación de la regla de derecho de fondo. Y en cuanto a ésta, queremos definir las formas del error de hecho y de derecho y la infracción de una norma superior, según una escala jerárquica bien definida que sustituya la contemplada en los artículos 62 a 65 del C.C.A., y 240 del Código de Régimen Político y Municipal, hoy superada con la reforma constitucional de 1968 que definió claramente los decretos autónomos de dependencia inmediata con la Carta y los decretos-ordenanzas y decretos-acuerdos dictados, en su orden, por los gobernadores y alcaldes en uso de facultades extraordinarias *pro tempore* (artículos 180 nl. y 10 y 197 nl. 7). Incluyendo, además, en esa posibilidad, la violación de un principio general de derecho, de un contrato y aun de una circular.

En conclusión, tenemos en Colombia:

Primero. Una jurisdicción administrativa instituida por la ley para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración (actos administrativos de contenido general o particular), en los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad que celebre, en las operaciones que ejecute

y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con las excepciones contempladas en los ordinales 2º y 3º del artículo 73 del C.C.A. o ley 167 de 1941.

Segundo. De este enunciado se desprenden las acciones contenciosas más tipificadas, así: a) Acciones de nulidad y plena jurisdicción contra los actos administrativos; aquéllas como populares o públicas cuya finalidad primordial es el mantenimiento del orden jurídico, y éstas, con fines de restablecimiento de derechos subjetivos conculcados; b) controversias contractuales de reclamación directa o de plena jurisdicción típicas; c) acciones de responsabilidad extracontractual por hechos u omisiones de la administración incluidas en éstas las indemnizatorias por trabajos públicos.

Tercero. Los asuntos adscritos a la jurisdicción administrativa se definen por cláusula general de competencia, en especial por los artículos 20 del decreto 528 de 1964 y 51 del C.C.A.; y por enumeración legislativa (artículos 34, 35, 36, 52, 54 y 55 del C.C.A.; 30 y 32 del antecitado decreto).

Cuarto. Como órganos encargados de administrar la justicia administrativa tenemos el Consejo de Estado como supremo juez de lo contencioso administrativo y los tribunales administrativos departamentales, normalmente jueces de primera instancia.

Los aludidos organismos forman parte de la rama jurisdiccional del poder público; tienen su jerarquía propia e independiente de la justicia ordinaria (Corte Suprema, tribunales superiores y jueces); y aplican en forma especializada, reglas de derecho público. Aunque la normatividad privada también tiene su operancia, su interpretación sigue criterios públicos. Observamos esa operancia conjunta en asuntos atinentes a la responsabilidad contractual y extracontractual, en los cuales no puede decirse que rige un solo sistema. Se aplica el derecho público casi con exclusividad en el campo de la policía administrativa y en la esfera de la impugnación de los actos administrativos, los que pueden dar origen a acciones de nulidad, plena jurisdicción, impuestos, electorales, revisión, etc., etc.

LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Magistrado de la Corte Primera de
lo Contencioso-Administrativo. Pro-
fesora de Derecho Administrativo,
Universidad Central de Venezuela.

La primera parte de nuestra exposición estará constituida por un análisis informativo general de la jurisdicción contencioso-administrativa. No voy al efecto a plantear la polémica sobre el concepto de jurisdicción, por cuanto la misma es sólo una discusión bizantina frente a cuyas posibles conclusiones esta es una realidad constituida por el uso del término en el propio texto constitucional. De allí que pasaremos por alto el problema de si es apropiado o no el vocablo jurisdicción para aludir a las especies diferentes que la misma reviste. El artículo 206 de la Constitución, una de las normas básicas de nuestro sistema jurídico, nos da en su enunciado una definición del contencioso-administrativo. Al efecto, señala que la jurisdicción contencioso-administrativa está constituida por el conjunto de Tribunales que están presididos por el más alto organismo jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia. En segundo lugar, nos indica que estos tribunales conocen de los recursos y de las acciones contra la Administración, por lo cual el contencioso administrativo plantea una relación entre un particular que mantiene una posición activa de demandante, de accionante, de recurrente y la Administración que representa la actitud pasiva del demandado o sujeto contra cuya actuación se acciona.

La norma nos dice, igualmente que estos Tribunales tienen un poder de decisión que implica, anular los actos, condenar a la Administración, declarar su responsabilidad y, finalmente, restablecer las situaciones jurídicas que ella hubiese afectado a su conducta.

Para conocer el nacimiento de este sistema jurisdiccional debemos recurrir al maestro Antonio Moles Caubet, quien en el prólogo que le hiciera a mi libro, "*El Sistema Contencioso-Administrativo de la Carrera Administrativa*", lo desa-

rolla en detalle, indicándonos cómo surge y se forma la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela.

Al efecto, la idea primigenia aparece en la Constitución de 1819 que tiene ya los visos de nuestro actual sistema contencioso fiscal. Entre 1821 y 1825 aparecen una serie de textos legales, que se refieren a la competencia de los organismos jurisdiccionales para ejercer el control de los actos administrativos.

En la Constitución de 1930 apareció el contencioso de los contratos. Posteriormente, la Ley del 17 de mayo de 1969 habla del contencioso derivado de las expropiaciones de los organismos públicos. La Constitución de 1925 asoma tímidamente el contencioso identificado con la materia precedentemente aludida. La Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación de 1925 le asigna a la Corte Federal la competencia en materia de controversia entre el Ejecutivo y cualquier otro organismo, que no haya sido admitida en ningún otro Tribunal. Debe resaltarse que aparece claramente el fuero particular del Ejecutivo, es decir que la competencia para conocer de las demandas por los hechos que del mismo deriven está asignado al más Alto Tribunal de la República. En la ley del 13 de julio de 1928 se mejora la redacción de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación y posteriormente la Ley de la Corte Federal, que sería derogada por la actual Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ya establece un sistema no solamente de asignación de competencias sino también de procedimientos en materia contencioso administrativo. Llegamos así a la Constitución de 1961 y al artículo 206, que constituye la base de todo el régimen existente.

La normativa que rige la materia contencioso administrativa está en primer lugar en la Constitución y, en segundo lugar, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Por lo que atañe a la Constitución, en el citado artículo 206, y en las normas atributivas de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en el artículo 215. Después viene la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1976, que entrara en vigencia el 1º de enero de 1977, la cual contiene tres disposiciones fundamentales: En primer lugar regula las competencias de la sala político-administrativa; crea la Corte Primera de lo contencioso-administrativo y atribuye a los Tribunales Superiores con competencia en lo Civil la competencia en lo contencioso-administrativo. En segundo lugar regula los procedimientos contencioso-administrativos. Aquí es necesario detenerse, para preguntarnos ¿por qué una ley que es de organización, pasa a regular el procedimiento contencioso-administrativo? La razón histórica esencialmente estuvo en lo siguiente: En la cúspide de nuestra jurisdicción se encontraban los dos más altos Tribunales, que eran la Corte Federal y la Corte de Casación. La Constitución del 61 unifica esos dos tribunales creando un solo máximo Tribunal aun cuando lo divide en tres Salas. Una ley orgánica debía

regular su funcionamiento, pero era difícil tratar de establecer un criterio unitario para esas Salas que tenían su origen en organismos independientes. La Disposición Transitoria de la Constitución dejó, por otra parte, en vigencia a las leyes que regulaban a las antiguas Cortes. Los dos organismos de Casación (Civil, Mercantil, del Trabajo y Penal) tenían el procedimiento regulado en el Código de Procedimiento Civil y en el Código de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente, en cuanto que, los procedimientos relativos al contencioso administrativo, estaban contenidos en la Ley Orgánica de la Corte Federal. Ahora bien, cuando se hace el intento unificador constituido por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a través de ella se atribuyen las competencias, se establecen los sistemas organizativos y al mismo tiempo se toman los procedimientos que regían para las actuaciones ante la Corte Federal, mejorándolos, agilizándolos y adaptándolos a la jurisprudencia. De allí que quedan incorporados al texto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los procedimientos contencioso-administrativo, por cuanto eran propios de la Sala Político-Administrativa que no estaban contenidos en ninguna otra norma y no así los de las dos restantes Salas por cuanto, como se señaló, éstos se encontraban regulados en los respectivos Códigos.

Una vez vistas las nociones generales, pasemos ahora a determinar cuáles son los Tribunales Contencioso Administrativos existentes y en qué forma podemos clasificarlos.

Vamos a hacer a continuación un gran esquema que contempla a todos los Tribunales Contencioso Administrativos, dividiéndolos, tal como existen en la realidad, en dos grandes grupos: los Tribunales Contencioso Administrativos Generales y los Tribunales Contencioso Administrativos Especiales. ¿Por qué generales? ¿Por qué los llamamos así y por qué especiales? Las nociones de generalidad y especialidad como bien se sabe, son criterios esencialmente relativos. El Contencioso Administrativo General, se denomina así porque la competencia está dada, en razón del organismo recurrido, es decir, una competencia *rationae personae*, en tanto que la competencia Contencioso Administrativa Especial, es *rationae materiae*. Los Tribunales Contencioso Administrativo Generales, conocen de cualquier materia propia de las Administraciones que le están sometidos a su competencia; en tanto que los Tribunales Contencioso-Administrativo Especiales conocen sólo de materias específicas.

Por lo que atañe a su enunciación, los Tribunales Contencioso Administrativo Generales son, en primer lugar, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia que está regulada en su funcionamiento y competencia por la Constitución y por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Le sigue en orden de jerarquía, la Corte Primera de la Contencioso-Administrativo. Esta

Corte, creada por una Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es también un Tribunal colegiado, integrado por cinco (5) miembros y creada fundamentalmente para aliviar la carga de la Sala Político-Administrativa. Después nos encontramos con los Tribunales Superiores con competencia en lo Civil y Mercantil.

Esta experiencia ha sido seguida en fecha reciente en relación con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en la cual se le asigna competencia en materia de salvaguarda a los jueces penales de primera instancia. Así, las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia le asigna la competencia contencioso-administrativa de los tribunales superiores que existían.

Los Tribunales Superiores que habían tenido el carácter de Cortes por cuanto habían tenido la estructura de Tribunales colegiados, se convirtieron (desgraciadamente, a mi ver, ya que soy partidaria de la colegialidad en esos altos niveles de la jurisdicción) en tribunales unipersonales. Los Tribunales Superiores de la jurisdicción ordinaria, es decir a aquellos que normalmente conocían de las apelaciones de los jueces de primera instancia en materia Civil y Mercantil, al verse atribuida esta nueva competencia en las disposiciones transitorias, se quejaron de que se les hubiese asignado tal materia. ¿Cómo es posible, señalaban los jueces superiores, que si nosotros tenemos competencia civil, mercantil y, en algunas partes, competencia de tránsito e incluso de menores, se nos asigne también la competencia contencioso administrativa? Los responsables del sistema en lugar de mantenerse firme frente a tales planteamientos porque lo previsto en la ley era lo más apropiado ya que, se asignaba una delicada competencia a jueces que tenían una gran experiencia y que si bien no sabían nada de contencioso administrativo, sin embargo eran los más idóneos para decidir sobre una materia que, en el fondo entra por los poros, que se aprende por ósmosis. Sin embargo, en lugar de impregnar a estos jueces con el contencioso administrativo, lo que se hace es crear nuevos Tribunales Superiores de la jurisdicción ordinaria a quienes se asigna una competencia regional, siguiendo la tendencia que existía en materia de organización administrativa. De allí que se establecen ocho (8) regiones de contencioso administrativo, con un total de nueve (9) jueces, porque la Región Central tiene dos (2) jueces, uno en Caracas y otro en Maracay. La división regional se realiza a mi ver en una forma equivocada ya que la justicia contencioso administrativa va a continuar lejos de los administrados, y algunas veces va a constituir incluso una situación incongruente como es el caso de la región de los Andes en la cual el Tribunal Contencioso Administrativo tiene su sede en Barinas, lo cual impide el ejercicio de los recursos por los inconvenientes del traslado hacia dicha ciudad que no tiene grandes facilidades de acceso para los litigantes del resto de dicha región. Apa-

recen así de repente, como hongos después de las grandes lluvias, estos nuevos tribunales regionales cuyos jueces van a quedar en cierto sentido aislados en varios puntos del territorio.

Es anterior la estructura del contencioso administrativo general que lo integran la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera y estos Tribunales Regionales.

Ahora pasaremos a analizar la estructura del Contencioso Administrativo Especial. Vamos a dividir a los Tribunales Contenciosos Especiales en dos grupos: un primer grupo constituido por los Tribunales Contencioso Permanentes, y un segundo grupo por los que vamos a llamar Tribunales Contencioso Especiales Ocasionales. Los Tribunales Contencioso Administrativos Permanentes, son fundamentalmente, el Tribunal de la Carrera Administrativa, que es un Tribunal creado por la Ley de Carrera Administrativa, para conocer de las reclamaciones de los funcionarios públicos con motivo de la relación que los une con la Administración y que se rige por la Ley de Carrera Administrativa. Constituye dicho tribunal una de las grandes experiencias que se hicieron en nuestro país de un régimen contencioso administrativo especial. Se trató indudablemente de una nueva concepción tanto procesal como organizativa respecto a lo cual me siento demasiado vinculada para hablar sin emoción de lo que significó en su momento, de lo que continúa significando. El Tribunal de la Carrera Administrativa es un tribunal colegiado, cuyos miembros fueron elegidos inicialmente por concurso, sistema éste que, por primera vez se utilizó en Venezuela en sede jurisdiccional.

El segundo de los Tribunales Permanentes Especiales, es el Tribunal de Apelaciones de Inquilinato. Aquí habría tanto que decir porque este Tribunal surge cuando la Ley de Regulación de Alquileres, un texto normativo destinado a regular los contratos de arrendamiento sobre los inmuebles urbanos, elimina el recurso jerárquico que existía contra las decisiones de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento ante el Ministro de Fomento. Las apelaciones por la vía del recurso jerárquico son procedimientos administrativos desafortunados porque no ofrecen suficientes garantías a los recurrentes. El legislador con un acto que no sabemos si era delegación o no, dejó un poco abierta la puerta para que, por vía de reglamento, se designase cual era el organismo que iba a ocuparse de la materia de las apelaciones y, en definitiva el designado al efecto fue este tribunal colegiado de cuya naturaleza jurisdiccional incluso se ha dudado; pero allí está como Tribunal Contencioso Administrativo, también con naturaleza colegiada, y decidiendo solamente de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento lo cual quiere decir que conoce en un área territorial que si bien es pequeña, en lo que toca a extensión, sin embargo tiene un volumen de trabajo muy amplio por cuanto el mismo abarca la zona metropolitana de Caracas.

Estas mismas competencias en materia de arrendamientos urbanos, no son asignadas en las restantes zonas de Venezuela a órganos de la Administración Central, sino a órganos de la Administración Descentralizada, específicamente a los Concejos Municipales y, de las apelaciones contra los actos de éstos conocen los Jueces de Distrito. Es decir, la situación es muy compleja porque es el fruto de una serie de circunstancias históricas.

Nos encontramos, siempre dentro del análisis de los tribunales permanentes, con los tribunales contencioso fiscales, creados por el Código Orgánico Tributario, y con un tribunal que acaba de ingresar en fecha reciente con la reforma de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, el Tribunal Superior Agrario. Este Tribunal pasa a conocer de la materia contencioso administrativa agraria en relación con ciertas decisiones de los Ministerios del Ambiente y de Agricultura y Cría.

Hay otros tribunales que sólo ocasionalmente conocen del contencioso administrativo; son los jueces de primera instancia en lo civil, cuando deciden algunos recursos y algunas acciones (por ejemplo, en materia de propiedad industrial en relación con las nulidades de ciertos actos administrativos en materia de patentes y en materia de marcas). En consecuencia, estos tribunales por cuanto pueden anular los actos administrativos se transforman en tribunales contencioso administrativos. En el mismo sentido, los mismos cuando conocen de las expropiaciones, pueden decidir sobre la ilegalidad del decreto de expropiación. También es un tribunal ocasional el Tribunal de Primera Instancia en lo Mercantil cuando conocen de las acciones de nulidad contra los registros de marcas en base al mejor derecho alegado por el actor. En general, los Jueces de Distrito en materia de alquileres, cuando conocen en apelación de las decisiones dictadas por los concejos municipales en materia de contratos de arrendamiento sobre inmuebles urbanos, son jueces contencioso ocasionales.

Vamos a ver ahora someramente cuáles son las competencias de los Tribunales Contencioso Administrativo.

¿Qué pueden hacer los Tribunales Contencioso Administrativo? Los Tribunales Contencioso Administrativo pueden anular actos, y ya todo esto lo vimos someramente, pero vamos a analizarlo detenidamente porque de aquí podemos deducir cuáles son las acciones que se pueden ejercer por ante estos Tribunales. En primer lugar, pueden anular actos, en segundo lugar, condenar a la Administración a otorgar las prestaciones clásicas del Derecho Romano, esto es, el *dare*, el *facere* o el *non facere*. También pueden declarar la responsabilidad de la Administración, sometiéndola a indemnizar los daños y perjuicios que hayan acarreado. Igualmente pueden restablecer las situaciones jurídicas subjetivas afectadas de los administrados, y finalmente, pueden suspender total o parcialmente,

los efectos de los actos administrativos, destruyendo así el principio de la ejecutoriedad que es regla general de los actos administrativos.

¿Cuáles son entonces las acciones en materia contencioso administrativa? Por el contenido de la pretensión las acciones pueden ser de la siguiente índole: En primer lugar las pretensiones de nulidad; estas pretensiones de nulidad aluden al poder de los tribunales de anular los actos y se denominan recursos de anulación, estos recursos pueden ir contra los actos generales o contra actos particulares de la Administración. En segundo lugar, pueden estar constituidas estas acciones por pretensiones de condena, las cuales pueden ser la pretensión de condena típica, que se obtiene a través de las acciones posibles que pueden hacerse valer en cualquier clase de juicio contra un sujeto, contra una figura subjetiva. Además de todo eso nos encontramos con una pretensión muy particular en nuestra materia que es la figura de la obtención o negativa de efectuar una prestación legalmente debida. En efecto, es característico del sistema contencioso administrativo esta posibilidad de recurrir contra la Administración que se niega o se abstiene de realizar algo que debía hacer. Las acciones ejercibles pueden ser de responsabilidad, pudiendo obviamente estar en el campo de la responsabilidad contractual, o de la responsabilidad extra contractual. Pueden versar igualmente sobre el restablecimiento de situaciones jurídicas y nos encontramos con dos tipos de acciones, las acciones de condena y las que se dirigen a la ejecución de una obligación reconocida. Finalmente es posible solicitar la suspensión de los actos administrativos, lo cual para algunos constituye una medida cautelar y para otros tiene la naturaleza de la acción interdictal.

En razón de las figuras subjetivas, la competencia de los tribunales contencioso administrativos se dirige bien a los entes territoriales, o bien a los entes no territoriales. En relación con los entes territoriales se alude al Estado y a los entes menores incluyéndose entre éstos a los estados y a los municipios, y, en cuanto a los entes no territoriales, se hace referencia a las personas jurídicas de derecho público: universidades, academias, institutos autónomos, y se aplica también a las empresas (problema éste que pasaremos a analizar, y que configura lo que se ha denominado la *competencia ampliada del contencioso administrativo*).

Vamos a pasar a los *problemas fundamentales del sistema* contencioso administrativo. El sistema, como todos los existentes, incluso los elaborados en la forma más racional, presenta una serie de vicios y de errores que ya se anunciaban antes de su puesta en vigencia. ¿Cuáles son las razones de estos grandes vicios específicos de nuestro sistema? En primer lugar la razón está en la formación espontánea que el mismo tuvo, porque en realidad no se adoptó un texto elaborado en un sistema extranjero y debidamente adaptado a nuestras

particularidades, sino que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de donde arranca todo el sistema contencioso administrativo (para no hablar de las leyes especiales cuyo problema es mucho más grave) es una mezcla química de los siguientes elementos: en primer lugar de la necesidad. En efecto, existió la necesidad urgente de garantizar el principio de legitimidad por la vía jurisdiccional. En segundo lugar la existencia de instituciones que habíamos adquirido por *herencia histórica*. En tercer lugar *la doctrina*, que tomó por una parte el derecho francés y que se nutrió mucho de él, que también se impregnó de las instituciones del derecho español; que captó las vivencias de los sistemas anglo-norteamericano, es decir, de una doctrina que estaba viva, que estaba respirando, pero que no estaba todavía perfectamente ubicada en su propio contorno. En cuarto lugar está la *jurisprudencia* que, en realidad fue un poco a la zaga de la doctrina, lo cual es positivo en cierto sentido porque le permite captar, depurar aquello que la doctrina le estaba ofreciendo. Finalmente están presentes los *criterios* de conveniencia política lo cual no quiere decir que se trate de criterios de conveniencia de los partidos, sino del Estado mismo, del sistema. Es decir, que nuestro sistema contencioso administrativo es el fruto de la *necesidad*, de la *herencia de instituciones*, de la *doctrina*, de la *jurisprudencia* y de los *criterios de conveniencia política*.

Vamos entonces a enfocar cuáles son las cuestiones fundamentales que, repito, son los puntos críticos de nuestro sistema contencioso administrativo. En primer lugar la noción de parte y la naturaleza de la presencia de la Administración en el Contencioso de Anulación; en segundo lugar las llamadas apelaciones en el sistema contencioso administrativo, pero no solamente las apelaciones que se elevan contra los actos administrativos por ante los tribunales contencioso administrativos, que es el primer tipo de apelaciones, sino las más graves, que son las que van de un tribunal contencioso administrativo de primer grado a un tribunal contencioso administrativo de segundo grado. En tercer lugar está el problema derivado de la llamada "competencia ampliada", es decir, el haberle otorgado competencia los tribunales contencioso administrativos para materias que no pertenecen a su esfera. Finalmente está el aparentemente insoluble problema de la ejecución de las sentencias de los tribunales contencioso administrativos.

Ya sabemos que la noción "parte" en el procedimiento administrativo no tiene nada que ver con la noción de parte en el proceso jurisdiccional. En el procedimiento administrativo parte es cualquier interesado, cualquier sujeto o figura subjetiva de la más variada índole, porque puede ser una figura subjetiva carente de personalidad jurídica, que ostente un interés y que lo promueva, que lo lleve al procedimiento administrativo para que en el mismo la Administración que haya de decidir, lo analice y decida en base a él. Entonces, en el procedimiento administrativo partes son todos los que intervienen como titulares

de un interés. En el proceso jurisdiccional típico, que es el proceso consagrado en el Código de Procedimiento Civil, nos encontramos que, a través de los artículos 16, 303, 306, etc., aparece claramente delineada la noción de la parte como los litigantes, los sujetos, el actor y el demandado. Ya sabemos que en la dialéctica del proceso estas posiciones no son firmes, y van variando en forma tal de que el demandado se convierte a su vez en actor, a través de la excepción y cambian las posiciones de los intervinientes, pero siempre son dos partes las que juegan en el proceso civil. ¿Qué pasa en el contencioso administrativo? En el contencioso administrativo no hay una solución unitaria, sino que todo depende del recurso en el cual se plantea, aludiendo siempre al recurso de anulación que es donde está presente el problema de la parte, por cuanto en las acciones o demandas contra la Administración, claramente está un sujeto que tiene una pretensión frente a la Administración, e indudablemente la relación es análoga a la que se presenta en el proceso civil ordinario. De allí que sea en el llamado contencioso administrativo de anulación donde la cuestión adquiere valores e importancia; pero hay que distinguir si se trata de una anulación, de un recurso contra actos generales, si se trata de un recurso contra actos individuales derivados de un procedimiento no contradictorio, o si se trata de un recurso contra actos individuales derivados de un procedimiento contradictorio. Lo anterior no se puede olvidar y consideramos ese fue el error del legislador, quien lo pasó por alto. La realidad del contencioso es ésta, que existen y subyacen en el fondo de los procedimientos administrativos, unas relaciones cuasi-jurisdiccionales en las cuales la Administración está actuando como un juez, y el resultado de esta controversia va a ser la decisión a través de un acto administrativo, pero el contenido es siempre esencialmente jurisdiccional, porque es la forma de dirimir una controversia que se ha planteado entre intereses contrapuestos. Ahora, el legislador no llegó a distinguir las situaciones que podían plantearse al juez ante los actos administrativos impugnados y unificó todo en un solo tipo de recurso. Incluso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no llega nunca a distinguir las dos categorías que son fundamentales: los actos unilateralmente dictados por la Administración para satisfacer los intereses que tutela, y los actos a través de los cuales ella dirime un conflicto entre administrados, y de aquí deriva y arranca toda la problemática de las partes en el contencioso, que es la problemática de la legitimación activa, que es la problemática de las costas procesales. En efecto, en un procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional de primera instancia el administrado "A" pierde, en el procedimiento de segunda instancia pierde nuevamente. Intenta el recurso contencioso administrativo y resulta otra vez perdidoso. La otra parte reclama las costas procesales, estima las costas y es entonces cuando el sistema le dice: aquí no hay partes ni mucho menos. ¿Cómo que no va a haber partes? ¡Claro que

existen partes! Existe un conflicto de derechos subjetivos que está planteado, en forma real y viva allí, porque la función del juez contencioso administrativo es más o menos análoga a la función del juez que conoce de una apelación, ya que, no por el hecho de que se impugne la sentencia, de que se apele contra la sentencia han desaparecido las partes que estaban en el proceso original.

Pasemos así a otro de los puntos relativos a la cuestión subjetiva, que es la posición de la Administración autora del acto. Nos encontramos ante todo con lo siguiente: La Administración autora del acto ha sido considerada ya en forma pacífica y constante por la jurisprudencia de los tribunales contencioso administrativos, como una parte natural en el procedimiento. Esto es sumamente importante, porque si ella no compareciere debidamente en el momento en el lapso que se le ordena, que se le indica, cuando es librado el cartel, pareciera que ya no puede actuar, pero todo esto fue solventado por los tribunales contencioso administrativos que han dicho y que ella es la parte sustantiva y en consecuencia, tiene que ser también parte procesal. Pero ahí es donde surge mi enorme duda, el gran quid del problema. ¿La Administración autora del acto es la defensora nata del acto? ¿Tiene necesariamente que comparecer a defender el acto? o, en otro sentido, ¿la Administración puede anular, puede revocar el acto impugnado, debe mantener la defensa del acto? El problema es bastante grave por lo siguiente: indudablemente que los órganos de la Administración cuando actúan lo hacen bajo el principio de la continuidad orgánica, es decir, el órgano es permanente, perpetuo, no desaparece, aun cuando cambien sus titulares; pero la realidad es otra. Sabemos muy bien que personas más cuerdas pueden sustituir a personas menos cuerdas que eran los antiguos titulares de los órganos, y que tienen que sentirse altamente lesionadas al tener que defender la posición de un acto administrativo que es contrario incluso a sus principios. Entonces planteada así la cuestión, vamos a ver qué pasa. ¿Puede la Administración anular el acto si está pendiente el recurso?, ¿o puede revocarlo? Al respecto vamos a indicar que anulación es la extinción por vicio del acto, en cuanto que, la revocación es la extinción de los efectos del acto que ya no satisfacen los intereses de la Administración que lo dictó, es decir, es el acto que está en contraste con los intereses actuales de su autor, bien porque siempre lo estuvo y por lo cual existió una inconveniencia originaria, o bien porque con posterioridad a su emanación se transformó en un acto inconveniente o inoportuno y estamos ante una falta de mérito sobrevenida.

¿Cuál es la situación actual? La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dice en el artículo 83, que la nulidad absoluta puede ser reconocida. Usa un término muy extraño ya que la Administración puede "reconocer", entre comillas, de oficio o a solicitud de parte, sin límite temporal alguno, la

nulidad absoluta de sus actos, y en lo que atañe a la revocación le establece el límite de los derechos subjetivos, pero no le establece absolutamente ningún límite temporal. Entonces, ¿cuál es la situación actual? ¿Podría la Administración en base al 83 o al 82 de la Ley Orgánica, proceder a la revocación o a la anulación?

La situación es así, primero no hay ningún texto expreso; en segundo lugar nos encontramos con las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en relación con el ejercicio de las señaladas potestades de la Administración; en tercer lugar no hay recurso de "lesividad" o como quiera llamarse, en el derecho venezolano, que permita a la Administración ir ante el juez contencioso administrativo e impugnar sus propios actos. Lo hubo en un tiempo anterior, en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público en la cual se previó la posibilidad de que el Procurador impugnada los actos administrativos; pero ahora no existe y por otra parte hay otro factor: existe la excepción de ilegalidad, esto es, la posibilidad de oponerse por vía de ilegalidad a un acto en el curso de un procedimiento contencioso administrativo.

Las posibilidades en el caso de la Administración autora del acto, serían las siguientes: Si la nulidad es absoluta y el acto se presenta en juicio, se podría oponer la excepción de ilegalidad la cual no caduca nunca, es imprescriptible, puede ser opuesta en cualquier tiempo. En segundo lugar podría alegar ante el juez haber reconocido, en base a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la nulidad absoluta del acto con lo cual el juez no tendría materia sobre qué decidir y así debería declararlo. Pero fíjense que se trata de dos soluciones distintas. En lo que atañe a la revocación, la situación es ésta. Hemos dicho que la revocación no recae sobre el acto sino sobre sus efectos: ahora bien, el juez contencioso administrativo tiene poder sobre los efectos de los actos, tanto es así que tiene la posibilidad de suspender durante el curso del procedimiento, en forma total o parcial, su procedencia. Ahora, sucede algo, la revocación tiene un límite natural, toda la doctrina lo dice, lo menciona, y este límite natural es que el acto es revocable siempre y cuando el autor del acto tenga la disponibilidad de sus efectos, pero es indudable que no puede tener la disponibilidad de los efectos quien dictó el acto que puede ser suspendido por un juez. En consecuencia, ya el autor del acto no tiene la disponibilidad de sus efectos, y por ello estimo que la revocación no es posible una vez que ha sido interpuesto el recurso contencioso administrativo de anulación, por la naturaleza misma de la revocación en cuanto que en lo que atañe a la anulación, sí es posible, pudiendo hacerse valer bien por la vía de la excepción, o bien por la vía del "reconocimiento", exigiendo del juez una declaratoria de no hay materia sobre la cual decidir. En todo caso, el principio dedu-

cible es que la Administración no es necesariamente la defensora natural del acto impugnado, y que en consecuencia puede actuar como coadyuvante del recurrente, es decir, del que impugna el acto, puede actuar como interesado defensor o su actuación puede ser definitiva en el destino del recurso si reconoce la nulidad absoluta.

Pasemos ahora a otro punto que en forma muy breve, voy a analizar: es el problema de las empresas del Estado. La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia estableció la competencia de los tribunales contencioso administrativos para conocer de las demandas contra las empresas en las cuales el Estado tuviese una participación decisiva. En una serie de artículos el texto normativo va distribuyendo la competencia, en lo que atañe a estas empresas, entre los tribunales contencioso administrativos de acuerdo con la cuantía de la demanda. Si la cuantía es de más de cinco millones, la competencia es de la Sala Político-Administrativa; si la cuantía es de menos de cinco millones pero más de un millón es de la Corte Primera, y si es de menos de un millón va a los tribunales superiores con competencia en lo civil, que forman esas circunscripciones de lo contencioso-administrativo de la cual habíamos hablado. Ahora el problema que se plantea es que la redacción que el legislador utiliza es la siguiente: él dice las empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva, y después agrega otro punto, siempre que no esté atribuida a otra autoridad. En consecuencia, se plantean tres problemas: Primero, qué es empresa, lo cual es un problema que la doctrina venezolana, que ya está tan enriquecida de conceptos, nos resuelve, Brewer-Carías tiene una magnífica monografía al respecto; Jesús Caballero igualmente y también Nelson Socorro y Juan Garrido. Es decir hoy en día existe una bibliografía tan vasta que el único problema es escoger qué autor consultamos; pero ese es indudablemente el primer problema. El segundo problema es definir qué se entiende por "participación decisiva". ¿Qué quiso decir con participación decisiva? y aquí es donde está el quid. En lo que atañe a la intención del legislador la misma no se manifiesta, ni en la Exposición de Motivos ni en la comunicación que la Comisión de Política Interior hiciera. En efecto, la verdadera Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, está en una carta que los Magistrados de la Corte, que elaboraron el proyecto de ley, le envían al Senado, a la Comisión de Política Interior del Senado, en la cual hay una motivación muy detallada del texto de la ley; pero desgraciadamente, a pesar de lo minuciosa que es, en la misma no aparece la explicación que buscamos. Tampoco aparece en la verdadera exposición de motivos que fue el informe de la Comisión Política Interior de la Cámara de Diputados.

Existe, sin embargo, una motivación, fue una motivación derivada del momento histórico en que se alabora el proyecto y se aprueba la Ley Orgánica de la

Corte Suprema de Justicia. Venezuela estaba viviendo uno de los momentos cruciales de su historia legislativa, se estaba produciendo el proceso de las nacionalizaciones y no se hablaba sino de empresas nacionalizadas. Los proyectos originales de la Ley de la Corte aludían a las empresas nacionalizadas, porque se dijo que se había asignado la competencia para conocer de las demandas contra la República en base al fuero particular de ésta que poseía la Corte Federal y que ahora detenta la Sala Político-Administrativa. Como existía este fuero particular de la República, en relación con sus intereses para atender sus demandas, se decía ¿por qué debe cubrir sólo al ente territorial y no a aquellas empresas nacionalizadas, en las cuales está verdaderamente el gran poderío económico? Esta fue la razón por la cual se inició la incursión en este campo, porque originalmente se extendió el texto a las empresas nacionalizadas y después se buscó una fórmula que estuviese en la Constitución y como en ella se habla de empresas en las cuales el Estado tenga participación decisiva, se utilizó tal expresión. Inicialmente el sentido de la señalada expresión fue entendido en su valor textual constituido por su sentido cualitativo: se dijo se trata de las empresas del Estado en su alcance más amplio, es decir, de las empresas, esencialmente comerciales que realizan actividades en el campo económico, que tienen una estructura regida por el derecho privado, y en las cuales los intereses del Estado aparezcan mayoritariamente representados. ¿Qué clase de intereses del Estado? ¿Cubre a cualquier ente público como sería el Fondo de Inversiones de Venezuela? ¿Abarca a cualquiera de las grandes corporaciones de desarrollo? Se reconocía como empresa del Estado tanto a las empresas de primer grado como de ulterior grado; sin embargo, una sentencia de la Sala Político-Administrativa, del 23 de enero de 1983, es decir de este año, comienza por señalar que se trata solamente de las empresas de primer grado, sin discriminar sobre la competencia especial, lo cual llevaría a considerar que la Corte tiene competencia tanto en materia de trabajo como en materia de tránsito, como en materia agraria, etc. Por su parte la Sala de Casación Civil ha dicho algo distinto, ya que en una de las últimas sentencias del Magistrado Duque Sánchez, acogió el criterio de que la competencia residual aludía a las competencias ordinarias, es decir que los tribunales contencioso administrativo conocían de todo aquello que fuese competencia de la jurisdicción ordinaria, y no de las competencias de las jurisdicciones especiales, criterio éste que pareciera el más lógico. Por otra parte, la misma Corte de Casación, cada vez que se plantean los conflictos de competencia que le llegan a ella por vía de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, establece que la competencia es de los tribunales contencioso administrativo, porque la posición que ella sigue manteniendo fue la original de tomar en cuenta el carácter cualitativo de esta participación decisiva.

La opinión de la Corte Primera de lo contencioso-administrativo es moderada porque ha ido en la búsqueda de un punto de coincidencia entre las dos posiciones, la de la Sala Político-Administrativa y la de la Corte de Casación.

Entramos en el penúltimo problema que es el de las apelaciones. El problema de las apelaciones es el siguiente: es sabido que el origen de las apelaciones es la sustitución del recurso jerárquico que no ofrece ninguna garantía para el administrado, por un recurso que se ejerce ante un nuevo órgano, una junta, una comisión, un tribunal. Es decir, se trata de la búsqueda de un cambio en el recurso jerárquico porque es sabido que tal recurso deja la controversia ante la misma Administración. En efecto, son los mismos técnicos que decidieron en primera instancia los que van a decidir en segunda instancia mediante un procedimiento administrativo que, como tal, no puede ofrecer suficientes garantías porque el procedimiento administrativo ha de ser rápido, ha de ser movido, ha de ser flexible, no puede ser rígido, no puede ser lento, no puede tener la pesadez que las garantías establecidas en el Código de Procedimiento Civil le otorgan. Esto ha hecho que el recurso jerárquico, en la búsqueda de mayores garantías, se transforme en un recurso de apelación ante un órgano que ya no es administrativo sino jurisdiccional; pero el problema es éste, la apelación es una cosa y el recurso contencioso administrativo de anulación es otra. Cuando un acto administrativo que ha concluido la vía administrativa en vista de una disposición expresa de una ley puede ser objeto de apelación ante un órgano jurisdiccional, se trata de un simple recurso de apelación que se interpone. No es necesario formalizar tal recurso y no tiene los requisitos que tiene el contencioso administrativo de anulación, en el cual es necesario formular las impugnaciones concretas y que, naturalmente, sigue un procedimiento de distinta naturaleza. El problema es grave en estos momentos y sumamente agudo en materia de legislación inquilinaria, porque por una parte algunos tribunales estiman que el recurso que se interpone contra las Administraciones que deciden en materia inquilinaria, es un recurso de apelación tal como lo consagra el Reglamento de la Ley de Alquileres y el Decreto Legislativo sobre Desalojo y Viviendas. Es decir, que es un recurso de apelación y se va por la vía de apelación. En cuanto que, otros, sobre todo los Jueces contencioso-administrativos regionales consideran que la única vía es el recurso contencioso administrativo de anulación, lo cual resulta más ventajoso para el litigante porque tiene un lapso más largo para su ejercicio.

Pasamos al punto de mayor importancia, a mi ver, que es el relativo a la ejecución de la sentencia. Es sabido que el derecho sólo se satisface (y no me llamen excesivamente positivista), con la ejecución de la sentencia. Ahora bien, la Administración disfruta de privilegios que son mucho más graves y

pesados de lo que la conciencia jurídica moderna debería aceptar. A todo esto, ¿qué sucede con la ejecución de la sentencia? Nos referimos a una sentencia que ordena un *dare*, un dar algo, generalmente un pago de una suma de dinero. En el caso específico de la sentencia que ordena un *dare* y específicamente el pago de una suma de dinero, nos encontramos con que la norma aplicable para su ejecución es el Código de Procedimiento Civil. El artículo 687 *ejusdem*, señala que se debe ocurrir ante el órgano que elabora el presupuesto para que coloque allí la debida partida. La Ley Orgánica de Régimen Presupuestario en su artículo 40, segunda parte, habla de los compromisos válidamente reconocidos: y establece una partida que se incluye en el Presupuesto. El Reglamento de la Ley de Régimen Presupuestario establece el procedimiento, en relación con este tipo de ejecuciones. Vamos ahora a la sentencia que ordena la entrega de una cosa específica. Esta se regula por el artículo 688 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual la ejecución corresponde al Tribunal de la Primera Instancia, que puede librar su mantenimiento de ejecución para cualquier juez competente, debiendo efectuarse la notificación al Ejecutivo por medio del Procurador General de la República, en base a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Sigue la entrega de la cosa mueble, o inmueble, o la estimación de su valor si no puede ser calculado. En caso de incumplimiento de la entrega la obligación se transforma en el pago de una suma, y caeríamos nuevamente en el sistema de la ejecución de la sentencia que ordena un "dare". Pero entramos al punto crucial, que es el de la sentencia que ordena un *facere* o un no *facere*, esto es, hacer algo o no hacerlo. Nos encontramos en primer lugar con la supremacía y los privilegios que la Administración ostenta frente a los particulares; en segundo lugar con la circunstancia misma de que una prestación de hacer o no hacer es difícil de obtener de un sujeto, tanto es así que estas prestaciones se convierten a la larga en prestaciones de dar. Pero lo que pasa es que en el ámbito de los particulares, que una obligación de hacer se convierta en una prestación de dar, no tiene mayores problemas, pero en el caso de la Administración sí, porque lo que el particular quiere generalmente de la Administración es algo que nadie más le puede dar y que no puede ser indemnizado con dinero; él quiere que se le restituya en el cargo, él quiere que se le otorgue un ascenso; él quiere que se le conceda la licencia, que se le otorgue una autorización. Esos son los casos en los cuales hay que preguntarse qué hacer frente a la Administración. Las vías de ejecución a mi ver son tres, la vía penal, la vía disciplinaria y la vía contencioso administrativa. La vía penal está dada por la posibilidad de actuar no contra la Administración, sino contra el funcionario. No se trata de una actuación institucional sino que es esencialmente contra el sujeto funcionario como tal, contra el sujeto que se niega a otorgar la presta-

ción debida. Podría actuarse por la vía del artículo 485 del Código Penal, que establece una falta, por lo cual no es necesario abrir una averiguación de nudo hecho, porque se trata de una simple falta. Podría también irse por la vía del abuso de autoridad, que es el artículo 207, no el abuso genérico de autoridad porque ya sabemos que fue eliminado con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, y en los casos en que se aludiera el abuso de autoridad, sería necesario entonces ir por la vía de la averiguación de nudo hecho. Bastante grave en el caso de que fuese contra el presidente de la República, porque entonces habría que ir por la vía de antejuicio de mérito, que es mucho más complejo. Pero hay otra vía que es la vía disciplinaria. Esta vía disciplinaria está prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en el artículo 174, y naturalmente tiene sus problemas. La vía consiste en conminar con multas constantes al sujeto, al funcionario, para que realice la prestación a la cual está obligado. Sin embargo, se plantea la duda de si puede aplicarse por todos los jueces contencioso administrativo o es sólo propia de la Sala Político Administrativa, como juez contencioso administrativo. Es esta duda lo que hace que la vía disciplinaria sea una vía, digamos así, de limitado uso.

Finalmente, nos encontramos con la vía contencioso administrativa. Pareciera absurdo, y ustedes me dirán ¿por qué la contencioso administrativa, ya que sería como recomenzar desde el principio? Es decir, volver a comenzar cuando ya hemos terminado, pero es que es un sujeto que se encuentra frente a la Administración que no accede a darle cumplimiento a la sentencia. ¿Qué debe hacer? Yo creo que la vía contencioso administrativa es la mejor, por cuanto el juez en el proceso cognición lo que hizo fue una declaración, una declaración de condena, una declaración simplemente de la confirmación de un derecho, pero siempre una declaración, en cuanto que a través del proceso de ejecución, el juez se va a encontrar con que tiene que ejecutar él mismo su fallo. Y ¿cómo proceder por esta vía contencioso administrativa? La vía a mi entender será la establecida a través de ese célebre recurso de falta o abstención, es decir, dirigirse al órgano jurisdiccional pidiendo que obligue al funcionario administrativo que se niega o se abstiene de realizar una actuación para la cual está legalmente obligado a que lo haga, ¿y qué procedimiento va a seguir el juez para esta ejecución que se le pide a través de una acción digamos ejecutiva? El juez puede, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reza así: "Cuando ni en esta ley ni en las disposiciones de otros Códigos se provea un procedimiento especial, la Corte podrá aplicar el que juzgue más conveniente de acuerdo con la naturaleza del caso". Al efecto, yo creo que el procedimiento más conveniente que podría aplicar por analogía el juez contencioso administrativo, es el del amparo

consagrado en el Código Orgánico Tributario. Es decir, este procedimiento a través del cual se conmina la Administración a que dentro de un plazo realice la prestación que le es debida, y si no ahí es donde surge la incógnita. Y si no, ¿qué pasará? Que el juez mismo se sustituya en la Administración para acordar la prestación, por ejemplo dictar el acto, dar la autorización, otorgar el permiso, esto es, hacer aquello que la Administración se ha negado a efectuar.

Como ven ustedes son muchos, complejos y difíciles de resolver los problemas del contencioso administrativo; pero para ello tenemos una doctrina acuciosa y una jurisprudencia que avanza cada día con mayores bríos. En ellos está la solución.

INDICE GENERAL

	<u>Pág.</u>
PRIMERA PARTE	
<i>DERECHO INTERNACIONAL</i>	13
TEMA UNICO: <i>La solución pacífica de controversias</i>	15
SOLUCION PACIFICA DE LAS CONTROVERSIAS, CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN	15
SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL, ISIDRO MORALES PAÚL	25
SEGUNDA PARTE	
<i>DERECHO CONSTITUCIONAL</i>	37
TEMA A: <i>El Control judicial de la constitucionalidad</i>	39
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS EN COLOMBIA ANTE EL DERECHO COMPARADO, MANUEL GAONA CRUZ	39
I. <i>Los presupuestos institucionales y doctrinarios del control de constitucionalidad</i>	39
1. El tránsito del "Antiguo Régimen" al Estado de Derecho . . .	39
2. Cómo ha de entenderse la Constitución	40
A. La Constitución Política	41
B. La Constitución jurídica. Constitución escrita y consuetudinaria	43
a) La Constitución escrita	43
b) Constitución consuetudinaria y sistema judicial . . .	44
C. La Constitución ideológica. El derecho a la Constitución y el Constitucionalismo	45

	<u>Pág.</u>
3. La soberanía, el Poder Constituyente y la supremacía de la Constitución	47
A. La soberanía	47
B. Potestad constitutiva y Poder Constituyente	49
C. La Supremacía e integridad de la Constitución y el Poder Constituyente de invalidación	51
II. <i>Bases para una nueva tipología de clasificación de los sistemas de control constitucional</i>	54
1. Evaluación y esquema de los sistemas tradicionales	54
2. Las tipologías actuales del control	56
A. Control político y control judicial	56
a) El control ejercido por un órgano político	56
b) El control judicial	58
B. El control concentrado y el control difuso	60
a) El control "americano" o "difuso"	60
b) El control concentrado o "austríaco"	64
III. <i>El Sistema de control integral de Colombia y el modelo Colombo-Venezolano de acción pública</i>	66
1. Las vías de control constitucional en el Sistema Colombo-Venezolano	66
A. En Colombia	67
B. En Venezuela	72
C. En Panamá	73
2. La autonomía tipológica y las ventajas del modelo integral de acción pública Colombo-Venezolano	74
A. El control democrático-judicial general de la Constitución	74
B. Los errores de las críticas al sistema integral	76
C. Los reparos a las erróneas críticas. La respuesta sobre las ventajas del sistema integral sobre el concentrado	80
1. Una necesaria explicación personal	81
2. La radiografía del sistema concentrado frente al nuestro	82

	<u>Pág.</u>
IV. <i>La estructura y la operancia del Control de Constitucionalidad en Colombia</i>	86
1. La evolución histórica del control de constitucionalidad	87
A. El período del control político	87
B. El período del control mixto, político-judicial	89
C. El período del control judicial	90
a) La fase arcaica	90
b) La fase moderna	91
c) La fase actual	93
2. La morfología y el funcionamiento del control	96
A. La organización de los Altos Tribunales de la jurisdicción constitucional y de legalidad	97
a) La Corte Suprema de Justicia	97
b) El Consejo de Estado	99
B. La jerarquía de las normas jurídicas en Colombia	99
a) Leyes aprobatorias de Tratados Públicos	100
b) Leyes orgánicas	101
c) Leyes cuadro	102
d) Leyes de facultades extraordinarias	103
e) Leyes de autorizaciones	103
f) Leyes codificadas	103
g) Leyes de honores y de auxilios	103
h) Leyes aprobatorias de contratos	104
i) Leyes ordinarias	104
C. La dinámica del control	106
1. La vía de objeción presidencial	106
2. La acción popular de inexequibilidad	107
3. El control forzoso o automático	109
4. La excepción de inconstitucionalidad	111
5. La jurisdicción simultánea de constitucionalidad y de legalidad ejercida por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos	111
a) El control administrativo	112
b) El control contencioso-administrativo	112

	<u>Pág.</u>
1. La acción de nulidad de los actos administrativos... ..	112
2. La acción de plena jurisdicción contra los actos y hechos administrativos	114
3. El control fiscal en materia de jurisdicción legal	114
EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO VENEZOLANO, JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA ...	115
TEMA B: <i>Relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo</i>	127
RELACIONES ENTRE EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO EN COLOMBIA, HERNÁN G. ALDANA DUQUE	127
Introducción	127
I. <i>Relaciones políticas entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en Colombia</i>	132
II. <i>Las relaciones jurídicas entre el Ejecutivo y el Legislativo: Atribuciones del Congreso y del Gobierno; la Ley y el Reglamento</i> ...	140
Conclusiones	147
 TERCERA PARTE 	
DERECHO TRIBUTARIO	149
TEMA UNICO: <i>Principios Generales del Derecho Tributario</i>	151
EL ESTABLECIMIENTO, LA DETERMINACION Y LA REVISION DE LOS TRIBUTOS EN EL DERECHO COLOMBIANO. RAFAEL BRAVO ARTEAGA	151
I. Introducción	151
II. El establecimiento de los tributos	154
III. La determinación de los tributos	165
IV. La revisión de los tributos	168
EL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO. MANUEL RACHADELL ..	173
I. <i>Introducción</i>	173
II. <i>Los principios constitucionales del Sistema Tributario</i>	173
1. El Principio de la Legalidad Tributaria	174
A. Origen del Principio de la Legalidad Tributaria	174
B. Formulación actual del Principio	175

	<u>Pág.</u>
C. Clases de Tributos	176
D. El Régimen de las Exoneraciones	180
E. Modos de Extinción de la Obligación Tributaria	181
F. Las Sanciones	184
G. Los recursos de los contribuyentes	186
2. El Principio de la Justicia Tributaria	190
A. La Justicia Social como objetivo de la Constitución	190
B. La Justicia Social en el Sistema Tributario	190
III. <i>La estructura del Sistema Tributario</i>	192
1. Distribución de la Potestad Tributaria	192
A. Tributos Nacionales	192
B. Tributos Municipales	193
C. Tributos Estadales	194
2. Configuración actual del Sistema Tributario	196
A. Los Tributos del Fisco Nacional	196
1. Impuesto sobre la Renta	196
2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones	196
3. Los impuestos aduaneros	197
4. Los impuestos sobre la producción y el consumo	197
5. Otros impuestos nacionales	197
B. Los Ingresos Parafiscales	197
1. La contribución al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS)	198
2. La contribución al Instituto Venezolano de Coope- ración Educativa (INCE)	198
3. La contribución al IPASME	198
4. Otras contribuciones de Seguridad Social	198
5. Contribuciones corporativas	198
IV. <i>La Reforma Fiscal</i>	199
1. La reforma tributaria	199
2. La Reforma de la Administración Financiera	200

CUARTA PARTE

<i>DERECHO ADMINISTRATIVO</i>	201
TEMA A: <i>Bases constitucionales del Derecho Administrativo</i>	203
BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA, JAIME VIDAL PERDOMO	203
BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, ALLAN R. BREWER-CARÍAS	215
I. <i>Introducción</i>	215
II. <i>La Administración Pública dentro del Sistema de Distribución del Poder Público</i>	217
1. La distribución vertical del Poder Público y los sujetos de de- recho estatales	218
2. La distribución horizontal del Poder Público y la Administra- ción Pública como complejo orgánico	219
3. Las personas jurídicas en el Derecho Administrativo y la inter- aplicación del derecho público y privado	221
III. <i>La Función Administrativa dentro de las funciones del Estado</i>	222
IV. <i>La actividad Administrativa dentro de las actividades del Estado</i> ..	224
1. La actividad administrativa como actividad formal del Estado	225
2. La actividad administrativa del Estado sometida al Derecho y controlable jurisdiccionalmente	226
3. La actividad administrativa y los administrados	228
V. <i>Conclusión</i>	229
TEMA B: <i>Contratos Administrativos</i>	233
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN COLOMBIA, CONSUELO SARRIA OLCOS	233
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN VENEZUELA, GONZALO PÉREZ LUCIANI	247
TEMA C. <i>El Procedimiento Administrativo</i>	265
EI. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA, ALVARO TAFUR GALVIS	265
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, LUIS H. FARÍAS MATA	277

	<u>Pág.</u>
I. <i>Los dogmas fundamentales</i>	281
II. <i>Los principios contenidos en la regulación de los procedimientos por la Ley prevista</i>	284
1. El Procedimiento Constitutivo	284
2. Los Recursos Administrativos	288
TEMA D: <i>Principios generales de la Jurisdicción</i>	297
PRINCIPIOS GENERALES QUE GOBIERNAN LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA, MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ	297
I. Introducción	297
II. Características generales	298
III. Los requisitos procesales	300
IV. Aspectos particulares. Acción de nulidad, acción de plena jurisdicción	305
V. Objeto de las acciones. El Acto Administrativo	307
PRINCIPIOS GENERALES DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN VENEZUELA, ELOY LARES MARTÍNEZ ..	309
TEMA E: <i>Organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa</i>	321
LA JURISDICCION ADMINSTRATIVA EN COLOMBIA, CARLOS BETANCOURT JARAMILLO	321
LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN VE- NEZUELA, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ	335

IMPRESO EN OCTUBRE DE 1986
EN LA IMPRENTA UNIVERSITARIA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
DE VENEZUELA



imprenta universitaria